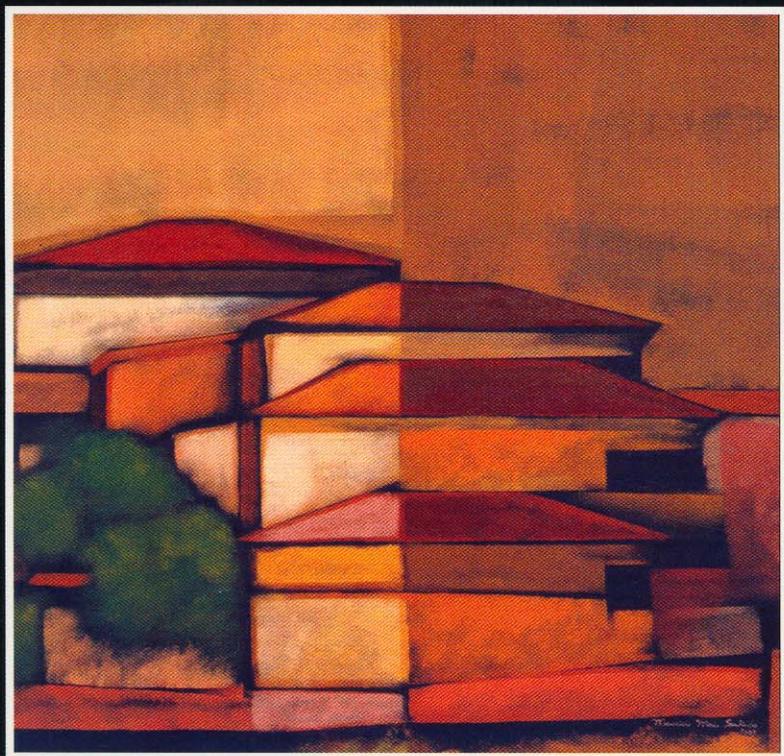


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2006 – Ano 43 – Nº 172



Maurício Maia Soutinho, “Casas 2”, 2003. Acervo do Senado Federal

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Francisco Rafael Amorim dos Santos, Andréa Garcia da
Silva Pinto e Diana Augusta Luz Formiga

REVISÃO DE PROVAS: Carlos Felipe Wanderley, Cláudia Pantuzzo, Daniele Silva Costa
e Thaise dos Santos Leandro

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Ana Maria da Silva Peixoto e Francisco Donato González
Fernandes

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 43 · nº 172 · outubro/dezembro · 2006

Carlos Bastide Horbach	O parlamentarismo no Império do Brasil (I): origens e funcionamento 7
Enio Moraes da Silva	A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado 23
Adhemar Ferreira Maciel	O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade 37
Gustavo Ferreira Santos	Neoconstitucionalismo e democracia 45
Ana Maria D'Ávila Lopes	O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas 57
José Pedro Luchi	Para uma teoria deliberativa da democracia 73
Geovany Cardoso Jevaux	Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais 85
Marcelo Campos Galuppo e Rafael Faria Basile	O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: o problema das cotas 99
Maria Luiza Machado Granziera	Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas ambientais 109
Fábio Morosini	Globalização e Direito: além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado 119
Adriano Sant'Ana Pedra	Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas 135
Luiz Eduardo de Lacerda Abreu	Qual o sentido de Rawls para nós? 149
Alcione Vicente Schmitt	A exploração estatal de atividade econômica 169
Claudia Lyra Nascimento	O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro 175
Carlos Roberto Faleiros Diniz	Discurso jurídico: ferramenta e arma do advogado. Necessidade de todo operador do Direito 185
Agaciel da Silva Maia	Ramez Tebet: os bons não morrem 193
Dario Alberto de Andrade Filho	Retórica: uma metodologia para o Direito? 195

Raphael Peixoto de Paula Marques	História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como <i>paramount law</i> 203
Jorge Rubem Folea de Oliveira	A lei (10.820/2003) do empréstimo consignado e a sua inconstitucionalidade 225
Hugo Hortêncio de Aguiar	Estado Palestino: perspectivas 229

Resenha Legislativa

Artigo de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal

Caetano Ernesto Pereira de Araújo	As eleições de 2006 e a reforma política 249
-----------------------------------	--

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

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt	História do cerco de Lisboa: estrutura e aplicações da revisão analítica em auditoria 261
--	---

O parlamentarismo no Império do Brasil (I)

Origens e funcionamento

Carlos Bastide Horbach

Sumário

Introdução. 1. Origens do sistema parlamentar do Império. 1.1. A maioria. 1.2. Presidência do Conselho de Ministros. 1.3. O Imperador e o Presidente do Conselho de Ministros. 2. Funcionamento do sistema parlamentar do Império. 2.1. Sistema Parlamentar e Constituição de 1824. 2.2. Estrutura da Assembleia Geral. 2.3. Formação do Gabinete. 2.4. Responsabilidade política do Gabinete. 2.5. Dissolução da Câmara dos Deputados. Conclusão parcial.

Introdução

A forma de organizar-se o exercício do poder político é um tema dos mais importantes no estudo das instituições, tanto na Ciência Política, quanto no Direito Constitucional. A estrutura dos órgãos do poder e sua funcionalidade ante a realidade social e a realidade cultural de uma nação transformam, de país para país, a maneira de exercer-se o poder político, fazendo com que seja quase impossível traçar padrões claros e precisos de um ou outro sistema, podendo-se afirmar que os modelos híbridos de sistemas de governo sejam a regra nas nações modernas.

A tipologia clássica dos sistemas de governo toma como extremos de sua classificação a idéia de separação dos poderes, sendo que, de um lado, encontram-se os sistemas que acatam completamente tal divisão e, de outro, aqueles que a rejeitam. Podem

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

assim existir sistemas de governo em que há confusão entre poderes, colaboração entre poderes e, finalmente, em que há separação de poderes (FERREIRA FILHO, 1992, p. 121). O certo é que entre os pólos dessa classificação é que se encontra a maioria dos sistemas de governo vigentes nos países do mundo.

Juridicamente se pode definir um sistema de governo pela posição e pelo relacionamento dos poderes do Estado no exercício do poder, no funcionamento do processo governamental. “De fato, o que se chama juridicamente de sistema de governo nada mais é senão a marcha conjunta dos órgãos do Estado para atenderem aos fins deste, segundo as prescrições legais” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 121).

O sistema de governo, portanto, deve ser o mais adequado possível para melhor propiciar o alcance, pelos órgãos do poder político, dos fins do Estado. Da forma como se organizam as instituições e o seu funcionamento é que nasce a dinâmica do governo no cumprimento de seus objetivos, o que une intimamente a organização política com a teleologia estatal.

Este é o principal ponto na discussão acerca dos sistemas de governo: qual o sistema mais adequado para o cumprimento dos objetivos de determinado Estado? Assim, pode-se afirmar que, sendo diversos os fins do Estado, diverso será o sistema de governo adotado, que, como ressaltado antes, pode pender de um extremo ao outro na escala da divisão de poderes.

Os Estados organizam-se de diversas formas ao longo dos tempos, sendo que cada fenômeno político guarda suas peculiaridades e reflete um período particular da História das nações. O sistema de governo é parte importante para a compreensão da dinâmica do poder nas sociedades, uma vez que deixa transparecer uma série de princípios caracterizadores do Direito Público e da própria organização social dos Estados, princípios esses que são verdadeiros fenômenos políticos à espera de uma análise mais pormenorizada.

O sistema parlamentar no Império do Brasil é um desses fenômenos políticos que ainda hoje esperam uma análise mais acurada e uma especial atenção. Tendo início em 1847, sucederam-se governos de gabinete no Brasil, criando um sistema próprio e particular que caracteriza aquele período, num claro exemplo de modelo institucional nascido da prática constitucional.

Resta saber se as características do parlamentarismo imperial brasileiro são compatíveis com o padrão que a doutrina geralmente estabelece na qualificação do sistema parlamentarista. Ou se o parlamentarismo do Império é mais uma nuance, mais uma graduação na já referida escala dos sistemas de governo entre os extremos da divisão dos poderes. Para responder tais questões, é preciso antes de mais nada ter-se presente o que caracteriza o sistema parlamentar de governo, quais são os traços básicos desse tipo de organização do poder político, pois assim poder-se-á cotejar o que a doutrina estabelece como parlamentarismo com a realidade política do Império do Brasil.

De forma geral, até simplista, poder-se-ia dizer que o sistema parlamentar de governo é tipificado por três traços básicos: a) distinção entre Chefe de Estado e Chefe de Governo, b) a responsabilidade política da chefia de governo e c) a possibilidade de dissolução do parlamento (DALLARI, 1995, p. 198). Sistema parlamentar é o tipo de governo democrático em que o corpo do Parlamento está numa posição de cooperação com o Governo, que por sua vez é politicamente responsável perante esse mesmo Parlamento.

Entretanto, além de comparar o sistema parlamentar do Império do Brasil com os padrões modernos de parlamentarismo, é necessário analisá-lo perante a realidade dos sistemas parlamentares de então, dos regimes que vigoravam durante a segunda metade do século XIX, mais precisamente, compará-lo ao modelo parlamentar por excelência, o modelo original e legítimo da In-

glaterra, berço das mais tradicionais instituições parlamentares.

O sistema parlamentar inglês já estava, no século XIX, estruturado sobre as mesmas bases atuais, que somente foram legalmente consagradas pelo *Ministers of the Crown Act* de 1937. Tal sistema pode ser resumido na seguinte fórmula: 1^o) o Gabinete é o verdadeiro governo e não um Conselho do Rei; 2^o) os membros do Gabinete são plenamente responsáveis perante o Parlamento; 3^o) o Gabinete depende da confiança do Parlamento; e 4^o) destaca-se um ministro do Gabinete para representá-lo perante o Rei e perante o Parlamento, surgindo a figura do Primeiro Ministro, inaugurada pela atuação de Walpole no reinado de George I (1714-1727) e cuja denominação somente tornou-se oficial com a referida lei de 1937 (CAETANO, 1993, p. 62).

O regime inglês pode ser mais detalhadamente absorvido pela análise pormenorizada que dele faz Douglas Verney (1979) no seu *The Analysis of Political Systems*¹. Nessa obra, o professor da *York University* arrola os seguintes pontos como sendo característicos do mais que centenário sistema parlamentar britânico:

1^o – *O Executivo é dividido em duas partes.* É a mais que conhecida divisão entre órgãos distintos da Chefia de Estado e da Chefia de Governo, a primeira ocupada pelo Monarca e a segunda pelo Primeiro Ministro;

2^o – *O Chefe de Estado indica o Chefe de Governo.* É da natureza dos sistemas parlamentares que o Chefe de Estado indique o Chefe de Governo dentre os membros da maioria do Parlamento, numa escolha que não é pessoal, mas pautada por uma série de regramentos;

3^o – *O Chefe de Governo indica o Ministério.* É o Primeiro Ministro quem chama os demais membros do Gabinete, numa escolha pessoal do Chefe de Governo, apesar de serem formalmente indicados pelo Chefe de Estado;

4^o – *O Ministério é um corpo coletivo.* A transferência do poder do executivo monár-

quico para um conselho de ministros significou a atribuição do controle político a um corpo colegiado, sendo que o Primeiro Ministro é considerado um mero *primus inter pares*;

5^o – *Os ministros são membros do Parlamento.* Os membros do Gabinete têm um duplo papel no sistema parlamentar, eles são, além de componentes do governo, membros do Parlamento, eleitos como quaisquer outros e dependentes da boa vontade de seus constituintes, com exceção, no regime inglês, dos ministros oriundos da *House of Lords*. Em alguns países de regime parlamentar, ressalta Verney (1979), os ministros podem não ser membros do Parlamento, sendo que, nesses casos, o caráter parlamentar do sistema é garantido pela possibilidade que têm os membros do Gabinete de participar dos debates parlamentares, sendo igualmente responsáveis perante o Parlamento;

6^o – *O Gabinete é politicamente responsável perante o Parlamento.* No sistema parlamentar, o governo é responsável perante o Parlamento, o qual pode, se considerar que o governo atua de forma imprópria, negar apoio ao Gabinete, por meio de um simples voto de censura ou mesmo discordando de uma importante medida governamental, forçando a renúncia do ministério e a indicação, pelo Chefe de Estado, de um novo Chefe de Governo;

7^o – *O Chefe de Governo pode recomendar ao Chefe de Estado a dissolução do Parlamento.* Nas monarquias pré-parlamentares da Europa, o monarca podia dissolver as casas do Parlamento sem qualquer recomendação do corpo parlamentar. No sistema inglês e nos sistemas parlamentares modernos, entretanto, o Chefe de Estado, apesar de manter tal prerrogativa, somente a exerce por pedido, e somente por pedido, do Chefe de Governo;

8^o – *O Parlamento como um todo é superior ao Governo.* Tal noção é um dos pontos distintivos do Parlamentarismo. Não pode o Governo ter supremacia, nem os membros do Parlamento que não formam o Gabinete

(chamados na Inglaterra de *Assembly*), pois a supremacia no sistema político está com o Parlamento como um todo (Governo e *Assembly*). O sistema inglês, por sua vez, dá ênfase ao papel do Governo nos assuntos do Executivo, sendo inclusive chamado de *cabinet system* ou *cabinet government*;

9º – *O Governo somente é responsável indiretamente perante o eleitorado. Apesar de ser diretamente responsável perante o Parlamento, o governo somente é indiretamente responsável perante o eleitorado. Isso porque o gabinete não é eleito, mas sim indicado dentre os parlamentares eleitos pelos seus constituintes. A responsabilidade do parlamentar perante os seus constituintes é, numa concepção técnica, simplesmente como membro do Parlamento, não como ministro;*

10º – *O Parlamento é o foco de poder no sistema político. A fusão das funções executiva e legislativa num único órgão transforma o Parlamento na principal instância do poder político, no principal cenário do drama político, em que as personagens do governo e da oposição se confrontam estabelecendo um equilíbrio democrático e em que são treinados os líderes políticos.*

Essas são as principais características do sistema parlamentar inglês, que podem então servir de parâmetro na análise a ser desenvolvida sobre o sistema parlamentar do Império do Brasil, identificando, assim, a natureza política desse regime de governo que vigorou por mais de quarenta anos no Brasil do século XIX.

Entretanto, a comparação somente pode ser feita tendo-se presentes dados relevantes de História do Brasil, bem como traços pontuais sobre algumas instituições sociais, políticas e jurídicas do Império. Aí se encontram dados sobre a origem do sistema parlamentar, sobre a base constitucional do regime, sobre a natureza e estruturação dos partidos no Império, sobre a liberdade e atuação da oposição, sobre a liberdade de imprensa, sobre a formação da vontade política, sobre as eleições, sobre o funcionamento dos órgãos do poder, etc.

Este é o plano a ser desenvolvido, uma análise histórica da realidade político-institucional do Império, para que se possa, com os conhecimentos dessa análise advindos, avaliar com maior acuidade o sistema parlamentar que vigorou no Brasil de 1847 até 15 de novembro de 1889, data que marca o fim do Gabinete Ouro Preto, do reinado de Dom Pedro II, da própria monarquia constitucional brasileira e o início da mais que centenária era republicana.

Nesta primeira parte do estudo, serão examinadas as origens do parlamentarismo do Império, bem como o funcionamento cotidiano de suas instituições políticas.

1. *Origens do sistema parlamentar do Império*

As instituições políticas de um país somente podem ser entendidas com base no processo histórico que leva à sua formação, a própria tradição condiciona o aparecimento e a evolução dos mecanismos de domínio. Essa regra está igualmente presente no estudo das instituições políticas brasileiras, não sendo uma exceção o sistema parlamentar do Império. Assim, impõe-se a descrição do quadro de acontecimentos que levaram à constituição de um regime parlamentar no Brasil oitocentista.

1.1. *A maioria*

Em 7 de abril de 1831, encerra-se o Primeiro Reinado do Império do Brasil, com a abdicação de Dom Pedro I. Segundo o designado pela Constituição de 25 de março de 1824 no seu artigo 117, a sucessão ao trono do Império dar-se-ia, na mesma linha e no mesmo grau, preferindo-se o herdeiro masculino ao feminino, o que desde logo coloca Dom Pedro d'Alcântara na posição de futuro Imperador do Brasil.² Pedro d'Alcântara, nascido em 2 de dezembro de 1825, tinha então menos de 6 anos de idade.

Por sua vez, o artigo 121 da Constituição do Império estabelecia que o Imperador era considerado menor até os 18 anos de

idade, sendo que o governo, durante o período da menoridade, deveria ser exercido por uma regência, da qual tratava o Capítulo V do Título V do texto constitucional. Cumprindo-se a Constituição, foi formada a Regência Trina Provisória, composta pelos senadores Nicolau Vergueiro, José Joaquim de Campos (Marquês de Caravelas) e pelo brigadeiro Francisco de Lima e Silva, que permaneceu no poder até maio de 1831, quando, com a reunião da Assembléia Geral do Império, se pôde eleger uma regência permanente, composta essa pelos deputados José da Costa Carvalho (Marquês de Monte Alegre), João Bráulio Muniz e, novamente, pelo brigadeiro Francisco de Lima e Silva.

Com o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, a regência de trina passou a ser uma, sendo o primeiro regente desse novo período, eleito em 7 de abril de 1835, o Padre Diogo Antônio Feijó, sucedido provisoriamente em 1837 por Pedro de Araújo Lima (Marquês de Olinda), que depois foi eleito para o cargo em abril de 1838 e nele permaneceu até o início do efetivo reinado de Pedro II em 1840.

O período regencial entrou para a História do Brasil como um tempo de conturbações políticas e sociais. Nele ocorrem diversas revoltas, como a Cabanagem no Pará, a Revolução Farroupilha no Rio Grande do Sul, a Sabinada na Bahia e a Balaiada no Maranhão. Surgem os primeiros grupos partidários relevantes na política imperial: restauradores, moderados e exaltados, e, mais tarde, liberais e conservadores. E, vivendo-se na prática sob um regime republicano, chega a ser questionado até mesmo o valor da monarquia. O governo regencial dara provas de ser um governo fraco, sendo-lhe imputados os problemas pelos quais passava o país. A solução para muitos políticos era somente uma: a antecipação da maioria do Imperador.

Em 1840, é fundado pelo senador Padre José Martiniano de Alencar o “Clube da Maioridade”, composto exclusivamente por membros do Partido Liberal, que fazia oposição à regência do Marquês de Olinda, uma

das principais personagens do Partido Conservador. Várias foram as tentativas dos liberais de conseguir passar na Câmara o projeto da maioria, ao que sempre tiveram a obstrução dos conservadores, que exigiam uma reforma da Constituição, como proporia Honório Hermeto Carneiro Leão (futuro Marquês de Paraná). Entretanto, a campanha pela maioria, capitaneada por Antônio Carlos de Andrada, ganhava as ruas, sendo cada vez mais difícil contê-la, o que leva o Marquês de Olinda a suspender os trabalhos parlamentares.

Ante essa manobra política do Regente, os deputados maioristas formaram no Senado uma comissão, que, indo em 22 de julho ao Palácio de São Cristóvão, solicitou a Pedro II que assumisse, desde logo, o pleno exercício do poder. Depois de aconselhar-se com várias lideranças políticas, inclusive com o próprio Olinda, D. Pedro II decidiu aceitar o que lhe era proposto³. Tinha, então, o Brasil um Imperador de 14 anos e sete meses e meio de idade.

Diante desse quadro institucional, uma certeza era clara: Apesar da vontade de governar, faltava ao menino de 14 anos a experiência e a responsabilidade para ser o verdadeiro chefe da nação. Desse modo, formou-se, em 24 de julho de 1840, o primeiro ministério do Segundo Reinado, em cuja formação em muito pouco participou o Imperador⁴. D. Pedro II era diretamente influenciado por um grupo palaciano conhecido como “Facção Áulica” ou “Clube da Joana”, chefiado por Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, que impunha sua vontade como se fosse a do monarca e que por muito esteve à frente dos negócios do Estado brasileiro⁵.

Sob responsabilidade direta de D. Pedro II, desde a Maioridade, estavam dois poderes do Estado brasileiro, o Moderador e o Executivo, o que fazia do jovem Imperador a principal personagem da vida política do Império, concentrando em suas mãos um enorme poder pessoal, que mais tarde seria identificado com a expressão “imperialismo”.

O Poder Moderador era “a chave de toda a organização política”⁶, exercido privativamente pelo Imperador, como chefe supremo da nação, para que, incessantemente, velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.

A noção de um Poder Moderador nasce na França com a obra de Clermont Tonnerre, sendo depois desenvolvida por Benjamin Constant, que lhe chama de Poder Real ou Poder Neutro. Constant não fez mais do que incrementar a idéia de Tonnerre, separando, sob a denominação de um poder distinto, várias atribuições que, não pertencendo ao Executivo, tinham estado até então mais ou menos envolvidas nele, numa mistura que muitos publicistas já haviam notado (SOUSA, 1997, p. 255). Na Constituição de 1824, essa idéia é incorporada pela primeira vez de forma autônoma⁷, criando uma tetrapartição dos poderes do Estado.

O Poder Moderador era a faculdade que possuía o monarca de fazer com que cada um dos demais poderes políticos permanecessem em sua correta órbita, concorrendo uns com os outros para o fim social e o bem comum da nação. Era o poder que mantinha o equilíbrio, impedia abusos, conservava o poder em sua alta missão, era a mais elevada força social, o mais ativo órgão político, o mais influente entre todas as instituições do Império (PIMENTA BUENO, 1857, p. 204).

Para atuar como Poder Moderador, a Constituição dava ao Imperador as seguintes prerrogativas: a) nomear senadores (dentre os indicados nas listas tríplexes); b) convocar extraordinariamente a Assembléia Geral; c) sancionar os atos da Assembléia Geral; d) aprovar e suspender os atos dos Conselhos Provinciais; e) prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara; f) nomear e demitir os Ministros de Estado; g) suspender magistrados; h) perdoar e moderar penas; e i) conceder anistia⁸.

Também na pessoa do Imperador concentrava-se a Chefia do Poder Executivo, o

qual, segundo o artigo 102 da Constituição do Império, era exercido pelos seus ministros. As atribuições do Poder Executivo, contidas no texto constitucional, eram as seguintes: a) convocar a Assembléia Geral ordinária; b) nomear bispos; c) nomear magistrados; d) prover os demais empregos civis e políticos; e) nomear os comandantes das forças militares; f) nomear diplomatas; g) negociar com nações estrangeiras; h) celebrar tratados; i) declarar guerra e fazer a paz; j) conceder naturalizações; l) conceder títulos, honras e ordens militares; m) baixar decretos para a boa execução das leis; n) administrar o orçamento; o) conceder ou negar beneplácito aos documentos eclesiásticos; e p) promover a segurança interna e externa do Império.

Ante esse volume de atribuições, a falta de experiência do Imperador era patente, sendo que os ministros mais e mais assumiam, de forma quase que autônoma, as responsabilidades de suas respectivas pastas. Havia urgência, portanto, de uma força que promovesse a unidade de ação do ministério, uma chefia do Executivo que fosse atuante.

Surge, então, no Ministério, a necessidade de uma liderança de fato, de uma força que ditasse os rumos do Governo, que estabelecesse as metas que o Imperador, por inexperiência, era incapaz de ditar. No Ministério de 24 de julho de 1840, essa liderança é naturalmente exercida por Antônio Carlos de Andrada; no de 23 de março de 1841, por Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguai); no de 20 de janeiro de 1843, por Honório Hermeto Carneiro Leão (Marquês de Paraná), encarregado inclusive, pela primeira vez na História do Império, de compor o ministério, prática que a partir de então tornar-se-ia comum. No de 2 de fevereiro de 1844, a liderança é de Manuel Alves Branco (Marquês de Caravelas); no de 26 de maio de 1845, de José Carlos Pereira de Almeida Torres (Visconde de Macaé); no de 2 de maio de 1846, de Joaquim Marcelino de Brito.

Essa situação de fato na política brasileira é institucionalizada, durante o Ministério de 22 de maio de 1847, pela Lei nº 523, de 20 de julho de 1847, que cria o cargo de Presidente do Conselho de Ministros e demonstra a adesão da Coroa ao funcionamento de um sistema parlamentar adaptado às circunstâncias brasileiras (FRANCO, 1981, p. 122). Tornava-se, então, o Marquês de Caravelas, Ministro do Império, o primeiro Presidente do Conselho da História do Brasil imperial.

1.2. *Presidência do Conselho de Ministros*

A Lei nº 523 é considerada o marco inicial do sistema parlamentar institucionalizado no Império do Brasil. Instituiu-se um governo de gabinete em que o Presidente do Conselho pudesse desempenhar as funções de Chefe do Poder Executivo, posição que permanecia, entretanto, com o Imperador. Isso porque a lei não tinha poder para efetuar tamanha mudança no sistema constitucional, o que somente seria possível com uma reforma da Constituição de 1824.⁹ Foi criado o posto de Presidente do Conselho e, quase como num costume constitucional, foram-lhe atribuídas as funções do Executivo.

O Presidente do Conselho de Ministros, quando o Conselho não trabalhava na presença do Imperador, tinha a função de um verdadeiro Primeiro Ministro, sendo que tal posição era ocupada pelo organizador do ministério. Era o Presidente que dirigia a ordem dos trabalhos e das discussões, quem zelava pela unidade de ação do gabinete, bem como dos princípios políticos e administrativos, tendo nas deliberações voto não só como ministro, mas também o voto qualificado para o desempate (PIMENTA BUENO, 1857, p. 265).

Acerca de outras atribuições do Presidente, escreve o Marquês de São Vicente (PIMENTA BUENO, 1857, p. 265):

“À exceção destas atribuições não conhecemos nenhuma mais que deva pertencer ao presidente do conselho,

e julgamos mesmo que seria prejudicial que ele assumisse uma excessiva preponderância sobre seus colegas, significaria isso que em todas as matérias e em todos os casos ele tinha mais inteligência do que todos os outros ministros reunidos, o que importará na demonstração da má escolha que fizera de seus colegas”.

Tanto era assim que, como ressalta Joaquim Nabuco (1997, p. 822), poucos foram os presidentes que tiveram uma liderança forte em relação a seus ministérios, incluindo-se nesse pequeno grupo Honório Hermeto Carneiro Leão (Marquês de Paraná), no Ministério de 6 de setembro de 1853; Zacarias de Góis e Vasconcelos, no Ministério de 3 de agosto de 1866; e José Maria da Silva Paranhos (Visconde de Rio Branco), no Ministério de 7 de março de 1871, o mais longo do Império (4 anos e 3 meses). Os demais tinham uma posição menos destacada, sendo que o próprio São Vicente, quando Presidente do Conselho do Ministério de 29 de setembro de 1870, seguiu fielmente a recomendação contida em sua obra de 1857: foi um Presidente que concentrava o menor número possível de atribuições, “sem energia” e “sem resolução”, “inibido” diante dos demais membros do Gabinete.

O Presidente do Conselho de Ministros era escolhido pelo Imperador dentre os chefes dos dois grandes partidos do Império, o Liberal e o Conservador, tendo, portanto, a responsabilidade de levar para o governo os homens e as propostas de sua agremiação política, que ficavam claras nos programas que eram elaborados por cada gabinete no momento da formação, traçando desde logo as metas do governo e a linha de ação do seu chefe.

O Presidente do Conselho recebia, assim, duas investiduras, ambas da mesma importância e igualmente precárias: uma por parte do seu partido, outra por parte do Imperador. O Presidente do Conselho, no Brasil, não era uma simples criatura do soberano,

mas também não era um Primeiro Ministro inglês, feito somente pela confiança de seus pares no Parlamento. A delegação da Coroa era tão importante e tão necessária como a da Câmara. Para exercer com segurança as funções que a realidade constitucional do Império lhe impunha, tinha o Presidente do Conselho que dominar os caprichos e as ambições do Parlamento, bem como conservar o favor e as boas graças do Imperador (NABUCO, 1997, p. 826).

1.3. O Imperador e o Presidente do Conselho de Ministros

Apesar de a Constituição permanecer inalterada, concentrando no Imperador a Chefia de Estado e a Chefia de Governo, a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros alterou substancialmente essa realidade. Na letra do texto constitucional, D. Pedro II mantinha todas as prerrogativas e todos os direitos como máxima força política da nação, mesmo porque era o titular do Poder Moderador, mas na prática cada vez mais se distanciava do cotidiano do governo, reservando-se a função de árbitro e de fiscal do regime parlamentar.

Poder-se-ia assim dizer que, na prática constitucional brasileira do Segundo Reinado, com o surgimento do Presidente do Conselho, houve uma separação da Chefia de Estado e da Chefia de Governo, sendo a primeira exercida pelo Imperador, titular do Poder Moderador, e a segunda exercida pelo Presidente do Conselho de Ministros, que atuava como se chefe fosse do Poder Executivo.

É verdade que, como visto, o Presidente dependia da boa vontade do soberano que, como titular do Poder Moderador, podia nomear e demitir livremente ministros, inclusive o Presidente.¹⁰ Assim, D. Pedro II tinha poderes constitucionais para governar, somente não o fazendo por vontade própria, sendo que também por sua vontade interveio diretamente no governo em inúmeras ocasiões de seu longo reinado.

Por outro lado, a situação que leva o regime constitucional do Império para a sea-

ra do sistema parlamentar, qual seja, a inexperiência do Imperador, tinha a natural tendência de desaparecer, uma vez que, com o tempo, o soberano adquiria experiência. Assim, já durante o Gabinete do Marquês de Paraná, que se inicia em 1853, atingiu o Imperador, na opinião de seu Ministro da Justiça, o então deputado José Thomaz Nabuco de Araújo, um grau de maturidade que o fez sair do papel de simples espectador dos acontecimentos políticos e, por volta de seus 28 anos de idade, assumir uma função preponderante na cena política brasileira.¹¹

2. Funcionamento do sistema parlamentar no Império

Estando o sistema parlamentar baseado simplesmente numa lei que não tinha o condão de retirar do Imperador suas atribuições constitucionais – o que somente poderia ser feito por uma emenda ao texto de 1824 –, o funcionamento do parlamentarismo teve de ser adaptado à realidade institucional brasileira, criando arranjos que serão a seguir estudados.

2.1. Sistema parlamentar e Constituição de 1824

O regime parlamentar não foi, como visto, uma criação brusca na tradição constitucional brasileira, foi uma resposta às circunstâncias pelas quais passava a sociedade do Império. Não foi também uma criação do poder constituinte, uma vez que a Lei da Presidência do Conselho não tinha força constitucional, permanecendo o texto de 25 de março de 1824 inalterado.

O regime parlamentar se foi constituindo lentamente na política imperial, sendo que a compreensão da Constituição variou fundamentalmente de geração para geração, como fica evidente nesse pronunciamento de Alves Branco (Marquês de Caravelas) na Sessão de 10 de julho de 1841 do Senado: “Eu creio que a Constituição é uma lei que ainda não está bem entendida nem desen-

volvida em leis regulamentares que hão de ir pouco a pouco aparecendo e passando em tempo próprio”. Ou na fala de Antônio Carlos de Andrada, no mesmo local, em junho de 1841: “Senhores, a Constituição foi feita às carreiras; quanto mais nela medito, mais me persuado que quem a fez não entendia o que fazia”.¹² Ao que rebate Nabuco, afirmando que não a Constituição, mas sim o regime parlamentar é que surgira de repente e, assim, necessitava de tempo para desenvolver-se (NABUCO, 1997, p. 89). Isso prova que as instituições e conceitos da Constituição não eram estáticos, sendo somente conhecidos quando em funcionamento, com o exercício contínuo da prática constitucional.

A verdade é que a prática constitucional do Império, como visto, é que tendeu ao estabelecimento do regime parlamentar, tanto por uma evolução consuetudinária, como por um esforço de imitação de padrões europeus, uma vez que esse sistema não era o expresso na Constituição de 1824, salvo por uma característica: a prerrogativa imperial de dissolver a Câmara dos Deputados.

A Constituição implantava, acima de tudo, até mesmo pela natureza de Pedro I, um predomínio do poder pessoal do Imperador sobre todas as demais esferas da vida política, sonogando à Assembléia Geral a grande característica do governo parlamentar, que é o poder decisório sobre a composição e permanência do ministério. Ao contrário, estava entre as atribuições do Poder Moderador nomear e demitir livremente os ministros (PACHECO, 1958, p. 228).

As aparências do sistema parlamentar eram mantidas, mas em realidade o poder imperial era a verdadeira força de decisão no mecanismo institucional, o que ficava ainda mais patente com a inexistência de um eleitorado forte que respaldasse a atuação dos partidos e legitimasse a representação nacional.¹³

Entretanto, não faltam autores a reconhecer, mesmo diante do antagonismo ao texto da constituição, a existência do sistema par-

lamentar no Império do Brasil. Entre eles Oliveira Viana, Afonso Celso e Raul Pilla, que chega a distinguir orientações distintas ante a Constituição nos dois reinados: com D. Pedro I, a Constituição tinha caráter presidencialista; mas com D. Pedro II, o sistema parlamentar tornou-se uma conquista definitiva e pacífica, não nos moldes britânicos ou franceses, mas nos moldes típicos da realidade brasileira (CARNEIRO, 1965, p. 37).

Assim, durante a vida do sistema parlamentar no Império do Brasil, apesar de o foco constitucional de poder ser o Imperador, as principais atividades da vida política foram transferidas do Palácio de São Cristóvão para a Assembléia Geral do Império, o que torna necessária uma análise, ainda que breve, de sua estrutura e funcionamento.

2.2 Estrutura da Assembléia Geral

O Poder Legislativo do Império era delegado à Assembléia Geral, um órgão bicameral, com uma Câmara dos Deputados e um Senado, sendo a Assembléia, como o Imperador, representante da nação brasileira, nos termos do artigo 11 da Constituição.

As legislaturas eram de quatro anos e as câmaras reuniam-se anualmente por quatro meses, sendo a sessão aberta no dia 3 de maio de cada ano com a Fala do Trono, em que o Imperador dava à Assembléia um balanço das atividades políticas do Império, balanço esse comumente elaborado pelo Presidente do Conselho de Ministros, que aproveitava a autoridade do soberano para lançar as propostas a serem discutidas na sessão parlamentar que se iniciava.

A Câmara dos Deputados era a câmara eletiva e temporária da Assembléia Geral, composta por representantes eleitos pelas províncias do Império. Entretanto, a Constituição não estabelecia regra clara quanto ao número de deputados, deixando para a lei regulamentar, conforme o artigo 97, tal fixação. O número de deputados variava de legislatura para legislatura, sendo que a

cada processo eleitoral o quadro era reelaborado. São Vicente (PIMENTA BUENO, 1857) defende que o número não deve ser nem muito pequeno, nem muito grande. Se pequeno, não acumularia a Câmara as luzes necessárias para cumprir seu papel, se muito grande, não ensinaria ordem e moderação nas deliberações.¹⁴

O Senado por sua vez era vitalício, sendo igualmente eletivo. Cada província tinha direito a eleger para o Senado tantos senadores quantos fossem metade dos seus respectivos deputados, sendo que a província com somente um deputado elegeria um senador.¹⁵ As eleições para o Senado eram feitas por listas tríplices, das quais escolhia o Imperador, titular do Poder Moderador, o novo Senador, não sendo este necessariamente o mais votado da lista.

Sobre a vitaliciedade dos senadores, ensina São Vicente (PIMENTA BUENO, 1857, p. 56):

“A condição do caráter vitalício do senador é de alta importância para que bem satisfaça a sua missão. Uma vez escolhido está independente do povo e da coroa. Está independente dos eleitores não só de uma localidade ou província, mas de toda e qualquer parte do Império; ele não tem que esperar ou temer das paixões populares, deve atendê-las só quando justas e úteis. Está independente da coroa, pois que não é sujeito à nova escolha, nem ela pode dissolver o Senado e nem mesmo aumentar o número de senadores, embora pudesse desejar”.

O Senado tinha obviamente um caráter mais conservador que a Câmara dos Deputados, era ele que fazia o balanço, o equilíbrio entre progresso e conservação, entre interesses móveis e fixos. Era animado por paixões moderadas, não reconhecendo inovações senão as mormente úteis (PIMENTA BUENO, 1857, p. 56). Nabuco de Araújo defendia na tribuna do Palácio do Conde dos Arcos que “o Senado não faz política; não se deve envolver na política do dia;

constituindo um partido, não há resolução possível para os conflitos, senão a revolução” (NABUCO, 1997, p. 1102). Era, pois, o Senado, para os construtores do Império, uma garantia de estabilidade institucional.

É exatamente nessas duas câmaras da Assembléia Geral que se desenvolveu o sistema parlamentar do Império, nelas foram discutidas as medidas dos gabinetes, delas saíram os Presidentes do Conselho e grande parte dos ministros e foi nelas que nasceram as principais medidas de aprimoramento do regime representativo e parlamentar do Brasil imperial.

2.3. Formação do Gabinete

A formação de um gabinete, durante o regime parlamentar imperial, iniciava-se com o convite por parte do Imperador a um dos líderes partidários para ocupar o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, assumindo, assim, as vezes de Chefe do Poder Executivo. A escolha do Presidente do Conselho era totalmente do arbítrio do soberano, não sendo condicionada por qualquer regra, ainda que costumeira. D. Pedro II chamava a São Cristóvão quem bem entendesse, fosse liberal ou conservador, fosse da maioria ou da minoria na Câmara dos Deputados.

Nomeado o Presidente do Conselho, este tinha o poder de formar o seu Ministério, ainda que as nomeações fossem feitas, formalmente, pelo Imperador. O Presidente do Conselho tinha igualmente o direito de pedir a demissão de um membro do Gabinete, substituindo-o por outra pessoa de sua confiança. Como visto, a maioria dos presidentes não teve um domínio real do ministério, sendo que somente poucos lideraram realmente os governos a que estavam à frente.

Essa relativa independência do Presidente do Conselho pode ser ilustrada por um episódio de 1883, quando o Presidente do Conselho, Lafayette Pereira, pediu a demissão do Ministro da Guerra, Rodrigues Júnior, por considerá-lo incompetente. O mi-

nistro recorreu ao Imperador pedindo uma reparação pela afronta do presidente. D. Pedro II respondeu que, desde o primeiro ministério de Carneiro Leão, e principalmente depois da Lei da Presidência, transferira para o Presidente do Conselho a prerrogativa de nomear e demitir os membros do Gabinete.

Por outro lado, exemplos contrários também existem, como o narrado por Eusébio de Queirós, ministro da Justiça do Ministério de 29 de setembro de 1848, que tinha como Presidente do Conselho o Marquês de Olinda. O Imperador manifestou a Eusébio, em outubro de 1849, estar satisfeito com o ministério, mas não com o seu Presidente. O Ministro da Justiça levou a vontade do Imperador a seus colegas e Olinda afastou-se, alegando divergências quanto à política do Império no Rio da Prata, sendo substituído na Presidência do Conselho pelo Ministro do Império, Visconde de Monte Alegre, e assumindo a pasta dos Negócios Estrangeiros, anteriormente ocupada pelo Presidente demissionário, o Visconde do Uruguai (NABUCO, 1997, p. 123).

Os ministros não eram necessariamente membros da Assembléia Geral. O Presidente do Conselho poderia escolher entre os deputados, os senadores ou qualquer outra pessoa que julgasse capaz de assumir a pasta vaga. Isso gerou uma polêmica na Sessão Parlamentar de 1843. Em 22 de setembro, o deputado Nabuco de Araújo propôs uma resolução autorizando os Ministros que não fossem deputados a assistir às discussões das duas câmaras. O debate na Câmara dos Deputados fixou-se em saber se a norma deveria constar de lei, como defendia Nabuco, ou deveria constar no regimento da casa. A segunda posição foi vitoriosa, deixando-se para cada uma das câmaras regular o acesso dos ministros não-parlamentares às suas sessões. Isso gerou uma situação interessante, enquanto podiam os Ministros comparecer à Câmara dos Deputados, não podiam comparecer ao Senado, uma vez que esta casa não aprovara a auto-

rização (NABUCO, 1997, p. 87). Ao mesmo tempo, o Ministro que fosse Senador poderia participar dos debates também na Câmara dos Deputados, ainda que o artigo 31 da Constituição estabelecesse que “não se pode ser ao mesmo tempo membro de ambas as câmaras”.

Os Ministros eram considerados os primeiros agentes do monarca no exercício do Poder Executivo, mas também partes integrantes e, assim, também titulares desse poder. Atuavam como personagens importantíssimos da Coroa, sendo seus conselheiros, administradores, juizes administrativos, tutores dos estabelecimentos pios e de proteção, executores das leis de interesse público, enfim, as forças vivas do Poder Executivo (PIMENTA BUENO, 1857, p. 260).

Durante a primeira parte do Segundo Reinado, os gabinetes eram compostos por apenas seis pastas: Império, Justiça, Estrangeiros, Fazenda, Marinha e Guerra. Somente com o Ministério Caxias, de 2 de março de 1861, foi criado o Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, que teve como seu primeiro titular Joaquim José Inácio (Visconde de Inhaúma).

Outra característica interessante dos ministérios do Império é o acúmulo, por parte de seus membros, de diversos cargos. Um ministro poderia ser, por exemplo, Senador, Conselheiro de Estado, Juiz de Direito, Presidente de Província e ainda participar das sessões da Câmara, como visto acima, mantendo todos os cargos, sem nenhuma incompatibilidade¹⁶. Somente no final do Império, com a Lei das Incompatibilidades, foi proibida a acumulação de um cargo político com um de magistrado. Havia uma regra peculiar em relação aos Deputados que assumiam pastas no Gabinete. O artigo 29 da Constituição estabelecia que

“os senadores e deputados poderão ser nomeados para os cargos de ministros de Estado, ou conselheiros de Estado, com a diferença de que os senadores continuarão a ter assento no Senado, e o deputado deixa vago o seu

lugar da Câmara, e se procede à nova eleição, a qual pode ser reeleito e acumular as duas funções”.

Uma das razões do acúmulo de funções era o baixo vencimento dos ministros de Estado, que percebiam quantias insuficientes para a vida na Corte. Era comum um parlamentar de poucas posses não aceitar um ministério por falta de recursos financeiros, problema que persistiu durante todo o Império e somente foi sanado com o advento da República¹⁷. Muitos autores consideram que nenhuma reforma teria sido mais relevante para a sobrevivência do Império do que a remuneração adequada dos mais importantes cargos públicos, notadamente, os de ministros de Estado.

Assim, a permanência no Gabinete muitas vezes significava para o Ministro o adiamento de planos e aspirações pessoais, sendo que por muito tempo a lamentação dos ministros foi o traço característico dos gabinetes do Império. Obviamente, essa “sofreguidão das pastas”, como chama Joaquim Nabuco (1997, p. 626), não impedia o desejo de ser Ministro, comum a qualquer estadista. Entretanto, criava obstáculos claros a permanências mais longas na titularidade das pastas, sendo que se pode apontar como uma das causas do contínuo revezamento de ministros no Segundo Reinado essa baixa remuneração, que fazia com que somente poucos homens de primeira ordem se pudessem manter anos consecutivos no Gabinete.

2.4. Responsabilidade política do Gabinete

Talvez as características institucionais que mais reforcem o caráter parlamentar do sistema desenvolvido no reinado de D. Pedro II sejam a possibilidade de a Câmara dos Deputados derrubar o Gabinete por votos de desconfiança e a prerrogativa do Imperador de dissolver a mesma Câmara dos Deputados (CARNEIRO, 1965, p. 39).

Os votos de desconfiança não eram muito comuns na Câmara dos Deputados. Caíram, por exemplo, por censura da Câmara, o Ga-

binete Macaé em 1848, o Gabinete Caxias em 1862 (numa votação que por um voto condenou o ministério e que, para muitos, acabou empatada), o Gabinete Zacarias de 1862 (que durou somente 3 dias), o Gabinete Furtado, em maio de 1865 (derrubado por voto secreto da Câmara no início da sessão parlamentar), entre outros.

Era comum os próprios ministérios provocarem na Câmara a votação de confiança, para, assim, reafirmar o seu poder diante do corpo legislativo. Foi assim com os gabinetes que promoveram as principais reformas do Segundo Reinado, como a reforma eleitoral e a própria emancipação, esta durante o Gabinete Rio Branco.

Os votos de desconfiança, apesar de não figurarem como atribuição expressa da Câmara na Constituição de 1824, poderiam ser enquadrados na função de fiscalização política e administrativa que tinha aquela casa, o que a tornava de alguma forma responsável pela atuação do ministério.¹⁸ Pode-se também afirmar que o desenvolvimento do voto de desconfiança, por parte da Câmara dos Deputados, é mais um ponto da evolução dos costumes constitucionais do Império na direção do sistema parlamentar. O legislativo poderia entrar em choque com o ministério, levando, inclusive, à sua dissolução.

É interessante como, já no Império, os parlamentares sentiam um dos principais problemas da utilização do voto de desconfiança, qual seja, a instabilidade gerada pela derrubada de um Gabinete sem a estruturação do sucessor, o que demonstra a falta de racionalização da política e do próprio sistema parlamentar. Tal preocupação, que modernamente foi resolvida, por exemplo, com o artigo 67 da Lei Fundamental de Bonn (23 de maio de 1949)¹⁹, pode ser percebida no debate que antecedeu a votação de confiança do dia 5 de junho de 1866, quando a situação liberal era ameaçada pela oposição conservadora, que, por sua vez, se negava a assumir o poder. É o famoso “discurso do Saturno”, do Senador e então Minis-

tro da Justiça Nabuco de Araújo, que trata exatamente dos temas ministério, maioria, confiança e dissolução, sendo o seguinte trecho bastante significativo:

“O Sr. Ministro da Justiça: – Se não quer” (assumir o governo) “não deve derrubar o ministério, porque a responsabilidade há de ser do Partido Conservador, se porventura chamado ao poder recusá-lo por tremer diante de sua obra. O Sr. Pimenta Bueno: – Há exceção declinatória! O Sr. Ministro da Justiça: – A exceção declinatória não é do homem político; não pode o homem político derrubar o ministério quando não quer o poder, quando não quer substituí-lo” (NABUCO, 1997, p. 631).

2.5. Dissolução da Câmara dos Deputados

Se o voto de desconfiança foi um desenvolvimento do sistema parlamentar do Império além do texto constitucional de 25 de março, a dissolução da Câmara dos Deputados está expressamente prevista como uma das prerrogativas do Imperador, enquanto titular do Poder Moderador, no artigo 101, nº 5, da Constituição²⁰.

A Câmara dos Deputados podia se opor ao Ministério, o que levava, obviamente, a um voto de desconfiança. O que fazia ante essa realidade o Imperador? Ou aceitava a demissão do ministério, ou, demonstrando ele confiança no ministério, determinava a dissolução da Câmara dos Deputados, o que fazia única e exclusivamente por sua vontade, por seu arbítrio, era verdadeiramente a dissolução uma prerrogativa régia.

Segundo São Vicente (PIMENTA BUENO, 1857, p. 210),

“prerrogativa indispensável e essencialmente ligada ao Poder Moderador. Predomine ou não uma facção, intente ou não uma política fatal, desde que dá-se um desacordo entre a câmara dos deputados e o ministério, o poder moderador é pela natureza das coisas chamado a examinar, e em sua

consciência apreciar onde entende estar a razão. Se da parte da câmara cumpre dissolver o ministério; se da parte deste cumpre dissolver aquela, e dessa arte consultar a nação, para que por uma nova eleição manifeste o seu juízo e desejos. Se a nova maioria vem animada das mesmas idéias, então o ministério deve retirar-se, se, pelo contrário, é de diverso pensar, o acerto da dissolução fica demonstrado, e a harmonia restabelecida”.

Durante a vigência do sistema parlamentar no Império, a dissolução foi um ato extraordinário, que agitava a vida política e social do país. Era uma medida que preocupava os governos e a oposição, medida que tinha, aos olhos dos parlamentares, um tom de instabilidade e de insegurança. O simples boato de dissolução fazia com que o Parlamento se movimentasse para solucionar os seus problemas, como bem ilustra o senador Nabuco de Araújo, na Sessão de 2 de agosto 1869: “E para ser franco, direi que a palavra dissolução resolve as questões de gabinete a maior parte das vezes a favor do governo” (NABUCO, 1997, p. 418).

A verdade é que a dissolução da Câmara era a chave política com a qual o Imperador abria e fechava as situações ao longo do seu reinado, era uma atribuição que D. Pedro II exercia sem qualquer controle, diferentemente do que ocorria à época na Inglaterra, por exemplo, onde a dissolução somente era determinada pela Rainha mediante pedido do Gabinete, sendo impossível à soberana negar tal dissolução ante a determinação do Governo.

Poderia ocorrer, por exemplo, de um Gabinete, depois de um voto de desconfiança, pedir a dissolução, não sendo tal proposta aceita pelo Imperador, pois sua consciência, para usar os termos de São Vicente, concluiu que a razão estava com a Câmara. Exemplo disso pode ser a queda do Gabinete Caxias, bem como a queda de seu sucessor, o 1º Gabinete Zacarias. Ambos os presidentes, o Marquês de Caxias e o se-

nador Zacarias de Góis e Vasconcelos, pediram a dissolução, que foi negada pelo Imperador²¹.

Os registros históricos em geral atenuam a força que esta prerrogativa dava a D. Pedro II, atribuindo-lhe certa parcimônia no seu exercício. As funções fiscalizadora e moralizadora que tinha o Imperador por meio da dissolução assumiam a índole que lhes quisesse dar o monarca, que de forma alguma deixava de utilizá-la quando a acreditava necessária. Tanto era assim que pelo menos por três vezes dissolveu a Câmara sem motivo razoável, por pura vontade, como podia fazê-lo desde que considerasse em jogo “a salvação do Estado” (CARNEIRO, 1965, p. 40).

Entretanto, os números são mais contundentes. Segundo José Murilo de Carvalho (1996, p. 370-371), 11 das 17 legislaturas do Segundo Reinado, ou seja, 65% delas, foram dissolvidas pelo Imperador. Dessas onze dissoluções, dez foram precedidas de consulta ao Conselho de Estado, sendo que em somente três casos o monarca não seguiu a opinião de seu órgão consultivo.

Conclusão parcial

Como analisado até esta parte do presente estudo, o sistema parlamentar no Império foi uma decorrência necessária de conjunturas históricas, iniciadas com a abdicação de Dom Pedro I. Num processo de adaptação das instituições consagradas na Constituição de 1824, desenvolveu-se um modelo de governo que mesclava traços de preponderância do poder imperial com práticas assemelhadas ao regime de Gabinete inglês. Entretanto, o texto constitucional do Império continuava inalterado, atribuindo ao Imperador a posição de árbitro maior das relações políticas brasileiras.

No eventual confronto entre a Assembléia e o Imperador, os dois representantes da nação brasileira, a questão da legitimidade exsurgia, pendendo a balança, incontestavelmente, para o monarca. Desse modo,

a configuração de um verdadeiro sistema parlamentar passava pela legitimação democrática dos membros da Assembléia, que os levaria a ombrear com o Imperador no exercício dos poderes do Estado.

Tal conclusão impõe o estudo das eleições e do sistema representativo do Império, buscando verificar se vivia o Brasil, neste período, uma democracia coroada. Essa tarefa, extremamente interessante, será desenvolvida na segunda parte deste estudo, com a qual será possível concluir se o sistema de governo do Segundo Reinado era, ou não, um modelo de parlamentarismo.

Notas

¹ Em especial o capítulo 2.

² Tanto que é nele que Pedro I abdica: “Usando do direito que a Constituição me concede, Declaro que Hei mui voluntariamente abdicado na pessoa do meu muito amado e prezado filho, o Sr. D. Pedro d’Alacântara”.

³ “Eu não tive arrebatamento; se não fosse aconselhado por diversas pessoas que me cercavam teria dito que eu não queria”, nota do Imperador D. Pedro II a Tito Franco de Almeida, (1994 apud NABUCO, 1997, p. 68).

⁴ “Começando então a governar com menos de quinze anos, não fazia questão de ministros. Saíram dentre os que me fizeram maior”, nota do Imperador D. Pedro II a Tito Franco de Almeida, (1994 apud NABUCO, 1997, p. 78).

⁵ Reproduz Joaquim Nabuco (1997, p. 78), a seguinte discussão na Sessão de 24 de maio de 1843 na Câmara dos Deputados: “O sr. Ferraz: – A que grupo pertence o sr. Aureliano, cuja posição era e é sempre excelente? O sr. Sebastião do Rego: – Não sei. Uma voz: – Ao do Paço!”.

⁶ Constituição Política do Império do Brasil, artigo 98.

⁷ Ressalta ainda o Visconde do Uruguai (1997) que as duas constituições por ele conhecidas que taxativamente separavam o Poder Moderador, colocando-o como um quarto poder do Estado e não como prerrogativas entre os poderes do Executivo, eram a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826, ambas, não por acaso, elaboradas pelo mesmo constituinte: no Brasil, Pedro I, e, em Portugal, Pedro IV.

⁸ O tema “Poder Moderador” é extremamente amplo, tendo ensejado diversas discussões e polê-

micas acerca de sua natureza, exercício e limites, durante o Império e mesmo depois dele. Entretanto, somente interessa aqui deixar claro quais as prerrogativas que tinha o Imperador no exercício de tal poder, como agia para concretizar a função que lhe era atribuída no artigo 98 da Constituição. Para uma melhor análise das polêmicas acerca do Poder Moderador, ver: PIMENTA BUENO, 1857; SOUSA, 1997; VASCONCELOS, 1862; SOUZA, 2001; BARRETO, 2001, no qual o autor afirma, em 1871, que a esse tema “se acham reduzidos quase todos os problemas do nosso direito público” (Cf. BARRETO, 2001, p. 187).

⁹ Importante destacar os termos do artigo 178 da Constituição de 1824: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. O texto constitucional do Império era, assim, semi-rígido, como destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 129). Entretanto, da simples leitura do transcrito dispositivo fica claro que as alterações relativas ao sistema de governo, por serem relativas às atribuições dos poderes políticos, somente poderiam ser efetuadas com observância das formalidades descritas nos artigos 175 a 177 da Constituição, que somente foram cumpridas uma vez na sua vigência, para a elaboração do Ato Adicional de 1834.

¹⁰ Constituição Política do Império do Brasil, artigo 101, nº 6.

¹¹ “Durante esse ministério o Imperador, então na flor da idade, tinha chegado à maturidade do espírito político. Já não era o espírito hesitante, tímido e por isso mesmo às vezes temerário, que fora nos primeiros gabinetes do reinado, desconfiado de que o pudessem acreditar pupilo dos seus ministros e dar-lhe um favorito” (NABUCO, 1997, p. 312).

¹² Interessante a observação de Antônio Carlos, uma vez que é ele o elaborador da Constituição republicana da Revolução de 1817 em Pernambuco e o principal redator do projeto desenvolvido pela Constituinte de 1823, dissolvida por Pedro I em 12 de novembro daquele ano. (Cf. FRANCO, 1981, p. 118).

¹³ Sobre esse ponto da inexistência de eleitorado forte no Brasil imperial e da antecedência da organização institucional à social, interessante a análise efetuada por Cezar Saldanha Souza Jr. em sua tese de doutorado, *O consensus no constitucionalismo ocidental*, 1984; bem como em *A crise da democracia no Brasil*, 1978.

¹⁴ No momento da publicação da obra de São Vicente, contava a Câmara dos Deputados com 116 membros, 1857. (Cf. PIMENTA BUENO, p. 55).

¹⁵ Constituição Política do Império do Brasil, artigos 40 e 41.

¹⁶ Proibia-se, exclusivamente, que o Senador e o Deputado exercesse, durante o período da sessão anual de 4 meses, qualquer outro emprego que não fosse o de Ministro de Estado ou de Conselheiro de Estado, mas a incompatibilidade é quanto ao exercício, não quanto ao cargo, que é mantido. Interessante a exegese do artigo 32 da Constituição de 1824 feita por São Vicente, (PIMENTA BUENO, 1857, p. 123).

¹⁷ Essa foi a situação vivida mais de uma vez pelo senador José Thomaz Nabuco de Araújo, como conta seu filho, Joaquim Nabuco (1997, p. 671): “A fraqueza da sua situação em política, o que a tornava precária e contingente, era esta: ele só podia ser ministro de passagem, não se podia sustentar no ministério senão por pouco tempo. A principal crise, como ministro, para ele não era exterior ou política, era a das suas próprias circunstâncias. Sua posição no Parlamento, sua autoridade no partido, sua capacidade para o governo, de alguma forma lhe impunham a aceitação do ministério. Uma vez, porém, no governo ele tinha que pensar em deixá-lo. Sem fortuna, a pequena reserva que levasse da advocacia seria depressa consumida; depois teria de contrair dívidas para pagar quando deixasse o ministério, com a contingência de morrer sem as saldar, o que era naturalmente uma terrível constrição, e, portanto, uma forte razão para sair, para voltar à profissão que o podia libertar, para deixar um cargo que o empenharia cada vez mais. No fundo, é assim que se explica em grande parte a relutância de Nabuco em entrar e sua ânsia em sair do governo, o que quer dizer que ele tinha como chefe de partido uma posição que não podia desempenhar cabalmente, pelo que também nunca reclamou em política toda a sua parte, recusou títulos, desistiu da direção que devia aspirar se tivesse a independência pessoal, ou se o Império tivesse julgado de boa política, como a Inglaterra, sobretudo em um país, como o nosso, sem aristocracia para dedicar-se por prazer à causa pública, retribuir os cargos de forma a poderem ser ocupados sem sacrifício e angústia pelos mais capazes”.

¹⁸ Sobre as atribuições de fiscalização política da Câmara dos Deputados, ver: PIMENTA BUENO, 1857, p. 60.

¹⁹ “Artigo 67. (Voto de desconfiança).

(1) O Parlamento Federal apenas poderá votar a desconfiança no Chanceler desde que tenha eleito, por maioria de seus membros, um sucessor, requerendo ao Presidente Federal a exoneração do Chanceler Federal. O Presidente Federal deverá satisfazer este requerimento e nomear o eleito”.

²⁰ “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) 5º. Prorrogando ou adiando a Assembléia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputa-

dos, nos casos em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra que a substitua”.

²¹ “Disse ao Zacarias, na presença do Caxias, que o ministério não se retirava por falta de confiança, mas porque não anuiria à dissolução, ainda que ma propusessem”. Notas do Imperador D. Pedro II a Tito Franco de Almeida, *O Conselheiro Francisco José Furtado*, apud NABUCO 1997, p. 440.

Referências

- ALMEIDA, Tito Franco de. *O conselheiro Francisco Furtado: biografia e estudo da história política contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1944. (Coleção Brasiliense, v. 245).
- BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: _____. *Introdução ao estudo do direito: política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNEIRO, Levi. *Uma experiência parlamentarista*. São Paulo: Martins, 1965.
- CARVALHO, José Murilo de. *Teatro das sombras: a política imperial*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ; Relume Dumará, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1958. 1 v.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. (Marquês de São Vicente). *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve & C., 1857.
- SOUSA, Paulino José Soares de. (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *O consensus no constitucionalismo ocidental*. 1984. 541 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.
- SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do poder moderador*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- VASCONCELOS, Zacarias de Góis. *Natureza e limites do poder moderador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.
- VERNEY, Douglas V. *The analysis of political systems*. London: Routledge & Kegan Paul, 1979.

A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado

Enio Moraes da Silva

Sumário

1. Considerações introdutórias. 2. A garantia constitucional da razoável duração do processo. 3. A natureza jurídica do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. 4. Apuração do significado da expressão: “razoável duração do processo”. 5. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. 6. A demora na prestação jurisdicional e a obrigação de indenizar do Estado. 7. Responsabilidade estatal: objetiva ou subjetiva? 8. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado. 9. O estrito cumprimento de dever jurídico: uma nova excludente. 10. Conclusões

1. Considerações introdutórias

Entre as várias inovações trazidas pela denominada Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, encontra-se o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que assim está redigido: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O objetivo principal da Reforma do Judiciário é tornar esse Poder mais célere, eficaz e justo. E um dos meios para que isso possa ser efetivado é proporcionar ao cidadão uma Justiça ágil que ministre a jurisdição com presteza, atendendo aos anseios do jurisdicionado, de modo a não prejudicar aquele que busca realizar o seu direito pelas mãos do Judiciário.

Enio Moraes da Silva é Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Comparado pela *University of Florida* e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Se o Estado-juiz, historicamente, avocou para si a função de dizer o direito e solucionar os litígios existentes na sociedade, deve ele exercer esse mister com eficiência e atender aos reclamos da sociedade, sob pena de, não o fazendo, frustrar as expectativas dos cidadãos, gerar insegurança jurídica, causar instabilidade social e, ainda, prejudicar a viabilização dos direitos fundamentais. Por isso, o dispositivo constitucional ora enfocado se insere nesse contexto de realização da justiça social. A garantia de uma duração razoável do processo não pode ser vista como mero instrumento formal processual, mas deve ser tida como um elemento a mais a pautar o exercício da jurisdição, ao lado de outras garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e o *due process of law*, tudo a servir um propósito maior que é a realização da verdadeira justiça.

Totalmente ultrapassada a velha concepção embutida na frase: “a Justiça tarda mas não falha”. A justiça tardia, muitas vezes, é justiça falha. A velocidade das relações sociais do mundo moderno deve ser acompanhada por uma administração da justiça igualmente célere.

De outro lado, na solução dos conflitos pelo Estado-juiz, não devem ser esquecidos os direitos dos jurisdicionados, que não podem, simplesmente, ser sacrificados para que se alcance uma decisão judicial a qualquer custo.

Daí, devido ao relevante papel exercido pelo Poder Judiciário cuja demanda pelos seus serviços tem crescido a cada dia, constata-se que a Justiça precisa estar aparelhada e adaptada aos novos tempos para propiciar ao cidadão uma via de solução eficiente para os problemas que afligem a sociedade. Se isso não vier a ocorrer, haverá um grave comprometimento da confiança que hoje se deposita no Poder Judiciário, sob pena de agravarem-se os meios de solução não estatal dos conflitos sociais.

Observação nesse sentido é feita por Maria Tereza Sadek (2001, p. 8):

“Face às deficiências das instituições do sistema de Justiça, tem sido crescente o número de conflitos que passam a ter solução fora do império da lei, ameaçando tanto a consolidação do Estado de Direito quanto a convivência democrática e civilizada.”

Este brevíssimo estudo tem por escopo apresentar uma análise da garantia constitucional da razoável duração do processo, delimitando o seu alcance e os seus limites, bem como confrontá-la com a necessária observância de outras garantias que com ela se relacionam, além da conseqüente responsabilidade do poder público derivada do eventual descumprimento da referida garantia constitucional do jurisdicionado.

É patente o confronto entre a garantia de uma razoável duração do processo e o necessário cumprimento de exigências de cunhos processual e constitucional, as quais, não raro, retardam o andamento do processo judicial. Este trabalho tentará analisar esse inevitável embate e oferecer proposta no sentido de obter-se um equilíbrio nessa relação, incluindo os limites da responsabilidade do poder público pela demora na prestação jurisdicional.

Cumprir esclarecer que o dispositivo constitucional ora enfocado também garante os litigantes no processo administrativo, o qual igualmente deve obediência a esse postulado da razoável duração do processo. Este trabalho limitará seu campo de estudo ao âmbito do processo judicial, mas quase todas as considerações que aqui serão feitas são aplicáveis ao processo administrativo.

2. A garantia constitucional da razoável duração do processo

Ao lado das já tradicionais garantias relativas ao processo judicial contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas, a presunção de inocên-

cia, a publicidade e a motivação dos atos processuais, um novo direito fundamental do jurisdicionado foi incorporado ao Texto Maior: *o direito a um processo judicial (ou administrativo) com duração razoável e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.*

Destarte, a garantia do devido processo legal somente estará completa se o respectivo processo legal a que o jurisdicionado tenha que se submeter contar com uma duração razoável, devendo o Estado, conseqüentemente, providenciar os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

Não basta ainda que o poder público dê garantias de amplo acesso à Justiça, conforme obriga a CF/88 (inciso XXXV do art. 5º). Seu dever é de ministrar uma Justiça célere, dentro do que se considera um prazo razoável de duração do processo. E se o Judiciário não pode ainda oferecer essa necessária celeridade processual, o Estado não pode ficar inerte, sob pena de estar violando um mandamento constitucional. Deverá, assim, a esfera de poder público competente providenciar os meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

O fato de o dispositivo em tela ter sido incorporado ao texto da Constituição não significa que somente após o seu aparecimento é que a *razoável duração do processo* tornou-se obrigatória. Mesmo antes da EC 45/04, que tornou esse postulado expresso no Texto Magno, pode-se dizer que essa garantia de celeridade da prestação jurisdicional já existia de forma implícita no direito brasileiro.

O princípio de acesso à justiça já garantia uma prestação jurisdicional eficiente, que deve ser feita em tempo razoável. Admitir o contrário tornaria letra morta esse princípio constitucional. O acesso à justiça deve levar o cidadão a obter uma solução eficiente do seu litígio em um prazo suficientemente célere.

“Isso importa dizer que todos têm acesso à justiça para postular e obter uma tutela jurisdicional adequada.

Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, porquanto o direito à prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva” (CARVALHO, 2005, p. 216).

Além disso, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável (...)” (art. 8º,1).¹ Esse tratado internacional, ratificado pelo Brasil e plenamente válido em nosso sistema, já seria suficiente para autorizar a interpretação de que a razoabilidade na duração de um processo judicial é medida a ser obrigatoriamente obedecida em nosso país.

Nos Estados Unidos também há previsão de um julgamento rápido, em matéria criminal (*speedy trial clause*), como princípio constitucional a ser cumprido pelo Poder Judiciário, conforme o disposto na Emenda n. 6 (1791) à Constituição norte-americana, que diz que “em todos os processos criminais, o acusado usufruirá do direito a julgamento rápido e público.”

Mesmo no direito brasileiro, há disposições legais semelhantes no Código de Processo Penal, garantindo ao acusado no processo criminal audiências e sessões de acordo com as necessidades do *rápido andamento dos feitos* (art. 791) e que, além das audiências e sessões, os atos processuais *serão públicos* (art. 792). Outro expediente legal que deve contribuir para a celeridade da tramitação do processo criminal é o previsto no art. 798 do mesmo Código, que impõe que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.”

Anselmo Prieto Alvarez e Wladimir Novaes Filho (2001, p. 73), mesmo antes da EC 45/04, já comentavam a previsão de um julgamento rápido e público em nosso direito, a exemplo daquele existente no direito norte-americano:

“A preocupação com a rapidez do julgamento de infração penal, no direito brasileiro, resta evidenciada, especialmente quanto ao réu preso, sendo que a Constituição do Brasil estabelece como regra: a publicidade de quaisquer julgamentos, seja cível ou penal, regra esta que no entanto é sujeita a exceções previstas no próprio texto constitucional.”

Nessa evolução do nosso direito, o novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 veio, então, consagrar de vez essa necessidade de um julgamento judicial, de qualquer ramo do direito, dentro de um prazo razoável como garantia constitucional fundamental do jurisdicionado.

3. *A natureza jurídica do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88*

Impende esclarecer, neste ponto, que o dispositivo constitucional em exame tem aplicabilidade imediata. Não se enquadra, como pensam alguns, na categoria de norma constitucional programática. Sérgio Bermudes (2005, p. 11), por exemplo, defende, equivocadamente, que “a norma deste inciso LXXVIII, acrescentada agora ao art. 5º da Constituição Federal, é programática, se se quiser repetir Pontes de Miranda, ou idealista”.

Todavia, a própria Constituição afasta qualquer dúvida sobre a natureza do art. 5º inciso LVXXVIII, dizendo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (parág. 1º do art. 5º). Tendo em vista, portanto, que o princípio da razoável duração do processo se enquadra na categoria de garantia constitucional fundamental, pois está expresso na CF/88 em seu Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, nenhuma dúvida que a sua aplicabilidade é imediata.

Aliás, essa característica parece ser o maior mérito do legislador constitucional, que ratificou e expressou inequivocamente esse princípio no texto da Carta Magna,

possibilitando que os seus destinatários possam postular essa garantia sem a necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Confira-se nesse diapasão o magistério de Alessandra Mendes Spalding (2005, p. 33):

“Ao que parece, a grande importância de o direito à tutela jurisdicional tempestiva ser caracterizado como direito fundamental reside na possibilidade de sua aplicação imediata. Apesar de ainda existir discussão na doutrina nacional e estrangeira sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a redação do art. 5º, par. 1º, da CF brasileira não deixa dúvidas ao estabelecer que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.”

Estamos diante de uma nova e relevante garantia constitucional fundamental, instrumento de realização de justiça, com todos os efeitos e conseqüências que devem advir de um preceito contido no Código Magno.

4. *Apuração do significado da expressão: “razoável duração do processo”*

Ditas essas palavras sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, mister se faz adentrar o âmago do princípio ora estudado, perquirindo do alcance e limites da expressão “razoável duração do processo”.

O legislador constitucional utilizou-se de vaguidade e indeterminação ao dizer que a duração do processo deve ser “razoável”. O preceito constitucional em tela está carregado de uma indiscutível dose de subjetivismo que poderá prejudicar a sua compreensão e, conseqüentemente, poderá gerar problemas a quem deseja aplicá-lo ou interpretá-lo. O que é razoável para uns pode não ser para outros. Como, portanto, pode ser definido o que é uma *razoável* duração do processo?

Se essa matéria pudesse ser objeto de regulamentação por lei ordinária, seria missão impossível para o legislador determinar de forma padronizada o que se constitui um tempo razoável de duração de um processo judicial. São tantas variáveis que militam contra uma padronização desse jaez, mormente considerando as mais acentuadas disparidades existentes em nosso país e em nosso Judiciário, que nem mesmo um infinito número de regras conseguiria implementar um padrão único a ser aplicado para cada processo judicial com o objetivo de estabelecer qual seria o prazo razoável que cada um deveria durar.

O problema terá que, necessariamente, ser solucionado casuisticamente, analisando-se os processos individualmente e comparando-os com outros da mesma natureza e que apresentem algumas similaridades básicas.

Não obstante, alguns parâmetros poderão ser usados para saber se um processo teve ou não uma razoável duração, visto que o vocábulo “razoável” possui um conteúdo mínimo aferível em face de determinações legais e constitucionais aplicáveis ao trâmite processual e frente à realidade de nosso sistema jurídico e das peculiaridades do Poder Judiciário brasileiro.

A verificação, portanto, de cada processo submetido ao Judiciário não pode prescindir de uma análise específica do caso concreto que está sendo discutido. A razoável duração do processo e a celeridade da sua tramitação dependem diretamente da complexidade da causa levada ao conhecimento e julgamento dos magistrados. Uma causa simples, que dispensa instrução probatória, não deve demorar mais do que uma causa complexa, na qual exige-se perícia, prova testemunhal, diversos depoimentos pessoais em função da existência de vários autores ou réus etc.

Outra via de análise sobre a razoabilidade do andamento do feito deverá levar em conta a necessária obediência às garantias processuais e constitucionais que vin-

culam o caso concreto. Não pode o juiz, em nome da celeridade processual, sacrificar os princípios do contraditório, da ampla defesa e outros institutos já consagrados em nosso direito que visam garantir um processo escorreito e uma decisão pronta, mas fundamentada e justa.

Nesse diapasão, um parâmetro possível de ser aplicado na aferição da razoabilidade da duração do processo seria a somatória dos prazos processuais, que serviria para constatar se o trâmite processual durou mais do que o prazo total previsto em lei para a soma de todos os atos processuais atinentes àquele feito.

Ao usar-se esse critério, devem ser levadas em conta variáveis nem sempre de responsabilidade do Poder Judiciário (incidentes processuais, demora na produção de provas a cargo de terceiros, desídia das partes, influência de fatos causados pelos procuradores das partes, causas de força maior etc.), não afastando a necessidade de avaliar cada caso concreto, para saber se a duração do processo se verificou dentro do razoável em face de suas peculiaridades.

Aliás, nesse sentido,

“o posicionamento jurisprudencial da Corte Européia dos Direitos do Homem fixa *três critérios* para verificar a razoável duração do processo: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e (iii) da atuação do órgão jurisdicional” (NOTORIANO JÚNIOR, p. 60).

Enfim, todos esses elementos deverão ser utilizados para verificar-se se houve demora na entrega da prestação jurisdicional ou se o processo teve uma duração razoável.

Considerando que o Estado pode ser responsabilizado pelo descumprimento do preceito constitucional, relevante se mostra buscar critérios para a compreensão do que seja uma “razoável” duração do processo, de modo a guiar o intérprete na tarefa de extrair o seu significado. Essa interpretação

deverá ser o fiel da balança entre a responsabilização ou não do poder público pela ministração da justiça, o qual doravante não mais poderá desconsiderar a necessidade de entregar soluções aos conflitos dos jurisdicionados em tempo razoável.

E nessa análise interpretativa, frise-se, não deverão ser olvidadas as garantias legais e constitucionais aplicáveis ao processo judicial, que devem, compulsoriamente, ser observadas pelo Judiciário e que, logicamente, retardam a ultimação da prestação jurisdicional. E por isso afastam a responsabilidade do poder público caso haja demora na solução do conflito submetido ao Estado-juiz, como será demonstrado mais adiante.

5. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

O direito brasileiro adota, em regra, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, tendo consagrado esse posicionamento no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Costuma-se dizer que a responsabilidade por atos jurisdicionais é último reduto a ser alcançado pela teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Isso porque sempre houve uma relutância da jurisprudência em se admitir que o Estado pudesse ser responsabilizado pelos atos dos magistrados. A doutrina, diferentemente, vem há tempos admitindo o dever de indenizar do poder público em decorrência dos atos jurisdicionais.²

Conforme registra a doutrina, os que reftam essa responsabilidade estatal defendem o seguinte:

(a) O juiz não é funcionário público, mas agente político, não podendo ser responsabilizado da mesma forma que os demais agentes públicos. Os seus atos são manifestações iniludíveis do Estado, não gerando responsabilidade pelos seus atos, a não ser em casos específicos previstos em lei (dolo ou fraude).

(b) Independência da magistratura. O juiz não pode ficar sob a pressão da responsabilização pelos seus atos, por ação regressiva, sob pena de ficar tolhido em sua função de julgar.

(c) A soberania do Poder Judiciário. O ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, não podendo gerar responsabilidade do Estado.

(d) Ausência de previsão legal. Tese suportada pela jurisprudência pátria. O Estado não pode ser condenado à míngua de texto expresso de lei que autorize sua responsabilização.

(e) A intangibilidade da coisa julgada. Caso fosse admitida a responsabilidade do Estado por atos dos juizes, haveria violação da coisa julgada e abalaria o princípio da segurança jurídica.

Em resposta a esses argumentos, podem ser alinhavadas as seguintes considerações no sentido de apontar a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais:

(a) A CF/88 basta para afastar a pretendida diferenciação do juiz dos demais agentes públicos. O Art. 37, par. 6º não faz distinção quanto a essa categoria de agentes do poder público. Ao contrário, até pressupõe que os juizes foram incluídos na categoria geral de agentes públicos, pois são agentes do Estado. O juiz é um servidor público. Ele não é agente político, pois seu cargo não é transitório. Deve, assim, o juiz responder como qualquer outro agente público pelos seus atos.

(b) A independência da magistratura não serve para impedir a responsabilidade do poder público, já que todos os Poderes da República são independentes e nem por isso o Executivo, por exemplo, deixa de res-

ponder pelos seus atos. A independência do Judiciário garante ao juiz a liberdade de julgar de acordo com o seu livre convencimento e com imparcialidade e não como escudo para se proteger dos seus próprios atos.

(c) A soberania não pertence ao Poder Judiciário, e nem isoladamente a qualquer outro poder, mas quem a detém é o Estado. Ela é una. Os Poderes não são soberanos, pois devem obediência à lei e principalmente à Constituição.

(d) Não há que se negar direitos por ausência de texto legal. O direito não se limita à lei. Até mesmo porque a responsabilidade do Estado provém diretamente da CF/88 e ela nunca se apoiou em texto legal, mas, sim, nasceu e sedimentou-se com o paulatino trabalho de criação doutrinária e jurisprudencial.

(e) A intangibilidade da coisa julgada não justifica a imunidade do Judiciário. Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 534),

“o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.”

Em suma, pode-se concluir que os atos jurisdicionais são espécie da categoria dos atos judiciais, e estes pertencem ao gênero *atos do serviço público*. Portanto, os primeiros também podem gerar responsabilidade do Estado, com eventual ação regressiva contra o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa.

6. A demora na prestação jurisdicional e a obrigação de indenizar do Estado

O comando constitucional que impõe uma adequada celeridade na tramitação do feito para que, conseqüentemente, o proces-

so tenha uma duração razoável poderá ser afetado e causar prejuízos ao jurisdicionado por diversas formas, segundo o magistério de Edmir Netto de Araújo (2005, p. 791): (a) dolosamente o juiz recusa ou omite decisões ou providências, com o intuito de prejudicar o administrado, auferindo ou não lucros; (b) não conhece, conhece mal ou é induzido a erro sobre as circunstâncias do caso ou o direito aplicável, recusando ou omitindo o que de direito; (c) recusa ou omite providências ou decisões sem estudar o assunto, ou, negligentemente, julga tratar-se de outro caso, não tendo o cuidado de conferir; (d) demora ou lentidão em providências; decisões interlocutórias ou finais: Dolo, Desídia, Falha do Serviço Público (deficiência do aparelho judiciário); (e) procedendo com desídia, o magistrado não decide, conservando os autos do processo consigo, displicentemente, relaxadamente, ocasionando com seu pouco caso e falta ao dever prejuízos às partes; (f) quando a demora ou lentidão for atribuível à falta ou insuficiência de juizes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos e serviços judiciais, tornando-se praticamente impossível manter-se a pauta em dia.

Todos esses comportamentos, mas não só eles, afetam diretamente a garantia constitucional do art. 5º, LXXVII, podendo causar danos a direitos de terceiros pela conseqüente demora na prestação jurisdicional. Quando se constatar, portanto, que a violação da imposição constitucional de uma razoável duração do processo gerou danos a particulares, aparecerá o dever de indenizar do Estado.

Se alguém postulava perante o Judiciário o direito sobre determinado bem, material ou imaterial, e em razão da demora injustificada na entrega da prestação jurisdicional, o autor da ação judicial não conseguiu exercer esse direito e o bem veio a perecer, poderá o Estado ser responsabilizado pelo prejuízo causado.

“Pensamos que, se da dilação indevida do processo, em razão de fato

imputável à atuação do órgão do Poder Judiciário, advier prejuízo ao jurisdicionado, seja de ordem material ou moral, cabe-lhe o direito de pleitear indenização por todos os prejuízos experimentados, em face da União ou do Estado” (NOTORIANO JÚNIOR, 2005, p. 62).

Imprescindível registrar e esclarecer que somente há que se falar em responsabilidade do Estado nesse caso se a demora na prestação jurisdicional for excessiva, abusiva, indevida. Como será visto mais adiante, a simples demora do processo não implica necessariamente responsabilidade estatal por danos.

Esse também é magistério de Ana Maria Flaquer Scartezzini (2005, p. 49): “A mera inobservância do comando constitucional que acolhe a implementação da razoabilidade na duração do processo, por si só, não pode ensejar qualquer indenização.”

Para que fique caracterizado o dever do Estado de indenizar os particulares prejudicados pela não observância da garantia constitucional da razoável duração do processo, a vítima deve provar a existência de um dano por ela sofrido e que esse dano aconteceu por um comportamento comissivo ou omissivo do Estado, ou seja, que há um liame entre esses dois elementos: é o nexo de causalidade.

Assim, terá direito à indenização por parte do Estado aquele que, por exemplo, postulava em juízo um direito e este somente não pôde ser obtido porque o Estado não entregou a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, causando o perecimento do direito em questão.

Portanto, não será suficiente à vítima alegar que não foi observada a garantia da razoável duração do processo. A obrigação de indenizar somente pode ser invocada se esse descumprimento foi a causa do dano ocorrido no patrimônio do jurisdicionado. Se não houver a concorrência desses três elementos, pelo menos, não há que falar em responsabilidade do Estado.

7. Responsabilidade estatal: objetiva ou subjetiva?

Constatados os três elementos mínimos acima identificados ensejadores da responsabilidade civil do Estado, falta apenas esclarecer se o dever de indenizar do Estado decorre de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Se o dano causado ao jurisdicionado decorreu de um comportamento comissivo, por uma ação do Estado, a doutrina e jurisprudência são pacíficas em admitir que a responsabilidade do Estado é objetiva, consoante o disposto no par. 6º do art. 37 da CF/88. No tocante ao erro judiciário, *v.g.*, fica fácil visualizar a responsabilidade objetiva do Estado em face de um dano que decorreu da manifestação equivocada do Estado-juiz.

Entretanto, a responsabilidade do Estado por omissão dos seus agentes é questão controvertida doutrinária e jurisprudencialmente. Há quem entenda que nesse caso a responsabilidade estatal deixa de ser considerada objetiva e passa a ser tida como subjetiva, sendo necessário verificar-se o elemento subjetivo que teria dado causa ao dano. Assim defende, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello (1992, p. 338):

“quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir o dano*.”

No caso de descumprimento da garantia da razoável duração do processo, o dever de indenizar do Estado, consoante nosso entendimento, está embasado na responsabilidade objetiva. Cabe ao prejudicado demonstrar apenas os três pressupostos configuradores da responsabilidade do Estado já mencionados, aplicados à hipótese

ora em análise, quais sejam, a existência do dano, o comportamento lesivo do poder público (a morosidade da justiça) e o correspondente nexos de causalidade.

Não se aplica a responsabilidade baseada na culpa, neste caso, pois não se pode carrear ao particular o ônus de provar a culpa ou dolo dos agentes públicos causadores da mora judicial. Esse elemento subjetivo é irrelevante. A exigência para que ocorra o dever de indenizar cinge-se à demonstração de que o dano aconteceu porque o Estado não proveu um processo em tempo razoável, tendo descumprido o dever imposto pela Constituição, não importando se esse descumprimento foi culposos ou não.

A vítima já estará encarregada de tarefa por vezes complexa: conseguir demonstrar o liame entre o dano por ela sofrido e a morosidade da justiça. Se ainda tivesse que provar a existência de culpa ou dolo do Estado, o jurisdicionado estaria em situação de acentuada desvantagem.

Analisando a questão da responsabilidade do Estado pela morosidade da justiça, Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 385) também defende a responsabilidade objetiva, apresentando argumentos bastante plausíveis, que merecem ser reproduzidos:

“A teoria da responsabilidade objetiva do Estado pelo dano decorrente da morosidade da prestação jurisdicional é a única que satisfaz ao sentimento de justiça que se revela no seio da sociedade moderna, como contrapartida dos tributos gerais pagos por ela, dentre os quais as taxas judiciárias que igualmente lhe são impostas, e também pelo fato de o Estado deter o monopólio da jurisdição, não permitindo a realização da justiça pelas próprias mãos dos particulares.

Responsabilizar objetivamente o Estado pelo dano decorrente da morosidade da justiça é necessidade que se impõe, para que os preceitos cons-

titucionais em vigor sejam efetivamente respeitados, dentre os quais os princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da eficiência e da boa qualidade do serviço público e do acesso substancial à justiça. A medida também atuará como pressão efetiva para que o Estado cuide melhor da estrutura judiciária e da eficiência de seus juizes, e, portanto, servirá de alavanca para o aprimoramento geral da justiça do País, melhorando a qualidade de vida do seu povo, ideal permanente pelo qual todos têm o dever de lutar.”

Os argumentos acima reproduzidos foram expostos antes da aprovação do inciso LXXVIII do art. 5º da CF. Com esse novo dispositivo, a tese da responsabilidade objetiva do Estado pela demora na prestação jurisdicional, que é defendida pela grande maioria da doutrina, ganha muito mais força. E, em nossa opinião, é a mais justa.

8. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado

Como foi demonstrado, não há como negar que a responsabilidade do Estado pelo descumprimento da garantia constitucional da razoável duração do processo é objetiva. Porém, isso não significa a banalização do dever de indenizar por parte do Estado. Além dos critérios que devem ser obedecidos para a admissão desse dever, existem as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado que afastam ou mitigam esse mesmo dever.

Então, a responsabilidade do Estado pode ser afastada ou amenizada quando é atingido o nexos causal. Nesse sentido, o liame poderá ser rompido quando se apresentarem causas excludentes da responsabilidade do Estado. E a responsabilidade de poderá, ainda, ser mitigada em razão de concausas que contribuíram para o evento danoso.

“Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para produção do evento” (MELLO, 1992, p. 349).

Com alguma dissensão, a doutrina enumera as seguintes causas excludentes da responsabilidade objetiva: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade.

(a) A *culpa da vítima* afasta o dever de indenizar pelo simples fato de que o dano, nessa hipótese, não foi causado pelo agente do poder público, mas, sim, pela própria vítima. Assim sendo, não há nexo de causalidade; rompe-se, portanto, o liame exigível como pressuposto para caracterizar a responsabilidade objetiva.

Essa causa excludente deve ser provada pelo Estado, uma vez que a responsabilidade objetiva não necessita de demonstração por elementos subjetivos, mas a culpa da vítima, de cunho subjetivo, esta sim precisa ser provada pela parte contrária.

Se a demora na tramitação do feito aconteceu, v.g., por desídia das partes ou de seus procuradores ou por qualquer outra conduta dolosa ou culposa destes, tais como retenção indevida dos autos, extravio do processo, não atendimento a intimações, abandono da causa etc., ficará afastado o dever de indenizar por parte do Estado.

Se, além da culpa da vítima, concorreu para a ocorrência do dano o comportamento do agente público, poderá haver atenuação da responsabilidade do poder público, o que será relevante na fixação do *quantum* indenizatório.

(b) A *culpa de terceiro*, a seu turno, exclui ou reduz a responsabilidade do Estado quan-

do se constitui a verdadeira causa do dano ou, pelo menos, tenha contribuído com a sua ocorrência.

Seria o caso de condutas que podem afetar a tramitação do feito que não podem ser atribuídas nem ao Estado e nem às partes, mas sim a terceiros, os quais deram causa à lentidão do processo e conseqüentemente originaram danos ao particular. Nesse caso, poderá ser afastada ou mitigada a responsabilidade estatal.

(c) A *força maior* tem o condão de atuar como hipótese excludente da responsabilidade objetiva por se constituir fato inevitável e irresistível. Tais fatos são normalmente relacionados a manifestações da natureza, tais como enchentes, raios, erupções vulcânicas, ondas marítimas gigantescas etc.

Alguns autores acrescentam que se trata de fato também imprevisível. Mas, na verdade, nem sempre a força maior se caracteriza por ser imprevisível. Fenômenos naturais há que até podem ser previstos com antecedência por meios tecnológicos (como um terremoto, um maremoto, uma erupção vulcânica) mas não podem ser impedidos pelo homem, e mesmo assim são considerados como força maior, que são suficientes para afastar a responsabilidade do poder público ou de seus agentes, vez que rompem o liame de causalidade exigível para o dever de indenizar.

Nessa situação não se atribui responsabilidade ao Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional porque uma causa externa impede a configuração do nexo de causalidade, afastando eventual pretensão indenizatória.

(d) O *estado de necessidade* é reconhecido por parte da doutrina como causa excludente da responsabilidade do Estado. E, na hipótese da garantia da razoável duração do processo, o estado de necessidade pode afetar o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano, uma vez que a morosidade do feito pode acontecer por derivação de fatos ou situações que permitem sacrificar o direito individual do jurisdiciona-

do em favor da preservação de interesses gerais e públicos.

Edmir Netto de Araújo (2005, p. 729), um dos que defendem essa causa excludente, e a chama de *excludente autêntica*, cita como exemplos de estado de necessidade: guerras, revoluções, o estado de sítio ou assemelhadas, “justificando medidas também excepcionais e exercício de poderes discricionários, restringindo ou sacrificando direitos diante do interesse público”.

Embora de rara aparição, o estado de necessidade, caso seja o causador da possível mora judicial, pode ser considerado como causa excludente da responsabilidade do Estado. Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 309), em posição peculiar, acaba admitindo também mais essa causa excludente:

“Em nosso sentir, entretanto, o estado de necessidade que poderia ser invocado no caso em que defendemos a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais, mais precisamente por dano decorrente da morosidade da justiça, como, por exemplo, numa situação de guerra, revolução ou estado de sítio, que viessem a retardar a prestação dos serviços públicos, dentre os quais a prestação jurisdicional, poderiam, em regra, ser enquadrados como similares à força maior ocasionada por atos de terceiros, e, portanto, capazes de excluir a responsabilidade estatal” (*sic*).

Cabe aqui apenas mais um registro. Determinados doutrinadores elencam, ainda, o *caso fortuito* como causa excludente ou atenuante da responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, tais posições são polêmicas e criticáveis em face da sua fragilidade e passíveis de gerar situações de injustiça, impondo ao particular que suporte sozinho um prejuízo a que não deu causa. De todo modo, mesmo admitindo tal causa excludente, a sua aplicação terá que ser analisada caso a caso e somente para situações excepcionais.

9. O estrito cumprimento de dever jurídico: uma nova excludente

Além das causas supracitadas, propugnamos pela adoção de uma nova excludente da responsabilidade objetiva do Estado por alegada violação da garantia constitucional da razoável duração do processo. Esta seria denominada excludente por causa de *estrito cumprimento de dever jurídico* por parte do Estado.

Uma vez demonstrado pela vítima que o dano por ela sofrido decorreu do descumprimento da norma do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, para que o Estado fique exonerado do dever de indenizar terá que provar a ocorrência de uma causa excludente. No caso da demora da prestação jurisdicional, uma razão a ser demonstrada pelo Estado para justificar o não atendimento do pedido de tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável seria a necessidade de cumprir com as exigências legais e constitucionais atinentes ao processo judicial. Se a demora, portanto, se deu em virtude da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e outras garantias processuais previstas em lei ou na Constituição, não pode o Estado ser responsabilizado por eventuais danos causados a particulares. Mesmo que esses danos tenham se verificado em decorrência de um processo cuja duração não tenha sido razoável.

Como já foi mencionado, um processo dificilmente terá a mesma duração que outro, a despeito de tratarem ou não de causas semelhantes. E se um processo teve uma duração fora do razoável, mas a sua tramitação foi prolongada por conta de *fatores juridicamente lícitos*, não há que se falar em responsabilidade do Estado.

Se o feito, por exemplo, contou com vários autores e réus, teve incidentes processuais, necessitou de complexa perícia, precisou da oitiva das partes, coletou depoimentos de numerosas testemunhas, as partes interpuseram vários recursos e outros fatores de prolongamento da causa que visam

atender, principalmente, aos princípios de ampla defesa e do contraditório, o Estado pode alegar que a demora na prestação jurisdicional se deveu ao cumprimento da lei e da Constituição, que garantem a utilização desses expedientes processuais. E, conseqüentemente, o não atendimento da garantia de um processo em tempo razoável não é causa geradora do dever de indenizar, na hipótese de que um dos interessados tenha prejuízo com essa demora.

Verifica-se, assim, na hipótese ora enfocada, que os elementos configuradores da responsabilidade objetiva estão presentes: o dano da vítima, o comportamento do Estado (demora na prestação jurisdicional) e o nexo de causalidade ligando os dois primeiros pressupostos. Contudo, a causa excludente denominada por nós estrito cumprimento de dever jurídico afastaria o dever de indenizar do Estado, uma vez que ela teria o condão de *tornar lícito o comportamento do Estado*.

Denominamos essa eximente da responsabilidade objetiva estrito cumprimento de dever jurídico, com base, por analogia, nas causas excludentes de ilicitude do direito penal.

“Determina o art. 23, III, do CP, que não há crime quando o sujeito pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal. É causa de exclusão da anti-juridicidade. Há casos em que a lei impõe determinado comportamento, em face do que, embora típica a conduta, não é ilícita. Exemplos de dever legal impostos a funcionário ou agente do Estado” (JESUS, 1986, p. 345).

Nós apenas preferimos denominar essa excludente estrito cumprimento de *dever jurídico*, em vez de cumprimento de *dever legal*, pelo fato de que não é somente para cumprir com a lei que o Estado demora a prestar a tutela jurisdicional, mas também para atender *garantias constitucionais*.

É o mesmo raciocínio que se aplica ao estado de necessidade, em que estão presentes os elementos de configuração da responsabilidade objetiva do Estado, mas uma cir-

cunstância específica (interesse público) elide a obrigação de indenizar.

Perceba-se que o estrito cumprimento de dever jurídico não se confunde com nenhuma das outras causas excludentes tradicionalmente defendidas para afastar o dever de indenizar do Estado, conforme também expostas neste trabalho. O atendimento das exigências legais e constitucionais que afetam o andamento do processo não se enquadra nem em culpa da vítima ou de terceiro, nem em motivos de força maior ou caso fortuito, como também ela difere do estado de necessidade. Por isso a proposta de adoção dessa nova causa excludente da responsabilidade do Estado.

10. Conclusões

Tendo em vista o quanto exposto e defendido no presente estudo, apresentamos as seguintes conclusões que se constituem a síntese do nosso trabalho referente à garantia constitucional da razoável duração do processo e à defesa do Estado:

(I) A Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/04, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova garantia fundamental: a razoável duração do processo.

(II) Essa garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 é dotada de aplicabilidade imediata por força do que dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da CF/88.

(III) A garantia da razoável duração do processo deverá ser vista casuisticamente levando-se em conta diversos fatores referentes a cada processo e elementos comparativos, para concluir se o processo teve ou não duração razoável.

(IV) A responsabilidade do Estado pela demora na prestação da justiça é objetiva.

(V) A defesa do Estado no tocante ao eventual descumprimento do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 poderá ser baseada nas tradicionais causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade.

(VI) Defendemos a adoção de uma nova causa excludente da responsabilidade do Estado pela mora judicial, que é o estrito cumprimento de dever jurídico, que ocorre quando o processo não teve duração razoável em razão da observância compulsória de garantias legais e constitucionais atinentes ao processo.

Notas

¹ Convenção Americana de Direitos Humanos (22.11.69), *Pacto de San Jose da Costa Rica*, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

² Importante diferenciar os atos jurisdicionais, objeto de nossa análise, dos atos meramente judiciais (atividade administrativa, função atípica). Quanto a estes, o entendimento atualmente consagrado é de que o Estado responde pela regra geral da responsabilidade objetiva. A questão se torna mais tormentosa quando se trata de atos de jurisdição (atividade típica do Judiciário). Aí as posições são divergentes.

Referências

ALVAREZ, Anselmo Pietro; NOVAES FILHO, Wladimir. *A constituição dos EUA anotada*. São Paulo: LTr, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2005.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 1 v.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC N. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade

Adhemar Ferreira Maciel

Sumário

1. Introdução. 2. O acaso levou John Marshall a ocupar a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos. 3. O silêncio da Constituição da Filadélfia quanto à *judicial review*. Notícias do *Consistorio* do Reino de Aragão. Edward Coke e o *Bonham's Case*. Precedentes estaduais do controle de constitucionalidade de leis nos Estados Unidos. O *Paper* n. 78 de *O Federalista*. 4. O *Marbury Case*. Temor dos federalistas da Suprema Corte em relação aos partidários de Thomas Jefferson. A construção do *postulado* de Marshall. *Impeachment* de Samuel Chase. 5. O reconhecimento, na época, do papel de John Marshall para o constitucionalismo norte-americano: John Quincy Adams, Joseph Story e Édouard de Laboulaye. 6. Repercussão do controle da constitucionalidade na Constituição republicana brasileira de 1891. Observações de dois constituintes: Ruy Barbosa e Amaro Cavalcanti. 7. Conclusão.

1. Introdução

O objetivo do artigo é ressaltar a importância de John Marshall tanto na consolidação da Federação americana quanto nos fundamentos do constitucionalismo. O artigo analisa os precedentes, judiciais e doutrinário, do caso *Marbury v. Madison*.

A natureza, mãe de todos nós, tem lá seus caprichos, suas preferências. Há pessoas que se acham no lugar certo, na hora exata. Jamais figurariam nas páginas da História se não estivessem, naquele momento, naquele lugar. Os exemplos são muitos, dispensando menção a acontecimentos concretos.

Adhemar Ferreira Maciel é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

2. O acaso levou John Marshall a ocupar a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos

John Marshall (1755-1835) é um desses acasos. De pouca escolaridade em leis, pois havia frequentado ensino formal (*College of William & Mary*) por apenas 3 meses (CUSHMAN, 1993, p. 62), tornou-se figura central na criação da grande Nação norte-americana. Pode-se afirmar que os Estados Unidos não seriam, hoje, o que são se John Marshall, após a recusa de outros convidados para a presidência da Suprema Corte, não a tivesse ocupado por quase 35 anos. À evidência, não era um desconhecido qualquer quando foi convidado pelo presidente John Adams (1735-1800), federalista como ele. Era *secretary of State*. Não fazia muito, participara de uma missão diplomática na França ao lado de figuras bem mais expressivas do que ele, como Charles Pinckney (1757-1824) e Elbridge Gerry (1744-1813). Fora advogado bem sucedido na Virgínia e, como deputado, ratificara (1788), por seu Estado, a Constituição federal recém - elaborada. Destacara-se, por outro lado, na batalha sangrenta de *Valley Forge* contra as forças inglesas. Mas nada disso bastaria não fosse o acaso. Senão, vejamos:

John Jay (1745-1829), o primeiro presidente da Suprema Corte, que havia deixado o cargo para ser governador de Nova York, fora novamente convidado para ocupar sua antiga cadeira na Suprema Corte, que ficara vaga com a saída, por motivo de doença, do *chief* Oliver Ellsworth (1745-1807). Jay simplesmente recusou. William Cushing (1732-1810), que já era juiz-membro (*associate*), também havia recusado o convite do presidente John Adams (CUSHMAN, 1993, p. 63). Thomas Jefferson (1743-1826), futuro presidente da República, estava de olho na vaga de Ellsworth, pois queria em seu lugar o amigo Spencer Roane (1762-1822). O presidente Adams, por outro lado, estava sofrendo pressão para pôr no cargo William Patterson (1745-1806), que também já era mem-

bro da Suprema Corte. Foi então que Adams resolveu acabar logo com o assunto: nomeou John Marshall, com 45 anos de idade, para a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ninguém esperava a indicação, nem o próprio Marshall, como relatou mais tarde em suas notas autobiográficas.

3. O silêncio da Constituição da Filadélfia quanto à judicial review. Notícias do Consistorio do Reino de Aragão. Edward Coke e o Bonham's Case. Precedentes estaduais do controle de constitucionalidade de leis nos Estados Unidos. O Paper n. 78 de O Federalista

Quando se fala em constitucionalismo norte-americano, pensa-se, com toda justiça, em John Marshall. O caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, correu e corre mundo. É um marco do constitucionalismo universal, pois fixou as bases da *judicial review*, ou seja, de o Judiciário poder rever as leis ou os atos da administração pública.

A Constituição da Filadélfia não se preocupou em estabelecer diretriz insofismável quanto ao órgão ou poder competente para dirimir confronto entre uma lei ordinária e a própria Constituição. Não poderia ser o Congresso o intérprete final?¹ Por que o Judiciário? Só porque era o “menos perigoso” dos três poderes? Laurence Tribe observa que Marshall pôs fim à “indeterminação constitucional”, estabelecendo o *postulado* de que tocava aos juízes interpretar e aplicar a Constituição (TRIBE, 1988, p. 25). Daí falar-se em “assunção” (*assumption*) e não em mera “dedução” (*deduction*) ou “escólio” (TRIBE, 1988, p. 26).

À evidência, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos da administração não é invenção norte-americana. Tem-se notícia de que no Reino de Aragão (Espanha), no século 13, já existia um arremedo de jurisdição constitucional: uma corte, denominada *Consistorio*, presidida por um *justicia mayor* (veja a coincidência do título),

encarregava-se de controlar as leis do reino (Cf. FAIRÉN GUILLÉN, 1969, p. 134; MACIEL, 2000, p. 258). A Inglaterra, que mantinha relações comerciais intensas com o Reino de Aragão, deve ter levado para lá essas idéias. Tanto é verdade que *sir* Edward Coke (1552-1634), quando *chief justice* da *Court of Common Pleas* da Inglaterra, ao julgar o caso de um médico (Thomas Bonham) preso por ordem da entidade classista (*Royal College of Physicians*), teve o estatuto da corporação como nulo por contrário à lei (*common law*)². Acima do rei e do Parlamento, insistia Coke, estava a lei, cabendo ao juiz declarar a nulidade de qualquer provimento que se lhe mostrasse contraveniente. Os livros de Coke (*Institutes*), que teriam sido trazidos por alguns peregrinos do Mayflower (1620) para o Novo Mundo, faziam parte da aprendizagem de todo bom advogado. Assim, a teoria da *judicial review* estava, digamos, “no sangue” do norte-americano que lidava com as leis. O próprio John Marshall, quando era convencional da assembléia da Virgínia no momento da ratificação da Constituição federal, enfatizara que toda lei que fosse contrária à Constituição deveria ser declarada “nula e irrita” (Cf. SCHWARTZ, 1993, p. 12 et seq.). Mas essa era apenas uma premissa, que seria lógica e magistralmente desenvolvida por ocasião do julgamento do *writ of mandamus* impetrado por William Marbury e outros.

Por outro lado, convém lembrar que Hamilton (1755-1804), no *Paper* n. 78 de *O Federalista*, já havia fornecido boa parte do material para o voto de Mashall em *Marbury*:

“Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrário à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em

todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 577).

Entre a Independência (1776) e a promulgação da Constituição (1787), vale dizer, antes de *Marbury* (1803), registra-se uma vintena de julgados judiciais declarando nulas leis contrárias às constituições dos Estados da então Confederação dos Estados Unidos da América. Foi o que se deu com *Ware v. Hylton* (Virgínia), no qual John Marshall, como advogado, defendera tese contrária ao controle de leis pelo judiciário. “Ironia do destino”, como frisou Albert J. Beveridge (1862-1927) em *The Life of John Marshall*.

Desse modo, quando do julgamento do histórico *Marbury*, John Marshall já tinha na cabeça a teoria e os precedentes. Faltava armar o silogismo. A grande dificuldade de Marshall estava exatamente em “resolver o caso concreto sem incorrer em *impeachment*”, pois o presidente da República (Jefferson), seu inimigo rancoroso³, tinha consigo um Congresso com maioria antifederalista. É aí, então, que assoma toda a sagacidade de John Marshall.

Marshall, que era versado nos clássicos greco-latinos, primava pela lógica. Foi estabelecendo dois postulados – a Constituição

é a lei fundamental do país e a Constituição, como lei, tem de ser interpretada e aplicada – que ele chegou sorrateiramente à conclusão de que aos juizes tocava o controle dos atos do Congresso.

Examinemos, agora, o *Marbury Case*.

4. O *Marbury Case*. *Temor dos federalistas da Suprema Corte em relação aos partidários de Thomas Jefferson. A construção do postulado de Marshall. Impeachment de Samuel Chase*

No finalzinho do governo do federalista⁴ John Adams (1791-1801), o Congresso promulgou a Lei Orgânica do Distrito Federal (*District of Columbia Organic Act*), atribuindo ao presidente da República (Adams) o provimento, com a aprovação do Senado, de 42 cargos de *justice of the peace*⁵. Alguns nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Dezesseis outros, porém, ficaram para trás, uma vez que o *secretary of State* (John Marshall) não teve tempo – ainda que tenha varado boa parte da noite – de colocar o *Great Seal of the United States* (equivalente à nossa “Armas da República”) em todos os documentos ou mesmo de entregar os títulos de nomeação já prontos. No dia seguinte, muda o governo, que passa a ser (pela primeira vez) republicano⁶. Jefferson assumiu a presidência da República, nomeando Madison *secretary of State*. John Marshall, por sua vez, por designação do governo anterior (Adams), passou a ocupar a presidência da Suprema Corte. Alguns *justices of the peace* nomeados e não titulados (entre eles William Marbury, um próspero comerciante de Georgetown) ajuizaram, por meio do advogado Charles Lee (1758-1815), um *writ of mandamus* na Suprema Corte no mês de dezembro de 1801 com o escopo de forçar o novo *secretary of State* (Madison) a lhes entregar os títulos de nomeação. Com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispendo de maioria republi-

cana, os juizes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*⁷.

A impetração de *Marbury* se fez com base na seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789. A redação do dispositivo legal não era das mais claras: dava competência, entre outras, à Suprema Corte para julgar “*writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law...*” (COMMAGER, 1958, p. 153 et seq.). Muito embora não se pudesse extrair do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do *writ* aforado por *Marbury* e outros, Marshall, de modo subreptício e altamente engenhoso, disse que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgar o *writ*. A competência, todavia, estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se com clareza que ficou dito que acima do Congresso (que havia editado a Lei Orgânica) estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Constituição. Em decorrência, a ação judicial de *Marbury* e outros não tinha como tramitar na Suprema Corte.

A vitória (na aparência) do Governo (Jefferson) estava assegurada. Aparentemente estaria afastada a quase certa tentativa de *impeachment* dos juizes federalistas da Suprema Corte. Todavia, antes de chegar ao resultado (inconstitucionalidade da seção 13), Marshall, manhosamente, antecipou *obiter dictum* o mérito da questão, afirmando que William Marbury e seus companheiros tinham, sim, direito de receber os títulos de nomeação. A nomeação dos *justices of the peace* havia sido válida, já que precedida do assentimento do Senado.

Robert McCloskey (apud CHERNINSKY, 1997, p. 38, tradução nossa), ao referir-se a esse histórico marco, disse que “(a) decisão foi uma obra-prima de artimanha, um exemplo brilhante da capacidade de Marshall de contornar o

perigo ao mesmo tempo em que parecia atraí-lo, de avançar numa direção, enquanto seus oponentes estavam atentos em outra”⁸.

Cerca de um ano depois do julgamento de *Marbury*, os republicanos de Jefferson apresentaram na Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) “artigos de *impeachment*” contra Samuel Chase (1741-1811), federalista militante, membro da Suprema Corte. Fatal seria a condenação de Chase no Senado, não fora acontecimentos políticos de última hora envolvendo republicanos de Jefferson, e se achar na presidência do Senado o vice-presidente da República Aaron Burr (1756-1836), que deu toda oportunidade para a defesa de Chase. A absolvição no Senado se deu por apenas um voto⁹.

O famoso julgamento *Marbury* correu em 1803, como já se frisou. Com ele, abriu-se, na prática, a possibilidade de o judiciário rever atos do executivo e do legislativo federais. Alguns doutrinadores entendem que a questão era tão pacífica e consensual entre os Constituintes que se deixou de colocar a competência expressamente na Constituição. Jefferson, de maneira mordaz, como era seu feitio, apelidou a indicação dos *justices of the peace*, feita na calada da noite, de *mid-night appointment* (PADOVER, 1970, p. 127). Somente em 1857, com o estrepitoso caso *Dred Scott v. Sandford*, é que a Suprema Corte voltou a declarar a inconstitucionalidade de outra lei federal. Em dois outros casos, *Martin v. Hunter’s Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat) 304¹⁰ e *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat) 264, respectivamente de 1816 e 1821, a Corte se deu por competente para rever casos julgados por tribunais estaduais (CHEMERINSKY, 1997, p. 44).

Com *Marbury*, ficou firmada, para sempre, a atribuição de o Poder Judiciário confrontar atos dos dois outros poderes em face da Constituição.

Jefferson nunca concordou com o poder dos juízes, sobretudo de juízes federalistas... Alegava que a “Constituição (...) era um mero objeto de cera nas mãos do judiciário, que

eles (os juízes) podiam torcer e modelar do jeito que lhes aprouvesse”¹¹. Os juízes eram “parciais, vingativos e cruéis... os quais obedeciam ao Presidente ao invés da lei”¹². Jefferson não deixava de ter razão. Muitos dos juízes federais, que eram vitalícios e escolhidos pelo presidente da República, utilizavam-se do cargo para sectarismo político¹³.

A tirada de Marshall, ainda que possa ser condenável sob o ponto de vista da “ética de princípios” (para lembrar Max Weber, 1864-1920), uma vez que ele, como juiz, estava apreciando ato praticado por ele mesmo como administrador, por outro lado, sob a óptica hermenêutica, o dispositivo legal (seção 13 da Lei Orgânica de 1789) levaria, com maior facilidade, a outra interpretação. De qualquer sorte, o lance de John Marshall foi de gênio. É evidente que a “falta de ética” se deu no passado. Hoje isso não seria mais viável. Foi o que ocorreu em *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), ocasião em que Brennan (1906-1997) deu-se por impedido por haver, anos antes, sido advogado da ré (SCOTT, 1985, p. 159).

5. O reconhecimento, na época, do papel de John Marshall para o constitucionalismo norte-americano: John Quincy Adams, Joseph Story e Édouard de Laboulaye

A importância de Marshall para a consolidação política dos Estados Unidos foi incomensurável, como reconheceram os seus próprios contemporâneos. John Quincy Adams (1767-1848), quando ficou sabendo do falecimento de John Marshall, externou seu sentimento:

“(...) pela ascendência de seu gênio, pela amenidade de seu comportamento, e pelo imperturbável comando de seu temperamento, (Marshall) deu permanente e sistemático caráter às decisões da Corte e firmou grandes questões constitucionais favoravelmente à continuidade da União” (SCHWARTZ, 1993, p. 33).

Em janeiro de 1833, dois anos antes da morte de Marshall, Joseph Story (1970, p. iv), em sua monumental obra *Commentaries on the Constitution of the United States*, ressaltou em sua dedicatória ao colega Marshall:

“A posteridade indubitavelmente confirmará por sua deliberada recompensa aquilo que hoje já se acha reconhecido, como um ato de irrecusável justiça. Vossas exposições de direito constitucional gozam de uma rara e extraordinária autoridade. Elas constituem um monumento de fama muito acima dos memoriais da glória política ou militar. Elas são destinadas a iluminar, instruir e convencer futuras gerações”¹⁴.

Em 1866, Édouard de Laboulaye (1977, p. 27), ao reconhecer a importância de Marshall, assim se expressou:

“Quis a Providência, porém, que bem cedo a presidência da Corte Suprema tocasse a um homem a quem, não temo dizê-lo, a América deve a sua unidade, tanto ou mais que a Washington. Este homem foi John Marshall, que permaneceu durante trinta e cinco anos em sua cadeira”.

No Brasil, a doutrina do *judicial control* se faz presente desde nossa Constituição republicana de 1891 (Secção III – Do Poder Judiciário – art. 59), muito embora o texto constitucional não tivesse um dispositivo claro, insofismável, como o art. 97 da Constituição vigente (1988), que diz que a “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” só pode ser declarada por maioria absoluta do tribunal pleno ou pela maioria absoluta de seu órgão especial.

6. Repercussão do controle da constitucionalidade na Constituição republicana brasileira de 1891.

*Observações de dois constituintes:
Ruy Barbosa e Amaro Cavalcanti*

A propósito de declaração de inconstitucionalidade por violação formal, o então

conselheiro Ruy Barbosa (1849-1923), maior artífice de nosso primeiro Estatuto político republicano, em artigo publicado em *O Paiz*, de 25.2.1892, ensinava:

“A justiça tem de conhecer-lhes da existência, para conhecer da existência da lei. Mas não exerce, a tal respeito, a menor função discrecionária. A Constituição traçou nos arts. 36 e 40 as regras de elaboração legislativa imposta aos tres factores, de cuja cooperação depende a formação legitima das leis. Si algumas dessas regras for materialmente conculcada, ou postergada, e dessa infracção flagrante se conservar a prova authentica nos proprios actos do Congresso ou do governo, destinados a attestar a deliberação, a sancção, a promulgação, lei não ha; porque a sua elaboração não se consumou. Os tribunaes, portanto, não podem applical-a. Em uma palavra, toda contravenção material de formas constitucionaes, authenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e nullifica o acto do legislador. Não assim a simples violação de formas regimentaes” (BARBALHO, 1902, p. 243).

No mesmo sentido se manifestou Amaro Cavalcanti (1849-1922), outro constituinte de influência em 1891:

“Ainda que a nomeação dos membros do Judiciário seja derivada dos dois outros, e não provenha diretamente de voto soberano da Nação, como a daqueles (Const. Br. art. 34, n. 26, e art. 48, ns. 11 e 12), nem por isso deixa ele de ter independência completa no exercício das atribuições e atos da sua competência. Ao contrário, quis a Constituição federal que a sua independência fosse tão perfeita e indiscutível que até o investiu *do direito máximo* de interpretar e decidir da própria validade dos atos dos demais poderes da Federação (Const. art. 59, § 1º, letras a e b)” (CAVALCANTI, 1983, p. 200).

7. Conclusão

Todos que lidamos com direito, sobretudo com direito constitucional, sabemos que, no Brasil, o controle, que antes era difuso como nos Estados Unidos, foi evoluindo para um modelo intermediário. Hoje, ao lado do controle à americana, exercido por meio de qualquer órgão judicante, também temos o controle feito por meio de ação ajuizada diretamente no tribunal competente. Nosso modelo, é verdade, pode não estar ainda pronto e acabado, pois em direito, como na vida, nada há de definitivo. Mas o que importa agora é lembrar que devemos ao filho mais velho de uma família de quinze irmãos, nascido em uma cabana de toras de madeira nos confins da Virgínia, a possibilidade de controlar os desmandos do Poder Público, que crescem dia a dia.

Notas

¹ A grande diferença entre a Constituição inglesa e a Constituição norte-americana está em que a primeira tem como dogma a “supremacia do Parlamento”, ao passo que a Constituição, para o federalismo americano, é a “*supreme law of the land*” (Cf. DICEY, 1952, p. 144).

² Em seu voto, Coke ponderou: “(...) quando uma Lei do Parlamento é contra o direito fundado no *common law* ou na razão, ou repulsivo, ou impossível de ser realizado, o *common law* controla e julga tal Lei nula”. A tradução foi livre. No original: “(...) *when an Act of Parliament is against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law controul it and adjudge such Act void*” (Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wild/Dr. Bonham's Case>. Acesso em: 5 ago. 2006).

³ BEVERIDGE, Albert J., biógrafo de John Marshall, conta que Marshall tinha dois grandes inimigos: Jefferson e Spencer Roane. Jefferson, como já se falou, estava planejando indicar Roane para o cargo de presidente da Suprema Corte, tão logo ocupasse a presidência da República, quando teve, à última hora, sua intenção coarctada pelo presidente Adams, que estava deixando o governo.

⁴ Durante a assembléia constituinte (1787), os “nacionalistas” se dividiram em dois grupos com interesses nitidamente opostos. Aqueles que queriam um executivo forte, centralizado, ficaram conhecidos como *Federalists*. Sua facção partidária re-

cebeu o nome de *Federalist Party*. Entre eles se destacavam Washington, Hamilton e Adams. Outros nacionalistas, com Patrick Henry à frente, estavam preocupados com a força do executivo federal proposto, que amesquinhas a autonomia dos Estados-Membros da futura Federação e punha em risco as liberdades fundamentais dos cidadãos. Essa facção partidária recebeu a designação inicial de *Anti-Federalist Party* (Disponível em: <http://74.1911.encyclopedia.org/F/FE/Federalist-Party.htm>. Acesso em: 28 jul. 2004. Consultar, mais, o verbete *Anti-Federalist Party* in Wikipedia).

⁵ Seria enganoso traduzir-se *justice of the peace* por “juiz de paz”. As funções não são totalmente coincidentes com a dos nossos juizes de paz. Nos Estados Unidos, a competência desse *magistrate* varia de Estado-membro para Estado-membro. Em alguns, o cargo foi extinto, com a transferência de suas funções para juizados municipais. Na Grã-Bretanha, segundo o professor Martin van Creveld (2004, p. 186), a instituição inglesa começou em 1361, com um tratado de paz. As estatísticas de 1995 registravam mais de 30.000 *justices of the peace*, o que solucionava grande parte dos pequenos conflitos de interesse naquele país. No Brasil do Império, sobretudo com o advento do Código de Processo Criminal, o juiz de paz tinha uma gama maior de atribuições, como a de formação de culpa, poder de prisão, julgamento etc. (Disponível em: http://www.multirio.rj.gov.br/historia/modulo02/cod_proc.html. Acesso em: 8 ago. 2006). Hoje, pela Constituição (art. 98, II), seu papel praticamente se concentra na celebração do casamento civil.

⁶ Com a presidência de Thomas Jefferson, a facção partidária passou a ser chamada de *Democratic Republican Party*.

⁷ Até 1811, quando entraram para a Suprema Corte Gabriel Duval (1752-1844) e Joseph Story (1779-1845), o colegiado era constituído de maioria federalista, que comungava com os ideais centralistas de John Marshall (Cf. SCHWARTZ, 1993, p. 58). Mas, de qualquer sorte, Marshall teve sua complementação em Story, um autêntico *scholar*, que o apoiou em suas idéias.

⁸ No original: “*The decision was a masterwork of indirection, a brilliant example of Marshall's capacity to sidestep danger while seeming to court it, to advance in one direction while his opponents are looking in another.*”.

⁹ Cf. Disponível em: <http://www.michaelariens.com/ConLaw/Justices/chaseam.htm>. Acesso em: 10 ago. 2006.

¹⁰ Nesse caso, grande foi a contribuição do “republicano” Story, acompanhando a visão nacionalista de Marshall (Cf. SCHWARTZ, 1993, p. 60).

¹¹ No original: “(...) the constitution... is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which

they may twist and shape into any form they please” (SCHWARTZ, 1993, p. 53, tradução nossa).

¹² No original: “(...) *partial, vindictive, and cruel... who obeyed the President rather than the law*” (apud FRIEDMAN, 2005, p. 82, tradução nossa).

¹³ O primeiro juiz federal a sofrer *impeachment* foi John Pickering, em 1804 (Cf. FRIEDMAN, 2005, p. 83).

¹⁴ No original: “*Posterity will assuredly confirm by its deliberate award, what the present age has approved, as an act of undisputed justice. Your explanations of constitutional law enjoy a rare and extraordinary authority. They constitute a monument of fame far beyond the ordinary memorials of political and military glory. They are destined to enlighten, instruct, and convince future generations.*” (STORY, 1970, p. iv, tradução nossa).

Referências

- BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographica, 1902.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- COMMAGER, Henry S. (Ed.). *Documents of american history*. 6. ed. New York: Appleton-Century-Crofts, 1958.
- CREVELD, Martin Van. *Ascensão e declínio do estado*. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- CUSHMAN, Clare (Ed.). *The supreme court justices: illustrated biographies, 1789-1993*. Washington: Congressional Quarterly, 1993.
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 9. ed. London: MacMillan and Co., 1952.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid: Tecnos, 1969. 1 t.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of american law*. 3. ed. New York: A Touchstone Book, 2005.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- LABOULAYE, Édouard de. Do poder judiciário. Tradução de L. Nequete. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 4, 1977.
- MACIEL, Adhemar F. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PADOVER, Saul K. *Jefferson: a great american's life and ideas*. New York: The New American Library, 1970.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the supreme court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SCOTT, Armstrong. *Por detrás da suprema corte*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.
- STORY, Joseph. *Commentaries on the constitution of the United States*. New York: Da Capo Press, 1970. 1 v.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1988.

Neoconstitucionalismo e democracia

Gustavo Ferreira Santos

Sumário

Introdução. 1. O paradoxo democrático da “Supremacia da Constituição”. 2. Do constitucionalismo liberal ao neoconstitucionalismo. 3. Por um novo constitucionalismo democrático e pela revalorização da política. 4. Considerações finais.

Introdução

Longe de se constituir em uma verdade inquestionável, a idéia central do constitucionalismo, que se expressa na supremacia da Constituição sobre as outras normas que compõem o sistema, suscita, desde sua origem, contestações de diversos matizes. Para os críticos, haveria um paradoxo na relação entre Constituição e democracia, já que, ao decidir adotar uma Constituição, os constituintes proibem que a maioria retorne aos temas decididos, exigindo uma maioria qualificada para as alterações do texto.

Ultimamente, o tema tem sido objeto de intensa discussão no ambiente ibero-americano. Especialmente na Espanha, em Portugal, no Brasil, no México e no Chile, constitucionalistas e filósofos do direito retomam o antigo debate, impulsionados por novas contribuições apresentadas no tradicional debate constitucional norte-americano.

Não faremos neste texto uma arqueologia do problema, buscando suas origens mais remotas, nem apresentaremos a sua geografia, com um panorama do debate no direito comparado, mas tomaremos essas

Gustavo Ferreira Santos é Mestre (UFSC) e Doutor (UFPE) em Direito, Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco, Procurador Judicial do Município do Recife.

recentes contribuições como guia para problematizar a relação entre Constituição e democracia. Buscaremos trabalhar algumas virtudes e defeitos do pensamento constitucionalista, dando ênfase especial à sua versão mais forte.

1. O paradoxo democrático da “Supremacia da Constituição”

A relação entre Constituição e democracia é tensa por sua natureza (Cf. HOLMES, 1999, p. 227). A adoção de uma Constituição por uma comunidade, por meio do exercício legítimo do Poder Constituinte, pressupõe o reconhecimento da regra da maioria como instrumento apto à tomada de decisão pela sociedade. Assim, as constituições que resultam de processos constituintes legítimos, ou seja, que são promulgadas após um processo aberto de discussão e deliberação por representantes, são constituições democráticas. No entanto, ao adotarem a idéia de rigidez, impondo critérios mais rigorosos ao processo de rediscussão e reforma dos seus dispositivos do que aqueles critérios adotados em suas deliberações, vedam à maioria o acesso ao tema.

A maioria do povo, que decidiu pela necessidade de um novo parâmetro constitucional, delibera contra a futura maioria, interditando à política ordinária um conjunto de temas. Os que se consideram iluminados o suficiente para a compreensão dos temas debatidos na Constituinte duvidam das gerações vindouras e proibem a rediscussão.

Essa tensão entre supremacia da Constituição e democracia parece insolúvel, mas pode ser amenizada por desenhos institucionais que demonstrem o compromisso interno entre os dois pólos da relação, equilibrando a estabilidade das regras e o fundamento popular do poder. As Constituições devem ser tomadas como regras do jogo democrático.

Há muito foi superado o conceito de democracia que a reduz ao sistema no qual as decisões são tomadas por maioria. Há cer-

tas condições que se espera preservadas para que a decisão majoritária se revele democrática. Para Robert Dahl (2002, p. 99), a democracia em larga escala exige (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e frequentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para associações e (vi) cidadania inclusiva. O conceito de democracia do referido autor, que vai além da mera exigência da adoção da regra da maioria como método de decisão, cabe apenas a um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos” (DAHL, 2005, p. 26).

A existência e preservação do parâmetro constitucional podem mostrar-se, dessa forma, exigências da própria democracia. A supremacia da Constituição e a sua garantia judicial comumente são justificadas na necessidade de preservar direitos fundamentais. É passível de justificação uma relação interna entre democracia e tais direitos, com a identificação de uma relação mútua. Michelangelo Bovero (2002, p. 37) considera alguns direitos fundamentais condições (internas) para a democracia e outros direitos fundamentais pré-condições (externas). Seriam condições para a democracia os direitos políticos, direitos de participação, que realizam a igualdade e a liberdade democráticas. No rol das pré-condições, inclui algumas liberdades consagradas por posições liberais e alguns direitos sociais, como educação e subsistência.

Dessa forma, a supremacia constitucional, protegendo da política cotidiana certos parâmetros do jogo democrático, pode ser harmonizada com o conceito de democracia. No entanto, essa proteção não se justifica, a nosso ver, quando absolutiza a proteção.

Construímos uma convicção contrária ao congelamento de temas pelo texto da Constituição. A estratégia de vetar o retorno ao debate de certos temas, como a adotada por nossa Constituição, em seu art. 60, §4º, aprofunda a tensão entre Constituição e democracia.

Tal modelo nos parece inconveniente por diversas razões. Duas em especial merecem atenção. Em primeiro lugar, a proibição de retomada do tema para submetê-lo a nova deliberação parece considerá-lo definitivamente equacionado. Em segundo lugar, as pressões pela revisão da cláusula protegida podem significar, em uma radicalização das divergências, uma ameaça à própria Constituição.

O primeiro motivo citado é preocupante porque parte de uma idéia de que as decisões protegidas representam verdades reveladas. É como se, diante de decisões iluminadas, encontrássemos modelos inquestionavelmente adequados de organização, reservando-os, protegendo-os, para que não sofressem ataques no processo evolutivo que ainda devemos percorrer.

Quanto ao segundo motivo, a preocupação nossa recai no efeito “bola de neve” que pode a proibição da reforma produzir. Muitos dos defensores das cláusulas imodificáveis argumentam favoravelmente ao modelo lembrando que, quando tais cláusulas não mais correspondem às expectativas da sociedade, o caminho será o exercício do poder constituinte originário. Esquecem-se, no entanto, que de um novo processo constituinte qualquer coisa poderá sair, sendo objeto de nova decisão qualquer tema tratado na Constituição descartada. Porém, um procedimento de reforma é focado especificamente na cláusula questionada, não fragilizando os outros componentes da Constituição, preservados em sua integridade.

Há, inclusive, o risco de que adversários de certas normas constitucionais usem o questionamento de outras normas como álibi para a abertura de um novo processo constituinte. Assim, a busca, por exemplo, da adoção da pena de morte poderia ser um álibi para a fixação, em uma nova constituinte, de novos parâmetros para a ordem econômica, para a modificação do modelo de Administração pública etc.

Será que, diante desses riscos concretos, não valeria a pena submeter os temas cen-

trais da Constituição a um procedimento de reforma, mesmo que bem mais dificultoso do que o regularmente adotado pela Constituição para a sua reforma? Respondemos afirmativamente à pergunta e defendemos a superação do modelo de cláusulas imodificáveis.

2. Do constitucionalismo liberal ao neoconstitucionalismo

A idéia de supremacia da Constituição faz parte da própria definição de constitucionalismo. Porém, há uma diferença marcante entre o primeiro constitucionalismo, de matiz liberal, e o atual modelo de constitucionalismo, que muitos chamam de neoconstitucionalismo.

Em sentido amplo, constitucionalismo é um termo utilizado para expressar uma postura ideológica favorável à adoção de uma Constituição como um instrumento para a limitação do exercício do poder¹. Mas não há diversas manifestações de tal ideologia identificáveis no tempo e no espaço.

Um rápido olhar nas histórias constitucionais de França, Estados Unidos e Inglaterra demonstra que das idéias de limitação do poder surgiram os mais diversos desenhos institucionais. Algumas fontes comuns resultaram em soluções as mais diversas. Porém, neste trabalho, interessam-nos mais as variações no tempo do discurso constitucional.

Um primeiro constitucionalismo, eminentemente liberal, voltava-se a garantir um espaço de atuação individual perante o Estado (ASENSI SABATER, 1996, p. 16). As possíveis restrições à liberdade apenas seriam justificáveis quando realizadas pelos representantes, por meio da lei, avatar da racionalidade. O ato do Parlamento seria uma auto-restrição, já que ele é composto de representantes dos próprios destinatários de sua decisão.

Nessa versão do constitucionalismo, jogavam um papel central a declaração de direitos – limitada às liberdades – e a separação de poderes. É simbólico dessa fase o

art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, que era taxativo ao dizer não ter uma Constituição a sociedade que não garantia direitos e que não separava poderes.

O constitucionalismo social, que representa uma segunda versão do pensamento constitucionalista, decorre do esgotamento fático da visão liberal, impotente diante da chamada questão social, que abala o século XIX. O Estado indiferente é substituído por um Estado propositivo. Questões existenciais antes deixadas à solução individual passam a ser assumidas pelo Estado, que se transforma em um prestador de serviços.

Da Constituição de Weimar às constituições européias do pós-guerra, o constitucionalismo social transforma profundamente a relação entre Estado e sociedade. O catálogo de direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho. O Executivo assume, como provedor, um papel de destaque,

“pela necessidade de assegurar a governabilidade em um sistema que se legitima, fundamentalmente, por suas prestações sociais e pela necessidade de que o Estado se situe como eixo dos pactos sociais que efetuam entre si os partidos com os agentes econômicos e sociais” (ASENSI SABATER, 1996, p. 43).

Nomeadamente após a segunda guerra mundial, o papel da Constituição é alterado, passando a protagonizar os principais debates políticos. A adoção da jurisdição constitucional em diversos países dá um impulso a esse processo de constitucionalização de todo o Direito.

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva.

As aprofundadas teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais, com reconhecimento inclusive de inúmeros direitos implícitos, e a impregnação da Constituição nos diversos ramos do Direito são sintomas dessa nova perspectiva².

Essa versão de constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre direito e moral. A Constituição tomada como norma abarca um plexo imenso de valores, sendo referências para a solução de problemas em várias áreas. Há nessa perspectiva um potencial ainda maior de choque com a forma democrática de solução de conflitos, pois tem esse discurso tendido à redução dos espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da Constituição a tarefa decisória.

3. Por um novo constitucionalismo democrático e pela revalorização da política

A circunstância de ter sido até aqui um debate que animou mais autores da área da Filosofia do Direito que autores dedicados especificamente ao Direito Constitucional não reduz, a nosso ver, o impacto que os seus argumentos têm sobre a Teoria da Constituição. Reafirmar o papel da Constituição e justificar a adoção da Jurisdição Constitucional exigem do constitucionalista a revisão de alguns dos cânones da Teoria da Constituição e a reflexão sobre desenhos institucionais mais voltados à valorização do elemento democrático no Estado contemporâneo.

A Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação de abuso desse poder. Na lição de Cristina Queiroz (1996, p. 351), “o juiz é visto *sempre* como ‘cavalgando’ entre dois mundos: o mundo do ideal e o mundo da prática, o mundo do valor público e o mundo da pre-

ferência subjectiva, o mundo da Constituição e o mundo da política”.

O debate constitucional dos países que têm um controle judicial da constitucionalidade bastante desenvolvido, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha, reconhece essa dificuldade de controle da atividade legislativa pelo Judiciário, deixando claro que o controle é a exceção.

Na Suprema Corte norte-americana, afirmou-se um conjunto de técnicas de auto-restrição no exercício de sua função de revisão da legislação (*judicial self-restraint*). Com isso, tinha-se por objetivo harmonizar o exercício das funções estatais dentro de uma lógica de freios e contrapesos.

Os seguintes elementos destacam-se nessa doutrina de autocontenção: (i) *cases and controversies*; (ii) *standing to sue*; (iii) *precedent*; (iv) *comity*; (v) *political questions* (Cf. SOUSA, 1998, p. 194). Com a primeira técnica, a controvérsia a ser analisada deve estar devidamente delimitada, uma vez que é função do Judiciário solucionar conflitos na aplicação da lei e não meramente emitir opiniões. A segunda técnica diz respeito à exigência de que prove a parte que requer a decisão da Suprema Corte o seu interesse direto na solução do conflito. Com a terceira técnica, o órgão de decisão apresenta-se vinculado a decisões anteriores, apesar de serem tais decisões passíveis de reapreciação, funcionando o precedente como uma espécie de guia às atividades, em razão da adoção da regra do *stare decisis*. A quarta técnica destaca o papel da Suprema Corte no sistema judicial da Federação, exigindo harmonização com os demais tribunais, o que faz necessária a exaustão dos recursos aos tribunais estaduais, como condição para que se exercite o direito de recurso ao tribunal superior. Na última técnica, que tem suscitado maiores polêmicas, a doutrina das questões políticas, exige a Corte que trate os casos levados à decisão da Suprema Corte de questões jurídicas *stricto sensu*, sendo presumida a constitucionalidade dos atos do legislador. Guarda, em algum grau, a dou-

trina das questões políticas uma postura semelhante àquela que, nos tribunais europeus, deu origem à teoria da interpretação conforme a Constituição.

Com nuances que representam as diferenças entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, todos esses elementos, de alguma forma, refletiram-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou nas normas que regem o nosso controle de constitucionalidade das leis.

Na linha do *cases and controversies* norte-americano, o nosso Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considera que, revogada lei questionada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, há perda de objeto, com a conseqüente extinção da ação³. Ainda pode ser comparada a essa linha de restrição a necessidade de demonstrar o abalo que já esteja ocorrendo na presunção de constitucionalidade de ato normativo em favor do qual é proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Essa exigência, que já era identificada pelo Supremo Tribunal Federal, foi reafirmada pela Lei nº 9.868/99, que cuida dos procedimentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que, em seu art. 14,III, diz que a petição inicial indicará “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

Podemos apontar como tributário da idéia do *standing to sue* a exigência de que demonstrem alguns dos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade a relação direta entre sua atividade e o objeto na norma impugnada. A pertinência temática é exigida do Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa e da Confederação ou Associação de Classe⁴. Também pode ser apontada como relacionada com essa idéia a proibição de intervenção de terceiros na Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵.

Em relação ao *precedent*, a mais notável influência veio com a adoção da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela

Emenda Constitucional nº 3, que abriu a possibilidade de decisões afirmativas de constitucionalidade terem força obrigatória. Também, agora, com a Emenda Constitucional nº 45, passa a existir a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar que súmula de seus julgamentos seja reforçada para receber natureza vinculante.

O mais conhecido e debatido instrumento de auto-restrição está contido na doutrina das *political questions*. A Suprema Corte norte-americana, no caso *Baker v. Carr*, bem resumiu a sua visão sobre o tema, afirmando que, diante da falta de *standards* judiciais apropriados à decisão, não seria possível a edição de uma decisão fundamentada em elementos de caráter político, que representaria desrespeito a outros poderes constitucionais (Cf. MELLO, 2004, p. 251).

Essa doutrina teve alguma influência no Brasil, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal como motivo para não declaração de inconstitucionalidade⁶. Porém, vítima de diversos questionamentos, tem conhecido declínio, não sendo mais tomada restritivamente.

Otto Bachoff (1980, p. 12) aponta na jurisprudência dos órgãos do Poder Judiciário da Alemanha a existência dessa postura de autolimitação. Na lição de Bachoff (1980), assim procedem os órgãos do Judiciário perante a natureza política da decisão sob seu controle: (i) partem os tribunais do pressuposto de que, na dúvida, as leis são conformes à Constituição; (ii) não entram os tribunais na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador; (iii) um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo legislador na tomada da decisão política quando estas não encontrem qualquer fundamento racional; (iv) os prognósticos legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas de quem produz normas, somente atuando o Judiciário quando houver erro; (v) os tribunais são obrigados a ponderar as possíveis conseqüências de

suas decisões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça; (vi) as decisões dos tribunais, antes consideradas com eficácia *ex tunc*, passaram a considerar possível a declaração de constitucionalidade sem decretação da nulidade; (vii) os tribunais se consideram legítimos, nos casos em que a decretação de inconstitucionalidade é inevitável e a ausência de regulação se mostra muito prejudicial à sociedade, para fazer uma “legislação sucedânea”, sobre o estritamente necessário, enquanto o legislador exercita a sua função.

Os juízes, da mesma forma que os constituintes ou os legisladores, não gozam de qualidades extracotidianas que os coloquem acima da espécie humana, como seres iluminados e portadores da melhor razão. Suas funções têm que ser exercidas de forma controlada, para evitar que a posição à qual eles foram alçados com a revisão judicial da legislação transforme-se em empecilho para a vida política de um país, ou até mesmo que ele seja submetido a pressões incompatíveis com suas funções (Cf. AMARAL, 1999, p. 112).

Hoje, mesmo de forma não declarada ou até mesmo inconsciente, no debate sobre funções de “representante” e de “juiz”, há quem defenda a segunda função exclusivamente com base em uma enumeração de defeitos da primeira função. Isso pode até desgastar a legitimidade do papel do representante, mas não sustenta por si só a expansão da jurisdição constitucional. Os dois, representante e juiz, inovam no direito, cada um à sua forma, mas aparentemente a decisão legislativa é mais arbitrária, imagem que, segundo Jeremy Waldron (2003), decorre do fato de que o legislador deixa clara a natureza de sua função, dizendo “esqueçam o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora”, quando o juiz age como se estivesse “descobrimdo” um Direito desde sempre existente (WALDRON, 2003, p. 14).

Não somos adeptos, porém, da identificação pura e simples de um espaço de não-jurisdição, como ocorre com a técnica das

political questions. Todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse deve ser um ponto de partida para o intérprete. Não será meramente a natureza política do ato atacado que afastará o controle pelo Poder Judiciário. Porém, deverá ser tomada em conta a dificuldade de controlar o conteúdo de certas decisões e, muitas vezes, a legitimidade do processo que levou à sua adoção influenciará a tomada de posição pelo Judiciário.

O juiz que recebe da Constituição o poder de aferir a constitucionalidade de leis não pode ser entendido como um elemento neutro. Questões políticas lhe são apresentadas por estarem envolvidas na aplicação do Direito e a elas ele deve dar respostas. Seria absurdo esperar que o juiz, diante de uma questão que envolvesse claramente elementos políticos, suspendesse o julgamento para aguardar uma definição dos representantes do povo ou, o que seria pior, deixasse de dar resposta adequada à demanda levada ao Judiciário.

Ao ser explícita na Constituição a função de sua guarda, o Judiciário recebe uma atribuição política inegável. É preciso que o juiz constitucional tenha sempre isso claro na hora de decidir. O exercício dessa função deve ser observado e controlado pela sociedade, com consciência da dimensão política das questões constitucionais. Isso é da essência de sistemas que permitem ao Juiz revisar a legislação. Nunca é demais lembrar que Tocqueville (1998, p. 113) identificava um poder político no juiz norte-americano e o justificava no fato de que, diferentemente da realidade de outros países, esse juiz fundava suas decisões na Constituição e não nas leis.

O que se espera é que ele esteja consciente dessa dimensão política da sua decisão, quando o conflito que lhe é apresentado envolve questões de inconstitucionalidade. Nesse julgamento, muitas vezes far-se-á necessário a autocontenção. Deve voltar-se o juiz a garantir o próprio espaço de decisão democrática.

Peter Häberle (1997), ao propor uma visão ampliada quanto aos sujeitos da interpretação constitucional, acaba por indicar que o Juiz constitucional tem que considerar o grau de participação no debate político que resultou no ato normativo atacado por inconstitucional. A seu ver, “um *minus* de participação deve levar a um *plus* de controle constitucional” (HÄBERLE, 1997, p. 46). Esse olhar democrático a ser exigido da Jurisdição Constitucional pode reconciliar, em alguma medida, democracia e revisão judicial.

Imagine-se uma norma infraconstitucional restritiva de direitos fundamentais, feita sob a justificativa de promover outro direito fundamental, e que, além de um processo legislativo extremamente aberto, acompanhado pela sociedade por meio dos órgãos de imprensa, ainda vá a referendo popular. Ponderar os dois direitos fundamentais envolvidos – o limitado pela norma e o por ela promovido – seria possível ao Judiciário no controle da constitucionalidade das leis, mas representaria não “a posição correta”, única forma de se apreciar a relação entre os dois direitos fundamentais, e sim a posição do Tribunal. Não sendo possível justificar uma ofensa direta, evidente, da norma que consagra o direito que sofreu restrição, por que declarar o Judiciário a inconstitucionalidade? Por que não considerar que o princípio democrático, consagrado na Constituição tal qual os dois direitos fundamentais em relação, não reforça a decisão legislativa, tornando legítima aquela específica forma de restrição de direitos?

Com Robert Alexy (1992, p. 162), podemos afirmar que “um princípio formal essencial é a competência decisória do legislador democraticamente legitimado”. Essa afirmação é feita no contexto de uma resposta ao que ele chama de *objeção competencial* ao chamado modelo de regras/princípios. Tal objeção teme que ocorra um deslocamento da competência dos Parlamentos para os tribunais, sob o pretexto de serem aplicados aos casos sob decisão princípios constitucionais.

A interpretação constitucional deve evitar fixar um único caminho possível para a decisão democrática. Um legislador totalmente vinculado significaria também uma sociedade atada. Quando razoavelmente justificáveis mais de uma posição para a adoção de uma norma infraconstitucional, o intérprete precisa evitar a interpretação da Constituição que indica a única providência material disponível ao Estado diante da Constituição.

Esse risco de obstrução da democracia, com a fixação pelo Poder Judiciário do “caminho correto” a ser percorrido pelo legislador e pelo administrador, decorre daquilo que Paulo Otero (1997, p. 608), ao criticar a Constituição Portuguesa de 1976, chamou de hipervoluntarismo, que consistiria em comportar as normas constitucionais “um verdadeiro programa de ação governativa e legislativa com a pretensão de tudo mudar”. A tentação de preencher os genéricos preceitos constitucionais com uma interpretação que dê respostas eficazes aos problemas que lhe são apresentados potencializa essa expansão dos poderes do Judiciário e pode produzir uma redução da capacidade da sociedade de dar novas respostas a novos problemas.

Evidentemente, deve conter a decisão um certo grau de objetividade, com a demonstração de que a decisão seguiu um caminho argumentativo justificável dentro da lógica do sistema. Conceitos morais vagos não podem ser tomados como fundamentos exclusivos para a declaração de inconstitucionalidade. A âncora na Constituição deve recorrer a técnicas interpretativas que explicitem o percurso entre o problema e a caracterização da inconstitucionalidade. Esse é um desafio que é colocado, por exemplo, pelo chamado “princípio da proporcionalidade”⁷.

As cláusulas gerais contidas na Constituição servem, muitas vezes, como álibis para a imposição pelo Judiciário de uma visão particular sobre um determinado problema moral. Ingeborg Maus (2000, p. 154)

afirma que, “quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas por meio de pontos de vista morais, pratica assim a ‘desqualificação’ da base social”.

A experiência norte-americana mostra um país com um Judiciário que tem dado a última palavra em um conjunto amplo de temas morais. Hoje, com a mudança na composição da Suprema Corte, cada vez mais conservadora, especialmente com a nomeação de John Roberts para a presidência e a substituição da juíza Sandra O’Connor, teme-se por uma espécie de ativismo conservador, intervindo a Corte contrariamente à liberdade em matérias como eutanásia, aborto e direitos de homossexuais⁸.

John Hart Ely (1980) buscou conciliar a democracia com a existência do *judicial review*, deixando aos representantes a escolha dos valores fundamentais, mas preservando nas mãos dos juízes o poder de controlar o processo decisório, de tal forma que garantisse a participação de todos os grupos envolvidos na questão. Para Ely (1980, p. 117), o Judiciário atuará principalmente quando for verificado um bloqueio no processo democrático.

4. Considerações finais

Parece-nos que não está superada a idéia central do constitucionalismo que prega a limitação do poder por um parâmetro constitucional. A supremacia da Constituição pode funcionar como um instrumento a mais, em um Estado democrático, a garantir um processo deliberativo aberto, reforçando a natureza democrática desse Estado.

De toda crítica democrática ao constitucionalismo, porém, desde a que ataca a sua versão liberal até a que se volta ao neoconstitucionalismo, parece-nos ser possível extrair algumas lições. A possibilidade de justificação interna da supremacia da Constituição e de sua garantia judicial não invalida a aceitação de alguns elementos da crítica democrática.

Os parâmetros constitucionais, protegidos por exigências qualificadas de *quorum*, podem ser importantes para viabilizar o próprio funcionamento dos canais democráticos. Parece-nos, porém, que ao menos a existência de cláusulas imodificáveis torna-se de difícil justificação. As possibilidades de discussão e reforma das cláusulas centrais da Constituição podem servir de importantes momentos de reflexão e reafirmação dos fundamentos da vida da comunidade. Assim, em vez de bloquearmos o debate, sob a proteção de uma cláusula impeditiva de alteração, mostra-se mais rico o estabelecimento de procedimentos que foquem no tema questionado, oportunizando o debate aberto, envolvendo toda a sociedade.

Identificamos, ainda, uma necessidade de que a interpretação da Constituição se reconcilie com a natureza democrática do Estado, encontrando para o princípio democrático um papel de relevo. O intérprete/aplicador da Constituição não deve atuar com vistas a fechar as portas aos representantes e ao povo, mas deve velar pela abertura dos canais de participação e decisão, evitando criar empecilhos ao debate político não razoavelmente encontráveis no texto constitucional. Trata-se de uma recomposição do papel da política na vida cotidiana, que exige uma nova postura de quem busca interpretar a Constituição.

Notas

¹ “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo” (COMANDUCCI, 2002, p. 77).

² “El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución ‘invasora’, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y la aplicación de la ley” (COMANDUCCI, 2002, p. 83).

³ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PERDA DE OBJETO. I. – Regimento Interno do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, acimado de inconstitucional por vício formal e argüida a inconstitucionalidade material de dispositivos seus: perda do objeto da ação, dado que o citado Regimento Interno foi substituído por novo Regimento elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado, revogados os dispositivos acimados de inconstitucionalidade material. II. – Ocorrendo a revogação superveniente da norma atacada em ação direta, esta perde o seu objeto, independentemente de a referida norma ter, ou não, produzido efeitos concretos. III. – Precedentes do STF: ADIn 2.097-PR, Moreira Alves, Plen., 04.5.2000; ADIn 1.203-PI, Celso de Mello, Plen., 19.4.95. IV. – ADIn julgada prejudicada” (BRASIL, 2002).

⁴ “Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm legitimidade ativa universal para propor ação direta de inconstitucionalidade, não incidindo, portanto, a condição da ação relativa à pertinência temática” (BRASIL, 1999); “Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn” (BRASIL, 2001c); “Em se tratando de Mesa de Assembléia Legislativa – que não é daquelas entidades cuja legitimação ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade lhe é conferida para a defesa da ordem jurídica em geral –, em nada lhe diz respeito, para sua competência ou para sofrer os seus efeitos, seja constitucional, ou não, o preceito ora impugnado que se adstringe à determinação da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário, inclusive estadual, aos setenta anos de idade” (BRASIL, 2001b); “(...) em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a ordem e entidade de classe” (BRASIL, 1992).

⁵ “Questão de Ordem resolvida no sentido de que é incabível a interposição de qualquer espécie de recurso por quem, embora legitimado para a

propositura da ação direta, nela não figure como requerente ou requerido” (BRASIL, 2001a).

⁶ “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA: URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE. CF, art. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. Medida Provisória 661, de 18.10.94. Lei 9.131, de 24.11.95. I. – Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516-RO. II. – Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se impropriedade. No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223. III. – Pedido de suspensão cautelar da alínea c, do § 1º do art. 9º da Lei 4.024/61, com a redação da Lei 9.131/95, bem assim das alíneas d, e, f e g do mesmo artigo: indeferimento. IV. – Medida cautelar indeferida” (BRASIL, 1997).

⁷ Tratamos, em obra destinada à análise do princípio da proporcionalidade, dos riscos de subjetivismos inerentes à idéia de proporcionalidade (SANTOS, 2004).

⁸ Erwin Chemerinsky (2004, p. 689) faz uma interessante análise do atrativo que a crítica ao *judicial review* exerce sobre estudiosos, o que o preocupa, na medida em que constata que o debate intelectual sobre a constituição e o *judicial review*, na história americana, tem determinado a forma como, anos depois, o Judiciário se comporta, podendo a atual tendência a um constitucionalismo popular levar a um enfraquecimento, em nome da auto-restrição, da capacidade do Judiciário de tomar decisão.

Referências

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña Barcelona: Gedisa, 1992.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y derecho constitucional: materiales para una introducción*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.
- BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 56, p. 9-24, 1980.
- BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, abr. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3/DF. Relator: Min. Moreira Alves, Distrito Federal, [1992?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 7 fev. 1992.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1105 ED-QO/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, Distrito Federal, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 23 ago. 2001a.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1397 MC/DF. Relator: Min. Carlos Velloso, Distrito Federal, [1997?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 28 abr. 1997.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1963 MC/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa, Paraná, [1999?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 18 mar. 1999.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2242/DF. Relator: Min. Moreira Alves, Distrito Federal, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 7 fev. 2001b.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2396 MC/MS. Relator: Min. Ellen Gracie, Mato Grosso do Sul, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 26 nov. 2001c.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2515/CE. Relator: Min. Carlos Velloso, Ceará, 2001. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 1 mar. 2002.
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, Illinois, v. 2004, p. 673-690, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, p. 89-112, 2002.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: con-*

tribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Tradução Amónica Utrilla de Neira. México: FCE, 1999.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE*, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OTERO, Paulo. A “desconstrução” da democracia constitucional. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997. 2 v.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. 1 v.

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

SOUSA, João Ramos de. Self-Restraint. *Sub judice: justiça e sociedade*, Lisboa, n. 12, jan./jun. 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 1998.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003.

O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas

Ana Maria D'Ávila Lopes

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamento constitucional do direito ao meio ambiente. 3. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. 4. A biodiversidade no ordenamento jurídico nacional. 5. O Projeto Genoma Humano (PGH) e o Projeto de Diversidade do Genoma Humano (PDGH). 6. Patenteamento de seres vivos.

1. Introdução

Na atualidade, o fulminante progresso das ciências vem ameaçando determinados valores individuais e sociais, levantando questionamentos a respeito da relação entre ciência e ética. Clonagem, engenharia genética, reprodução assistida, transplante de órgãos, transgênicos, etc. são apenas alguns dos temas polêmicos que cada vez mais começam a fazer parte da vida cotidiana do homem comum, saindo das paredes dos laboratórios ou das salas universitárias. O que fazer? O que é certo ou errado? Afinal, até que ponto o homem tem direito a interferir na evolução natural da vida? Estamos diante de uma realidade complexa que dificilmente poderá ser enfrentada com respostas simplistas ou superficiais.

O Direito, enquanto ciência social com fundamento ético, deve exercer um papel preponderante na defesa da dignidade humana, exigindo-se dele a regulação dos avanços biotecnológicos em harmonia com os direitos fundamentais das atuais e futuras

Ana Maria D'Ávila Lopes é Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará.

gerações, pois o que está em discussão não é apenas a nossa atual qualidade de vida, mas o futuro da humanidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, sendo exigências para o cumprimento dessa tarefa a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (art. 225, §1º, II).

Assim, visando dar exequibilidade às disposições constitucionais, três importantes leis relativas ao tema já foram promulgadas: Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456/97) e Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), além de outras normas regulamentadoras de nível hierárquico inferior.

Entretanto, alguns deslizes foram cometidos pelo legislador, pois a referida normatividade insere-se basicamente em uma concepção mercantilista do conhecimento e avanço científico, na medida em que foram legalizadas algumas instituições contrárias a diversos direitos fundamentais garantidos em nossa Lei Maior.

Em razão de ser esse um tema novo e cheio de dúvidas e incertezas no âmbito jurídico, eis que, por meio deste artigo, pretende-se contribuir para uma justa compreensão do direito fundamental à biodiversidade, levando sempre em consideração que o centro e fim de toda ciência deve ser melhorar a qualidade de vida de todo ser humano respeitando-o na sua dignidade.

2. Fundamento constitucional do direito ao meio ambiente

A Constituição Federal de 1988, ao igual que a maioria das constituições estrangeiras promulgadas a partir dos anos setenta, previu o direito ao meio ambiente. Assim, o art. 225 estabelece que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equili-

brado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a defendê-lo e preservá-lo para as atuais e futuras gerações.

Para tal, foram previstas algumas obrigações do Poder Público, no parágrafo primeiro do citado artigo:

a) preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e manejo ecológico equilibrado;

b) preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

c) definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e de seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, proibida qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

d) exigência, conforme lei, de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente;

e) controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

f) promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

g) proteção da fauna e da flora, proibidas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

No parágrafo segundo do art. 225, estabelece-se que todo aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. Por outro lado, conforme o parágrafo terceiro, todos os in-

fratores, pessoas físicas ou jurídicas, que cometam atividades lesivas ao meio ambiente estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira foram declarados, no parágrafo quarto, patrimônio nacional, prevendo-se que sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. As terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais foram declaradas indisponíveis no parágrafo quinto. Por último, o parágrafo sexto dispõe que as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Essas disposições da Constituição brasileira refletem a tendência mundial da preocupação pela preservação do meio ambiente, que tomou força nas duas últimas décadas do século vinte, tendo sido nossa Lei Maior influenciada mais diretamente pela legislação constitucional portuguesa e espanhola. Assim, a Constituição da República Portuguesa de 1976 estabelece:

“Artigo 9º São tarefas fundamentais do Estado:

(...) e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;

(...)

Artigo 66 (Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvi-

mento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;

e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;

f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;

g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;

h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida”.

Enquanto a Constituição Espanhola de 1978 dispõe:

“Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Observe-se, contudo, que a Constituição brasileira de 1988 ultrapassou as constituições portuguesa e espanhola na proteção do direito ao meio ambiente, na medida em que amplia a proteção a outras manifestações relativas a esse direito, como a proteção ao patrimônio genético, à biodiversidade, a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, etc., mostrando como o constituinte brasileiro tomou “...consciência de que a ‘qualidade do meio ambiente se transforma num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja *preservação, recuperação e revitalização* se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida” (SILVA, 1981, p. 436).

O que importa agora por elucidar é se o direito ao meio ambiente é um direito fundamental, tema a ser discutido no seguinte tópico.

3. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Apesar de o constituinte brasileiro ter evitado prever o direito ao meio ambiente no Título II da Constituição, que trata expressamente dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, preferindo inseri-lo no Título VIII, relativo à Ordem Social, é hoje pacífico, no Direito brasileiro, o entendimento de que o meio ambiente é um direito fundamental.

Nesse sentido pronuncia-se Luís Roberto Gomes (1996, p. 172), ao afirmar que:

“desprende-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, fundamental, vinculado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida... Destarte, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental humano, na medida em que dele depende a qualidade do bem jurídico maior, qual seja, a vida humana”.

Com efeito, embora o direito ao meio ambiente não esteja previsto expressamente no Título II, o art. 5º, §2º, estabelece que são direitos fundamentais os que se encontram expressos na Constituição, sem restringir, desse modo, sua existência apenas aos mencionados nesse segundo título, prevenindo-se ainda a possibilidade da existência de direitos fundamentais não expressos no próprio texto constitucional, mas decorrentes dos princípios ou do regime por ele adotado, ou também aqueles contidos em tratados internacionais aprovados pelo Estado brasileiro. Conclui-se, desse modo, que, ainda que topograficamente o direito ao meio ambiente não esteja previsto no Título II, mas no Título VIII, sua natureza de direito fundamental não está prejudicada.

No entanto, o argumento da possibilidade da inclusão material do direito ao meio ambiente no catálogo dos direitos fundamentais, por força do art. 5º, §2º, não é o único argumento nem talvez o mais forte. Pelo contrário, o argumento mais forte é sua correspondência substancial à definição de direitos fundamentais, entendidos esses como normas jurídicas positivas, de nível constitucional, que refletem os valores mais importantes de uma sociedade, visando proteger diretamente a dignidade humana, na busca pela legitimação jurídica da atuação de todas as pessoas (LOPES, 2001, p. 35).

Aplicando essa definição de direitos fundamentais ao direito ao meio ambiente, conclui-se pela sua perfeita adequação. Assim:

a) norma jurídica positiva de nível constitucional: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma norma constitucional expressa prevista no art. 225 da Constituição Federal de 1988;

b) valor importante da sociedade: a necessidade da proteção constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre, sem dúvida, da importância que a sociedade brasileira confere ao direito à vida, pois o meio ambiente é uma manifestação dele. Nas palavras de Afonso da Silva (1994): “as normas constitucionais assumiram consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente...”, daí a necessidade de garantir a proteção de um espaço adequado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana;

c) proteção direta da dignidade humana: visto ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito que visa proteger a vida das pessoas, é inquestionável sua íntima ligação com a própria proteção da dignidade, pois o direito à vida somente adquire real sentido quando se trata de uma vida digna,

“que é um valor preponderante que há de estar acima de quaisquer considerações como a de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida humana” (SILVA, 1994, p. 719).

d) mecanismo de legitimação jurídica da atuação de todas as pessoas: na medida em que a própria norma constitucional estabeleceu ser uma obrigação do Poder Público e

da coletividade o respeito ao meio ambiente, constitui-se esse direito, sem dúvida, em um importante parâmetro de controle da atuação tanto do Estado como dos particulares¹. Assim o entenderam nossos constituintes.

A importância do reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental é essencial como forma de garantir mais rigorosamente sua proteção. Desse modo, diversos mecanismos constitucionais de proteção estão previstos, como é o caso da Ação Popular, disposta na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, LXXIII:

“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 ônus da sucumbência”.

A exemplo do modelo constitucional português:

“Artigo 52 (Direito de petição e direito de acção popular)

(...)

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural:

(...)”

Outra importante forma de proteção do direito fundamental ao meio ambiente é a impossibilidade da sua revogação via emenda constitucional, visto ser um direito individual (além de um direito coletivo e difu-

so), estando, desse modo, protegido pela sua natureza de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV).

Com efeito, o meio ambiente também pode ser considerado um direito individual, embora essa afirmação seja contrária ao posicionamento da doutrina tradicional, que classifica os direitos fundamentais nas seguintes gerações ou dimensões²:

a) direitos de primeira geração, correspondentes aos que surgiram na época de formação do Estado Liberal, no século XVIII, sendo definidos como os direitos de todo indivíduo que o protegem perante a atuação estatal, abrangendo os direitos individuais (vida, liberdade, igualdade, propriedade, etc.) e os políticos (direito de eleger e ser eleito);

b) direitos da segunda geração, correspondentes à consolidação do Estado Social de inícios do século XX, previstos inicialmente na Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919, compreendendo os direitos sociais (especialmente os direitos trabalhistas), os direitos econômicos e os direitos culturais; direitos que são definidos como prestações positivas do Estado que visam garantir a igualdade material das pessoas;

c) direitos da terceira geração, correspondentes à concretização do Estado Democrático de Direito, denominados difusos e definidos como os direitos transindividuais de natureza indivisível, de um grupo indeterminado de pessoas unidas por uma relação de fato³, podendo ser citados como exemplos o direito ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico cultural.

Observe-se que, aplicando a doutrina tradicional, o meio ambiente deveria ser classificado como um direito difuso e não como um direito individual, estando excluído da proteção de ser uma cláusula pétrea e, conseqüentemente, estando sujeito a modificação pelo Poder Constituinte Derivado via emenda constitucional.

Entretanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ser um direito difuso, pode também ser reivindicado

por uma única pessoa, conforme posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência nacional. Nesse sentido, a tradicional classificação dos direitos fundamentais (segundo o momento histórico em que surgiram) deve ser superada por não corresponder à nossa realidade normativa constitucional. A não adequação da teoria tradicional dos direitos fundamentais não apenas acontece no caso do direito ao meio ambiente mas, por exemplo, no caso de alguns direitos previstos constitucionalmente como individuais (como os direitos de propriedade de inventos, marcas de indústrias e de nome de empresas⁴ do art. 5º, XXVIX, da CF/88), os quais não se sujeitam ao conceito tradicional de direito fundamental individual, ou seja, de serem direitos de defesa do indivíduo contra o Estado.

Desse modo, a classificação dos direitos fundamentais mais adequada a nossa atual realidade normativa constitucional deve ser definida segundo o sujeito que reivindica sua titularidade. Assim:

a) individuais: são os direitos que têm como titular uma pessoa (física ou jurídica);

b) coletivos: os que têm como titular um grupo determinado de pessoas unidas por uma relação jurídica básica;

c) sociais: direitos de grupos da sociedade que se encontram em situação de desigualdade material;

d) difusos: direitos cujo titular é um grupo indeterminado de pessoas unidas por uma relação de fato.

Conclui-se, dessa forma, que o direito ao meio ambiente, assim como o direito do consumidor, por exemplo, pode ser classificado tanto como um direito fundamental individual como um direito coletivo ou difuso, segundo quem seja o sujeito que está reivindicando o direito.

4. A biodiversidade no ordenamento jurídico nacional

A Constituição brasileira de 1988 inovou o direito nacional ao prever diversas

normas protetoras do direito ao meio ambiente e suas manifestações, até superando em riqueza normativa outras legislações constitucionais do direito comparado, conforme antes mencionado. Um exemplo disso é a proteção à biodiversidade prevista no art. 225, §1º, II, em que se estabelece que é obrigação do Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, assim como fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético.

A biodiversidade, desse modo, entrou na pauta de obrigações constitucionais a ser cumprida pelo Poder Público, exigindo-se dele um papel atuante na sua preservação e proteção, visto sua essencialidade para o progresso do Estado e promoção da dignidade humana.

Silveira dos Santos (1997, p. 94), salientando a importância da biodiversidade, afirma que:

“a biodiversidade também pode ser considerada como o complexo resultante das variações das espécies e dos ecossistemas existentes em determinada região, e seu estudo tem importância direta para a preservação ou conservação das espécies, pois entendendo a vida como um todo teremos mais condições de preservá-la... permitindo a harmonia entre o desenvolvimento das atividades humanas e a preservação, chamando-se isso modernamente de desenvolvimento sustentável”.

Nesse novo contexto mundial e nacional foi que em 1992, no Rio de Janeiro, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), comparecendo as delegações de 175 nações. Entre os relevantes temas discutidos, um deles foi a biodiversidade, assinando-se a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)⁵.

No Preâmbulo da CDB, a conservação da diversidade foi afirmada como uma ocupação da humanidade, reconhecendo-

se, porém, que os Estados são soberanos sobre seus próprios recursos biológicos, sendo, dessa maneira, responsáveis pela sua preservação e pelo seu uso sustentável. Nesse sentido, salientou-se a necessidade da capacitação científica, técnica e institucional de todos os países para a adoção de políticas adequadas de planejamento, prevenindo-se, também, a cooperação internacional, regional e mundial entre os Estados e entre as organizações intergovernamentais. A previsão de recursos financeiros de ajuda aos países em desenvolvimento também foi mencionada no Preâmbulo, visto ser a pobreza um problema que diretamente afeta o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente.

Não obstante, a CDB não apenas tratou sobre a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, mas também sobre o acesso aos recursos genéticos, visando a repartição justa e equitativa dos benefícios gerados pelo seu uso, incluindo a biotecnologia (art. 1º). Simone Wolff ([2004?]), comentando esse último objetivo, citado no art. 1º da Convenção, observa que:

“O caráter de permuta/troca do instrumento é colocado em evidência no último objetivo. Para que uma repartição justa e equitativa das vantagens possa ocorrer, todo e qualquer acesso aos recursos genéticos deve estar subordinado ao fornecimento de meios financeiros adequados, bem como à transferência apropriada da biotecnologia pelos países usuários aos países provedores dos elementos biológicos”.

No art. 2º, definiu-se a biodiversidade ou diversidade biológica como a variabilidade dos organismos vivos de todas as origens, compreendendo, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos que fazem parte, incluindo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

A soberania dos Estados, para a exploração dos seus recursos biológicos, é reafir-

mada no artigo 3º como um princípio da Convenção, estabelecendo-se, como limite dessa exploração, a não provocação de danos para o meio ambiente de outros Estados ou fora dos limites da sua jurisdição.

Esses três primeiros artigos nos oferecem um panorama global do conteúdo da Convenção, constituindo um importante marco mundial sobre a matéria sem, contudo, ter-se conseguido importantes e reais avanços na preservação e proteção da biodiversidade, pois o interesse econômico tem permeado toda tentativa de regulação.

No direito pátrio, com a finalidade de implementar o art. 225, §1º, II, e a citada Convenção⁶, promulgaram-se três importantes decretos: o Decreto 5.092/2004, que define as regras para identificação de Áreas Prioritárias para Conservação, Utilização Sustentável e Repartição dos Benefícios da Biodiversidade, no âmbito das atribuições do Ministério do Meio Ambiente; o Decreto 4.703/2003, que dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica (PRONABIO); e o Decreto 4.339/2002, que institui os princípios e as diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, cujos componentes foram elencados no art. 9º:

a) Componente 1: congrega diretrizes voltadas à geração, sistematização e disponibilização de informações, permitindo conhecer os componentes da biodiversidade do país apoiando a gestão da biodiversidade, bem como diretrizes relacionadas à produção de inventários, à realização de pesquisas ecológicas e à realização de pesquisas sobre conhecimentos tradicionais;

b) Componente 2: engloba diretrizes destinadas à conservação *in situ* e *ex situ* da variabilidade genética e de ecossistemas, incluindo os serviços ambientais e de espécies, particularmente das ameaçadas ou com potencial econômico, bem como diretrizes para implementação de instrumentos econômicos e tecnológicos em prol da conservação da biodiversidade;

c) Componente 3: reúne diretrizes para a utilização sustentável da biodiversidade

e da biotecnologia, incluindo o fortalecimento da gestão pública, o estabelecimento de mecanismos e instrumentos econômicos, e o apoio a práticas e negócios sustentáveis que garantam a manutenção da biodiversidade e da funcionalidade dos ecossistemas, considerando não apenas o valor econômico, mas também os valores sociais e culturais da biodiversidade;

d) Componente 4: abrange diretrizes para fortalecer os sistemas de monitoramento, de avaliação, de prevenção e de mitigação de impactos sobre a biodiversidade, bem como objetiva promover a recuperação de ecossistemas degradados e de componentes da biodiversidade sobreexplorados;

e) Componente 5: alinha diretrizes para promover o acesso controlado, com vistas à agregação de valor mediante a pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, e a distribuição dos benefícios gerados pela utilização dos recursos genéticos, dos componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados, de modo que sejam compartilhados, de forma justa e equitativa, com a sociedade brasileira e, inclusive, com os povos indígenas, com os quilombolas e com outras comunidades locais;

f) Componente 6: define as diretrizes para a educação e sensibilização pública e para a gestão e divulgação de informações sobre biodiversidade, com a promoção da participação da sociedade, inclusive dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, para o respeito à conservação da biodiversidade, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de recursos genéticos, de componentes do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado à biodiversidade;

g) Componente 7: fortalece jurídica e institucionalmente a gestão da biodiversidade visando meios de implementação da política, incluindo diretrizes para o fortalecimento da infra-estrutura para a formação e fixa-

ção de recursos humanos, o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia, o estímulo à criação de mecanismos de financiamento, o fortalecimento do marco-legal, para a integração de políticas públicas e para a cooperação internacional.

A simples vista, pareceria que a legislação nacional tem regulado os mais diversos campos de atuação relativos à proteção de nossa biodiversidade; porém, ainda existem muitos aspectos não regulados ou insuficientemente regulados.

Com efeito, ainda hoje não temos claras e efetivas normas constitucionais especiais de proteção contra, por exemplo, o patenteamento internacional do nosso rico patrimônio genético; necessidade que, com os avanços das pesquisas científicas na área da genética, como o Projeto Genoma Humano e o Projeto de Diversidade do Genoma Humano, torna-se imprescindível e muito mais urgente.

5. O Projeto Genoma Humano (PGH) e o Projeto de Diversidade do Genoma Humano (PDGH)

O Projeto Genoma Humano (PGH), oficialmente iniciado em outubro 1990 mas cujos antecedentes se remontam aos anos oitenta nos Estados Unidos, teve como principal objetivo mapear e analisar cada um dos genes contidos na dupla hélice do DNA humano. A previsão inicial era que em 2005 todos os genes humanos estivessem mapeados e seqüenciados; porém, a tarefa foi completada em um prazo inferior, tendo-se conseguido, em abril de 2003, determinar as seqüências dos 3 bilhões das bases químicas que compõem o DNA humano.

O mapeamento é apenas um primeiro passo para o estudo genético do ser humano e, assim, desenvolver meios de usar essa informação para o desenvolvimento de técnicas avançadas de engenharia genética aplicáveis à biologia e à medicina. Entre os benefícios do PGH, assinalam-se os seguintes:

“Na Medicina, por exemplo, o conhecimento sobre como os genes contribuem para a formação de doenças que envolvem um fator genético – como o câncer, por exemplo – levarão a uma mudança da prática médica. Ênfase será dada à prevenção da doença, em vez do tratamento do doente. Novas tecnologias clínicas deverão surgir, baseadas em diagnósticos de DNA; novas terapias baseadas em novas classes de remédios; novas técnicas imunoterápicas; prevenção em maior grau de doenças pelo conhecimento das condições ambientais que podem desencadeá-las; possível substituição de genes defeituosos através da terapia genética; produção de drogas medicinais por organismos geneticamente alterados.

O conhecimento da genética humana auxiliará muito o conhecimento da biologia de outros animais, uma vez que esta não é muito diferente da biologia humana, permitindo também seu aperfeiçoamento e tornando os animais domésticos, por exemplo, mais resistentes a doenças.

As tecnologias, os recursos biológicos e os bancos de dados gerados pela pesquisa sobre o genoma terão grande impacto nas indústrias relacionadas à biotecnologia, como a agricultura, a produção de energia, o controle do lixo, a despoluição ambiental” (PROJETO GENOMA, 2003).

Não obstante os aparentes benefícios do PGH, críticas a respeito do uso da informação desses conhecimentos têm sido levantadas, especialmente em relação à apropriação restrita dessas informações.

As críticas, porém, não se restringem apenas ao PGH, mas se estendem ao Projeto de Diversidade do Genoma Humano (PDGH), projeto adicional do PGH, ideado, em 1991, por um grupo de geneticistas especializados em populações humanas, liderado por L. L. Cavalli-Sforza. O

PDGH, que visa caracterizar separadamente o genoma de todos os povos do mundo, foi aceito pela Organização Genoma Humano (HUGO) e implica não apenas o estudo, mas a elaboração de um arquivo com os dados genéticos de todas as populações existentes. Conforme adverte Souza e Azevedo (2000, p. 52), as implicações éticas desse projeto foram rapidamente pressentidas pela Comissão de Ética da HUGO, que levantou os seguintes questionamentos⁷:

a) o temor de que a pesquisa do genoma possa gerar discriminação e estigmatização de indivíduos e populações, promovendo o racismo;

b) a perda do acesso ao conhecimento dos avanços e descobertas científicas, devido ao seu possível patenteamento e comercialização restrita⁸;

c) a redução dos fins humanos à seqüência do seu DNA e atribuição dos problemas sociais e humanos a causas genéticas;

d) a falta de respeito aos valores, tradições e integridade das populações, famílias e indivíduos.

A Comissão de Ética, visando o controle ético do PDGH, propôs diversas recomendações, baseadas em quatro princípios:

1. reconhecimento de que o genoma humano forma parte da herança da humanidade;

2. aderência às normas internacionais de direitos humanos;

3. respeito pelos valores, tradições, culturas e integridade dos participantes;

4. aceitação e defesa da dignidade humana e da liberdade.

As preocupações da Comissão e da sociedade internacional não são injustificadas. Experiências negativas relativas ao conhecimento da relação entre determinado tipo de doença e um grupo racial podem ser resumidas no episódio relatado por Souza e Azevedo (2000, p. 51-57) a respeito das pesquisas sobre a anemia falciforme realizadas nos Estados Unidos nos anos setenta, que provocaram uma série de atos discrimina-

tórios contra a população negra, principal portadora do gene da doença, pelo temor do contágio.

A história da humanidade, acrescenta Sousa e Azevedo (2000, p. 56), registra claramente diversos momentos “do uso perverso de informações genéticas para fins de discriminação racial e até de genocídio dos povos”. Contudo, o avanço científico não deve, nem pode ser detido. O que nos resta e o que nos compete é regular esses avanços a partir dos princípios éticos e da proteção da dignidade de todo ser humano, pois somente assim poder-se-á afirmar que é a ciência que está a serviço de toda a humanidade e não vice-versa.

6. Patenteamento de seres vivos

A proteção à propriedade intelectual dos inventos está garantida no art. 5º, XIX, da Constituição Federal, em que se estabelece que uma lei irá regular a proteção à propriedade de inventos, marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos.

“A propriedade intelectual é gênero do qual são espécies a concessão de privilégio por intermédio de patentes: 1. De invenção, de modelo, de utilidade; 2. De concessão de registros, por intermédio de marcas (de indústria, de comércio, de serviços, de expressão ou sinal de propaganda) (...)” (NERO, 1998, p. 294).

Trata-se de proteção à propriedade de bens incorpóreos, garantindo-se o privilégio do uso exclusivo desse tipo de propriedade, devendo, porém, submeter-se ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Nesse sentido, em 1996 foi promulgada a Lei 9.279, que veio substituir o Código de Propriedade Industrial de 1971 (Lei 5.772), com a finalidade de atualizar as normas sobre os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

No Direito, o termo *patente* pode ser definido como “o documento ou o ato escrito,

emanado de autoridade administrativa, em que se outorga ou se confere uma concessão, seja de um título ou de um privilégio, no qual se declaram ou do qual decorrem as regalias e os direitos que na patente se fundam” (NERO, 1998, p. 67). É por meio da patente, concedida pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que seu titular detém o monopólio da exploração do objeto da patente (pelo prazo mínimo de 10 anos e máximo de 20 anos, art. 40), produzindo e vendendo ou transferindo esses direitos a terceiros, de forma definitiva ou temporária.

Conforme ensina Patrícia del Nero (1998, p. 70), a patente é o instrumento pelo qual o conhecimento científico e tecnológico é transformado em bem econômico. No mesmo sentido, Patricia Guzmán Aguilera [2004?] afirma que, por meio da análise econômica do Direito, é possível determinar que a eficiência econômica é a que fundamenta a proteção do direito de patentes. É a patente o melhor incentivo para a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, e é graças a ela que a ciência avança e com esta, a qualidade da vida. Com efeito, são os direitos sobre a proteção da propriedade de patentes que potencializam a inovação e o desenvolvimento tecnológico, pois constituem a melhor forma de proteger o inovador do imitador, evitando o enriquecimento injusto dos beneficiados em prejuízo dos criadores.

Por outro lado, o artigo 8º da Lei 9.279/96 estabelece três requisitos para a concessão do privilégio de patente:

a) novidade: é o requisito que determina que apenas podem ser patenteáveis as criações originais de invenção. Nesse sentido, deve-se distinguir uma invenção de uma descoberta, sendo esta última definida como “o encontro, eventual ou procurado, de processo ou produto das forças da natureza” (FERREIRA, 1962, p. 253), enquanto a invenção “consiste na criação de uma coisa até então inexistente” (CERQUEIRA, 1992, p. 75). A Lei 9.279/96 determina que o requisito novidade significa que o invento tem

que ser novo, ou seja, não deve ter sido publicamente divulgado (de forma escrita ou verbal) antes da data do depósito ou do requerimento de propriedade;

b) utilidade ou aplicação industrial: o invento deve ter uso prático, pois “somente a criação suscetível de aproveitamento industrial pode ser privilegiada” (COELHO, 1992, p. 75);

c) não impedimento: é o requisito que, segundo Nero (1998, p. 93), leva em consideração a proteção dos valores sociais que, pelo menos teoricamente, se sobrepõem aos interesses particulares ou econômicos dos criadores.

Além desses três requisitos, são previstas no art. 18 da referida lei outras limitações:

“Art. 18. Não são patenteáveis:

I – o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II – as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais”.

Observe-se que o inciso III do art. 18 admite a possibilidade do patenteamento de

seres vivos, ao dispor que são patenteáveis os microorganismos cujas características genéticas tenham sido modificadas pela invenção humana, características essas não alcançáveis por essa espécie em condições naturais, como é o caso dos microorganismos transgênicos. Esse dispositivo tem recebido severas críticas, especialmente porque não existe consenso a respeito do que pode ser entendido como microorganismo. Nesse sentido, Krieger (1992) observa que a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) reconhece como microorganismos células isoladas, tecidos, plasmídeos, DNA, genes, proteínas e até seres humanos, admitindo, assim, que sejam patenteados como se fossem microorganismos.

A introdução dessa norma no ordenamento jurídico brasileiro foi conseqüência da influência dos Estados Unidos, onde, desde 1980, admite-se esse tipo de patenteamento. Com efeito, foi no famoso caso *Diamond v. Chakrabarty* que a Corte Suprema pela primeira vez concedeu, por cinco votos a quatro, permissão para patentear uma bactéria do gênero *pseudomonas*, patenteamento que tinha sido negado pela *Patent Office* americana (órgão americano similar ao INPI brasileiro). Trata-se de uma bactéria criada pela introdução de quatro plasmídeos diferentes em uma célula única de uma bactéria, a *pseudomonas aeruginosa*, originando uma nova bactéria com capacidade de decompor manchas de petróleo. A decisão da Corte Suprema mudou os critérios de concessão de patentes nos Estados Unidos, permitindo-se, desde então, o patenteamento de microorganismos não naturais (DIAS, 1994, p. 121).

Ora, aceitando-se a patenteabilidade de microorganismos, ainda que apenas dos geneticamente modificados, está-se abrindo a possibilidade do patenteamento de outros seres vivos, o qual provoca sérios questionamentos, como os levantados por Carlos Jorge Rosseto (1995, p. 127):

“a) microorganismo é descoberta e não invenção;

b) microorganismo é um ser vivo; patenteada uma forma de vida, não há nenhum argumento para impedir o patenteamento de outras formas de vida; patenteado o microorganismo, terminaremos patenteadando o homem;

c) microorganismo é parte integrante do meio ambiente, ‘bem de uso comum do povo’ (art. 225, Constituição de 1988) e portanto não pode ser monopolizado por uma empresa ou por indivíduo. Patentear um microorganismo nesse enfoque é o mesmo que patentear a onça, o macaco, o prego e outros seres vivos que constituem patrimônio público;

d) um grande número de microorganismos brasileiros estão patenteados no exterior; o reconhecimento pelo Brasil dessas patentes faria com que os brasileiros ficassem obrigados a respeitar o monopólio do mercado estrangeiro para um patrimônio que é legitimamente seu;

e) microorganismo, na definição internacional, é qualquer célula colocada em meio de cultura – um espermatozóide do homem ou um óvulo de uma mulher colocado em meio de cultura seria reconhecido como um microorganismo;

f) patente é incompatível com vida, porque vida se reproduz e a patente é uma cassação da reprodução da vida”.

Poder-se-ia argumentar que a Lei 9.279/96 apenas prevê o patenteamento de microorganismos manipulados geneticamente (os transgênicos), e não os encontrados na natureza, não violando o requisito essencial de novidade exigido no art. 18, II. Mas esse pode ser apenas um passo prévio ao reconhecimento do patenteamento de outros tipos de microorganismos. A preocupação maior decorre do fato de que muitas das atuais normas infraconstitucionais foram elaboradas por influência ou pressões externas. Os transgênicos são um exemplo disso

(Cf. MOMMA, 1999, p. 114-132), pois, embora fosse inicialmente rejeitado seu patenteamento, hoje, em virtude da Lei 9.279/96, é possível patentear microorganismos transgênicos, sendo seu plantio também permitido (pela nova Lei de Biossegurança), sem que ainda tenha sido realizado qualquer tipo de estudo aprofundado sobre as consequências que seu uso pode provocar no equilíbrio do meio ambiente. Lembre-se que a Constituição exige expressamente o estudo prévio de impacto ambiental de toda atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV), como a utilização de transgênicos pode ser considerada.

Essas mudanças na Política Pública Nacional, em matéria de direito ao meio ambiente e ao patrimônio genético, são as que provocam preocupações a respeito do rumo que a legislação infraconstitucional pode estar tomando. Outro exemplo para ilustrar a alteração das Políticas Públicas constitui a atual permissão de experiências com células tronco, permitida pela nova Lei de Biossegurança de 2005.

A situação é ainda mais delicada se se observa que a Constituição de 1988 não proíbe expressamente o patenteamento de seres vivos, nem muito menos as experiências genéticas com eles, mas apenas estabelece que o Poder Público, para preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, deve fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, §1º, II).

Nesse sentido, essa norma poderia, em determinado momento, ser interpretada como uma permissão para que o Poder Público possa patentear, por exemplo, espécies vivas em extinção, justificado na sua tarefa de preservar a biodiversidade nacional.

Um dos objetivos do Projeto de Diversidade do Genoma Humano é o mapeamento genético das diferentes populações do mundo, tendo sido já iniciado o levantamento genético de algumas populações indígenas,

segundo o relatado por Bergel (1997, p. 243-252) e Cecchetto (1999), elaborando-se um arquivo com suas diferentes características genéticas, visando a “conservação” da biodiversidade.

Ora, a possibilidade do inventário da nossa biodiversidade está já prevista no inciso I do art. 9º da Lei 4.339/2002, sob a fórmula do primeiro componente da Política Nacional de Biodiversidade. Do inventário ao patenteamento existe apenas um pequeno passo burocrático.

O problema não radica na pesquisa nem no avanço da ciência, mas no uso do produto dessas atividades, sobretudo quando se permite a participação direta e ativa de interesses privados nesse tipo de projeto, como publicamente aconteceu com o Projeto Genoma Humano, cujo prazo de conclusão diminuiu graças justamente à participação de empresas privadas.

Os temores não são infundados se se leva em consideração que, no Direito Comparado, existem diversos casos de patenteamento de espécies vivas, e até de genes humanos. Nos Estados Unidos, por exemplo, já foram patenteados os seguintes genes humanos (PROJETO GENOMA, 2003):

- a) Mal de Alzheimer: patente nº 5.508.167, da Duke University, cedida à Glaxo;
- b) Hipertensão: patente nº 5.589.584, da Fundação de Pesquisa da Utah University, cedida à Myriad Genetics;
- c) Obesidade: patente nº 5.646.040, da Millenium Pharmaceuticals, cedida à Hoffman-La Roche;
- d) Artrite reumática: patente nº 5.556.767 da Human Genome Sciences;
- e) Suscetibilidade ao câncer de mama e ovário: patente nº 5.693.473 da Myriad Genetics;
- f) Osteoporose: patente nº 5.501.969 da Human Genome Sciences;
- g) Câncer do cólon: patente nº 5.648.212 da John Hopkins University, Fundação Japonesa para a Pesquisa do Câncer e Zeneca;
- h) Doenças Cardiovasculares: patente pendente, da Myriad Genetics e Novartis;

i) Mal de Parkinson: patente pendente da National Institutes of Health;

j) Calvície: patente pendente da Columbia University.

O interesse econômico do setor privado, neste caso das indústrias farmacêuticas, é claramente observado nessa lista de concessão de patentes, o que lhes assegura o monopólio da comercialização de medicamentos para essas doenças. É o patenteamento de genes de seres humanos portadores de doenças que lhes garante não apenas o uso exclusivo desse conhecimento, mas o seu enriquecimento econômico.

Não somos contra os avanços da ciência, apenas contra a falta de uma regulação constitucional adequada que limite possíveis violações dos direitos fundamentais, contra a violação do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especialmente, contra qualquer violação à dignidade humana, princípio fundamental do Estado brasileiro (art. §1º, III).

A sociedade precisa de maior informação sobre esses avanços científicos, especialmente na área da biotecnologia e biomedicina, estando o Estado obrigado, não apenas ao controle de qualquer violação ou abuso das normas constitucionais, mas à criação de espaços públicos de discussão, em que novas normas constitucionais possam ser propostas pela sociedade, visando, não impedir, mas delimitar os avanços científicos em prol do respeito da dignidade humana.

Notas

¹Observe-se, por outro lado, que hoje os direitos fundamentais não mais são entendidos apenas como normas protetoras das pessoas “contra” ou “perante” o Estado, mas também em relação a outros particulares. (Cf. SARMENTO, 2004).

²Autores há que preferam o termo “dimensões”, por entender que a tradicional expressão “gerações” pode levar ao entendimento que a palavra geração poderia implicar substituição, sendo que a idéia dessa classificação dos direitos fundamentais baseia-se no acúmulo e não na substituição de direitos (Cf. SARLET, 1998, p. 51).

³Artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

⁴Dessa forma pronuncia-se Afonso da Silva (1994, p. 251), para quem o art. 5º, XIX, é um dispositivo “que não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas de ordem econômica”.

⁵Convenção sobre diversidade biológica (CDB). Disponível em: www.mma.gov.br/port/sbf/chm/cdb/cdb/htm. Acesso em: 11 de novembro de 2004.

⁶Aprovada internamente por meio do Decreto 2.519/1998.

⁷Disponível em <http://hugo.gdb.org/conduct.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2001.

⁸Hoje, apesar do requisito da revelação, conhecido internacionalmente como *disclosure* ou detalhamento do invento, para requerer a patente, é muito pouco o que é divulgado sobre o mesmo, limitando ao máximo o acesso ao conhecimento desse invento. A descrição cumpre a finalidade de tornar o invento patenteado público, visando que terceiros possam avaliar se realmente se trata de uma inovação tecnológica, se possui utilidade prática e se é passível de aproveitamento econômico. No entanto, esse é um requisito que simultaneamente garante o *trade secret*, ou seja, apesar da necessidade do detalhamento da invenção, a descrição não chega a permitir que um terceiro possa reproduzi-lo, amparando dessa maneira o direito de propriedade do inventor, fato este que às vezes faz com que a descrição seja tão “sucinta e codificada que não possibilite sequer a compreensão do procedimento laboratorial ou industrial e, menos ainda, a reprodução do invento (NERO, 1998, p. 296).

Referências

ABEL, Francesco; CAÑON, Camino. *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1993.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Lisboa: Almedina, 1998.

BERGEL, Salvador Dario. Patentes de genes: implicancias éticas y jurídicas. *Bioética*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 245-252, 1997. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind2v5.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2002.

BERNARD, Jean. *A bioética*. Tradução de Paulo Goya. Paris: Ática, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- CASTRO, Moema Augusta Soares de. Aspectos gerais da propriedade industrial. *Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, [20—?]. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/procuradoria/artigos>>. Acesso em: 10 jan. 2000.
- CECCHETTO, Sergio. Genética, dominación e identidade cultural en el sur argentino-chileno. *Prodiversitas*, Buenos Aires, 1999. Disponível em: <<http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota40.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2004.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de direito industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, p. 17-39, abr./jun. 1997.
- DIAS, José Carlos Vaz e. Propriedade industrial e o projeto de lei 824/D: existe realmente conflito entre os interesses americanos e o desenvolvimento brasileiro?. *Revista Brasileira da Associação Brasileira de Patentes Industriais*, São Paulo, ano 3, n. 12, jul./out. 1994.
- FARIAS, Paulo José Freitas. Limites éticos e jurídicos à experimentação genética em seres humanos: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro. *Ciências Jurídicas*, Maringá, ano 2, n. 2, p. 245-256, 1998.
- FEITO GRANDE, Lydia. *Estudios de bioética*. Madri: Dykinson, 1997.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FIORINO, Celso A. Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GARCIA, Diego. *Fundamentos da bioética*. Madri: Eudema, 1989.
- GOMES, Luís Roberto. Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. *Direito Ambiental*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 164-191, out./dez. 1996.
- GUSMÁN AGUILERA, Patricia. Nuevos desafíos del derecho en la era de la biotecnología: apuntes sobre sus particularidades para países en desarrollo. *Prodiversitas*, Buenos Aires, [2004?]. Disponível em: <<http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota34.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2004.
- KRIEGER, M. *Lei de patentes e soberania nacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1992.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.
- MACEDO, Angela A. M. Produtos transgênicos e o direito à informação do consumidor. *Ciência e Direito: revista jurídica da DIC-UNAES*, Campo Grande, ano 1, n. 2, p. 11-34, nov./abr. 1999.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.
- MATEO, Ramón Martín. *Bioética y derecho*. Madri: Ariel, 1987.
- MOMMA, Alberto Nobuoki. Plantas transgênicas: marketing e realidades. *Direito Ambiental*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 114-132, jul./set. 1999.
- . Rotulagem de plantas transgênicas e o agronegócio. *Direito Ambiental*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 153-193, out./dez. 1996.
- MOSQUERA VÁZQUEZ, Clara. *Derecho y genoma humano*. Lima: San Marcos, 1997.
- NERO, Patrícia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PROJETO GENOMA. Projeto Genoma, [S. l.], 18 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.geocities.com/capecanaveral/hall/6405/genoma/projetogenoma.htm.3>>. Acesso em: 12 nov. 2004.
- RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, María del Rosário. *Derecho genético*. Lima: San Marcos, 1997.
- ROSSETO, Carlos Jorge. Riqueza do primeiro mundo e pobreza do terceiro mundo. *Debate Nacional: Projeto Nacional de Ciência e Tecnologia, crise do Estado e privatização, neoliberalismo e nova dependência*, São Paulo, 1995.
- SANTOS, Antonio Silveira R. dos. Biodiversidade: desenvolvimento sustentável. *Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 94-101, jul./set. 1997.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SAUCA, José María (Org.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: M. Fontes, 1993.

SOUZA E AZEVEDO, Eliane Elisa de. *O direito de vir a ser após o nascimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

VIDAL GARCIA, Marciano. *Bioética: estudos de bioética racional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

WOLFF, Simone. A adequação da legislação ambiental brasileira à convenção sobre diversidade biológica. *Ministério do meio ambiente*, Brasília, [2004?]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/publica/legisla/legaspi.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2004.

Para uma teoria deliberativa da democracia

José Pedro Luchi

Sumário

1. Introdução. 2. Inconsistência das teorias empiristas da democracia. 3. A relação entre sociedade e Estado vista segundo três modelos normativos de democracia. 4. A despedida de uma totalidade social centrada no Estado. 5. Uma releitura procedimental dos conceitos de legitimação e soberania popular. 6. Democracia: deliberação ou competição organizada? Um confronto entre Habermas e Walzer. 7. Os conceitos de “status de cidadão” e de “sistema de direitos”; o processo político. 8. Considerações conclusivas.

1. Introdução

Este estudo tem como base o texto de J. Habermas (1994) “Facticidade e Validade”, no capítulo VII, cujo título é “Política deliberativa – um conceito procedimental da Democracia”. Também em outros estudos ele se dedicou ao tema¹. Num primeiro momento, reconstruo a autocompreensão da Teoria empirista da democracia, que apaga do conceito de poder a exigência de legitimidade, equiparando o poder político a poder social. Tal reconstrução, a partir das posições de W. Becker, é feita em três passos, em que se vai gradualmente mostrando as autocontradições da posição empirista.

Desembocamos assim, teoricamente, numa concepção normativa de democracia, que é definida e analisada segundo três modelos: liberal e republicano, já conhecidos, e o terceiro, mais próprio de Habermas (1994), a democracia deliberativa. Os três

José Pedro Luchi é Doutor em Filosofia (Pontifícia Universidade Gregoriana do Vaticano) e Professor do Mestrado em Direito Processual da UFES.

modelos são analisados a partir de diversas chaves conceituais: a relação entre sociedade e Estado na visão de cada um, os conceitos de legitimidade e soberania popular, *status* do cidadão e sistema de direitos, bem como a compreensão do processo político.

A seção seguinte deste estudo é dedicada a um instrutivo confronto entre algumas posições de Habermas e de Walzer, no tocante à teoria da democracia. Walzer reduz as exigências universalistas de Habermas, atendo-se a argumentações de fato aceitas e foca mais sobre a realidade de que outros fatos, além dos estritamente racionais, influenciam o processo democrático. Interessante também é sua posição sobre a relação entre religião e Estado e sua permissividade em relação a argumentos de origem religiosa.

Concluo com uma breve avaliação de conjunto sobre o confronto Habermas-Walzer.

2. *Inconsistência das teorias empiristas da democracia*

O empirismo político apaga do conceito de poder político sua constitutiva vinculação com o direito legítimo e o reduz a um tipo de poder social. Poder social se define como “força de imposição de interesses superiores” (HABERMAS, 1994, p. 351), a serem perseguidos mais ou menos racionalmente. O poder político seria então uma forma de poder social que, positivo e estável, permite conquistar o poder administrativo, isto é, o acesso a cargos públicos de gerenciamento do Estado, exercido de forma competente.

Habermas (1994) se confronta com uma proposta empirista concreta, aquela de Werner Becker (1982). Nessa visão, o ponto de vista do observador deveria chegar a coincidir com aquele do participante, isto é, os participantes do processo democrático, elites e cidadãos, deveriam aceitar participar do jogo político em defesa de seus interesses mesmo sob a premissa de que normas

não são justificáveis cognitivamente, mas são apenas resultado de decisões contingentes.

Assim como o poder consiste na superioridade empírica do interesse ou da vontade do mais forte, o poder estatal se expressa na estabilidade da ordem. E a legitimidade de tal ordem se mede precisamente pelo reconhecimento fático dos que são submissos ao domínio, reconhecimento que vai desde a tolerância até a livre adesão. As razões da adesão legitimadora são subjetivas e dependem da cosmovisão, não são objetivamente fundamentáveis. Até mesmo uma ditadura pode então ser legítima, na visão de Becker (1982). Não importa a qualidade das razões, mas que elas produzam estabilidade.

Becker (1982) explicita Democracia por meio dos conceitos de regras de jogo para eleições universais e igualitárias, concorrência entre partidos e domínio da maioria. Ele não pretende justificar normativamente o arranjo democrático mas, empiricamente, almeja mostrar como corresponde ao interesse de todos, elites, partidos e cidadãos, que se atenham às regras do jogo de uma democracia de massa. Ele o faz em três passos, a saber:

1º passo: Esclarecimento objetivo. Validade voluntarista. Positivismo jurídico

A Democracia baseada em voto universal, respeitando-se a maioria, apóia-se em uma compreensão moderna da liberdade. Essa resulta de uma secularização da visão judeu-cristã de que todo homem tem igual valor diante de Deus e, de outro lado, substitui a origem transcendente da validade dos mandamentos por uma validade imanente, que se ancora na vontade dos sujeitos.

Trata-se de um “subjetivismo ético”, para o qual as normas se apóiam em decisões dos sujeitos num certo quadro de cultura. A esse voluntarismo normativo corresponde um positivismo em relação ao Direito: só seria juridicamente válido o que um legislador político coloca como tal.

Quando agora os interessados querem se apropriar dessa explicação, da perspec-

tiva do participante, eles tendem a buscar fundamentação para o subjetivismo ético e então apelam para direitos humanos suprapositivos ou para uma posição deontológica pela qual é válido somente o que todos podem querer. Porém, ensina Becker (1982), com tais fugas racionalistas se pretende desviar da insuperável contingência das normas que se consideram válidas. Habermas (1994, p. 354) observa bem:

“Entretanto, precisamente essa consciência da contingência torna insatisfatória a oferecida explicação objetiva para eles, participantes de um processo democrático. Eles precisam no mínimo de uma explicação do ponto de vista da racionalidade de fins para isso: porque as normas impostas pela maioria deveriam ser aceitas como válidas para a minoria cada vez derrotada”.

2º passo: A domesticação da luta pelo poder, mediante o temor

Mas, como se justifica então a aceitação da regra pela maioria? Apelo ao bem comum, utilidade coletiva ou razão prática não são conceitos disponíveis em chave de uma validade voluntarística. Becker (1982) responde a partir da ameaça de uma guerra civil, no caso de a maioria não ser respeitada. Uma parte do povo aceita então o domínio da outra parte, durante um certo tempo, por temor de que a maioria, em caso contrário, rescinda o acordo do não-uso da violência. “Democracia significa segundo isso nada diferente que uma parte do povo domina sobre a outra por algum tempo” (BECKER, 1982, p. 77 apud HABERMAS, 1994, p. 355).

Se o objetivo primordial de todos é a pacificação de confrontos violentos, essa explicação tem alguma plausibilidade, mesmo do ponto de vista dos participantes, pensa Habermas (1994). Porém não é satisfatória para eles “na medida em que permanece não claro como minorias podem ser protegidas de uma tirania da maioria, mesmo que seja pacífica. Além disso precisa ser garan-

tido que os partidos em contenda de fato se submetam à regra da maioria” (HABERMAS, 1994, p. 355).

3º passo: A alternância dos grupos no poder os faz respeitar as regras

A maioria não perpetua uma tirania e, portanto respeita as regras, por medo de perder o poder e se tornar minoria, caso em que desejaria ver respeitadas as regras do jogo. A minoria as respeita porque almeja chegar ao poder. É essa a posição empirista, nesse nível.

A troca entre governo e oposição pressupõe que o eleitorado seja dividido em campos diversos pelas elites concorrentes, a partir de critérios ideológicos, prometendo também compensações sociais. O jogo conjunto dos meios ideológico-político e social-político gera legitimação das elites diante do eleitorado: propõe-se certa distribuição de bens e se deve também interpretá-la.

Essa explicação é talhada do ponto de vista das elites, que pretendem conquistar e manter o poder. Porém o público não se motivaria a participar de um processo em que se vê apenas como “presa ideológica de partidos em concorrência” (HABERMAS, 1994, p. 356). O público precisa se convencer do por que um partido é preferível a outro, precisa de boas razões para escolher. “Assim se chega ao ponto em que aquilo que convence da perspectiva do observador não se deixa mais traduzir em um argumento que convence os participantes. Sem mudar as premissas, essa tentativa dá origem a contradições” (HABERMAS, 1994, p. 356).

Por que os cidadãos comuns e não apenas as elites veriam e aceitariam um pseudo-argumento que não passa de retórica propagandística? Sim, porque para Becker (1982) o discurso político não tem função cognitiva de chegar à verdade, mas social-psicológica de gerar aceitação. Sua resposta é que cidadãos esclarecidos vêem o processo político como formação de compromissos. Porém, pergunta Habermas (1994), o que fundamenta a aceitação de compromissos? De um lado, Becker rejeita a idéia de justiça

social como supérflua, de outro os participantes devem ter boas razões para chegar a compromissos: eles realizam um equiparação “fair” de interesses entre os grupos sociais. “Becker precisa, no fim, contrabandear algo como equidade (*fairness*) como critério de avaliação para compromissos, sem poder declará-lo como tal”. (HABERMAS, 1994, p. 358).

Habermas (1994) pensa que compromissos são aceitáveis por diferentes grupos a partir de razões diversas para cada grupo; porém, os procedimentos para chegar a eles, no exercício da prudência de cada partido, pressupõem razões normativas para reconhecê-los como aceitáveis. Porque o procedimento mesmo é imparcial.

Então a formação de compromissos exige mais que um nível empírico ou mais que uma racionalidade voltada para fins. Dito de outro modo, já intuitivamente a compreensão de democracia tem um sentido normativo ao qual o empirismo não faz jus. Portanto a autodescrição empirista das práticas democráticas não dá razões suficientes para que o cidadão observe as regras do jogo democrático.

3. A relação entre sociedade e Estado vista segundo três modelos normativos de democracia

Tendo ficado clara a insuficiência da teoria empirista da democracia, Habermas (1994) passa a investigar três modelos normativos de democracia, para os quais, então, o conceito de poder político inclui constitutivamente uma vinculação com a legitimidade jurídica, isto é, aceitação racional das normas por parte de todos os participantes, aceitação intersubjetivamente fundamentada. Ele pretende avaliar qual deles oferece melhor possibilidade de ligação com as ciências sociais, e, portanto, melhor orientação na situação contemporânea.

A concepção liberal vê o Estado como guarda de uma sociedade de economia. Então o Estado, com a administração pública,

está a serviço da sociedade, vista como sistema de mercado a partir de pessoas privadas. O processo democrático se realiza como compromisso entre interesses. Tais compromissos são alcançados com base nos direitos humanos liberais: eleições universais e igualitárias, composição representativa das corporações parlamentares etc.

A concepção republicana almeja a formação de uma totalidade política, por meio de uma sempre renovada autocompreensão ética dos cidadãos, a qual deve se atualizar periodicamente, inclusive em rituais cívicos. Aqui o Estado é visto como associação jurídica de cidadãos eticamente conscientes de sua vinculação. Há uma primazia tanto genética como normativa da vontade política sobre a economia. O Republicanismo vê a sociedade desde a origem como sociedade política. A coletividade, na sua práxis de autodeterminação, torna-se consciente de si mesma e atua sobre si mesma, auto-organizando-se, e isso é a própria democracia. A concepção republicana de política se volta contra um aparato estatal burocratizado. Seu aguilhão polêmico fere um privatismo burguês de cidadãos despolitizados. O eixo desse modelo é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, capaz de revitalizar espaços políticos, na forma de uma auto-administração descentralizada.

O modelo liberal considera que não se possa eliminar a distância entre sociedade e Estado, mas que se deva lançar pontes entre ambos mediante o processo democrático. Poder e interesse dos cidadãos individualizados devem se equilibrar por meio do estado de direito e de sua Constituição. Menor relevância é dada à formação da vontade dos cidadãos, vistos como voltados, embora em posição democrática, para a defesa de seus interesses. À Constituição cabe disciplinar o poder do Estado e a concorrência entre os diversos partidos, de um lado, e entre governo e oposição, de outro. A compreensão da política é, portanto, centrada no Estado, embora a política não cubra todo o

âmbito da sociedade. Não se pensa no conjunto dos cidadãos agindo como um todo e se valoriza antes o sucesso das realizações da atividade do Estado. O agulhão polêmico fere a capacidade perturbadora do poder estatal que prejudica o espontâneo intercâmbio entre os cidadãos.

O eixo desse modelo é então a regulamentação, pelo Estado de direito, de uma sociedade de economia “que deve garantir um bem comum nuclearmente compreendido apoliticamente, através de satisfação de expectativas de felicidade dos indivíduos privados produtivamente ativos” (HABERMAS, 1994, p. 361).

O modelo republicano tem a vantagem de ver a auto-organização da sociedade pela vida comunicativa e não apenas por negociações entre interesses opostos. Sua desvantagem em relação ao modelo liberal é que os discursos políticos são vistos como estritamente éticos e então de modo por demais idealista², ficando na dependência da virtude de cidadãos voltados ao bem comum³.

A concepção democrática da teoria do discurso coloca seu ponto forte sobre os procedimentos de consulta e deliberação, que abarcam compromissos, discursos éticos de autocompreensão e discursos morais de justiça⁴, chegando a resultados que têm expectativa de ser equitativos, contanto que dados relevantes tenham sido suficientemente elaborados. Aqui a razão prática não se coloca mais nem como direitos humanos universais, nem como autocompreensão ética de uma dada comunidade, mas como regras de agir voltado para o entendimento, em processos de argumentação.

O modelo teórico-discursivo da democracia coloca uma exigência normativa não tão fraca como o liberal, porém não tão forte como o republicano. Em comum com o republicanismo, a formação da opinião e da vontade políticas é colocada como ponto central, sem que a Constituição deixe de ser compreendida como algo primordial.

A Constituição do Estado de direito responde de modo conseqüente à necessidade

de institucionalização da formação da opinião e da vontade democráticas.

“A teoria do Discurso faz o crescimento da política deliberativa dependente não de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas da institucionalização de procedimentos correspondentes e pressuposições comunicativas, assim como do jogo conjunto entre consultas institucionalizadas e opiniões públicas constituídas informalmente. A proceduralização da soberania popular e a retro-ligação do sistema político às redes periféricas da publicidade política vão juntos com a imagem de uma sociedade descentrada” (HABERMAS, 1994, p. 362).

4. A despedida de uma totalidade social centrada no Estado

Habermas pensa que tanto o modelo republicano como o liberal são tributários de figuras de pensamento que remetem à filosofia da consciência. No primeiro caso, o todo social centrado no Estado é pensado como um sujeito em grande formato. O conjunto dos cidadãos é visto como um ator coletivo, ao qual se atribui a práxis de autodeterminação.

No segundo caso, o todo é transferido para o conjunto de normas constitucionais que regulam anonimamente as relações de interesse e poder entre os indivíduos, reproduzindo o modelo do mercado concorrencial que se auto-regula cegamente. O jogo das leis é visto tacitamente como o jogo de indivíduos em concorrência com o mercado.

Ora, as comunicações nos procedimentos democráticos de eleições, de deliberações legislativas e de espaços de informações formam arenas de debates sem sujeito, numa sociedade descentrada. A Teoria do Discurso se reporta a uma intersubjetividade de maior grau, capaz de transformar influxos de opinião pública e poder comunicativo em poder administrativo, passando pela legislação.

5. *Uma releitura procedimental dos conceitos de legitimação e soberania popular*

A nova impostação teórico-discursiva da democracia tem conseqüências seja sobre o conceito de “Legitimação” seja sobre aquele de “Soberania popular”. Para o modo de ver liberal, a formação democrática da opinião e da vontade, fracamente normativa, mediante eleições, tem a função de legitimar o exercício do poder pelo partido vencedor, diante da opinião pública e do Parlamento. Resultados eleitorais são vistos como licença para assumir o poder de governo.

Para o modo de ver republicano, a formação democrática da opinião e da vontade representa bem mais que isso, ela constitui a própria sociedade como corpo político. Cada nova eleição reatualiza o ato de sua fundação. Aqui o governo tem obrigação de realizar determinadas políticas e é considerado parte de um corpo político maior, que se auto-administra. Não é visto apenas como equipe autorizada a decisões amplamente livres.

A Teoria do Discurso considera a formação democrática da opinião e da vontade, com seus procedimentos, como base da racionalização das decisões de um governo que a ela permanece retroacoplado. E isso tanto no sentido que tal base de opinião pública controla como também oferece subsídios ao governo. A opinião pública, com efeito, não pode ela mesma governar, mas pode orientar o uso do poder administrativo em determinadas direções.

Nesse sentido, *racionalização* é mais forte que uma mera *legitimação* (liberalismo) e mais fraco que constituição (republicanismo). O sistema político de poder é o único que pode “agir”.

“Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculantes, enquanto as estruturas de comunicação do espaço público formam uma extensa rede de sensores que reagem à pressão das situações

de problemas do conjunto da sociedade e estimulam opiniões influentes” (HABERMAS, 1994, p. 364).

Tal opinião pública se torna, assim elaborada, poder comunicativo que o sistema político traduz como poder administrativo.

O conceito de soberania como poder que sobrepuja todos os demais e era inicialmente atribuído ao soberano absoluto foi transferido por Rousseau à vontade do povo unido. Tal idéia foi fundida com a clássica representação do autodomínio de cidadãos livres e iguais. Até certo ponto, a idéia de soberania permaneceu vinculada a uma presença física do povo, no qual se encarna o poder. Na visão republicana, com efeito, o povo não pode delegar seu poder soberano. É o povo, ao menos potencialmente presente, que detém o fundamento do poder constituinte, e não seus representantes. O Liberalismo advoga uma posição mais realística, segundo a qual o poder que emana do povo é exercido em eleições e por meio dos órgãos dos três poderes do Estado.

A teoria discursiva da democracia abandona a atribuição da soberania, seja ao Povo, concretisticamente, visto como um grande sujeito, seja à Constituição, com suas competências anônimas. Soberania popular é agora interpretada intersubjetivamente e se torna então poder comunicativo, que surge do entrecruzamento de comunicações institucionalizadas em corpos legislativos e comunicações informais promovidas por associações da sociedade civil separadas tanto do Estado como da Economia. Ela é tornada anônima e sem sujeito porque se concretiza por fluxos de comunicação com procedimentos democráticos, que podem pretender razoabilidade, embora seus procedimentos sejam falíveis. Numa sociedade descentrada, desaparece o “si mesmo” da comunidade jurídica.

Fica claro para Habermas (1994) que sua proposta de política deliberativa exige uma socialização discursiva para a comunidade jurídica, mas não para o conjunto da sociedade, que é mais ampla e complexa que o

sistema político. “As comunicações políticas filtradas deliberativamente dependem de recursos do mundo da vida – de uma cultura política de liberdade e de uma socialização politicamente esclarecida, sobretudo de iniciativas de associações formadoras de opinião” (HABERMAS, 1994, p. 366).

Habermas (1994) pensa que sua Teoria permite ligação com uma ciência social que vê o sistema político não como centro nem modelo estrutural da sociedade, mas um sistema entre outros, encarregado da solução para riscos de integração social. Porém, por isso mesmo ele precisa poder traduzir suas comunicações para outros subsistemas, pelo sistema jurídico.

6. Os conceitos de “*status de cidadão*” e de “*sistema de direitos*”; o processo político

Em chave liberal, o *status* de cidadão se define a partir de seus direitos subjetivos, que correspondem às chamadas liberdades negativas, pelas quais se delimita um espaço de iniciativa individual, onde outro não tem o direito de intervir. O cidadão pode, então, como pessoa privada, contar com o Estado para coibir invasões indevidas no seu espaço de liberdade e pode levantar queixas contra o próprio Estado. Aqui direitos políticos são vistos também sob esse enfoque: possibilitam uma eficácia administrativa aos interesses dos cidadãos, passando por mediações políticas: votações, corporações, parlamentos.

O cidadão republicano já é colocado desde o início no âmbito de uma coletividade que se autocompreende e se autodetermina. Direitos são vistos positivamente como participação em uma práxis comunicativa comum, que gera força legitimadora originária. O Estado se justifica como garantidor da inclusão de todos os cidadãos em tal práxis comunicativa, mediante suas instituições.

O sentido liberal de um sistema de direitos (Cf. LUCHI, 2005, p. 121-136) é determinar em cada caso quais direitos cabem a

quem, a ordem jurídica se constrói então sobre direitos subjetivos. O sentido republicano do direito dá prioridade a uma ordem jurídica objetiva, na qual os indivíduos se relacionam de modo justo e respeitoso. Aqui a integridade do indivíduo e da comunidade têm pesos iguais.

“O direito ao voto, interpretado como liberdade positiva, torna-se paradigma dos direitos em geral, não apenas pelo fato de ser constitutivo para a autodeterminação política, mas porque nele fica claro como a inclusão em uma comunidade de cidadãos dotados de direitos iguais está associada ao direito individual a contribuir individualmente e de forma autônoma e a assumir posicionamentos próprios [...] Também a atribuição de poder no âmbito do direito privado para que se persiga fins privados e livremente escolhidos obriga concomitantemente a que se respeitem os limites da ação estratégica acordados segundo o interesse de todos” (HABERMAS, 2002b, p. 274).

As posições diferentes quanto ao papel do cidadão e do direito remetem a uma mais profunda diversidade, entre os modelos liberal e republicano, quanto à natureza do próprio processo político: os liberais o vêem como estratégia de autorização para exercer o poder, pela manifestação da preferência dos eleitores, por maioria de votos.

A própria formação da opinião e da vontade é vista como uma concorrência entre posições diversas, almejando o sucesso. O modelo de concorrência do mercado é o pano de fundo. Os republicanos não vêem a formação da opinião e da vontade democráticas como uma concorrência tipo mercado, mas como um processo comunicativo orientado ao mútuo entendimento. O poder administrativo só pode ser exercido com base em políticas acordadas democraticamente por meio da opinião pública e não é apenas um alvo de disputa pelo controle do aparato estatal.

Habermas aponta como vantagem do modelo republicano o fato de que ele não reduz os fins coletivos a negociações entre partidos concorrentes, mas afirma a necessidade de uma auto-organização comunicativa da sociedade.

Como desvantagem, indica o excesso do idealismo do modelo republicano bem como o fato de tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Em outras palavras, a política é pensada segundo uma condução estritamente ética, quando de fato ela inclui, além da ética, aspectos pragmáticos de utilidade e morais de justiça.

No pluralismo cultural característico das sociedades ocidentais complexas, não bastam discursos éticos de acertamento da auto-compreensão de uma coletividade, em relação com a própria tradição e os próprios valores. Diante de diversidades culturais que permanecem, é preciso recorrer a negociações e compromissos. Isso requer regras que acenam ao âmbito de uma normatividade moral. Resultados de negociações e discursos éticos não podem estar em contradição com princípios morais, que carregam validade universal. A política deliberativa pretende englobar precisamente as três formas comunicativas: auto-entendimento ético dos cidadãos, equilíbrio de interesses mediante acordos e fundamentação moral. Entrecruzam-se o dialógico e o instrumental.

7. Democracia: deliberação ou competição organizada? Um confronto entre Habermas e Walzer

Walzer (2000) admite uma “moral minimalista universal”, isto é, cada cultura bem desenvolvida tem, ao menos tacitamente, uma reserva de princípios aos quais se pode recorrer em casos críticos e que são capazes de julgar certas situações, por ex., morte de civis durante uma guerra, engano da população por parte dos políticos. Princípios como liberdade e autodeterminação são em geral aceitos por todos.

Entretanto, tal “moral minimalista” não é suficiente, ao ver de Walzer (2000), para oferecer critérios para a distribuição de bens sociais. Para tal distribuição, as práticas são muito diversificadas de acordo com as culturas. “Minha tese soa que a distribuição de bens sociais depende do significado que esses bens têm na vida dos homens, aos quais eles são distribuídos [...] ela descreve não apenas a práxis fática, mas também as discussões sobre essa prática” (WALZER, 2000, p. 260-285). A democracia é um modo político de alocar o poder e isso exige também discussões sobre a legitimidade de tal divisão de poder, a qual definirá a distribuição dos bens considerados relevantes numa dada sociedade.

Walzer (2003, p. 416-417) advoga, em sintonia com uma política deliberativa, que inclusividade e argumentação são características da democracia. Todos devem estar em condições de tomar parte com discursos quando questões de princípio exigirem ou seus interesses forem atingidos. E é preciso que sejam apresentados argumentos convincentes, isto é, um “domínio de razões”.

Porém aqui mesmo se dá uma diferença esclarecedora com a posição de Habermas: o argumento que convence é aquele que de fato é admitido pela maioria dos ouvintes e não é necessária a referência a uma situação ideal, na qual todos os possíveis participantes pudessem estar de acordo. Capacidade de articulação faz parte da democracia. Certamente alguns tipos de proposições devem ser excluídos da lógica democrática, as razões extrínsecas.

O que seriam tais razões extrínsecas?

Para Walzer, seriam o uso de bens extrínsecos: emprego de violência, distribuição de dinheiro, barganha de cargos públicos (HAUS, 2000). M. Haus (2000, p. 187) afirma, no contexto da exposição do pensamento de Walzer, que, para Habermas, concepções diversas de bem seriam semelhantes a conteúdos não universalizáveis e então não seriam passíveis de crítica.

Aqui eu faria duas observações a Haus: a) é preciso apelar à distinção habermasiana entre discursos morais e discursos ético-políticos, que parece passar despercebida a Haus. Habermas colocaria entre parênteses as particularidades de cada forma cultural de vida para chegar a princípios universais de resolução de conflitos, e então estamos no âmbito moral. Porém, no âmbito de soluções mais concretas, não está excluída a discussão sobre valores e então sobre conteúdos não universalizáveis (HABERMAS, 2002a, p. 229). Além disso, b) a moral tem primazia sobre a ética e então a afirmação de tradições culturais não pode contradizer princípios universais.

Haus (2000) destaca a interessante posição de Walzer de não considerar excluída a apresentação de argumentos religiosamente motivados e assim explicitados, no processo democrático. “Uma sociedade democrática não pode inquirir sobre como ou onde as visões políticas dos cidadãos são formadas e não pode censurar as formas retóricas ou doutrinárias nas quais essas visões são expressas” (WALZER, [200-?] apud HAUS, 2000, p. 188).

A razão para essa “permissividade” de princípio a modelos de argumentação religiosa na política é que não se pode excluir convicções e paixões sem excluir também as pessoas por elas plasmadas. Então no fundo se trata de ser conseqüentes quanto ao respeito a oponentes e concorrentes políticos em suas convicções. Mas é bom lembrar que tais argumentações religiosamente fundadas serão recebidas de modo muito diferenciado pelos ouvintes. Seu uso não equilibrado poderia emocionalizar o debate político.

Referindo-se a casos concretos, Walzer (1983) lembra que as esquerdas exercitaram em muitas ocasiões o apoio de motivações religiosas, por exemplo, de abolicionistas religiosamente fundamentados, e ultimamente partidos voltados para mudanças sociais aceitaram apoio da teologia latino-americana da libertação. Por que então não

aceitariam posições religiosamente motivadas quanto ao aborto, pornografia e eutanásia?

Walzer (1983) defende a separação entre Igreja e Estado não porque seja a favor da exclusão de argumentos religiosamente motivados, mas porque é preciso garantir a possibilidade da alternância do poder entre diferentes propostas. O monopólio do poder por um grupo seria a “vitória final” de uma parte, o que, em política, é impossível e não permitido. Porém, isso não impede que cada grupo persiga ativamente sua concepção de uma “boa sociedade”. Assim, “o que se segue é simplesmente que, enquanto houver idéias diferentes, nenhuma realização pode ser definitiva. No lado religioso ou ideológico da linha, a boa sociedade pode ter uma forma absoluta; pelo lado político ela é sempre provisória” (WALZER, [200-?] apud HAUS, 2000, p. 188).

Então numa sociedade em que há diferentes concepções de bem, a implementação política de medidas que cada vez representam uma concepção não poderia contar com o apoio de todos. A parte que fica em minoria provavelmente não aceitaria as políticas do momento como corretas e esperaria sua oportunidade para efetuar mudanças, quando, num tempo previsível, se tornasse maioria.

8. Considerações conclusivas

Fica claro que Walzer (1983, 2003, [200-?]) coloca em evidência questões éticas de grupos concorrentes e questões de interesses, enquanto Habermas (1991, 1994, 1997, 2002a, 2002b) salienta que, mesmo havendo tais diferenças, é teórica e praticamente necessária a consideração de um horizonte de universalidade do entendimento. Sua objeção ao conceito empírico de democracia, acima reconstruída, pode ajudar a iluminar a situação:

a) Para que a implantação de modelos políticos pelos grupos cada vez no poder não se transforme em revanche ou posse

utilitarista em proveito próprio, é preciso que tais medidas possam ser justificadas como a melhor opção diante de todos, num processo de discussão e possível reformulação. De outro modo, o partido no poder perderia a legitimidade e o próprio poder.

b) Mesmo que haja negociações e barganhas, como Habermas muitas vezes mostra, esses mesmos processos têm que ser *fair*, então honestos e respeitosos de valores e interesses alheios e realizados de acordo com normas morais e não simplesmente de qualquer modo.

c) Uma atitude arbitrária dos partidos no poder minaria a lealdade dos cidadãos, e não daria bases para o respeito das regras da democracia, colocando em risco a mesma alternância de poder.

Acordos negociados e um respeitoso *modus vivendi* são resultados que surgem de procedimentos que compõem a democracia, isso também é aceito por Habermas. Porém, precisamente tais arranjos pressupõem a aceitação de certos princípios de negociação, que precisam ser consensuais. Sem tal concordância, não haveria garantia do respeito às regras do próprio processo democrático, por exemplo, cumprimento das leis e alternância do poder. Isso os opositores de Habermas não parecem aceitar, ou não consideram necessário tematizar.

Walzer vê como “forma primária da vida política” não a tomada deliberativa de decisões, mas a concorrência organizada entre diversos grupos, o que inclui a capacidade retórica do convencimento, a articulação interna e com outros grupos, a busca de apoio financeiro etc.

Não se trata, em primeiro lugar, de uma oferta de vantagens ao eleitorado, mas da organização dos engajamentos políticos num sentido amplo.

A concorrência entre grupos não significa então a obtenção do voto do eleitor, mas a capacidade de angariar companheiros para a própria proposta. Walzer ressalta os momentos não racionais do processo político, tais como a decisão de eleitor, que leva em

conta interesses, paixões e vinculações ideológicas e não apenas “boas razões”. De outro ponto de vista, Walzer expõe também um conceito de reconhecimento no qual se distingue uma vertente racional, e aí teria lugar o processo deliberativo, e também uma outra vertente, baseada no respeito a diferenças de convicções, e aqui teria lugar a negociação, que resultaria num *modus vivendi*.

O processo democrático não se baseia, segundo Walzer, primariamente na deliberação, embora também a inclua, mas em arranjos negociados de *modus vivendi*, em que a competição organizada pelo apoio das massas, a habilidade articulativa, os recursos financeiros e a retórica desempenham um papel importante. Pura deliberação é própria dos tribunais e processos jurídicos, em que influências políticas deveriam ser o mais reduzidas possível.

Embora Walzer faça reflexões instrutivas no nível das negociações e do respeito a valores diferentes, a meu ver ele não é conseqüente. Não se respeita uma convicção qualquer, não aquelas consideradas inaceitáveis, ou, na linguagem de Habermas, incompatíveis seja com uma moral universalista seja com um projeto de identidade do grupo social. Além disso, ainda que decisões políticas de eleitores possam ter um coeficiente de imprevisibilidade, todo esforço retórico dos partidos, que inclui elementos estéticos, visa amadurecer uma opção que possa ser fundamentada e não arbitrária.

A democracia não se sustenta se o voto for baseado em mero capricho. Porque maus políticos poderiam sempre se reeleger e a lisura e *fairness* do processo político estariam ameaçadas, e com isso também a integração social. Mesmo que não tematizado, o horizonte de universalidade de um consenso baseado em “boas razões” deve permanecer como pano de fundo de um processo político democrático, que tem, sim, momentos de imprevisibilidade, mas cujos princípios e grandes linhas devem assumir

tais momentos num complexo que mante-
nha a dinâmica de integração social e, en-
tão, um horizonte de universalidade.⁵

Notas

¹ Ver alguns artigos do livro J. Habermas (2002b), principalmente o Cap. 9 “Três modelos normativos de Democracia”.

² Nessa linha vai a crítica de Habermas a H. Arendt (Cf. ARENDT, 1990, p. 100-118).

³ Seria naturalmente relevante estudar a aplicabilidade dos diversos modelos de democracia à cultura política brasileira. Embora partidos e grupos políticos diversos representem diferentes posições, parece forte entre nós a tradição liberal da democracia. Uma pesquisa empírica dessa temática seria altamente interessante.

⁴ Compromissos são resultado de negociações em torno de interesses, estamos no âmbito do útil. Discursos éticos se distinguem dos morais quando aqueles visam a autocompreensão de um certo grupo, no contexto de sua história e esses visam princípios de resolução de conflitos aceitáveis para todos, para além de sua cultura de origem. Cf. Habermas (1991, 100 et seq.), Stein e L. A. de Boni (1993, p. 288-304)

⁵ Se nos perguntássemos sobre a cultura política brasileira, poderíamos fazer uma pesquisa empírica que nos mostraria quais os aspectos liberais e quais os republicanos de nossa mentalidade e prática políticas. Minha hipótese seria que prevalecem os aspectos liberais. Eleições são vistas entre nós muito mais como processo para legitimar certos grupos de administrar o Estado. Mesmo partidos que iniciaram com uma plataforma republicana de mobilização das massas para participação em projetos políticos tendem a diluir esse aspecto e a se concentrar em resultados econômicos.

Referências

ARENDT, Hannah. O conceito de poder. In: FREITAG, B.; ROUANET, S. P. *Habermas*. São Paulo: Ática, 1990.

BECKER, W. *Die Freiheit, die wir meinen*. Muenchen: [s. n.], 1982.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. A luta por reconhecimento no estado democrático de Direito. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002a.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1994.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002b.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN; BONI, L. A. (Org.). *Dialética e liberdade*. Porto Alegre: Vozes, 1993.

_____. Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft. In: HABERMAS, J. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

HAUS, M. Die praktische philosophie Michael Walzers. In: _____. *Kritik, gemeinschaft, gerechtigkeit*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000.

LUCHI, J. P. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do estado. In: _____. (Org.). *Linguagem e socialidade*. Vitória: Edufes, 2005.

WALZER, M. *Esferas da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

_____. Graça divina. In: _____. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: M. Fontes, 1983.

_____. *Traçando a linha: religião e política*. [S. l. : s. n.], [200-?].

_____. Universalismus, gleichheit und das recht auf einwanderung. In: PAUER-

STEIN, E.; BONI, L. A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STUDER, H. *Konstruktionen praktischer vernunft: philosophie im gespraech*. Berlin: Akademie, 2000.

Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais

Geovany Cardoso Jevaux

Sumário

1. Introdução. 2. A ordem internacional nas teorias jusnaturalistas. 2.1. Em Hobbes. 2.2. Em Locke. 2.3. Em Rousseau. 2.4. Em Kant. 3. A ordem internacional no positivismo jurídico. 4. As teorias sobre as relações entre o direito internacional e o direito nacional. 4.1. Teorias dualistas ou pluralistas. 4.2. Teorias monistas. 4.3. Teorias conciliadoras. 5. Aplicação das teorias no direito brasileiro. 6. Conclusões.

1. Introdução

As produções normativas internacional e nacional têm sido causa de conflitos que ganham maior dimensão a cada dia, diante dos fenômenos da mundialização dos interesses e da chamada globalização econômica.

Se antes as cidades-estado mantinham entre si pactos de não-agressão e alianças de conquista, válidos apenas entre os convenientes¹, o reconhecimento posterior da soberania externa dos demais estados trouxe consigo uma ordem internacional tendente a manter a uniformidade desse entendimento e o respeito à autonomia dos estados e de sua autodeterminação. Nesse mister, foi natural afirmar-se que os interesses internacionais deveriam se sobrepor aos interesses nacionais particulares, em nome da prevalência da ordem internacional.

Trata-se, a partir daí, de uma pugna entre as soberanias externas dos estados e da autonomia e precedência lógica da ordem

Geovany Cardoso Jevaux é Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Doutor em Direito Público pela UGF/RJ. Juiz do Trabalho - TRT da 170 Região. Professor de Teoria da Constituição do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES.

internacional, como manifestação da vontade da maioria dos estados ou da prevalência dos interesses superiores do direito internacional sobre os interesses particulares de cada estado isolado.

No presente trabalho, genericamente será estudada a influência da norma internacional sobre os demais ordenamentos nacionais, passando-se especialmente à sua aplicação no direito brasileiro, para concluir que as teorias da prevalência da norma internacional trazem consigo concepções contrárias ao individualismo liberal (em especial, pelo holismo organicista) e, portanto, negam não apenas a autonomia normativa plena dos Estados, como também a afirmação de direitos individuais que estejam em desalinho com a ordem externa. E, conquanto possam trazer consigo outros direitos passíveis de reclamação nas cortes internacionais de justiça, esses direitos não se confundem com os individuais, classicamente afirmados contra e no âmbito dos Estados, porque mais adequados às esferas coletivas e difusas (direitos humanos, por exemplo), da segunda e terceira geração de direitos.

Trata-se, portanto, de um método analítico, por meio do qual se parte de uma premissa para se demonstrar a sua correção (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1999, p. 182).

2. *A ordem internacional nas teorias jusnaturalistas*

As teorias jusnaturalistas têm em comum o fato de nomearem o mesmo inimigo para combater, qual seja, o absolutismo. Nem tanto a monarquia, mas em especial a explicação de todas as coisas por meio da religião e de sua íntima associação com o poder terreno exercido pelo soberano, desde a teoria das duas espadas², sem condição de resistência dos súditos ou de sua liberdade de professar qualquer crença religiosa ou qualquer forma de governo.

Todas elas têm como pano de fundo o racionalismo iluminista, que procurava en-

contrar no próprio homem a explicação de todas as coisas, para afastá-lo da teologia e da metafísica da hereditariedade do poder (sangue nobre). Numa frase: afirmavam que a razão, ponto característico de diferença entre o homem e os demais animais, podia explicar os fenômenos ocorrentes, tanto religiosos como terrenos. Isso por meio de uma linguagem dissimulada, subversiva da ordem de coisas então existente, e que contava inclusive com o convencimento dos Reis e dos príncipes de que o melhor governo seria aquele exercido pelo Rei-filósofo, como se passou com o despotismo esclarecido (THOMANN, 1999, p. 127-149)³.

Assim, racionalmente foi possível deduzir que, antes da existência da sociedade civil, teria havido um dia um estado de não-sociedade, vale dizer, um estado anterior, chamado de estado de natureza, que determinaria o modo de ser do futuro estado de sociedade.

Dessa dicotomia entre um estado de natureza progresso e um estado de sociedade futuro decorria que a sociedade presente, em que se situavam os autores jusnaturalistas, não lhes parecia correta, e, portanto, devia curvar-se a um modelo ideal de estado. Tratava-se, pois, de uma ficção e de uma utopia, respectivamente caracterizadas pelo estado de natureza e pelo estado de sociedade, em que: a) o ponto de partida (estado de natureza) era não-político e anti-político; b) o segundo era a antítese do primeiro, cujas falhas procurava corrigir ou eliminar; c) os indivíduos singulares eram os elementos constitutivos do primeiro estado, e, portanto, anteriores ao segundo; d) esses elementos eram livres e iguais, num reino anterior de plena liberdade e igualdade; e) a transição de um estado para o outro ocorre mediante uma ou mais convenções, por força dos acontecimentos; f) o segundo estado é uma ficção criada pelo contrato, e portanto um produto da razão e não da natureza; g) o princípio da legitimação era o consentimento, e não a crença religiosa ou a força (BOBBIO, 1994, p. 35-54).

Se a sociedade era então devida a um contrato, e somente quem podia firmá-lo era aquele capaz de expressar a sua vontade, livremente, as disposições desse contrato deveriam ser fielmente obedecidas, nos limites objetivos e subjetivos do objeto da avença. Apropriava-se, então, das idéias gerais da teoria dos contratos, por intermédio dos princípios da autonomia da vontade, da relatividade (válido somente para os convenientes, e nos limites do objeto) e da força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Qualquer outro veículo de direito, em especial a lei, não servia de exemplo de vinculação, porque a lei era, até aquele momento histórico, um ato de vontade do soberano, e, portanto, um direito objetivo e subjetivo seu, por meio do qual os súditos não podiam deduzir direitos próprios e tampouco exigí-los do próprio soberano.

Com a idéia de contrato, racionalizava-se o fundamento do poder, localizando-o no próprio homem, mais propriamente em cada indivíduo, cuja importância precedia o estado.

Em várias versões do jusnaturalismo, a ordem internacional foi dada como exemplo de estado de natureza, seja pelo regime de liberdade e igualdade ali existente (igualdade fictícia, ante a diversidade de importância e de influência dos estados mais ricos para os mais pobres), seja pela ausência de um ente superior que lhe pudesse imprimir anterioridade.

Tais versões passam a ser analisadas a seguir.

2.1. Em Hobbes

Para Hobbes, em sua estrutura de raciocínio, o estado de natureza era reconhecidamente uma abstração, mas podia ele ser deduzido de alguns exemplos históricos concretos, como: a) as sociedades primitivas (bárbaros da antigüidade) e indígenas (da América); b) as guerras civis (especialmente a inglesa); e c) a sociedade internacional (BOBBIO, 1991, p. 36-37, 121).

Esse estado de natureza era notabilizado: a) objetivamente: a.1) pela igualdade de

fato, que criava a concorrência; a.2) pela escassez de bens, que criava a disputa; a.3) pela igualdade de direito sobre os bens; b) subjetivamente: b.1) pelas paixões, que subjugavam os homens e desencadeavam as guerras; b.2) pelo desejo de poder (BOBBIO, 1991, p. 34-35).

Num estado assim desenhado, era desejável que a condição permanente de guerra em que se achavam os indivíduos fosse superada em favor de outra que reconhecesse o principal bem existente, que era a vida, vítima de todas as guerras. Desse modo, em nome da vida, os indivíduos deveriam reunir-se, contratando entre si para assumir a sua garantia, em troca de todos os bens materiais que possuíssem. A esse pacto preliminar deveria seguir-se um outro, para a contratação do estado de sociedade.

No primeiro contrato, os únicos sujeitos convenientes eram os indivíduos e, portanto, somente eles eram vinculados ao pacto. No segundo, o contratado era uma ficção criada pelos próprios indivíduos (o Estado) e, portanto, o soberano não podia ser cobrado pelo pacto. Tratava-se de um *pactum subjectiones* entre os indivíduos e o Estado, sendo pois o soberano um terceiro, que somente devia satisfação a Deus.

Esses pactos identificavam: a) uma submissão acordada entre os indivíduos; b) com a outorga de seus poderes naturais a um terceiro; c) terceiro esse que devia ser uma única pessoa, sendo por isso irrevogável, absoluto e indivisível.

O único direito ressalvado pelos indivíduos era a vida, de forma que apenas podiam reclamar do soberano o respeito a ela, inclusive com *jus resistentiae* em caso de agressão. A esse direito de resistência se deu o nome de resistência passiva, porque no máximo comportava a resposta imediata e proporcional à ofensa, em defesa da vida própria, e não do contrato de constituição do Estado. Segue-se que a força obrigatória do contrato vale para o indivíduo, mas não para o soberano, que foi um sujeito estranho ao negócio.

Nesse contexto, se a ordem internacional foi identificada com o estado de natureza, era porque, nela, prevalecia ainda a condição permanente de guerra, donde não se podia extrair qualquer poder absoluto de imposição aos demais estados. Absolutos eram estes, de modo que, no esquema de pensamento hobbesiano, jamais as normas internacionais poderiam ser afirmadas contra os contratos firmados para a instituição do Estado.

2.2. Em Locke

Locke parte igualmente do estado de natureza, que para ele, ao contrário de Hobbes, era um estado real (assim como o contrato social), representado pelas relações entre os países independentes, e, portanto, nega o seu caráter hipotético, de um estado ideal. De forma que o estado de natureza não era um estado de guerra, mas um estado de incertezas em torno dos direitos, especialmente no regime das propriedades, cuja proteção vinha a ser um dos fins do estado civil (BOBBIO, 1997, p. 179, 183-184, 189, 228)⁴.

Como exemplo concreto do estado de natureza, dava Locke (1973, p. 45) aquele dos "... príncipes e governantes de Estados independentes...", porque entre eles não havia um pacto de constituição de uma comunidade, de um corpo político, embora outros pactos pudessem ser feitos, lembrando visivelmente os acordos internacionais entre estados.

Dentro da vertente do jusnaturalismo moderno, Locke afirmava que os limites do poder não estão na obediência da lei natural pelo soberano, mas dos direitos naturais individuais que precedem o Estado, como a propriedade. Tudo porque o poder civil devia ser entendido como derivado, e não originário (BOBBIO, 1997, p. 48, 55, 192, 223-224, 232). A propósito, a idéia de contrato, aqui, é igualmente dupla, mas o primeiro é um *pactum societatis*, de instituição do estado civil entre os indivíduos, e o segundo um *pactum subjectiones*, de submissão do governante ao corpo social. Portanto, os indivi-

duos jamais renunciam a seus direitos naturais, como a liberdade, a vida e os bens, que são um dos limites do Estado (BOBBIO, 1997, p. 94-5, 224-226, 226)⁵.

Na passagem do estado de natureza ao estado civil, por consequência, o papel principal das leis civis é o de dar validade e eficácia às leis naturais, sendo essa a explicação da necessidade de sua obediência. Afinal, esse último estado foi derivado do consenso, e a função do legislador civil devia ser apenas residual daquilo que para a lei natural era "indiferente", de tal maneira que, se a norma civil fosse contrária à lei natural, tornar-se-ia inválida ou ineficaz (BOBBIO, 1997, p. 34, 36, 42-43, 94, 225).

Locke portanto representa a expressão do jusnaturalismo que afirma a limitação do poder, da qual surge o constitucionalismo (BOBBIO, 1997, p. 70, 151), e no qual se insere a noção de respeito a direitos individuais anteriores ao Estado e à constituição.

Nesse modelo, a idéia de prevalência da norma internacional somente tem importância se e enquanto os estados independentes tiverem assim acordado, já que uma comunidade política internacional, no sentido contratual do termo, nunca se constituiu. Embora os vários mercados comuns sejam pequenos pactos de comunidade, não representam ainda um contrato social de ordem mundial, que possa ser válido universalmente. Do ponto de vista dos direitos individuais, precedentes ao estado e por ele garantidos, a eventual sobreposição de uma norma internacional em face do direito nacional traria problemas de conformação, porque nenhuma norma daquela fonte poderia legitimamente violar uma outra do *pactum societatis*.

2.3. Em Rousseau

Em Rousseau, o estado de natureza não passa de uma hipótese, mas nele o homem não é essencialmente mau, como em Hobbes, mas sim privado de segurança, bem que somente ele, em conjunto com os demais, pode preservar⁶.

O modo como essa preservação ocorre perpassa a idéia de contrato, que não se trata de um pacto entre indivíduos, mas de cada um consigo mesmo, confundindo-se com a vontade geral que deve dominar as vontades individuais (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1990, p. 73-74). Daí a razão de os interesses públicos sempre se sobreporem aos interesses privados (ROUSSEAU, 1989, p. 43, 74, 77, 81, 116) e da alienação dos direitos individuais ao corpo social, firmada no contrato⁷. Onde o fundamento da obediência não vem a ser o poder do soberano, senão a vontade de todos exercida eventualmente pelo titular do governo.

O grave defeito dessa idéia é o desamparo dos direitos individuais afirmados contra o Estado, e a conseqüente sobrevalorização da lei civil enquanto instrumento de conservação do pacto (BERTAGNOLI, 1989, p. 17).

Nessa vertente, a ordem internacional somente ganhará importância se se transformar igualmente num corpo político, gerado por um contrato, por meio do qual a vontade geral do mundo possa ser organizada. Se isso vier a ocorrer, decerto que a soberania popular e a autodeterminação mundiais farão prevalecer a vontade geral, modificando qualquer disposição anterior, seja de qual nível for. Entretanto, essa é uma idéia que nem mesmo hoje é possível dentro de cada estado constitucional de direito, desde que todos ainda mantêm um núcleo liberal que rejeita a capacidade mutante plena da autodeterminação, desde que os direitos individuais ainda pertencem à categoria das normas materialmente constitucionais, e não podem ser destituídos pelo poder de reforma.

2.4. Em Kant

Kant enquadra-se na concepção jusnaturalista das teorias da limitação do poder estatal, mas fora da linha contratualista, desde que não se ocupa de justificar o fundamento do poder, senão que de desenhar a

sua extensão ou âmbito. Dentro desse quadro, desenvolve seu pensamento com base em três concepções decorrentes daquela limitação: 1) naturalista: direitos individuais pré-existentes ao Estado (fundamento do estado liberal); 2) separação de poderes: partir o poder por meio de funções (autocontrole/estado constitucional); 3) soberania popular/democracia: mudança do titular do poder (vontade geral) (BOBBIO, 1997, p. 15-17, 39, 40, 89, 90).

Assim como em Hobbes e Rousseau, Kant enxerga o estado de natureza como uma hipótese e o contrato social como uma idéia racional, porque não se funda no consenso, senão como um *dever ser*. Com isso, depura do contrato a idéia de revolução como também do direito de resistência, com o que, além de jusnaturalista e liberal, é também tachado de conservador (BOBBIO, 1997, p. 85, 119-120, 124-129, 143, 145-148).

Além desses adjetivos, acumula ainda a pecha de legalista, porque, entendendo o estado de natureza como provisoriamente jurídico, destina-lhe o desígnio de ser substituído pelo estado civil, que é peremptoriamente jurídico, aliás a sua condição lógica de existência. Portanto, os direitos existentes no estado de natureza devem ser garantidos (não criados ou reconhecidos) no estado civil com a coação, que apenas as leis civis proporcionam (BOBBIO, 1997, p. 88-89, 120-121, 147).

Contudo, Kant introduz uma diferença entre direitos naturais antecedentes e direitos adquiridos, dizendo que os primeiros são inatos, e, portanto, independem de qualquer ato jurídico que os enuncie (por ex., a declaração de direitos), enquanto os últimos dependem do Estado para atribuí-los (BOBBIO, 1997, p. 74-75).

A única situação na qual o estado de natureza revela-se real é a da relação entre os estados, que deverão um dia formar uma federação que reconheça a autonomia de cada um e conjugue esforços de autoproteção. Trata-se, na verdade, de uma idéia simplesmente associativa ou confederativa, “...

na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subjectiones*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo” (BOBBIO, 1997, p. 153, 159-160).

Dessa evolução, do direito privado versado no estado de natureza, passa-se ao direito público interno no estado civil, em seguida ao direito público externo naquela ordem internacional e finalmente ao direito cosmopolita, quando o indivíduo, singularmente considerado, vier a se tornar sujeito de direitos na ordem internacional (BOBBIO, 1992, p. 138-139).

Logo, a ordem internacional de Kant, achando-se ainda em estado de natureza, não tem força coativa suficiente para fazer valer de modo peremptório as suas normas, coisa que somente virá a ocorrer se e quando os estados se reunirem em confederação. Sendo essa uma união que respeita antes de tudo a autonomia dos Estados, e serve primordialmente para a autotutela, as normas internacionais somente terão eficácia efetiva nos Estados por sua vontade espontânea, ao menos até que, realizado no futuro o direito cosmopolita, possam os indivíduos, enquanto sujeitos de direito internacionais, invocar proteção jurídica contra os Estados convenientes, em especial, e os demais Estados, ainda que não convenientes, em geral.

3. A ordem internacional no positivismo jurídico

Após as revoluções liberais do final do séc. XVIII, as idéias jusracionais foram postas em prática mediante uma conveniente combinação de suas várias versões.

Resumidamente, de Hobbes herdou-se a idéia de soberania externa, a ser afirmada em face de outros Estados; de Locke, a proteção de direitos individuais pré-existent

ao Estado; e de Rousseau, o regime de representação da vontade coletiva e a soberania popular daí decorrente.

Tratava-se de uma sociedade advinda da revolução industrial, com uma economia privada incipiente que, naquele momento, exigia garantias concretas no sentido de que a plena liberdade econômica fosse assegurada ou, o que era o mesmo, que o estado permanecesse “neutro” em face das relações privadas. Isso devia ocorrer mediante a produção de normas abstratas e impessoais, originadas da vontade popular pela via representativa. E, se a lei era, assim, a vontade geral da população, não podia ser tachada de favorecimento a interesses particulares, senão que a todos os beneficiários, ou à maioria⁸.

Esse regime da legalidade, ao mesmo tempo em que depurava do poder qualquer expressão pessoal, como se passou com o absolutismo derrotado, favoreceu a predominância da lei positiva, e ela, nas palavras de Celso Lafer (1991, p. 42), “... na medida em que explicita as regras do jogo, é útil para o cálculo das conseqüências, necessário, por sua vez, para o adequado funcionamento de uma economia de mercado”.

Nesse estado de direito, vale dizer, cujas decisões públicas são tomadas conforme uma regra previamente criada pelo próprio Estado, sem recorrência à vontade do governante, foi natural que esse voluntarismo fosse assimilado inicialmente à pessoa do legislador (subjativismo normativo), para depois residir na própria lei (objetivismo normativo), enquanto repositório de toda racionalidade humana perdida. Atendia-se, dessa maneira, curiosamente a um postulado naturalista, qual seja, o de sistematização dos acontecimentos, de forma que, ainda de acordo com Celso Lafer (1991, p. 38-39), “... transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição”.

Com isso, o fundamento do direito perdeu sua vinculação com a razão contratual, de justificação e extensão do poder, passando ele a ter vida própria, como que descuidado de todo elemento histórico. Afastada dessa origem, a “ciência” do direito foi então construída em cima da lei escrita, movimento que se chamou de legalismo (SALDANHA, 1977, p. 15).

Todo o ser do direito foi reduzido ao ser da lei, vindo esta a espelhar apenas uma parte da realidade, de todo modo interpretada arbitrariamente pelo seu único produtor oficial: o Estado (GRZEGORCZYK, 1990, p. 31-34).

Logo o Estado deixou de ter sua validade fundada em elementos metafísicos (um estado de natureza progresso e determinante) para transformar-se concretamente em criação e autocriação do direito legal, devendo a sua validade a um complexo de normas em sucessiva relação de existência.

Pode-se dizer, destarte, que, se houve uma corrente de maior importância da norma internacional, em termos de auto-afirmação em face dos Estados participantes de tratados e convenções, isso ocorreu mais no positivismo do que no jusnaturalismo. Porque, se o Estado é uma criação do direito e deve conduzir-se conforme as suas disposições, a ordem internacional não depende de um contrato social mundial para se fazer valer, mas tão-somente de uma estrutura normativa mundial que confira validade universal a suas normas. E, sendo cada Estado um sujeito de direitos e obrigações em face dos demais Estados, deve ele obediência ao que foi estabelecido: *pacta sunt servanda*, agora não mais para a verificação dos pactos *societatis* ou *subjectiones*, e sim para a conformação com a ordem jurídica internacional.

Decerto que a teoria monista kelseniana atende como uma luva a esse desejo, sendo então necessário apontar, abaixo, em qual contexto específico ela surge, ao lado das demais teorias correspondentes.

4. As teorias sobre as relações entre o direito internacional e o direito nacional

As teorias acerca da incidência do direito internacional nos ordenamentos jurídicos internos são classificadas conforme o reconhecimento ou não de planos diversos de validade normativa ou de graus distintos de hierarquia.

Cronologicamente, as primeiras teorias levavam em consideração a soberania externa dos Estados, e por isso reconhecem a existência de planos diversos de validade, não necessariamente conflitantes. As seguintes, ao contrário, negam a pluralidade desses planos, mas afirmam graus distintos de hierarquia, ora com prevalência do direito internacional, ora com a prevalência do direito interno.

Resumidamente, essas teorias podem ser agrupadas sob três denominações, a saber: a) transformação: exige a conversão do direito internacional em direito interno; b) execução: exige apenas a introdução do direito internacional no direito interno por meio de um ato de conhecimento, mantendo o primeiro a sua natureza originária; c) incorporação ou adaptação: confere validade imediata do direito internacional o direito interno (MELLO, 2000, p. 114-115).

Tais teorias são assim descritas:

4.1. Teorias dualistas ou pluralistas

Para essas teorias, em essência, existiriam duas ordens jurídicas coexistentes, internacional e nacionais, diferenciadas na fonte (vontade de um Estado ou de vários Estados), nos sujeitos (indivíduos ou Estados) e no conteúdo (subordinação ou coordenação).

4.1.1. De Triepel (chamada de radical ou rígida)

Para Triepel, autor alemão de grande reputação no ensino do direito internacional público, a ordem internacional e os ordenamentos nacionais formam sistemas jurídicos independentes e distintos, pelo conteúdo e pela fonte.

Pela fonte, porque são emanações de vontade diversas. Enquanto no direito interno a vontade é emanada do próprio Estado, para ele mesmo, no direito internacional a vontade deve ser conjunta dos Estados, o que pressupõe no mínimo a bilateralidade.

Pelo conteúdo, porque regulam relações sociais diversas. Enquanto no direito interno os liames pertinem a interesses de sujeitos nacionais, ou destes e dos internacionais, no direito internacional esses interesses são supranacionais.

Como consequência dessa diversidade de fontes e da independência de cada sistema, inexistente conflito de normas internacional e nacional. Para que a primeira tenha incidência sobre a segunda, mister que haja a recepção normativa pelos sistemas nacionais, por meio daquilo que se convencionou chamar de regra de transformação (ARIOSI, 2000, p. 63 et seq.).

4.1.2. De Anzilotti (chamada de moderada)

Anzilotti parte do mesmo pressuposto dualista, conforme o qual existem duas ordens jurídicas diversas, mas rejeita a necessidade da transformação da norma internacional em norma interna, desde que os sistemas têm condicionamentos diferentes.

Enquanto o direito interno está condicionado pela obrigatoriedade de suas leis, o direito internacional condiciona os Estados pela regra *pacta sunt servanda*, e, por isso, podem os tribunais internos aplicar diretamente a norma internacional (ARIOSI, 2000, p. 70; MELLO, 2000, p. 110).

4.1.3. Críticas ao dualismo

As teorias dualistas merecem críticas relativas à lógica de sua construção, a partir da idéia de diversidade de planos de validade, de conteúdos e fontes distintos, porque recusam a integração normativa e a noção de unidade do sistema, além de formalizar e burocratizar a adoção do direito internacional.

Em primeiro lugar, fala-se que a diferença de conteúdo é relativa, porque todo con-

teúdo de direito interno pode ser objeto do direito internacional, inexistindo diferença considerável entre os interesses envolvidos. Em segundo lugar, o direito interno de um Estado pode admitir a sua comunhão com o direito internacional, e até mesmo a superioridade deste. Em terceiro, se há independência, inexistiria teoricamente conflito de ordens, enquanto a prática demonstra a cada dia o contrário. Em quarto, embora os indivíduos nacionais não sejam sujeitos diretos do direito internacional, indiretamente o são, para reclamar a outorga direta de deveres e direitos, como, por exemplo, acerca de direitos humanos, cuja proteção pode ser invocada diante de qualquer tribunal, como tem pronunciado a Corte Internacional de Justiça. Em quinto, o costume internacional, que tem estatuto de norma, independe de transformação, e pode ser aplicado sem recepções formais. Em sexto, a vontade não é suficiente para explicar a diferenciação, quando os costumes não dependem dela. Em sétimo, coordenar não é uma ação desprovida de controle, desde que alguma ordem tem de subordinar as demais. Por último, a teoria reduz as normas internacionais ao plano nacional, fazendo apologia exagerada da soberania dos Estados (ARIOSI, 2000, p. 71 et seq.; MELLO, 2000, p. 110).

4.2. Teorias Monistas

Para as teorias monistas, o ponto de partida é o reconhecimento da unidade do sistema jurídico, em sua completude normativa, havendo apenas uma possível diferença de grau hierárquico, com a prevalência do direito internacional ou do direito nacional.

4.2.1. De Jellinek e Wenzel (chamadas de radical ou rígida)

Para esses autores, a obrigatoriedade do direito internacional provém do direito interno dos Estados, conforme uma autolimitação de suas soberanias, que depende, portanto, da aceitação voluntária das normas internacionais. Logo, a prevalência pertence à norma interna.

Nessa versão do monismo, as constituições estatais devem estabelecer o modo de conclusão dos tratados, que somente se sobrepõem a uma lei interna infraconstitucional. Essa sobreposição ocorre ainda que a lei seja posterior ao tratado, de forma que não ocorre “revogação” do último pela primeira.

4.2.2. De Kelsen (chamada de moderada)

O pensamento kelseniano, conhecido pela famosa recorrência de validade das normas, entre aquelas concretas e a norma fundamental pressuposta, pode ser resumido a respeito do monismo da seguinte forma: a) o direito interno exerce uma função meramente complementar em relação ao direito internacional (KELSEN, 1990, p. 352-354); b) todas as matérias são possíveis ao direito internacional, mas não ao direito interno (KELSEN, 1990, p. 354); c) há uma única ordem jurídica, precedida por uma norma fundamental de validade: c.1) a pressuposição de obrigatoriedade do costume internacional; c.2) seguida do aforisma *pacta sunt servanda* referente a tratados concretos; c.3) normas de órgãos criados pelos tratados, como as cortes e os conselhos (KELSEN, 1990, p. 358-359); d) visão holística das ordens: lógica, e não histórica, porque tradicionalmente os Estados vieram antes de uma ordem internacional (KELSEN, 1990, p. 359-360); e) o direito internacional é aplicável de imediato aos Estados quando as suas constituições omitirem sobre a sua prevalência ou afirmarem a prevalência do direito internacional, salvo se: e.1) exigirem a transformação do direito internacional em direito interno; e.2) exigirem, em determinados casos, que apenas as leis internas sejam aplicadas (KELSEN, 1990, p. 367); f) validade universal do direito internacional, independentemente do reconhecimento, que é então presumido (reconhecimento tácito, contrário à teoria do reconhecimento) (KELSEN, 1990, p. 369-370); g) a soberania dos Estados é “delegada” pelo direito internacional (KELSEN,

1990, p. 370-371)⁹; h) o tratado “revoga” a lei interna, e é por ela “revogado”, conforme a regra *later in time rule* (KELSEN, 1990, p. 367).

Na estrutura das normas, há entre elas um vínculo de validade que dirige a última norma à anterior, e assim sucessivamente até uma norma fundamental hipotética, que é pressuposta como condição primeira de validade (existência). No âmbito interno, a norma fundamental é a pressuposição de validade e de obrigatoriedade da primeira constituição, que “... prescreve que devemos nos conduzir como os ‘pais’ da constituição e os indivíduos autorizados (delegados) – direta ou indiretamente – pela constituição ordenam” (KELSEN, 1990, p. 120). No âmbito internacional, a norma pressuposta é a obrigatoriedade do costume internacional, sob a seguinte fórmula: “os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”. Somente a partir dessas normas pressupostas é que as normas podem ser concretamente consideradas e hierarquizadas, nessa ordem: *pacta sunt servanda* dos tratados internacionais; normas emanadas pelos órgãos criados pelos tratados; constituições dos Estados, e assim por diante.

De qualquer forma, as constituições estatais permanecem tendo certa primazia sobre as normas internacionais, se e quando adotarem expressamente a regra da transformação e derem preferência determinada à lei interna infraconstitucional.

4.2.3. Críticas às teorias monistas

No que diz respeito ao monismo com primazia do direito interno, fala-se que ele reduz o direito internacional a um simples direito estatal, negando a sua autonomia. Ademais, se a validade dos tratados dependesse tão-somente das constituições estatais, essa teoria não seria suficiente para explicar a continuidade dos tratados quando a constituição é alterada, no sentido do monismo moderado, ou quando ela é substituída por outra, em processos revolucionários, desde que eles não caducam pelas sim-

ples ocorrência desses acontecimentos (MELLO, 2000, p. 111).

Quanto ao monismo com primazia do direito internacional, trata-se de uma versão a-histórica da criação normativa, porque os Estados antecedem a ordem internacional no tempo. Além disso, o voluntarismo não pode servir de fonte de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade é hipotético, e portanto não pode ser submetido à aceitação, e uma norma fundamental hipotética não resolve a hierarquia entre normas concretas. Some-se que os Estados e os seus indivíduos nacionais são inseparáveis, sendo impossível afirmar-se a existência de interesses universais coincidentes (ARIOSI, 2000, p. 93 et seq.).

4.3. *Teorias conciliadoras*

Essas teorias são chamadas de conciliadoras porque tentam conjugar as teorias dualista e monista, sob a coordenação do direito natural.

Foram exploradas por autores espanhóis, que sustentavam a independência das ordens internacional e nacionais, mas sob o reconhecimento da existência de princípios do direito natural superiores a ambas as ordens jurídicas. De qualquer sorte, não dispensam uma recepção da norma internacional pelo direito interno, embora afastem a regra da transformação enquanto exigência formal.

Por isso são chamadas de monistas (MELLO, 2000, p. 113).

5. *Aplicação das teorias no direito brasileiro*

Em sede doutrinária, há todas as opções possíveis. Assim, pelo dualismo acham-se Jacob Dolinger e Amílcar de Castro; pelo monismo radical, Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Hildebrando Accioly, Oscar Tenório, Haroldo Valladão, Rubens Requião, Mirtô Fraga e Vicente Marota Rangel; pelo monismo moderado, Campos Batalha, Francisco Campos e Francisco Rezek (ARIOSI, 2000, p. 159 et seq.).

Em sede legislativa, as constituições brasileiras revelaram-se omissas acerca de uma clara escolha entre o dualismo ou o monismo até a EMC nº 45/2004, merecendo registro a tentativa do anteprojeto do texto de 1934, que almejava dar ao país redação semelhante ao texto espanhol, no sentido de colocar o tratado entre a constituição e as leis ordinárias (ARIOSI, 2000, p. 158-159).

Antes daquela emenda, as constituições se limitaram a mencionar esses documentos em conjunto quando trataram da competência derivada recursal do STF, acerca do recurso extraordinário. Havendo a pronúncia de inconstitucionalidade ou a negativa de vigência de tratado pelos juízos inferiores, de competência originária, pode a parte prejudicada recorrer extraordinariamente, decerto para vindicar a proclamação contrária, de constitucionalidade ou de vigência do documento internacional já em vigor no ordenamento nacional. Nesse sentido estiveram os textos do art. 101, III, da CF de 1946, art. 114, III, da CF de 1967 e o art. 119, III, da CF de 1969. Em sentido semelhante, o art. 102, III, da CF de 1988.

A diferença entre os textos supra-indicados está na ordem de exposição da constituição, dos tratados e das leis. Os textos anteriores colocavam esses três instrumentos na mesma alínea, enquanto o texto atual separa a constituição em alínea precedente. Essa disposição já foi entendida como uma equivalência entre os tratados e as leis, pelos monistas moderados, e como prevalência dos tratados, por virem antes de leis, pelos monistas radicais (ARIOSI, 2000, p. 167-168).

Se a disposição desses documentos no texto máximo quer mesmo dizer alguma coisa, ela certamente vale menos pelo que resolve do que pelo que provoca, porque, se há uma certeza acerca desses dispositivos, é a de que eles não foram redigidos para dar conclusões em torno da teoria adotada de forma subjacente pelo legislador constituinte, mas unicamente para disciplinar o regime do recurso extraordinário.

Na CF de 1988, no texto originário, § 2º do art. 5º, os tratados são citados como fontes inexpressas de direitos individuais e coletivos e de suas garantias processuais respectivas, o que levou Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2000, p. 119) a considerar, aí, uma opção pelo dualismo. Em suas palavras,

“a Constituição de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI no D. Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno”.

Mas não é disso que se trata propriamente.

O dispositivo em comento limita-se a reconhecer a completitude do ordenamento jurídico, em especial da constituição, e de forma mais abrangente em conteúdo, para além dos direitos humanos. Em primeiro lugar, a regra da previsão expressa exclui de antemão qualquer disposição internacional a respeito, porque a norma em questão vale pelo que excede o texto escrito, e não pelo que é coincidente. Em segundo lugar, no campo das normas inexpressas, a admissibilidade é sempre feita em termos, vale dizer, conforme a adaptação à sistemática do texto constitucional expresso. Em terceiro lugar, somente em caso de lacuna é que a norma inexpressa pode ser admitida, lacuna essa que pressupõe, por óbvio, que o tratado esteja ainda em estado de inaplicabilidade no direito interno, pois, do contrário, tratar-se-á de aplicação de norma expressa, prevista abaixo da constituição. Logo, nesse terceiro aspecto, quando muito a norma teria pertinência com o monismo, e não com o dualismo. Por fim, os tratados que se achem nessa situação não se limitam aos direitos humanos, mas a quaisquer direitos individuais e coletivos compatíveis com a sistemática constitucional expressa.

Analisado o problema conforme a regra do § 1º do mesmo dispositivo, que diz serem auto-aplicáveis as normas dos direitos e garantias constitucionais, os tratados ain-

da inaplicados no direito interno, enquanto normas inexpressas, ainda assim não são suficientes para explicar uma opção entre o monismo ou o dualismo. É que os documentos auto-aplicáveis são aqueles que apenas prescindem de integração legislativa ou regulamentar, ou seja, passam a valer por si mesmos. E isso independe do modo como aqueles documentos internacionais passam a incidir no ordenamento pátrio.

O art. 49, I, da CF, por exemplo, confere ao Congresso Nacional a competência de aprovar a adesão do país a determinado documento internacional que acarrete encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional, mas também deixa de colocar o problema da inserção da norma internacional no cenário normativo brasileiro.

A exigência de promulgação, em verdade, não passa de um costume brasileiro, desde o primeiro ato internacional que praticou como país independente, qual seja, o Tratado do Reconhecimento da Independência e do Império, de 29 de agosto de 1825, promulgado por decreto após a troca das cartas de ratificação. Depois disso, o costume foi burocratizado, mediante a promulgação por decreto legislativo e publicação por decreto presidencial, instrumentos inadequados e dúplices para as mesmas funções. No primeiro caso, porque as promulgações são tradicionalmente feitas pelo Poder Executivo, e não pelo Legislativo, e, no segundo, porque a publicidade pode ser dada por qualquer decreto, desde que atenda ao princípio da universalidade do conhecimento que lhe é inerente. De qualquer forma, trata-se de exigência que exclui tanto o modelo da transformação, típico do dualismo, como o da incorporação ou da adaptação, típico do monismo, o que deixa como opção restante o modelo da execução.

Na jurisprudência, caminhou-se do monismo radical (um tratado revoga uma lei interna, e não é por esta revogado) ao monismo moderado (um tratado equipara-se à lei ordinária, prevalecendo o que for mais recente).

No primeiro caso, são exemplos o Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, no qual se declarou que uma lei posterior e contrária a um tratado não lhe era prevalente; a Apelação Cível nº 7872, de 1943; a Apelação Cível nº 9587, de 1951, na qual o STF decidiu que um tratado revoga as leis anteriores com ele incompatíveis, e não pode ser revogado por uma lei posterior.

No segundo, pode-se citar o RExt. nº 71.154, de 1971, o qual versava sobre a incidência imediata da Lei Uniforme do Cheque, adotada pela Convenção de Genebra, em 1931, após a sua aprovação pelo Congresso e a sua regular promulgação, em prejuízo do Dec. 2044/1908, que fixava prazo prescricional mais benéfico para a cobrança executiva do cheque (cinco anos, contra seis meses do documento internacional). Nesse caso, o STF decidiu pela prevalência da norma internacional, sem excluir expressamente, dessa vez, a possibilidade de lei posterior vir a prevalecer sobre o mesmo documento internacional.

Essa circunstância veio a ocorrer com o DL 0427/69, que determinou o registro obrigatório de todas as letras de câmbio e notas promissórias na repartição fiscal competente, como requisito de validade que não constava da Convenção de Genebra. No julgamento do RExt. nº 80.004-SE, decidiu o STF, por maioria, que aquele DL, posterior à Convenção, lhe era derogatório, de acordo com os seguintes argumentos: a) o art. 98 do CTN, que é lei especial, excepciona a regra geral e por isso consigna expressamente que os tratados, em matéria tributária, são irrevogáveis por lei ordinária, o que significa que, se a regra fosse essa, a lei especial não precisaria dizê-lo; b) na contradição entre um tratado anterior e uma lei ordinária, esta última prevalece, já que inexistente na Constituição qualquer norma que outorgue aos tratados posição de preeminência; c) ademais, a própria Convenção de Genebra ressalva a incidência do direito interno sobre letras de câmbio e notas promissórias, de forma que não existiria sequer contradição.

As orientações da legislação e da jurisprudência não são incompatíveis, e podem ser combinadas. Na primeira, por força do costume, a exigência de promulgação e publicação, por dois Decretos, um legislativo e outro presidencial, torna o sistema monista por exclusão, diante do único modelo que combina com a admissão do documento internacional no ordenamento interno com a mesma natureza internacional que possuía antes do ato de aprovação (execução), enquanto a segunda, admitindo a regra *later in time*, assume a posição monista moderada.

Com a edição da EMC nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao art 5º da CF, houve uma clara opção do ordenamento constitucional brasileiro pela supremacia constitucional de seu texto originário em relação às normas internacionais, *verbis*:

“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”.

Logo, são possíveis as seguintes conclusões: 1) qualquer documento internacional tem nível hierárquico inferior ao texto constitucional originário; 2) apenas os documentos internacionais que disponham sobre direitos humanos e tenham sido aprovados pelo mesmo procedimento e *quorum* previstos no § 2º do art. 60 da CF têm a mesma hierarquia das emendas; 3) os demais documentos internacionais, de qualquer outro conteúdo ou que tratem de direitos humanos mas não tenham sido aprovados na forma do § 2º do art. 60 da CF, têm a mesma hierarquia das leis ordinárias; 4) tudo isso sem alterar o modo como tais normas adquirem validade e eficácia no ordenamento nacional, ou seja, mediante o modelo de execução.

Com isso, o modelo brasileiro passa a ser monista moderado como regra e monista radical por exceção, no caso agora previsto no § 3º do art. 5º da CF.

Em conclusão, constata-se que:

1) a prevalecer a noção do monismo racional, os ordenamentos jurídicos ficam desde logo sujeitos a um holismo normativo, dirigido e centralizado pela ordem internacional;

2) isso representa, no plano mundial, o favorecimento de uma autodeterminação fundada na suposta vontade da maioria universal, para além das idéias rousseauianas de soberania popular e do princípio da maioria (em si internas aos Estados), com o perigo de essa vontade ser dirigida pelos países de maior potencial econômico e político e em detrimento dos demais países de situação inferior;

3) como conseqüência, os Estados não poderiam afirmar direitos próprios contra a autodeterminação, e menos ainda os nacionais particulares poderiam sustentar direitos adquiridos internamente ao Estado, nem nele e nem na ordem internacional;

4) com a derrocada dos direitos individuais, o último núcleo do constitucionalismo liberal seria rompido, e as constituições perderiam sua materialidade intrínseca, desde que os direitos individuais, associados à separação dos poderes, são as normas que por excelência definem as normas materialmente constitucionais e as diferenciam daquelas formalmente constitucionais;

5) qualquer direito outorgado a qualquer indivíduo, no plano internacional, não será dado por conta de uma proteção constitucional, mas sempre a título de uma vontade universal;

6) o indivíduo deixará de ter proteção contra o arbítrio do Estado, para submeter-se a uma autodeterminação mundial, que poderá eventualmente desprovê-lo de qualquer tutela pessoal efetiva.

¹ Caso das simaquiás, acordos ou associações militares com o fim de autodefesa, como ocorreu com a liga do peloponeso, no séc. VI a.C., entre Esparta e algumas cidades oligárquicas peloponésias (CARDOSO, 1987, p. 36).

² Conforme a qual Deus detém a *plenitudo potestatis*, mas outorga no mundo da matéria, a *auctoritas* ao Papa, e a *potestas* ao Rei (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1990, p. 31 et seq.).

³ Tratava-se de uma inversão da idéia do filósofo-Rei de Platão, dissimulada na Alegoria da Caverna, em que o estado de escuridão estava fadado a ser um dia eliminado quando o homem pudesse enxergar a luz externa, e retornar à caverna para libertar os demais. Essa dissimulação era necessária, a fim de se evitar o problema enfrentado por Sócrates, julgado e condenado por supostamente atentar contra a *polis*, quando em verdade Platão, seu discípulo e sucessor, era o filósofo interessado em unir o pensamento e a ação políticos (ARENDDT, 1988, p. 64, 147, 149, 152, 154-157, 166-167, 173-174).

⁴ Na passagem do estado de natureza para o estado civil, sobrevive a lei natural, e não a natureza ideal (BOBBIO, 1997, p. 171-172, 182, 186, 219).

⁵ Os outros limites são: a legalidade, a liberdade econômica e a indelegabilidade de poderes.

⁶ “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes. Tal é o problema fundamental que o contrato social soluciona” (ROUSSEAU, 1989, p. 35).

⁷ “... a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é igual para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa para todos” (ROUSSEAU, 1989, p. 35-36).

⁸ Consoante Nelson Saldanha (1977, p. 123), a idéia de representação foi criada com o objetivo de tornar a lei observável pelos destinatários, fazendo-a representar-se como algo dito por aqueles que a ela devem obediência.

⁹ Assim também ocorreria da ordem internacional para as nacionais, que seriam “delegadas” (KELSEN, 1990, p. 371).

Referências

- ARENDR, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1988.
- ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BERTAGNOLI, Afonso. *Estudo crítico introdutório de o contrato social*. São Paulo: Editora Tecnoprint, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997a.
- _____. *Locke e o direito natural*. Brasília: UnB, 1997b.
- _____. O modelo jusnaturalista. In: _____. *Ensaaios escolhidos*. Rio de Janeiro: C. H. Cardin, 1980.
- _____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. *A cidade-estado antiga*. São Paulo: Ática, 1987.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1990.
- DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey; EPSTEIN, Richard; SUNSTEIN, Cass R. (Org.). *The bill of rights in the modern state*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- GRZEGORCZYK, Christophe. Le droit comme interprétation officielle de la réalité. *Revue Française de Théorie Juridique Droit*, Paris, n. 10, 1990. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1990.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Tecnoprint, 1989.
- SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- THOMANN, Marcel. *Historie de l'idéologie juridique au XVIII siècle*. Paris: Archives de Philosophie du Droit, 1974. 9 t.

O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado

Democrático de Direito

O problema das cotas

Marcelo Campos Galuppo
Rafael Faria Basile

Em sua obra “Faticidade e Validade”, Habermas afirma que o direito estabelece uma dupla relação com a política e a moral (Cf. HABERMAS, 1997). Com a política, porque, ao mesmo tempo em que é implementado por meio de mecanismos políticos e se constitui em um instrumento da realização de suas finalidades, ele também representa um controle sobre a escolha dos fins e o exercício dos meios pela política. Com a moral, porque, se por um lado, resolve o problema da indeterminação inerente à moral¹, decorrente do fato de que é impossível uma decisão moralmente responsável antes da ocorrência de casos concretos, em face da complexidade que os conflitos de ação podem assumir, inapreensível na fixação prévia da norma de conduta que regula o caso. Por outro lado, o direito depende da moral, por adotar um tipo de argumentação tipicamente dialógica e um tipo de racionalidade que se origina nessa esfera. Por isso, Habermas pode afirmar a interdependência entre a moral, a política e o direito, sendo que o direito realiza a mediação entre aquelas duas esferas (Cf. HABERMAS, 1997b). Isso diz respeito, especialmente, aos direitos fundamentais, que, como normas de conteúdo moral, dizem respeito universalmente a todos os homens, mas, como normas jurídicas, dizem respeito apenas aos cidadãos (historicamente existentes) de um Estado (Cf. HABERMAS, 1997a). Poderíamos definir

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação em Direito da PUC Minas, UNA e Estácio de Sá e dos cursos de pós-graduação em Direito da PUC Minas. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Rafael Faria Basile é Mestrando em Teoria do Direito pela PUC Minas. Bolsista do CNPq.

tais direitos fundamentais como os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático (Cf. GALUPPO, 2003, p. 213-238). Não se trata, propriamente, de direitos que o Estado atribui aos cidadãos, mas de direitos que esses precisam reconhecer uns aos outros, porque, no Estado Democrático de Direito, o direito não prevê um critério estatal definitivo para se determinar a legitimidade das normas jurídicas, devendo essas ser constantemente avaliadas pela sociedade civil, sua guardiã.

Com base na relação co-original entre direito, moral e política, e na importância do direito para a democracia, podemos estabelecer parâmetros que definam os direitos fundamentais como condição de possibilidade de implantação de uma sociedade realmente democrática e do exercício de todos os demais direitos. Tais direitos fundamentais visam possibilitar que cada falante possa participar, da forma mais ilimitada, tanto formal quanto materialmente, dos discursos jurídicos que fundamentam as normas inferiores, mas também as próprias normas de direitos fundamentais, o que revela seu caráter reflexivo. Habermas dá o nome de *Sistemas de Direitos* a esse conjunto de direitos fundamentais, conjunto transitivo² e reflexivo³ de princípios jurídicos que garantem a legitimidade de um ordenamento jurídico estatal contemporâneo, estabelecendo as condições de institucionalização jurídica dos processos comunicacionais, e que engloba os seguintes direitos fundamentais (HABERMAS, 1997a, p. 59):

“a)Direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação.

b)Direitos fundamentais que resultem da elaboração politicamente autônoma do *status* de membro em uma associação voluntária sob o direito.

c)Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade

de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma e da proteção jurídica individual.

d)Direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas, nas quais cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo.

e)Direitos fundamentais a provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas a serem reconhecidos caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados anteriormente⁴.”

Do ponto de vista pós-metafísico, esse *Sistema de Direitos* só pode se consubstanciar no Estado se dotado de coerção e de institucionalização política, razão por que só pode se materializar por meio do direito positivo, tendo existência somente, portanto, no interior de uma comunidade real de comunicação (Cf. GALUPPO, 2002). Conseqüentemente, o Sistema de Direitos tem existência apenas “na forma em que foi constitucionalmente interpretado e formado” (HABERMAS, 1997a, p. 207). Uma vez que o Sistema de Direitos é condição racional e histórica de legitimidade do direito, e, inclusive, das normas constitucionais, mas na medida em que tal sistema só pode ser expresso por meio do direito positivo, a Constituição precisa assegurar um núcleo fundamental de direitos, se pretende ser legítima. Assim, do ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito, uma sociedade e um Estado que se pretendam democráticos não podem sonegar direitos fundamentais como aqueles referentes à vida, ao reconhecimento como pessoa, à formação livre da vontade política e à segurança contra coações físicas ou morais ilegítimas.

Como a justificação das normas jurídicas se faz com base na força dos melhores argumentos que resistam às críticas contrá-

rias⁵, os discursos jurídicos devem ser realizados, na medida do possível, sem interferência de violência ou ideologias, razão pela qual não podem ser sonogados aqueles direitos que garantam as condições materiais e culturais para a inserção de cada falante no discurso.

Ao garantir a todos os cidadãos mecanismos de participação igual na produção do direito positivo, permitindo que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus autores (Cf. GALUPPO, 2002), tal sistema de direitos assegura a legitimação do ordenamento jurídico. Esse é o sentido essencial da autonomia que caracteriza a regulação jurídica moderna: o direito que criamos é legítimo porque criado para regular nossa própria vida.

Visando garantir instrumentos para a inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos, a idéia de um sistema de direitos como substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito, que é essencialmente um Estado pluralista (GALUPPO, 2001, p. 47-65), revela a importância da igualdade para o paradigma procedimental do Direito e da política presente na ética do discurso e na teoria discursiva do direito. A liberdade da vontade e, sobretudo, a igualdade formal e a igualdade material são pressupostos da legitimidade das normas produzidas e aplicadas pela comunidade real de comunicação, na medida em que condicionam a realização da situação ideal de fala⁶. A democracia seria, nesse sentido,

“uma comunidade real de comunicação em que se realiza, na maior medida possível, a situação ideal de fala, ou seja, aquela em que os envolvidos podem desenvolver completamente sua competência comunicativa, o que só é possível, como já foi dito, se eles não sofrerem limitações nem externa (violência) nem interna (ideologia)” (GALUPPO, 2002, p. 152).

No direito moderno, que pressupõe uma política cujas decisões são tomadas quantitativamente, e não qualitativamente, e que

pressupõe uma sociedade que não se estrutura hierarquicamente, mas isomorficamente, a igualdade tem que ser concebida como igualdade aritmética, pois qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas. A igualdade aritmética, estendida pela universalização dos direitos a todos os homens, é um conceito inclusivo de igualdade, que exige que o maior número possível de pessoas (idealmente, a humanidade, mas, pelo menos, os cidadãos) seja incluído pela proteção jurídica. Conseqüentemente, a igualdade tem que ser concebida como um procedimento de inclusão formal e material nos discursos de justificação e aplicação das normas, e o Direito só pode ser tido como legítimo se garantir essa igualdade nos discursos que realiza (Cf. GALUPPO, 2002).

Uma das características da modernidade é o fato de ela ser fundada no indivíduo, e não mais na comunidade natural. Isso indica que as sociedades modernas são pluralistas, no sentido de coexistirem, no seu interior, diferentes projetos acerca do que é o bem e de como realizá-lo⁷.

Só em uma sociedade democrática o pluralismo pode ser exercitado de forma séria e consistente, e, assim, deixar de ser uma mera coexistência de concepções divergentes para se tornar a convivência de projetos realizados da melhor forma possível, permitindo a inclusão de projetos de vida diversos dos majoritários e, em alguma medida, até mesmo alternativos.

Em uma sociedade pluralista democrática, o Direito deve cumprir simultaneamente duas tarefas: deve realizar, na maior medida possível, o projeto de vida da maioria e deve também preservar, de alguma forma, os projetos de vida alternativos. Ademais, a auto-identidade que se atribui uma sociedade pluralista só é inteiramente compreendida se o direito que a interpreta reconhece que essa sociedade tem de querer, mesmo que paradoxalmente, realizar simultaneamente os projetos de vida distintos, ainda que tais projetos alternativos requeiram, em

algumas situações, uma aplicação especial do direito, justificada pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa.

Uma vez que a igualdade é condição formal e material da realização daquilo que confere legitimidade ao direito moderno, a saber, dos discursos de justificação e de aplicação, ela é tida como pressuposto em geral da própria legitimidade do direito, ou seja, a igualdade é fundamento da legitimidade do discurso jurídico.

Como a fundamentação das normas jurídicas é sempre transitiva e provisória, já que pode ser superada pela fundamentação de outra norma posterior, o *princípio* jurídico da igualdade não pode ser entendido como um princípio substancial, com um conteúdo pré-estabelecido, porque isso não levaria a sério nem sua tarefa de incluir a todos nos discursos jurídicos, nem o fato de que ele é um princípio, uma norma cuja aplicação exige uma avaliação de adequabilidade à situação fática que pretende regular, e exige que todas as outras normas sejam postas de lado para sua aplicação (Cf. GALUPPO, 1999, p. 191-209)⁸. Um princípio substancial, nesse caso, seria o maior obstáculo a uma igualdade materialmente e formalmente consistente.

Caracteriza a compreensão moderna do direito o fato de que o conteúdo das normas jurídicas não pode ser dado pelos projetos de vida mesmos, ou pelos seus substratos ideológicos, pois os discursos, inclusive os jurídicos, não podem pré-selecionar os conteúdos relevantes, sendo essa seleção o resultado dos discursos, e não uma condição para os mesmos. Tal conteúdo só pode ser fixado procedimental e discursivamente nos processos políticos e jurídicos que autorizam sua criação legislativa e aplicação judicial.

No plano da aplicação, e se fundamentado por boas razões, o princípio da igualdade pode exigir um tratamento diferente dos sujeitos políticos, já que a igualdade não pode ser meramente formal, devendo ser também material. Isso se dá porque, na

modernidade, a igualdade é um conceito aritmeticamente inclusivo, ou seja, sempre que o maior número de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estaremos criando igualdade e não desigualdade.

Uma vez que isso depende da indicação de boas razões, só se pode avaliar se políticas públicas afirmativas contribuem ou não para a realização da igualdade caso a caso, não possuindo essa questão uma resposta abstrata, porque o que deve ser avaliado é se tais políticas criam ou não desigualdades *no caso concreto*, ou seja, se permitem maior ou menor inclusão social.

Portanto, o tratamento diferenciado dispensado a parcelas materialmente excluídas dos meios do direito e da política não é, necessariamente, um atentado contra a igualdade. O tratamento diferenciado é compatível com a igualdade se não for, também, fator de desigualdade racionalmente injustificável. E, mais que isso, o tratamento diferenciado possibilitado por ações afirmativas é fator que pode contribuir para a produção da igualdade material. Dessa forma, as ações afirmativas podem ser legitimamente compreendidas como um critério de produção de igualdade toda vez que implicarem maior inclusão de cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas.

Aqui emerge a questão da discriminação racial. A questão de fundo, diferentemente do exarado na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82424/RS⁹, não é se raça é um conceito antropológico, político, social ou biológico, sendo óbvio que guarda conexão com todos esses aspectos, mas se o conceito de raça deve exercer algum papel no direito. Pretendo defender aqui que as mesmas razões fundamentam a afirmação de que o conceito de raça, enquanto critério de exclusão, é obviamente inconciliável com as pretensões universalizadoras requeridas pelo direito moderno e democrático, mas que pode ser legitimamente utilizado pelo direito enquanto

critério de inclusão de grupos faticamente excluídos¹⁰.

A implementação de ações afirmativas pelo sistema de cotas se deu em um primeiro momento nas universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro e da Bahia. A iniciativa, no Rio de Janeiro, decorreu da edição de legislação específica nesse sentido. A Lei 3.524/2000 estabeleceu critérios de admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais, fixando cota de 50% para aqueles que tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública municipal e/ou estadual. Por outro lado, a Lei 3.708/2001 reservou uma cota mínima de 40% para negros e pardos no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual Norte-Fluminense, sendo que, nessa cota mínima, estavam também incluídos aqueles já beneficiados pela Lei 3.524/2000¹¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro emitiu, em várias ocasiões, julgados sobre a constitucionalidade de tais ações afirmativas. Ocorre que diferentes decisões foram proferidas, tanto pelo próprio Tribunal quanto pelos juízes de primeira instância, algumas com posicionamentos pela constitucionalidade, que encontraram amparo em uma interpretação constitucional de conformidade com as ações afirmativas, e outras com decisões pela inconstitucionalidade, fundamentadas em uma igualdade apenas formal, condizente com a doutrina do Estado Liberal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi, portanto, o primeiro tribunal do Brasil a enfrentar a questão da constitucionalidade das ações afirmativas em favor dos negros na educação. E diante de um posicionamento contrário às ações afirmativas, o Tribunal manifestou-se, em certa ocasião, afirmando que o desenvolvimento “de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de

uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República” (BRASIL, 2005).

A igualdade como elemento de transformação da realidade social foi a tônica em vários acórdãos sobre as ações afirmativas no Rio de Janeiro, conforme se pode perceber:

“O preceito constante do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização, dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira”

E continuou a posicionar-se sobre as instituições brasileiras:

“A postura jurídica e política de aplicação, em nosso território, de tão decantado princípio (da igualdade) em termos apenas formais, à sombra de ditames constitucionais estáticos, até a promulgação da Carta de 1988, permitiu, sem sobra de dúvida, a manutenção e o agravamento, ao longo do tempo, de tratamentos discriminatórios, geradores de uma sociedade brasileira cada vez mais injusta em relação a uma minoria de seus integrantes, o que depõe significativamente contra uma nação dita democrática no contexto das demais nações que assim se classificam. (...) Em verdade, a Independência, em 1822, e a Abolição (da escravidão), em 1888, como de conhecimento, não concretizaram, em

termos sociais, a liberdade e os direitos individuais garantidos constitucionalmente (...). Os dados de que dispomos nos alertam para o fato de que os brancos pobres já contam com uma vantagem de escolaridade frente aos negros. Se abriremos cotas para pobres, portanto, independentemente de sua cor, na verdade estaremos contribuindo para a reprodução ou até mesmo a intensificação da desigualdade dentro desse segmento dos pobres brasileiros. No ponto diferencial em que o branco pobre está em melhores condições, abrir-se-á ainda mais a vantagem dessa parcela da população, que poderá utilizar esse novo capital cultural na busca de uma melhor posição no mercado de trabalho. Se fizermos isso, estaremos no mínimo postergando ou até mesmo piorando a desigualdade racial brasileira. Ou seja, faremos uma ação afirmativa de classe às expensas de continuar discriminando os negros, cientes de que o fazemos” (BRASIL, 2005).

Mas, em 2003, uma nova lei disciplinando o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais entrou em vigor, a Lei Estadual 4.151, de 4 de setembro de 2003, revogando as duas leis anteriores. Essa lei veio aperfeiçoar o sistema até então vigente, pois nela se respeitaram os princípios da autonomia das universidades e da universalidade do sistema de cotas, além de outros. A Lei 4.151/2003 estabeleceu, em seu art. 5º, a cota mínima de 45% das vagas distribuídas em 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino, 20% para os negros e 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas. É importante mencionar a preocupação do legislador para que o programa alcance um resultado satisfatório, conforme podemos perceber no texto do art. 4º, que assim dispôs:

“Art. 4º – O Estado proverá os recursos financeiros necessários à im-

plementação imediata, pelas universidades públicas estaduais, de programa de apoio visando obter resultados satisfatórios nas atividades acadêmicas de graduação dos estudantes beneficiados por esta Lei, bem como sua permanência na instituição. Parágrafo único – Aplicam-se as disposições deste artigo aos estudantes carentes que ingressaram nas universidades públicas estaduais beneficiados pelo disposto nas Leis nºs 3.524, de 28 de dezembro de 2000, 3.708, de 9 de novembro de 2001 e 4.061, de 2 de janeiro de 2003, ficando, desde já, o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares para cobrir as despesas necessárias à manutenção do programa, inclusive com recursos oriundos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza”.

Como percebeu corretamente o legislador, o sistema de cotas nas universidades não cumpriria seu objetivo se fosse apenas formal, ou seja, se apenas reservasse vagas para aqueles que se enquadrassem nos requisitos das cotas, sem fornecer-lhes as condições materiais para alcançarem os mesmos níveis de desempenho dos demais alunos.

Acompanhando a evolução do tema e possibilitando o aumento da discussão em torno das ações afirmativas, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 3.197¹², foi impetrada perante o Supremo Tribunal Federal discutindo a constitucionalidade da Lei 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro, acontecendo o mesmo com as Leis 3.524/2000 e 3.708/2001 no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que foram apreciadas quanto à sua legalidade em sede de controle difuso. Assim, atualmente, em sede de controle concentrado, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o dispositivo que fora combatido no Supremo foi a Lei 4.151/2003, já que a Lei 3.708/2001 foi revogada e teve sua inconstitucionalidade decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.¹³

Em que condições, então, o uso do conceito de raça pode ser juridicamente admitido? É exatamente porque o direito realiza a mediação entre a moral e a política, mas não se confunde com elas, que a questão admite uma resposta jurídica. Se os discursos de justificação das normas jurídicas, bem como os discursos de sua aplicação, são discursos de uma comunidade real de fala, então precisam levar em conta não apenas aquilo que os falantes devem formalmente se atribuir, mas também as condições fáticas em que se encontram e que condicionam, até certo ponto, os limites da percepção que os próprios falantes-cidadãos têm de seus direitos. A equação entre aquilo que, do ponto de vista estritamente racional, ou seja, do ponto de vista da universalidade, os falantes devem se atribuir e aquilo que, do ponto de vista fático, eles realmente, ou seja, historicamente, atribuem-se tem como resultado os campos em que a ação afirmativa pode ocorrer.

É nesse momento que o conceito de raça pode ter um uso positivo e legítimo pelo direito. Se a igualdade racial formal não corresponde às situações fáticas, ela deve assumir plenamente seu caráter *normativo*. Isso significa que a regulação jurídica deve realizar a igualdade *ainda que*, de fato, as condições substantivas de tal igualdade não sejam dadas.

Para não se cair em subjetivismo, o que deve ser levado em conta pelo legislador e pelo aplicador é se a ação afirmativa produz igualdade, entendida como maior inclusão, ou desigualdade, entendida como maior exclusão. O sistema de cotas nas universidades, por exemplo, não exclui formalmente o acesso de outros participantes ao ensino superior. Mas como as vagas universitárias não podem ser exponencialmente multiplicadas de modo a garantir um acesso faticamente irrestrito a todos, é preciso que, materialmente, a distribuição das vagas obedeça a um critério que permita, minimamente, a inclusão de outras raças, como a negra, ainda que não impeça, maximamen-

te, a participação da raça politicamente dominante.

Isso significa que o conceito de raça pode ser utilizado pelo direito moderno toda vez que garantir que diferenças não-relevantes do ponto de vista racional, ou seja, moral, não impliquem diferenças fáticas, ou seja, históricas do ponto de vista político.

Evidentemente, o tratamento diferente concedido por meio das ações afirmativas, e, em especial, das cotas, só pode ser admitido enquanto estiverem muito distanciados, do ponto de vista moral ou político, daquilo que devemos nos atribuir reciprocamente, se quisermos ter nossas vidas reguladas por um direito legítimo.

Isso significa que a distinção entre igualdade formal e material não tem lugar em uma concepção correta da legitimidade do direito e reproduz antes ideologias do que concepções racionalmente sustentáveis. De fato, a igualdade só pode ser formal se for também, simultaneamente, material.

Nesse sentido, tratar diferentemente os negros, criando, por meio dos direitos fundamentais, condições de inclusão social, significa tratá-los de modo juridicamente adequado, o que é necessário para assegurar a legitimidade, pois, conforme afirmamos, a legitimação do direito só pode se dar se houver uma igual possibilidade de participação real nos discursos de formação da opinião e da vontade, o que exige, muitas vezes, um tratamento diferenciado daqueles que são faticamente excluídos, implementando-se uma igualdade produtora e produzida pelo Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ Para Habermas (1997a), ao contrário de Kant, a moral não pode fornecer, previamente aos problemas concretos, um rol de normas de ação, ou seja, ela goza de uma indeterminação cognitiva. Se a moral caracteriza pela indeterminação cognitiva, o direito, ao contrário, pode indicar previamente as normas jurídicas que se apresentam como solução para os conflitos de ação previamente a esses mesmos conflitos, pois nele essa "indeterminação cog-

nitiva é absorvida pela faticidade da produção do direito” (Habermas, 1997a, p. 143).

² Para Habermas (1997a; 1997b), o sistema de direitos se consubstancia por meio de um direito positivo, em que o Sistema de Direitos tem existência apenas pela formação e interpretação constitucional do mesmo em determinado momento, restando, pois, a transitoriedade do Sistema de Direitos em virtude do fato de que o mesmo se revela pela Constituição histórica.

³ Reflexivo, pois o Sistema de Direitos preserva um mínimo de racionalidade para legitimação dos discursos jurídicos: um ordenamento só é legítimo se garantir mecanismos de igual participação na produção do próprio direito, de forma que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus próprios autores (GALUPPO, 2002).

⁴ Esses dois últimos ganham destaque, como mostrarei adiante, na atenuação dos efeitos negativos da discriminação racial e de outras práticas excludentes das minorias.

⁵ Por melhor argumento devemos entender aquele que melhor resiste às críticas levantadas pelos outros envolvidos no discurso, o que significa que a determinação de qual seja o melhor argumento só pode ser apresentada no próprio discurso, pragmaticamente, e não de maneira absoluta e prévia à comunicação estabelecida na comunidade real de comunicação (GALUPPO, 2002).

⁶ A comunidade ideal de comunicação se distingue da situação ideal de fala na medida em que aquela não existe no tempo e no espaço, não havendo nela violência ou ideologia, participando todos os envolvidos diretamente da formação do consenso, o que faz a participação nesses discursos ser ilimitada. Como o próprio Habermas alerta (HABERMAS, 1997b).

⁷ A fundação da modernidade no indivíduo aponta para o pluralismo na medida em que, nas sociedades modernas, verifica-se a coexistência de uma pluralidade de projetos de vida que se impõem pelo sistema jurídico-político vigente. A saber, o direito de uma sociedade moderna cumpre uma duplicidade de objetivos: por estar ligado à dimensão da faticidade, deve realizar, na maior medida possível, o projeto de vida da maioria; e, por estar ligado à dimensão da validade, deve preservar, de alguma forma, os projetos de vida alternativos, que podem, inclusive, vir a se tornar projetos da maioria (GALUPPO, 2002).

⁸ Da mesma maneira Günther (1993) pressupõe que também os discursos de aplicação são limitados pela faticidade do direito e pela contingência da comunicação humana. Por isso, ele pode elaborar um critério de coerência consistente com esse pressuposto.

⁹ (BRASIL, 2004) EMENT VOL-02144-03 PP-00524: EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICA-

ÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islama-fobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repú-

dio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. “Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lem-

brança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.”

¹⁰ A diferenciação dos indivíduos de acordo com a raça produz diferenças sociais, que devem e podem ser corrigidas pelo direito, na medida em que o mesmo seja capaz de forçar ou permitir a criação de oportunidades quando elas não existem. Nesse sentido, a coerção que o direito revela seria a forma de exteriorizar não apenas um poder imperativo, mas o acesso às oportunidades para os menos favorecidos.

¹¹ No Estado da Bahia, o início da implementação de ações afirmativas se deu com a aprovação, pelo Conselho Universitário da Uneb, de uma resolução em 18 de julho de 2002, que instituiu a cota de 40% das vagas reservadas para estudantes negros oriundos de escolas da rede pública de ensino.

¹² A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3197, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, até a conclusão deste artigo não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹³ A argüição de inconstitucionalidade nº 00015/2005, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acima mencionada, manifestando-se pela inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.708, declarou: “... Até onde, porém, a reserva de cotas pode ser estabelecida, sem que se firam outros direitos, também fundamentais? Aí vêm os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, etc., além do princípio da proporcionalidade, que resume toda e qualquer posição que se baseie na seriedade das propostas constitucionais.”

Referências

BRASIL. Apelação Cível n. 27062, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Cláudio Mello Tavares. Rio de Janeiro, 2005.

_____. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 82424/RS. Relator: Min Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 17 set. 2003. *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, p. 17, 19 mar. 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. O que são os direitos fundamentais?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.

_____. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza. (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebe Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 1 v.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebe Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 2 v.

Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas ambientais

Maria Luiza Machado Granziera

Sumário

1. Introdução. 2. Medidas de efetividade da lei. 3. Articulação institucional. 3.1. Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e Sistema Nacional de Recursos Hídricos. 4. Negociação institucional 4.1. Estudo de Impacto Ambiental – EIA. 4.2. Outorga de direito de uso de recursos hídricos. 4.3. Enquadramento dos corpos hídricos em classes de uso preponderante. 4.4. Cobrança pelo uso de recursos hídricos. 5. Conclusão

1. Introdução

A comemoração dos 25 anos da edição da Política Nacional do Meio Ambiente é para todos os brasileiros um momento de júbilo. A legislação ambiental mudou o País, incluindo, nas agendas do desenvolvimento, a variável ambiental. Entretanto, ainda existem problemas com a efetividade dessas normas, seja em relação ao meio ambiente, seja no que toca aos recursos hídricos, fato que se deve não à falta de regras, mas à sua implementação.

Em matéria ambiental, o direito brasileiro vem se desenvolvendo de forma intensa desde a década de 80, seguindo a tendência mundial de preservação, embora sejam grandes as dificuldades enfrentadas pela sociedade para atingir os objetivos almejados. A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, constitui o marco jurídico da proteção ambiental no País.

Em relação às águas, a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política

Maria Luiza Machado Granziera é Advogada, Mestre e Doutora em Direito, Consultora em Direito Ambiental, Professora do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS.

Nacional de Recursos Hídricos e seu Sistema Nacional de Gerenciamento, propiciou o início de uma verdadeira revolução no tratamento desse recurso.

A implementação dessas políticas depende, entre outros fatores, da articulação e da negociação institucional para alcançar a desejada efetividade, necessária à transformação da norma jurídica em fato social. Ou ambiental. Esse é o objeto do presente artigo.

2. Medidas de efetividade da lei

Quando se edita uma norma legal que dispõe sobre políticas públicas, encerra-se o processo legislativo. Todavia, isso não significa que a norma altere, desde logo, o estado das coisas. A partir de sua publicação no Diário Oficial, apenas se estabelece a base legal das atividades futuras, a cargo fundamentalmente do Poder Executivo, para instituir as chamadas “medidas de efetividade da lei”, que, de um modo geral, consistem: 1. na regulamentação da norma, para detalhar os procedimentos a serem observados; 2. na inclusão de rubricas específicas na lei do orçamento para atender às novas propostas e conferir assim sustentabilidade financeira à Política; 3. na formulação do aparato institucional necessário a garantir a efetividade das novas regras; 4. na capacitação técnica dos profissionais envolvidos, servidores ou não; 5. na abertura de linhas de financiamento; 6. no exercício do poder de polícia; 7. em campanhas de educação ambiental e 8. na comunicação social, como forma de conscientizar a população sobre a matéria.

Praticamente todas as medidas acima mencionadas referem-se ao fortalecimento institucional, condição *sine qua non* de efetividade das leis. Não há cumprimento de norma se não houver uma instituição pública apta a promover e fiscalizar o seu cumprimento.

Aliás, a experiência tem demonstrado que apenas o exercício do poder de polícia não garante o cumprimento da regra jurídi-

ca, cujo objetivo é a proteção do meio ambiente. Muitas vezes, a aplicação de penalidades, sem um projeto de melhoria e eficiência de uso dos recursos naturais, deixa de propiciar que se atinja a finalidade da norma.

É necessário, além da fiscalização e aplicação de penalidades, algo mais: que as instituições estejam bem aparelhadas, com técnicos treinados, e que possam trabalhar junto com os empreendedores de boa-fé, assegurando a proteção do meio ambiente de forma racional, buscando a compensação e a minimização dos impactos negativos, além do desenvolvimento econômico e social, sempre de modo sustentável.

Nesse cenário, é papel primordial das agências ambientais “traduzir” as normas legais sobre meio ambiente, de acordo com as características e necessidades locais, porém sempre em articulação com os órgãos e entidades competentes em matéria de águas e todos os temas correlatos, como a gestão das florestas, o uso e ocupação do solo, o saneamento etc. A articulação entre as instituições, dessa forma, configura um importante diferencial na efetividade das normas que tratam de políticas públicas sobre meio ambiente.

3. Articulação institucional

Articular, para os fins ora propostos, consiste no entendimento, na discussão, na troca de informações entre os órgãos e entidades públicas, voltados à proteção do meio ambiente. O objetivo seria buscar a padronização e a simplificação dos procedimentos administrativos, conferindo maior segurança jurídica tanto aos administrados quanto ao próprio meio ambiente. Mas qual a dimensão dessa articulação? Como a articulação pode influir na efetividade das normas legais sobre políticas públicas? O que nos diz o direito em vigor?

O art. 23 da Constituição Federal, que trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aponta um caminho para a articula-

ção ao estabelecer, em seu parágrafo único, que “lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Na cooperação poderia estar inscrita a articulação.

Na ausência da regulamentação do dispositivo indicado, todavia, inexistem parâmetros legais, seja de cooperação, seja de articulação.

Daí a palavra “articulação” parecer, à primeira vista, subjetiva demais para servir de regra para a implantação de uma política pública. De fato, não há um sentido específico ou uma norma legal sobre o que estaria contido na articulação: o que fazer, como fazer, com quem fazer. Na lacuna da lei, é possível fazer algumas considerações sobre esse tema.

Tanto em matéria de meio ambiente como de recursos hídricos, foram criados sistemas na Administração Pública, dos quais participam não apenas os órgãos e entidades públicas federais, estaduais e, quando cabível, municipais, como a sociedade civil organizada. É o caso do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. São órgãos de Estado, sob a responsabilidade do Poder Público e sujeitos aos procedimentos formais da Administração. E contam com representantes da sociedade civil em seus órgãos colegiados.

3.1. Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama e Sistema Nacional de Recursos Hídricos

Segundo Édís Milaré (2005, p. 542),

“o SISNAMA representa a articulação dos órgãos ambientais existentes e atuantes em todas as esferas da Administração Pública. Recorrendo a uma analogia compatível com a linguagem ambiental, poder-se-ia dizer que o SISNAMA é uma ramificação capilar que, partindo do sistema nervoso da União, passa pelos feixes ner-

vosos dos Estados e atinge as periferias mais remotas do organismo político-administrativo brasileiro, através dos Municípios.”

Isso significa que cabe aos órgãos e entidades componentes do SISNAMA a troca contínua de informações e a adoção de procedimentos comuns, na busca de soluções equivalentes para problemas correlatos.

No que diz respeito à competência administrativa para o licenciamento ambiental, embora na Resolução CONAMA nº 237/97 tenha-se feito a tentativa de organizar as competências da União, Estados e Municípios para o licenciamento, a matéria não poderia ser tratada por norma infralegal, as competências para licenciamento foram fixadas pela Constituição Federal, não podendo ser alterada por resolução. Conforme Édís Milaré (2005, p. 542), “se a competência licenciatória dos três níveis de governo dimanava diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites ou condições para que qualquer um deles exerça sua competência implementadora na matéria”.

Assim, permanece o conflito de competências, que se explicita todas as vezes em que um empreendedor depara-se com mais de um órgão ambiental competente – e interessado – em licenciar seu empreendimento. É de se convir que não há lógica em mais de um ente da Federação proceder ao licenciamento de um mesmo empreendimento, tanto sob o aspecto técnico do empreendimento como sob o enfoque financeiro do empreendedor.

O licenciamento ambiental é um procedimento destinado a verificar se um empreendimento é ambiental e socialmente viável, estabelecendo-se em suas condicionantes todas as medidas julgadas necessárias à instalação do empreendimento com observância à legislação ambiental. É instrumento de exercício do poder de polícia e, como tal, submete-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, é processo administrativo, em que o empreendedor se reporta ao Poder Público, responsável pela proteção ambiental. Nesse diapasão, o entendimento só pode ser o de que apenas um ente político deve ser o responsável pelo licenciamento de um empreendimento. Ou a União, ou o Estado, ou o Município.

Pode haver, como de fato há, um conflito de competência entre as pessoas políticas acima mencionadas. Mas esse conflito deve ser dirimido pela articulação institucional. Não é cabível que empreendedor licencie seu empreendimento em mais de um ente político. Nem caberia ao Poder Judiciário resolver essa espécie de conflito, pois trata-se de matéria a ser solucionada no âmbito do SISNAMA.

Os órgãos e entidades públicas possuem, muitas vezes, procedimentos próprios, voltados ao controle, seja do meio ambiente, seja dos recursos hídricos. Mesmo que a lei seja detalhadamente regulamentada, sempre resta alguma matéria a ser dirimida por meio da interpretação da norma, adotando-se o procedimento julgado mais de acordo com o espírito da lei.

No caso do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, há uma particularidade a ressaltar. O domínio das águas, estabelecido na Constituição Federal, divide-se entre a União (art. 20, III) e os Estados (art. 26, I) e, por analogia, o Distrito Federal, conforme a localização dos corpos de água. Isso implica que, para cada ente político, haverá um órgão ou entidade competente para exercer o controle dos recursos hídricos.

Nos corpos hídricos de domínio da União, cabe à Agência Nacional de Águas – ANA, entre outras atribuições, conceder as outorgas de direito de uso da água (Lei nº 9.984, de 17/7/2000, art. 4º, IV). Aos órgãos estaduais compete emitir as outorgas no que se refere aos corpos hídricos de domínio estadual e das águas subterrâneas. Ocorre que é comum, em uma mesma bacia hidrográfica, encontrarem-se corpos hídricos de do-

mínios diferentes, cabendo a diferentes órgãos ou entidades proceder ao respectivo controle. Todavia, sendo a bacia hidrográfica a unidade de planejamento e gerenciamento de recursos hídricos (Lei nº 9.433/97, art. 1º, V) e podendo ser formada por corpos hídricos de distintos domínios, devem os órgãos e entidades competentes atuar em harmonia.

Na medida em que os procedimentos administrativos – e aqui cabe destacar o licenciamento ambiental e a outorga de direito de uso de recursos hídricos como exemplos – atingem empresas que disputam mercado, é necessário que os procedimentos sejam equivalentes, com vistas à observância do princípio da isonomia, inclusive no que se refere às condicionantes impostas pelo Poder Público ao empreendedor.

Para alcançar suas finalidades, tornando efetivas as normas legais, uma das condições é que os respectivos procedimentos administrativos sejam compatíveis, evitando a superposição de competências e a duplicação de esforços, ou ainda o vazio das atividades administrativas.

Outro exemplo consiste nos procedimentos de outorga de direito de uso de recursos hídricos em uma mesma bacia hidrográfica, por entes diferentes: ANA, para os corpos hídricos de domínio da União e o ente estadual. Não é possível que os usuários de recursos hídricos, muitas vezes concorrentes no mercado, submetam-se a procedimentos diferentes, ou paguem preços diferentes pelo uso dos recursos hídricos em razão da dominialidade das águas, em uma mesma bacia hidrográfica.

Cabe ainda indicar a nova norma inserida na Resolução CONAMA nº 369, de 29/3/2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, em que é possível a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP.

O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente ca-

racterizada e motivada, mediante procedimento administrativo autônomo e prévio e atendidos os requisitos previstos na legislação aplicável, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes nos casos de utilidade pública, interesse social e intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental (art. 2º).

A questão a colocar refere-se à competência dos órgãos ambientais para indicar medidas de compensação e mitigação a serem adotadas pelo empreendedor, que constituem poder discricionário dos órgãos e entidades. É preciso, nesse caso, ter bem claro que essa discricionariedade deve atender estritamente à proteção ambiental e aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade.

A razoabilidade e a proporcionalidade têm a ver com a imposição de obrigação (medida compensatória ou de mitigação) equivalente à supressão da vegetação em APP: se for muito exigente, sem uma razão de ordem técnica para tanto, pode inviabilizar o empreendimento; se for pouco exigente, em relação aos efeitos da supressão da vegetação, deixará de garantir a efetividade da proteção do meio ambiente. Em qualquer dos casos, ocorreria o desvio da finalidade na norma, que é permitir o desenvolvimento de atividades de utilidade pública ou interesse social em áreas de preservação permanente, porém de modo sustentável.

É bastante tênue a separação entre permitir a supressão de vegetação em APP e garantir a proteção do meio ambiente. Daí a necessidade da articulação institucional, no âmbito do SISNAMA, com vistas à definição de critérios homogêneos a serem adotados pelos órgãos ambientais para indicar, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor (Código Florestal, art. 4º § 4º, alterado pela MP nº 2.166-67/01).

Sendo muito recente a norma em tela, é ainda necessária a articulação institucional entre os vários órgãos e entidades competentes, com vistas a que se estabeleçam parâmetros, no mínimo equivalentes, para a definição das medidas mitigadoras e compensatórias em cada caso concreto, evitando tanto o excesso de exigências como a permissão da destruição das áreas de preservação ambiental, já que nenhum desses casos garantiria o desenvolvimento sustentável.

Sem articulação entre os vários órgãos e entidades, as decisões não avançam e perde-se a necessária coesão no âmbito do Poder Público, pois os procedimentos e tratamentos conferidos aos diversos temas devem ser coerentes uns com os outros.

A Política Nacional de Recursos Hídricos é explícita no que se refere à articulação quando trata, no art. 3º, das diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional. O inciso IV inclui, entre as diretrizes da Política, “a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional”.

Apenas esse dispositivo seria suficiente para garantir a convergência das ações relativas ao planejamento. Além disso, o inciso V do citado art. 3º da Lei de Águas estabelece ainda a articulação “da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo” como diretriz de ação. Não poderia ser de outra forma. Muitas vezes, em um único espaço geográfico, como uma região metropolitana ou uma bacia hidrográfica, elaboram-se planos diretores, planos de disposição de resíduos sólidos, planos de habitação, sem que haja uma forte interlocução entre todos os órgãos e entidades responsáveis por parte de cada plano em andamento. O resultado, além da óbvia despesa adicional, é que pode haver incompatibilidades entre os diversos planos, resultando em dificuldades na implementação dos mesmos.

Nota-se, no campo dos recursos hídricos, um avanço nessa questão, na medida em que a articulação foi introduzida como

norma cogente. O art. 4º da Lei nº 9.433/97 dispõe que a “União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum”. Os recursos hídricos de “interesse comum” podem ser apontados como aqueles corpos hídricos que, localizados em uma mesma bacia hidrográfica, são objeto da guarda e proteção dos diversos órgãos e entidades envolvidos. A articulação é necessária à sistematização de procedimentos, de forma a garantir a observância do princípio da adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gerenciamento e a proteção da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos.

Nessa linha, a Lei nº 9.433/97 não apenas dispõe sobre a articulação institucional, como indica, no artigo 34, I, que cabe ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos “promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários” e, no art. 38, I, que compete aos comitês de bacia hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação, “promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes”.

4. Negociação institucional

Negociar é chegar a um acordo por meio de concessões mútuas, em que as partes buscam seus interesses, porém em harmonia com os interesses das outras partes.

Além das regras sobre a articulação institucional, tanto a Lei nº 6.938/81 como a Lei nº 9.433/97 contêm ainda, nos respectivos procedimentos administrativos, uma instância de negociação, em que as decisões emitidas pelos órgãos colegiados – conselhos de meio ambiente, comitês de bacia hidrográfica e conselhos de recursos hídricos – dependem da negociação entre os seus representantes, na linha da gestão descentralizada e participativa. É o caso do licenciamento ambiental, da outorga de direito de uso de recursos hídricos, do enquadramento dos corpos hídricos em classes de

uso preponderante e da cobrança pelo uso de recursos hídricos.

4.1. Estudo de Impacto Ambiental – EIA

O Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, cuja origem encontra-se no art. 9º, III, da Lei nº 6.939/81, são previstos no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal e regulamentados pelas Resoluções CONAMA nºs 01/86 e 237/97. Sua aprovação é competência dos órgãos colegiados componentes do SISNAMA: CONAMA e Conselhos Estaduais e Municipais do Meio Ambiente.

Na esfera federal, de acordo com o art. 7º, II, do Decreto nº 99.274/90, alterado pelo Decreto nº 3.942/01, compete ao CONAMA

“determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional”.

Isso significa que a decisão sobre a aprovação ou indeferimento, assim como a definição das condicionantes para o licenciamento de empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores, no que se refere à aprovação do EIA/RIMA, é matéria a ser objeto de uma negociação institucional.

4.2. Outorga de direito de uso de recursos hídricos

A outorga de direito de uso de recursos hídricos é outro exemplo da instituição da negociação, prevista pela Lei de Águas, no âmbito dos órgãos colegiados. Anteriormente à edição das políticas de recursos hídricos, cabia exclusivamente ao detentor do domínio do corpo hídrico – União ou Esta-

dos/Distrito Federal – a decisão sobre conceder ou não a outorga, assim como a fixação de suas condições específicas, além de outros atos relativos à gestão dos recursos hídricos.

A Lei nº 9.433/97 alterou o quadro anterior, instituindo a gestão participativa, na medida em que outras pessoas, como os municípios, as associações profissionais, as ONGs e as universidades, passaram a participar do planejamento do uso dos recursos hídricos. Vejamos como isso ocorre.

O Plano de Recursos Hídricos constitui um instrumento de planejamento da Política Nacional de Recursos Hídricos. Com base no princípio que adota a bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gestão, o plano deve conter (art. 7º da Lei nº 9.433/97):

”I – diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; II – análise das alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo; III – balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação dos conflitos potenciais; IV – metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; V – medidas a serem adotadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; VI – prioridades para outorga de direitos de uso dos recursos hídricos; VII – diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; IX – propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos”.

Ao indicar as prioridades para outorga na bacia hidrográfica, o Plano de Recursos Hídricos define a sua vocação não apenas para os usos da água, como para a ocupação do solo.

Cabe ao Comitê de Bacia Hidrográfica aprovar (e evidentemente acompanhar a execução desse trabalho em todas as suas fases) o Plano de Recursos Hídricos, inclusive no que se refere às prioridades para outorga. Além disso, nos processos administrativos relativos às outorgas de direito de uso da água, as prioridades de uso estabelecidas nos Planos possuem efeito vinculante nas decisões dos órgãos competentes que devem condicionar-se às mesmas, assim como à classe em que o corpo hídrico estiver enquadrado (Lei nº 9.433/97, art. 13). As deliberações dos colegiados interferem diretamente no planejamento e indiretamente nas decisões relativas ao exercício do poder de polícia das outorgas.

4.3. Enquadramento dos corpos hídricos em classes de uso preponderante

Outro exemplo refere-se ao enquadramento dos corpos hídricos em classes de uso preponderante, objeto de proposta pela agência de água ou entidade delegatária* ao Comitê de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433/97, art. 44, XI, a). Somente após a deliberação do Comitê, aprovando o enquadramento, é que se dá encaminhamento ao respectivo Conselho Nacional ou Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com o domínio das águas.

4.4. Cobrança pelo uso de recursos hídricos

Com a cobrança pelo uso de recursos hídricos, o procedimento não é diferente. A agência de água ou entidade delegatária propõe ao respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos (Lei nº 9.433/97,

* A Lei nº 10.881, de 9/6/2004, determina, em seu art. 1º, que a Agência Nacional de Águas – ANA poderá firmar contratos de gestão, por prazo determinado, com entidades sem fins lucrativos que se enquadrem no disposto pelo art. 47 da Lei nº 9.433/97, que receberem delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH para exercer funções de competência das agências de água, previstas nos arts. 41 e 44 da mesma Lei, relativas a recursos hídricos de domínio da União.

art. 44, XI, c). Para que se edite a deliberação, é necessária a negociação entre os seus representantes. Somente após a definição concreta, no âmbito dos Comitês, de tais valores, e dos mecanismos de cobrança (Lei nº 9.433/97, art. 37, VI), é que caberá o encaminhamento ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, para posterior aprovação e implantação efetiva desse instrumento de gestão de recursos hídricos (Lei nº 9.433/97, art. 35, X).

5. Conclusão

Como se verifica, há momentos, na implementação das normas legais sobre meio ambiente e recursos hídricos, em que a articulação e a negociação institucional constituem condição básica para o prosseguimento dos atos constantes dos procedimentos administrativos. Sem a articulação entre as instituições e a negociação, no âmbito dos conselhos, não se define o valor da cobrança, não se procede ao enquadramento dos corpos hídricos.

Os atos administrativos que concedem as outorgas de direito de uso de recursos hídricos não podem ignorar as prioridades aprovadas pelo Comitê de Bacia Hidrográfica. E as decisões sobre o licenciamento de empreendimentos potencial ou efetivamente poluidores dependem da negociação no âmbito do respectivo conselho de meio ambiente, para aprovação dos mesmos.

A articulação entre as instituições e a negociação, no âmbito dos conselhos, são um avanço na execução de políticas públicas. Todavia, tais procedimentos são inovadores no direito. Não há, no País, uma cultura de articulação e de negociação institucional consolidada.

Além disso, nem sempre existe sustentabilidade institucional tanto dos órgãos e entidades como dos colegiados.

Os métodos modernos de administração pública repudiam o desperdício de recursos humanos e financeiros por falta de comunicação e cooperação. Em que pese a previsão, no parágrafo único do art. 23 da Cons-

tituição Federal, de uma lei complementar que estabeleça regras para que se dê a cooperação entre União, Estados e Municípios, a inexistência dessa norma não pode ser uma desculpa para que não haja, efetivamente, articulação e cooperação.

Mesmo considerando que a figura do convênio, objeto do art. 116 da Lei nº 8.666/93, é o instrumento que estabelece as regras, entre os partícipes, para troca de informações, a cooperação técnica, o repasse de verbas e outros temas correlatos, há situações que não necessitam de formalidade jurídica para dar suporte às ações da Administração Pública.

Por exemplo, nada impede que as instituições públicas competentes para a gestão ambiental ou de recursos hídricos organizem simpósios ou seminários, com vistas a trocar informações sobre os procedimentos adotados, os problemas que se enfrentam no dia-a-dia, os encaminhamentos dados às dificuldades encontradas. O uso dos meios eletrônicos é um facilitador de contatos em nível mundial e isso não pode ocorrer de modo diferente em matéria de Administração Pública.

Não há metodologia específica para que ocorra a articulação, e nem poderia existir. É a troca de informações, a curiosidade sobre os temas correlatos ao próprio trabalho, que alimenta esse conceito.

A forma de superar a dificuldade consiste na contratação e treinamento de pessoal, fornecendo, especificamente para as pessoas envolvidas com a gestão de recursos hídricos, os meios, no âmbito das competências administrativas, para que se dê a articulação. Evidentemente, tais atividades não prescindem da aplicação de recursos financeiros.

Nessa ordem de idéias, a implantação de uma política pública deve ser considerada como um empreendimento, formulando-se estratégias de atuação e desenvolvendo-se uma cultura empreendedora, que aceite o desafio de fazer acontecer os resultados, sem deixar de lado a transparência nas decisões

e cumprindo-se a regra imposta na Constituição Federal, sobre a obrigação de proteger e preservar o meio ambiente, para as atuais e futuras gerações.

Referência

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina-jurisprudência-glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Globalização e Direito

Além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado

Fábio Morosini

Sumário

I. Introdução. II. Rumo ao Direito Comparado global: A. A metodologia tradicional em estudos jurídicos comparados: 1. Estudos jurídicos comparados: método ou ciência? 2. A abordagem da convergência e a da não-convergência aos estudos jurídicos comparados: i. A abordagem da convergência. ii. A abordagem da não-convergência. B. Época para mudanças metodológicas nos estudos jurídicos comparados: 1. Os fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados: i. Ugo Mattei; ii. Horatia Muir Watt. 2. Prospectos para um direito europeu das obrigações: i. Reconciliando a definição funcional de um direito das obrigações conceitualmente diferente na União Européia. ii. Rumo a um direito global das obrigações? III. O impacto do Direito Comunitário europeu sobre o Direito Internacional Privado dos Estados Membros: A. Por que o vento mudou: novas abordagens ao Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia: 1. Globalização e a busca pela dignidade humana. 2. O surgimento de um direito internacional privado comum dos Estados Membros da União Européia. B. Um deslocamento da curva de demanda do Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia: 1. Uma oportunidade que não deve ser perdida: competição interjurisdicional dentro dos Estados Membros da União Européia. 2. O problema da substituição: arbitragem internacional. IV. Conclusão.

Fábio Morosini é Professor Convidado da Pós-graduação *Lato Sensu* da UFRGS e da PUC-SP. Doutorando e Mestre em Direito, 2001, University of Texas at Austin, EUA; Mestre em Droit et Globalization Économique 2004, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris, França; Especialista em Direito Internacional, 2000, UFRGS.

I. Introdução

A globalização econômica impacta diretamente o Direito dos Estados. Novas leis

são aprovadas, tratados são ratificados, e a jurisprudência muda de foco em resposta à demanda do mercado global.¹ As fronteiras geográficas não isolam mais os Estados conforme as novas tecnologias criam avenidas para a constante interação entre indivíduos em lados opostos do globo. O Direito não é mais puramente local quando uma parte crescente da população do mundo se desloca. As pessoas já não são mais locais porque ou fisicamente se mudam ou conduzem negócios ou assuntos pessoais cruzando múltiplas fronteiras estatais. Se os indivíduos e negócios continuam a deslocar-se em uma taxa crescente, as nações devem desenvolver mecanismos e prover novas ferramentas para entender indivíduos, sistemas e instituições estrangeiras. O próprio Direito deve passar por reformas para permanecer competitivo em um mundo em que as fronteiras desvanecem-se.

Este ensaio explora o impacto que a globalização econômica teve sobre o Direito Comparado, permitindo uma análise da extensão em que o Direito Comunitário Europeu impactou o Direito Internacional Privado dos Estados Membros. Esse ensaio demonstra que a globalização está dando novas formas aos métodos do estudo jurídico comparado. Também mostra que a globalização, através do Direito Comunitário Europeu, está impactando diretamente o Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia.

II. Rumo ao Direito Comparado global

O Direito Comparado sempre foi controverso. Os debates vão desde a existência do Direito Comparado como uma disciplina jurídica independente à mais apropriada metodologia de estudos jurídicos comparados² quando aplicada a situações concretas. Alguns argumentam que o Direito Comparado deveria interagir com todas as outras disciplinas jurídicas (Cf. REIMAN, 1998)³, enquanto outros não vêem um papel

fundamental para os estudos jurídicos comparados, portanto condenando-o a um papel marginal. Uma abordagem completa aos estudos jurídicos comparados deveria começar olhando para a metodologia tradicional, utilizando-a como uma base para examinar novas abordagens no âmbito dos estudos jurídicos comparados.

A. A metodologia tradicional em estudos jurídicos comparados

Não se pode tirar vantagem de um artigo sobre estudos jurídicos comparados sem primeiramente entender os componentes conceituais que dão forma a essa área do Direito e sua metodologia tradicional. Um olhar sobre as principais teorias dos estudos jurídicos comparados ajuda a encapsular os debates mais tradicionais.

1. Estudos jurídicos comparados: método ou ciência?

A arte de comparar sistemas jurídicos é tão antiga quanto o próprio Direito (Cf. DAVID, 1964). Conforme conceitualizado pelo Professor René David (1964, p. 3), os estudos jurídicos comparados dirigem-se a três metas amplas: 1) investigar assuntos históricos e filosóficos relacionados ao Direito; 2) ajudar a entender e melhorar o seu próprio sistema jurídico; 3) estabelecer um regime melhor nas relações internacionais. Um número considerável de autores que escreveram sobre estudos jurídicos comparados geralmente apóiam a visão de René David do Direito Comparado como um método, não um ramo separado do Direito (LASSER, 2003, p. 198)⁴. O Direito Comparado nunca foi considerado um ramo do Direito independente do sistema jurídico como um todo. Essa linha de pensamento está diretamente ligada à abordagem civilista⁵ do Direito como ciência.⁶

A tradição civilista legitimou o discurso jurídico majoritariamente através de códigos. Um código é um conjunto de normas escritas – Direito positivo – que estabelece um padrão de conduta e impõe sanções aos

violadores de tal conduta prescrita.⁷ Em tal configuração sistemática, muitos viam os códigos como modelos científicos, legitimando ainda mais o argumento do Direito como ciência. Entretanto, muitas críticas foram direcionadas a essa abordagem e nenhum consenso existe com relação ao *status* do Direito no sistema civilista.⁸ No entanto, é seguro presumir que, em países de tradição civilista, o Direito é um sistema por si próprio. Seja ou não uma ciência, o Direito Comparado inspira muitos debates epistemológicos, abrindo a porta para o seu desenvolvimento como um subsistema separado. Segue que o Direito Comparado, como um sistema independente, pode ser legitimado como um modelo científico. Logo, o Direito Comparado pode ser considerado sob uma luz similar à das ciências e outros ramos do sistema jurídico civilista.

É difícil discutir que os estudos jurídicos comparados devem ser vistos como um sistema independente ou um modelo científico se a sua legitimidade jaz sobre o objeto da comparação. Porque não se acredita que existam estudos jurídicos comparados sem objetos concretos de comparação (*e.g.*, leis, instituições e atores), essa linha de raciocínio não é adotada aqui. Esse ensaio presume que os estudos jurídicos comparados não são mais do que um método que os comparatistas usam para avançar o entendimento de um sistema jurídico estrangeiro ou para entender melhor o significado do seu próprio sistema jurídico.

2. A abordagem da convergência e a não-convergência aos estudos jurídicos comparados⁹

Afastando-se da base dos estudos jurídicos comparados, este ensaio foca-se no acalorado debate sobre a metodologia “certa” para usar ao conduzir comparações jurídicas. Deveríamos preocupar-nos com semelhanças ou diferenças entre sistemas jurídicos? Deveríamos comparar sistemas jurídicos diferentes, ou tal comparação é simplesmente um desperdício de tempo?

i. A abordagem da convergência¹⁰

Essa escola de pensamento argumenta que os sistemas jurídicos são concebidos em formatos diferentes, mas compartilham uma essência comum (Cf. GORDLEY, 1998). A tese do Professor Basil Markesinis sobre Direito Comparado e a utilidade da metodologia comparativa (MARKESINIS; UNBERATH, 2002; MARKESINIS, 1997; MARKESINIS, 2001) argumenta que os sistemas jurídicos encontram formas diferentes de abordar problemas semelhantes e, ao fazê-lo, freqüentemente chegam a resultados funcionalmente semelhantes. Markesinis (1997, p. 6) argumenta que os comparatistas deveriam focar-se nas semelhanças de sistemas jurídicos diferentes porque o mundo já tem diferenças o suficiente. Essa teoria da convergência é fundada sobre a idéia de que,

“se por um lado podem existir distinções entre sistemas jurídicos no nível da conceitualização dos problemas, as soluções funcionais para os problemas tendem a ser semelhantes, o que [...] é o que em última análise importa para o comparatista” (LEGRAND, 1996a, p. 55)¹¹.

Isso vem do argumento de Markesinis de que as semelhanças aproximam culturas jurídicas diferentes e contribuem para sua integração adicional.

ii. A abordagem da não-convergência

Por outro lado, há autores igualmente distintos que argumentam a favor de uma metodologia comparativa baseada nas diferenças (TEUBNER, 1998)¹². O Professor Pierre Legrand (1996b; 1998; 1999a; 1999b) explica bem essa metodologia. A essência dessa abordagem é que o Direito é uma parte viva da ampla estrutura cultural de determinado país. Legrand, contrariamente a Markesinis, desenvolve seu argumento no contexto da “falta de sentido” (*non-sense*) do Direito Privado Europeu.¹³ Para Legrand (1996a, 1996b, 1998, 1999a, 1999b), se o Direito é uma parte viva de uma cultura em

geral, é errado focar-se nas semelhanças entre sistemas jurídicos diferentes. Para ser exato, uma abordagem baseada nas semelhanças entre sistemas jurídicos é superficial, porque cada cultura constrói sua própria identidade jurídica de acordo com diferentes necessidades e movimentos.

B. Época para mudanças metodológicas nos estudos jurídicos comparados

Não há um vencedor evidente no debate sobre o melhor método comparativo. Aqueles que acreditam que as diferenças entre sistemas jurídicos são inconciliáveis são incapazes de concordar com um método exaltando suas semelhanças. Por outro lado, aqueles que defendem uma metodologia comparativa baseada nas semelhanças vêem o foco nas diferenças como uma forma de desintegrar culturas jurídicas. Para levantar-se acima desse problema inconciliável e sugerir alternativas diferentes, deve-se abandonar abordagens tradicionais e focar-se em novas soluções. Produziu-se literatura na última década com percepções e contribuições inovadoras à metodologia dos estudos jurídicos comparados. Uma escola de pensamento alternativa que vale a pena analisar é a do fundamento econômico do Direito Comparado. Ugo Mattei (1997)¹⁴ lançou essa escola de análise econômica do Direito Comparado (*comparative law and economics*). Respostas acadêmicas apareceram em uma direção semelhante, mas ainda exibem traços da abordagem de não-convergência (Cf. WATT, 2000, 2004, p. 429). Esta parte do ensaio analisa mais de perto os novos pensamentos e abordagens utilizados para analisar o Direito Privado Europeu.

1. Os fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados

Se não se aceita que a *summa divisio* tradicional dá respostas a problemas na área dos estudos jurídicos comparados, há alternativas inovadoras. Essas alternativas não precisam ser perfeitas, desde que acrescentem algo novo ao debate. Uma análise base-

ada nos fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados fornece tal alternativa ao Direito Comparado. A idéia por trás do estudo dos fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados tem dois aspectos. Legitima o movimento de análise econômica do Direito (*law and economics*) no contexto europeu e também se aplica ao debate europeu sobre os métodos do Direito Comparado.

i. Ugo Mattei

Mattei usa a economia para legitimar o discurso jurídico. Essa idéia há muito foi aceita nos Estados Unidos e está atualmente tomando forma na Europa. Ele sustenta que a noção de equidade, não como uma instituição, mas como uma forma de raciocinar sobre o Direito, é comum ao pensamento jurídico ocidental. Ele aprofunda seu argumento mostrando que a implementação da equidade institucional provocou uma revolução no sistema da *common law*, e que a análise econômica do Direito pode fazer o mesmo ao introduzir uma força externa capaz de desestabilizar o discurso tradicional (Cf. MATTEI, 1997, p. 3)¹⁵. A economia, vista como “a rainha das Ciências” (*the queen of the Sciences*), significa recurso a uma metodologia objetiva.¹⁶ A equidade como raciocínio jurídico, por outro lado, está aberta tanto à arbitrariedade quanto à subjetividade. Mattei aponta para o fato de que

“podem haver tantas opiniões sobre equidade e justiça como há indivíduos avaliando certa solução jurídica ou certa situação fática [...] há apenas alguns padrões reconhecidos de eficiência econômica que estão na raiz do sucesso da economia entre as ciências sociais” (Cf. MATTEI, 1997, p. 21)¹⁷.

Além disso, o movimento de análise econômica do Direito é semelhante aos estudos jurídicos comparados no sentido que ambos são metainstrumentos na análise jurídica. Mattei afirma que,

“ao utilizar a análise de eficiência, os juristas são postos na mesma posição

do que quando usando a análise comparativa. É permitido a eles uma visão exterior desprendida da verdadeira dinâmica do Direito” (Cf. MATTEI, 1997, p. 10)¹⁸.

Alguém que ainda não é parte do sistema jurídico dá essa visão (MATTEI, 1997).

ii. Horatia Muir Watt¹⁹

Muir Watt (2004, p. 504)²⁰ defende a tese da função subversiva do Direito Comparado. Tomando idéias emprestadas do movimento norte-americano de análise econômica do Direito, ela argumenta que o Direito Comparado pode ter uma função semelhante. Em outras palavras, ela argumenta que os sistemas jurídicos europeus não são sensíveis ao uso de estudos interdisciplinares para avançar argumentos jurídicos. É por isso que o uso da análise econômica pode ser mais difícil de implementar no contexto europeu. Por esse motivo, deve-se considerar vias alternativas de chacoalhar as estruturas desses sistemas jurídicos. O Direito Comparado, de acordo com Muir Watt (2004, p. 514), deve ser visto como um mecanismo subversivo para revigorar os Direitos dos países europeus. Conforme ela corretamente lembra, o Direito francês usa uma metodologia de implementar mudanças jurídicas em resposta a forças que vêm de dentro do sistema, nomeadamente a acalorada dicotomia público *versus* privado (WATT, 2004, p. 514). O Direito Comparado é portanto da maior importância no desenvolvimento do Direito dentro da Europa.

Muir Watt (2004) externaliza os fundamentos econômicos do Direito Comparado em um de seus artigos no *Texas International Law Journal*. Trabalhando dentro da estrutura do Plano de Ação de 2003 para um Direito Europeu dos Contratos, ela contesta os efeitos negativos que um Direito europeu dos contratos não-uniforme teria sobre os consumidores e pequenos negócios (WATT, 2004). Conforme afirmado no Plano de Ação, a centralização do Direito europeu dos contratos é necessária para evitar falhas do

mercado, tais como assimetrias de informação. De acordo com o Plano de Ação, consumidores e pequenos negócios teriam que suportar tais custos. Muir Watt (2004), por outro lado, mostra que os consumidores sob o Direito Internacional Privado europeu já gozam de proteção especial e portanto não estão sujeitos aos efeitos supostamente negativos de um sistema não-centralizado. Dito isso, o propósito da unificação do Direito europeu dos contratos é bastante suspeito.

A solução mais eficiente para o Direito europeu dos contratos é seguir um modelo de competição regulatória. Se há virtudes nesse modelo, tais virtudes são automaticamente estendidas para ter-se um Direito europeu dos contratos diferente (WATT, 2004, p. 440). Presumindo que todas as condições de otimidade de Pareto (*Pareto optimality conditions*) são cumpridas, um Direito dos contratos diverso alimentaria a inovação e todas as outras virtudes conectadas ao mercado competitivo para os Direitos dos contratos.

Muir Watt (2004) lembra que a competição puramente regulatória cria distorções de Mercado quando as regras de responsabilidade civil do Estado produtor são menos rigorosas que as regras do Estado anfitrião e o dano está sendo sentido no Estado anfitrião. O Regulamento de Roma II, no entanto, corrige essa falha de mercado, ao menos em algumas áreas especiais de responsabilidade civil tais como responsabilidade ambiental (SYMEONIDES, 2004; WATT, 2004, p. 458). Lá, o Regulamento proposto estabelece que as regras aplicáveis de responsabilidade civil são aquelas do país onde aconteceu o dano.

2. Prospectos para um direito europeu das obrigações

Para reforçar a importância do Direito Comparado na Europa hoje, deve-se simplesmente considerar os prospectos para um Direito uniforme das Obrigações para os Países Membros. Esta parte do ensaio

começa com uma definição breve da matéria tanto nas tradições de *common law* (majoritariamente inglesa) quanto na civilista (majoritariamente francesa). Há também uma análise da factibilidade da globalização.

i. Reconciliando a definição funcional de um direito das obrigações conceitualmente diferente na União Européia

O Direito das Obrigações tem origem no Direito Romano. A tradição civilista moderna desenvolveu o Direito das Obrigações como parte do Direito Privado, distinguindo o Direito das Obrigações do Direito de Propriedade (*droit réel*). O Direito das Obrigações ocupa um lugar muito importante na tradição civilista. Na França, o Direito das Obrigações é definido como

“um vínculo de Direito, não entre uma pessoa e uma coisa como o Direito de Propriedade, mas entre duas pessoas em virtude de que uma delas, o credor, pode exigir do outro, o devedor, uma prestação ou uma abstenção” (TERRÉ, 2002)²¹.

A tradição de *common law* não tem um equivalente exato ao Direito das Obrigações, como possui a tradição civilista. Portanto, não se encontrará um corpo do Direito categoricamente dividido chamado Direito das Obrigações na *common law*. No entanto, a *common law* desenvolveu um sistema que desempenha o papel do conceito civilista de Direito das Obrigações. A *common law*, conforme explicado pelo Professor Samuel, não leva consigo a marca das categorias jurídicas fundamentais. Tanto o “sistema de tribunais quanto o sistema de responsabilidade desenvolveram-se de forma acidental de acordo com as necessidades empíricas da época” (SAMUEL, [200-?])²². Mais recentemente, os tribunais ingleses discutiram o conceito de Direito das Obrigações, mas a transposição dessa categoria de Direito para a *common law* permanece sendo conceitualmente problemática²³. Além disso, o Direito inglês das Obrigações não foi segmentado em responsabilidade civil e contratos, mas

em dívida e transgressão (*debt and trespass*) (Cf. SAMUEL, 2003).

A diferença essencial entre os dois sistemas de obrigações tem uma explicação epistemológica. Juristas de tradição civilista e da *common law*, embora postos diante de circunstâncias fáticas semelhantes, abordam as questões jurídicas de perspectivas diferentes. A tradição civilista está estreitamente ligada a códigos. Códigos, regras categoricamente abstratas que regulam áreas particulares do Direito, não encontraram um lugar na *common law* porque a *common law* é um tradição orientada aos fatos que desaprova o método dedutivo utilizado pela tradição civilista²⁴. A *common law* desenvolve-se comparando fatos de controvérsias anteriores para casos futuros que apresentem situações fáticas semelhantes.

ii. Rumo a um direito global das obrigações?

A globalização veio para ficar e está dando nova forma ao Direito. Curiosamente, o impacto da globalização sobre o Direito não está limitado aos campos comuns do Direito Internacional Público e Privado. Conforme as fronteiras tornam-se mais porosas, a globalização afeta áreas há muito removidas do contato estrangeiro direto, tais como Direito Penal (Cf. PAPADOPOULOS, 2001, p. 159), Direito de Família (WATT, 2001b, p. 271) e o Direito das Obrigações. Se presumimos que a globalização tem um papel a desempenhar no contexto do Direito das Obrigações, podemos também repensar o conceito de obrigação *per se* em cada uma das tradições jurídicas.

Pode-se certamente debater um Direito global das Obrigações. A essência do debate é se é possível superar as metodologias contrastantes da *common law* e da tradição civilista. Quando vislumbramos um mundo globalizado, estamos melhor com um Direito uniforme das Obrigações?

Para o debate da globalização, deve-se tomar em consideração duas configurações globais. Uma é a abordagem de mercado comum guiada por organismos institucio-

nais tais como a Corte Européia de Justiça. A segunda configuração é puramente internacional, caracterizada pela ausência de vínculos institucionais e a presença de práticas comerciais fortes. Pode-se defender a harmonização ou unificação do Direito das Obrigações. De fato, esse é o assunto do atual debate europeu sobre os prospectos do Direito Privado europeu (BAR, 2002; SONNENBERGER, 2002). No entanto, como um sistema unificado de Direito das Obrigações difere-se de um harmonizado? A unificação ignora diferenças culturais para criar um novo corpo jurídico. Pode-se argumentar que a unificação, a longo prazo, aumentará o bem-estar porque cria um sistema unificado. O “Estado global” resultante reduzirá os custos de lidar com diferentes leis e regulamentos. No entanto, a unificação do Direito das Obrigações está baseada em apagar diferenças culturais entre os países participantes. Porque um sistema jurídico reflete a cultura em que está inserido, unificar o Direito das Obrigações da tradição civilista e da *common law* no contexto europeu pode impor uma mentalidade civilista ao jurista da *common law*.

A harmonização do Direito das Obrigações está focada em aproximar as diferenças e estabelecer padrões e princípios comuns através das fronteiras. A harmonização é factível porque é baseada na preservação de culturas jurídicas diferentes. A curto prazo, não é economicamente eficiente por causa dos custos de administrar as diferenças nos tribunais de cada Estado participante. Uma solução intermediária sábia confia nos princípios gerais do Direito, tais como o recurso à boa-fé nas regras do UNIDROIT, nos princípios do Direito Europeu dos Contratos, e na idéia de administração justa de justiça presente no Regulamento de Bruxelas (Bruxelas I, Art. 5(1)).

Os benefícios de um Direito Privado europeu harmonizado não estão livres de críticas. Legrand (1996b, p. 794-795) alega que não há razão para se ter um Código Europeu de Direito Privado. O motivo para sua

rejeição é cultural (LEGRAND, 1996b). Legrand vê o Direito como uma manifestação da cultura e acha que seria um atentado à cultura inglesa adotar um Código de Direito Privado porque conflitaria com a forma de os juristas da *common law* pensarem o Direito. A *common law* dá grande importância para os fatos, enquanto a tradição civilista dá atenção a um sistema abstrato de Direito (LEGRAND, 1996b). Criar um Código Europeu de Direito Privado, de acordo com Legrand, aboliria a tradição de *common law* na Europa. Um código não resolveria as diferenças porque o sistema de *common law* funciona diferentemente do sistema civilista. Além disso, a idéia de ter-se um Código para a Europa está ultrapassada (LEGRAND, 1996b). A Europa é “plurijurídica” (*plurijuridical*) e o pluralismo é uma virtude; dá uma noção mais ampla do Direito (LEGRAND, 1996b, p. 794-795). Conforme colocou Legrand:

“qual é o objetivo da comparação se tudo o que comparatistas vêem são semelhanças? As tradições civilistas e de *common law* oferecem dois modos de entender a realidade (refletindo duas mitologias fundacionais). Cada tradição jurídica, portanto, faz uma contribuição específica, não-reproduzível, para a construção européia conforme ela pretende formular uma visão de mundo original” (Cf. LEGRAND, 1999a, p. 11, tradução nossa)²⁵. (notas de rodapé omitidas).

Em resposta ao argumento de Legrand a favor da não-convergência na Europa, pode-se argumentar que a convergência jurídica na Europa é possível. Pode não ser factível no presente momento, mas, se as nações unirem-se e superarem as diferenças, o sistema jurídico torna-se menos um estranho. A longo prazo, sistemas jurídicos podem tornar-se integrados como consequência da integração cultural geral.

Uma terceira forma de globalizar o Direito das Obrigações é confiar em um modelo de competição regulatória. Competição

regulatória é um modelo regulatório popular nos Estados Unidos e diz-se preservar a autonomia de cada Estado individual. Um modelo de competição melhor abordaria a preservação das diferenças culturais a custos menores para os Estados participantes. Sob um modelo de competição regulatória, os Estados seriam livres para manter seus Direitos das Obrigações existentes ou adaptá-los ao mercado global. O elemento chave é que as tradições civilista e de *common law* poderiam preservar suas mentalidades e metodologias na configuração global. É claro que esse modelo tem desvantagens potenciais. Em primeiro e mais importante lugar, é aconselhável rejeitar um modelo competitivo de regulação porque pode levar a uma corrida para baixo (*race to the bottom*) no Direito das Obrigações. Logo, de forma a preservar o prestígio e aplicabilidade dos Direitos de certos países, os legisladores e tribunais de tais países seriam forçados, por pressão da competição, a diminuir a regulação com relação ao Direito das Obrigações. Em geral, isso é aceitável quando se lida com transações entre partes igualmente poderosas, tais como transações entre negociantes. Entretanto, com relação à administração das obrigações envolvendo sujeitos vulneráveis tais como consumidores, torna-se problemático uma vez que padrões protetivos de regulação são implementados em detrimento dos sujeitos vulneráveis.

Pode-se também argumentar que os efeitos da competição no Direito das Obrigações levaria a uma corrida ao topo (*race to the top*), como é o caso para a competição das cartas corporativas (*corporate charters*) no estado de Delaware (Cf. ROMANO, 1985). Logo, Estados oferecendo níveis fortes de proteção para sujeitos vulneráveis ganhariam uma vantagem competitiva sobre Estados com menos legislação ou regulações protetivas porque os consumidores levariam seus negócios a Estados com os Direitos mais protetores.

Finalmente, a definição de Direito das Obrigações depende de duas principais

abordagens: a da *common law* e a civilista. Confiando-se em um em detrimento do outro, não significa que o Direito das Obrigações da tradição civilista não possa existir funcionalmente no mundo da *common law*. Portanto, é necessário estruturar o debate em termos de mentalidades e metodologias. Todo o debate sobre as diferenças de mentalidades é revigorado pela globalização. Ao globalizar o Direito das Obrigações, os formuladores de políticas públicas (*policy-makers*) e os tribunais devem considerar os modelos concorrentes de unificação, harmonização e competição regulatória.

III. O impacto do Direito Comunitário Europeu sobre o Direito Internacional Privado dos Estados Membros²⁶

Assim como a globalização impacta a forma como se pensa contratos, responsabilidade civil e estudos jurídicos comparados, influencia a forma como se pensa e lida com Direito Internacional Privado. A Europa sempre esteve na vanguarda do desenvolvimento de teorias e solução de conflitos em Direito Internacional Privado. Nesse sentido, pode-se falar sobre uma hegemonia europeia em Direito Internacional Privado. Por outro lado, nos Estados Unidos, discutivelmente por razões geográficas, não foi desenvolvido um sistema sofisticado de solução de conflitos para partes privadas internacionais. Os Estados Unidos, em seu sistema federal, desenvolveram regras sobre o conflito de leis para resolver disputas privadas entre partes em estados separados.

Se a globalização tem um grande impacto sobre como se pensa o Direito em geral, merece atenção um exame mais detalhado do Direito Comunitário europeu e suas conseqüências sobre o Direito Internacional Privado europeu. De não menos importância são as leituras sugeridas sobre a interação do Direito Internacional Privado dentro da Comunidade Européia com as potenciais repercussões no mercado jurídico global.

A. *Por que o vento mudou*²⁷: *novas abordagens ao Direito Internacional Privado nos Estados Membros da União Européia*

A União Européia acredita que as fronteiras que separam os Estados membros não dividem mais suas mentalidades. Se uma verdadeira Comunidade Européia deve existir, os membros dessa comunidade precisam compartilhar valores comuns. Esses valores não surgem de regras no papel. Leva tempo para construir um sentido de comunidade e crenças compartilhadas²⁸. Portanto, a criação da União Européia aproxima os sistemas jurídicos dos Estados Membros no mesmo ritmo que cria incertezas com relação a qual caminho adotar. Em tal contexto, observa-se a emergência de uma proposta de solução e traços de um Direito Internacional Privado europeu emergente.

1. *Globalização e a busca pela dignidade humana*

Erik Jayme (1995, p. 247), em suas aulas de 1995 na Haia, apresentou uma lógica inovadora para o Direito Internacional Privado que tenta dar soluções para as incertezas criadas pela globalização econômica. Jayme propôs uma teoria que ele chama de Direito Internacional Privado Pós-Moderno (*Droit International Privé Postmoderne*). Sua teoria está baseada em quatro elementos-chave: pluralismo, comunicação, narração, e o retorno aos sentimentos (*le retour aux sentiments*). Jayme defende um sistema plural de Direito Internacional Privado no qual não há espaço para um poder jurídico hegemônico. Ao invés disso, há um sistema jurídico tão plural quanto as línguas que são faladas, tão diversificado quanto as cores dos povos do mundo e tão numeroso quanto as crenças religiosas existentes. A pedra angular de tal mundo diversificado é o respeito pelas diferenças dos outros. Um Direito Internacional Privado verdadeiramente pós-moderno não coloca uma solução correta. Ao invés disso, aceita diferentes métodos de solução de conflitos que respeitam o patri-

mônio cultural da autoridade guiando a solução.

Em segundo lugar, na teoria de Jayme de um Direito Internacional Privado pós-moderno, a comunicação assume um papel na solução de conflitos. Porque mais de uma resposta para um conflito é aceitável, legisladores, o judiciário e as partes precisam estar cientes de cada solução possível para determinado conflito. Os juizes são chamados a desempenhar um papel fundamental chamado “negociação judicial” (WESTBROOK, 2003, p. 567)²⁹. Assim, observam-se negociações judiciais antes que um conflito seja resolvido. Em terceiro lugar, para evitar o verdadeiro caos legislativo, Jayme propõe a confiança em normas narrativas de Direito Internacional Privado. Em vez da letra pura da lei, os países deveriam buscar um Direito Internacional Privado que confie fortemente em seu caráter não-normativo, em um nível que induz cumprimento ao mesmo tempo em que respeita diferenças culturais. Essa é essencialmente a abordagem que os Estados Membros adotam com relação a Diretivas da União Européia.

Finalmente, Jayme alega que um Direito Internacional Privado melhorado depende de decisões judiciais que incluem novos elementos no raciocínio jurídico. De acordo com essa visão, o raciocínio jurídico puro já não é suficiente para dar respostas aceitáveis. Nesse sentido, Jayme (1999, p. 33) exemplifica uma nova base para raciocínio jurídico aceitável no Direito francês. O artigo 311-13 do Código Civil francês reconhece o direito de visita da parte que perde em um caso de guarda de criança, desde que aquela parte tenha estado envolvida na criação da criança. A mais alta corte da França, a *Cour de Cassation*, reconheceu tal direito em um caso líder³⁰ em que o direito de visitar uma criança era dado ao padastro da criança. A Corte entendeu que os laços de afeto entre a criança e seu padastro eram suficientes para dar aquele direito a este (JAYME, 1995, p. 33). A causa recorrente por trás da teoria de Jayme é o respeito último à dignidade humana. Os

direitos humanos, na teoria do Direito Internacional Privado Pós-Moderno de Jayme, são o princípio-guia em todos os casos³¹.

2. O surgimento de um direito internacional privado comum dos Estados Membros da União Européia

De acordo com o Professor Legrand (1996a, 1996b, 1998, 1999a, 1999b), uma cultura jurídica é a imagem refletida da integração em outros setores de uma determinada comunidade. Logo, a imposição de um texto legislativo ou uma decisão judicial somente será legítima uma vez que a comunidade tenha internalizado seus valores essenciais. Tal processo pode levar anos ou mesmo décadas para acontecer, ou pode simplesmente nunca acontecer. Interessante notar que tem havido sinais de um Direito Internacional Privado europeu emergente (Cf. WATT, 2001a, p. 539)³².

Um exemplo é o surgimento do conceito de uma doutrina de ordem pública européia, assinalando que os tribunais nacionais estão internalizando valores europeus. O caso líder dessa fusão de valores é o caso *Krombach*³³. Nele,

“a Corte de Luxemburgo introduziu o conteúdo do Artigo 6 Seção 1 da Convenção de Direitos Humanos na estrutura da cláusula de ordem pública do Artigo 27(1) da Convenção de Bruxelas, de forma que os requisitos de justiça processual neste último contexto sejam inteiramente sinônimos do direito fundamental ao processo equitável garantido por aquele (WATT, 2001a, p. 549)”³⁴.

Essa decisão representa a proposição de que não é mais suficiente examinar unicamente determinado Direito nacional ao decidir casos transeuropeus (WATT, 2001a, p. 551). Prova adicional do surgimento de uma cultura jurídica européia no Direito Internacional Privado é a habilidade em desenvolvimento dos tribunais nacionais para olhar para a jurisprudência da Corte de Luxemburgo para melhor interpretar e apli-

car a legislação nacional, mesmo quando o conflito envolve um Estado Membro e um terceiro país (WATT, 2001a, p. 553-554).

B. Um deslocamento da curva de demanda do Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia

Mesmo se a estrutura do Direito Internacional Privado europeu pós-moderno, conforme proposto por Jayme, lança luz sobre o debate a respeito do impacto do Direito Comunitário no Direito Internacional Privado dos Estados Membros, é útil considerar visões alternativas sobre o assunto. Uma abordagem de competição interjurisdicional dá uma contribuição interessante ao debate atual (Cf. KERBER, 2000, p. 249)³⁵. Além disso, em um ambiente jurídico competitivo, o Direito Internacional Privado Europeu deve ser um produto suficientemente bom para derrotar seu maior competidor, a arbitragem internacional.

1. Uma oportunidade que não deve ser perdida:³⁶ competição interjurisdicional³⁷ dentro dos Estados Membros da União Européia

A maior preocupação com a abordagem de direitos humanos advogada por Jayme é que tem pouco ou nenhum impacto em transações negociais intra-europeias. Nesses casos, uma abordagem puramente humanitária não faz sentido. Deve-se buscar alternativas para atender às necessidades da comunidade de negócios européia sem distorcer as metas estabelecidas pela União Européia: um mercado internalizado, descentralização e diversidade dentro da Comunidade Européia (Cf. KERBER, 2000, p. 217). Ao defender sua tese de uma competição interjurisdicional européia, Kerber (2000, p. 218) relembra que uma Comunidade centralizada não é desejada porque traz burocratização, *rent seeking* e expectativas não-atendidas do constituinte.

Competição interjurisdicional na Comunidade, por outro lado, permite que as jurisdições concorram umas com as outras no mercado por seus Direitos (KERBER, 2000,

p. 220). Logo, avaliar um sistema de concorrência entre jurisdições dentro da Comunidade leva a encorajar políticas tais como subsídios públicos para a relocação de firmas em sua jurisdição, política econômica que melhore as condições da jurisdição, desregulação, extensão de infraestrutura, melhora da *performance* do setor público ou do sistema jurídico, investimentos em universidades e pesquisa científica, e reduções nos impostos (KERBER, 2000, p. 221). Entretanto, ao eliminar a concorrência, automaticamente eliminam-se competências descentralizadas e reduz-se a mobilidade (KERBER, 2000, p. 221).

O problema, conforme discutido por Kerber (2000, p. 236), é que as regras de concorrência na União Européia não se referem a competição interjurisdicional. A concorrência entre jurisdições deve ser vista como uma alternativa ou meio complementar de promover integração ótima (*optimal integration*) entre os Estados Membros (KERBER, 2000, p. 247). Há esperanças de uma integração européia de sucesso sob a abordagem competitiva proposta dada a diversidade de Direitos dentro da Comunidade e a habilidade dos constituintes de migrarem (*voting with feet*).³⁸

Muir Watt (2002, p. 383) parece concordar com Kerber (2000) em muitos aspectos e propõe uma agenda para a escolha de lei européia para refletir o mercado “integrado e interconectado” (*integrated and interconnected*). A essência do seu argumento confia na função reguladora do Direito Internacional Privado (Cf. WAI, 2002, p. 209). Regras de escolha de lei deveriam quebrar a *summa divisio* público/privado e ser incorporadas em campos reguladores do Direito, tais como seguros, bancos e meio ambiente (WATT, 2002, p. 395). Falhas de mercado e externalidades transfronteiriças devem ser abordadas pelo regulamento centralizado da Comunidade (WATT, 2002, p. 388).

2. O problema da substituição: arbitragem internacional

As reformas propostas por Kerber e Muir Watt no Direito Internacional Privado dos

Estados Membros da União Européia têm a intenção de lidar com as necessidades de uma economia de mercado, mas também abordam um problema relacionado, a substituição da escolha da lei pela arbitragem internacional. A arbitragem tornou-se popular em transações internacionais porque oferece às partes litigantes maior previsibilidade com relação à lei aplicável e ao fórum do que as disputas jurídicas no tribunal. Há um tendência norte-americana crescente de usar a arbitragem para questões envolvendo transações de consumo. Embora a arbitragem envolvendo um sujeito vulnerável seja atualmente inaceitável sob a ordem pública européia, essa tendência norte-americana pode eventualmente espalhar-se pelo continente europeu.

Se as regras de Direito Internacional Privado dos Estados Membros devem permanecer competitivas, pelo menos nas áreas não-regulatórias, devem implementar as sugestões dos acadêmicos que defendem a abordagem de competição interjurisdicional à escolha de lei. As preocupações dos acadêmicos interjurisdicionais com relação às desvantagens de ter regras de Direito Internacional Privado com competição limitada é onde a arbitragem internacional colhe os frutos de sua vantagem comparativa. Regras de arbitragem internacional são flexíveis às necessidades e desejos das partes (RAU; PÉDAMON, 2001)³⁹. Em arbitragem internacional, as partes são livres para desenvolver combinações impensáveis no rígido modelo institucional de Direito Internacional Privado europeu. Radicati di Brozolo chegou a argumentar que a arbitragem internacional está implementando uma nova categoria de regras, as regras seminecessárias (BROZOLO, 2003; WATT; BROZOLO, 2004)⁴⁰. Conclui-se que, ao “contratualizar” a arbitragem, as partes podem encontrar uma forma de evitar o Direito regulatório (WATT, 2002, p. 388).

Pode-se argumentar que a opção pela arbitragem internacional em vez de regras estatais de Direito Internacional Privado é

uma estratégia favorável aos tribunais dos Estados Membros porque libera os tribunais de conflitos frívolos. A longo prazo, a abordagem tradicional não é o melhor método de manter as regras européias de escolha de lei competitivas no mercado global.

IV. Conclusão

Porque a globalização afeta o sistema jurídico europeu, o Direito Comparado deve educar a comunidade jurídica internacional sobre os benefícios e desvantagens de abordagens jurídicas alternativas à globalização⁴¹. Quando os comparatistas são chamados a contribuir para o debate, devem estar cientes de que as regras do jogo mudaram e que eles devem ajustar-se ao novo ambiente de mercado. Eles somente irão provar-se participantes valiosos em qualquer debate se seus discursos forem submetidos a mudanças metodológicas (Cf. MATTEI, 1998, p. 718)⁴². Essas lições são aplicáveis diretamente ao debate europeu sobre os impactos do Direito Comunitário no Direito Internacional Privado dos Estados Membros. Aqui, mais uma vez, o fundamento econômico do Direito Comparado oferece contribuições que, sem esquecer as lições do passado, buscam desestabilizar alternativas que são fundamentais se os estudos jurídicos comparados e o Direito Internacional Privado pretendem permanecer na agenda.

Notas

¹ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). Veja-se também *Richards v. Lloyds of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998).

² O termo “estudos jurídicos comparados” (*comparative legal studies*), conforme usado aqui, foi cunhado por Pierre Legrand e Roderick Munday (2003). Prefiro o termo estudos jurídicos comparados porque aborda o tema do Direito Comparado como um método e permite a reflexão sobre o método livre de preconceitos (se isso é mesmo possível).

³ Note-se, no entanto, que a tese que ele desenvolveu foca-se no estudo do Direito Comparado em faculdades de Direito norte-americanas.

⁴ Argumentando que pode-se quebrar barreiras em estudos jurídicos comparados introduzindo o que ele chama de “metodologia rosada” [*rosy methodology*]. A metodologia rosada é baseada em três presunções fundamentais: 1) pode-se de fato entender o sistema estrangeiro; 2) o sistema estrangeiro deve ser abordado literalmente; e 3) deve-se focar em uma gama mais ampla de materiais para melhor compreender o sistema jurídico estrangeiro.

⁵ Este ensaio convencionou de tradição ou sistema civilista (de Direito Civil) o que René David (1964, p. 25) denominou família romano-germânica. Não há que se confundir a tradição de Direito Civil com o que países de tradição civilista, como o Brasil, chamam de Direito Civil.

⁶ Para uma abordagem completa dos aspectos epistemológicos do Direito, refira-se a Geoffrey Samuel (2003).

⁷ “[Códigos] são modelos abstratos para a solução de problemas concretos; eles são diretivas para os cidadãos em geral; e são o meio pelo qual o conhecimento jurídico é transmitido de uma geração à outra.” No original: “[Codes] are abstract models for the solving of concrete problems; they are directives to the citizens at large; and they are the means by which legal knowledge is transmitted from one generation to another.” (SAMUEL, 2003, p. 83).

⁸ “Os códigos, portanto, são modelos científicos somente de forma muito limitada [...] Códigos como sistemas inteligentes não contêm informações o suficiente para serem capazes de chegar a conclusões inquestionavelmente corretas.” No original: “The codes, therefore, are scientific models only in a rather limited way [...] Codes as intelligent systems do not contain enough information for them to be able to arrive at unquestionably correct conclusions.” (SAMUEL, 2003, p. 88).

⁹ O debate entre ser o mesmo *versus* ser outro (*sameness vs. otherness*) não é particular dos estudos jurídicos comparados. Há provas de um fenômeno similar na antropologia comparada. (Cf. NADER, 1998, p. 597).

¹⁰ Veja-se também LANDO, 1990.

¹¹ Explicando a teoria da convergência conforme defendida por De Groot, Glenn e Markesinis. No original: “while there may be distinctions between legal systems at the level of problem conceptualization, the functional solutions to problems tend to be similar, which [...] is what ultimately matters for the comparatist.”

¹² Argumentando que a convergência de sistemas jurídicos produz conseqüências não-pretendidas e indesejadas.

¹³ Veja-se Parte II.B.2.ii.

¹⁴ Veja-se também MATTEI, 2004.

¹⁵ “Se um sistema jurídico deve evoluir, precisa da intervenção de alguma força externa desempenhando algum papel semelhante ao desempenha-

do pelos tribunais de equidade na Inglaterra medieval. A análise econômica do Direito moderna está certamente tentando desempenhar esse papel usando a idéia de eficiência em vez da de equidade.” No original: “If a legal system is to evolve it needs the intervention of some external force playing a role similar to that played by the courts of equity in medieval England. Modern law and economics is certainly trying to play this role by using the idea of efficiency rather than that of equity.” (MATTEI, 1997, p. 15).

¹⁶ Sobre o recurso à economia nos estudos jurídicos, ver MATTEI, 1997, p. 25. (“A Economia ainda é considerada a rainha das ciências sociais. Os modelos jurídicos norte-americanos, que já gozam de prestígio mundial, recebem uma forte legitimação científica a partir de sua conexão com a ciência econômica. Quando a filosofia era a disciplina acadêmica de prestígio, os juristas conseguiam encontrar entre suas ferramentas (ou mais precisamente dentro de seu jargão) a chave do sucesso. O padrão agora se repete com a economia. Juristas ocidentais estão constantemente buscando algum aprisionamento de nobreza, para lidar com a responsabilidade social.” No original: “Economics is still considered the queen of the social sciences. American legal models, which already enjoy worldwide prestige, receive a strong scientific legitimization from their connection with economic science. When philosophy was the prestigious academic discipline, lawyers managed to find within its tools (or more precisely within its jargon) the key to their success. The pattern is now repeating itself with economics. Western lawyers are constantly seeking some trapping of nobility, to cope with the social responsibility.”).

¹⁷ No original: “there may be as many opinions on equity and justice as there are individuals evaluating a certain legal solution or a certain factual situation [...] there are just a couple of recognized standards of economic efficiency that are at the roots of the success of economics among the social sciences.”

¹⁸ No original: “by using efficiency analysis, lawyers are put in the same position as when using the comparative analysis. They are allowed a detached outside look at the actual dynamics of the law.”

¹⁹ Cf. OGUS, 1999, p. 405.

²⁰ Seu artigo pode ser visto como o contraponto europeu ao artigo de Fletcher (1998, p. 693). Argumentando que a disciplina do Direito Comparado nos Estados Unidos deveria ser abordada de forma inovadora, superando o debate comum na área, e argumentando ainda que o Direito Comparado pode ter um papel a desempenhar como uma disciplina desestabilizadora. Ele prova seu argumento dizendo que o realismo jurídico, análise econômica do Direito e assim por diante, todos tiveram

grande impacto sobre o pensamento norte-americano porque eles desafiaram noções concebidas de Direito. O Direito Comparado, por outro lado, sempre desempenhou um papel descritivo (noticial).

²¹ No original: “un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l’une d’elles, le créancier, peut exiger de l’autre, le débiteur, une prestation ou une abstention.”

²² No original: “system of courts and the system of liability developed in a haphazard fashion according to the empirical needs of the time.”

²³ Henderson v. Merrit Syndicates Ltd., 2 A.C. 145, 184 (1995).

²⁴ Para uma descrição mais completa da metodologia dedutiva, ver SAMUEL, 2003, p. 105-107.

²⁵ No original: “what is the point of comparison if all that comparatists see are similarities? The civil-law and common-law traditions offer two modes of understanding reality (reflecting two foundational mythologies). Each legal tradition, therefore, makes a specific, non-replicable contribution to the European construction as it purports to formulate an original world-view.”

²⁶ Cf. FUCHS, 2004.

²⁷ Essa frase foi cunhada por Ugo Mattei. (Cf. MATTEI, 1994, p. 195) Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law.

²⁸ Conforme apontado anteriormente neste ensaio, há aqueles que acreditam que culturas diferentes simplesmente NÃO convergem. (LEGRAND, 1996a).

²⁹ No original: “judicial negotiation.”

³⁰ Cass., May 17, 1993, D. 1995.276.

³¹ As idéias de Erik Jayme foram amplamente aceitas no Brasil. Nadia de Araújo, autora do principal manual de Direito Internacional Privado brasileiro, expressamente abraça a teoria pós-moderna desenvolvida por Jayme (Cf. ARAÚJO, 2003).

³² Argumentando que o Artigo 6 da Convenção de Direitos Humanos deveria ser aplicável dentro dos Membros da Comunidade, e que sua aplicação pelos Estados Membros, quando lidando com países terceiros, mostra a internacionalização do Direito europeu nos Direitos dos Estados Membros.

³³ CJEC, 28 May, 2000, aff. C-7/98, Krombach v. Bamberski. Para um comentário mais detalhado sobre o caso, ver WATT, 2001a, p. 549.

³⁴ No original: There, “the Court of Luxembourg introduced the content of Article 6 Section 1 of the Human Rights Convention into the framework of the public policy clause of Article 27(1) of the Brussels Convention, so that requirements of procedural fairness in the latter context are entirely synonymous with the fundamental right to equitable process guaranteed by the former.”

³⁵ Argumentando que “a tarefa central da CE seria o estabelecimento de uma estrutura de regras

que assegurariam tanto a concorrência entre empresas para o fornecimento de bens privados, quanto a concorrência interjurisdicional para os bens públicos". No original: "the central task for the EC would be the establishment of a framework of rules that would ensure both competition between firms for the provision of private goods, and interjurisdictional competition for public goods."

³⁶ Inspiração para o título vem de Ugo Mattei (1998, p. 718).

³⁷ Cf. WATT (2003, p. 383), argumentando a favor do uso da escolha de lei como um instrumento de economia política, desmistificando a função neutra do raciocínio por trás das regras de Direito Internacional Privado e sugerindo que uso da escolha de lei em conflitos envolvendo Direito regulatório.

³⁸ É claro que esse é um argumento relativamente otimista. É indiscutível que o mercado para os Direitos da Comunidade Européia, bem como qualquer mercado para produtos, está sujeito a distorções, tais como assimetrias de informações. Somente isso seria o suficiente para buscar medidas corretivas.

³⁹ Relembrando que a arbitragem é o "sonho das partes" [*dream of the parties*], porque elas são livres para estruturar o acordo de arbitragem como desejarem.

⁴⁰ Argumentando que o papel crescente desempenhado pela autonomia privada em transações internacionais pode minar o alcance de regras obrigatórias das ordens jurídicas nacionais. Para uma reação ao último, ver Silvia Ferreri (2004).

⁴¹ Eu uso o termo ator porque, em termos globais, a função e utilidade do Direito Comparado esticou-se para incluir não somente instituições nacionais, mas também internacionais (Cf. MATTEI, 2004), argumentando que a distinção tradicional entre tradição romano-germânica e *common law* para propósitos comparativos é obsoleta e que os comparatistas deveriam em vez disso, focar-se nos novos atores, tais como a OMC e o FMI. (REIMANN, 2001).

⁴² Argumentando que a globalização legitimará o Direito Comparado se os comparatistas superarem as barreiras metodológicas e concentrarem-se em esforços interdisciplinares.

Referências

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAR, Christian v. From principles to codification: prospects for european private law. *The Columbia Journal of European Law*, Columbia, n. 8, p. 379-388, 2002.

BROZOLO, Luca G. Radicati di. Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?. *Revue Critique De Droit International Privé*, Paris, v. 92, n. 1, jan./mar. 2003.

DAVID, René. *Les grands systèmes du droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964.

FERRERI, Silvia. The autonomous contract and declining mandatory rules: a first reaction to an article by Horatia Muir Watt and Luca Radicati di Brozolo. *Global Jurist Topics*, Berkeley, v. 4, n. 3, 2004. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol4/iss3/art1>>. Acesso em: 6 out. 2004.

FLETCHER, George. Comparative law as a subversive discipline. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

FUCHS, Angelika et al. *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Paris: [s. n.], 2004.

GORDLEY, James. Is comparative law a distinct discipline?. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'académie de droit international de Haye*, Haye, n. 251, 1995.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 759, jan. 1999.

KERBER, Wolfgang. Interjurisdictional competition within the european union. *Fordham International Law Journal*, New York, v. 23, p. 217-249, 2000.

LANDO, O. Why harmonize contracts law of europe. In: _____. *International contracts and conflicts of law*. [S. l.]: P. Sarcovic, 1990.

LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. The question of understanding. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. (Ed.). *Comparative legal studies*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 45, n. 1, p. 52-81, jul. 1996a.

_____. *Fragments on law-as-culture*. Deventer: W.E.I Tjeenk Willink, 1999a.

_____. *Le droit comparé*. Paris: Presses universitaires de France, 1999b.

_____. Sens et non-sens d'un code civil European. *Revue Internationale De Droit Comparé*, Paris, v. 48, n. 4, oct./ dec. 1996b.

_____. Structuring european community law: how tacit knowledge matters. *Hastings International and*

Comparative Law Review, San Francisco, v. 21, p. 871-881, 1998.

_____. ; MUNDAY, Roderick (Ed.). *Comparative legal studies*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

MARKESINIS, Basil S. *Always on the same path: essays on foreign law and comparative methodology*. [S. l.: s. n.], 2001.

_____. *Foreign law and comparative methodology: a subject and a thesis*. [S. l.: s. n.], 1997.

_____. ; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.

MATTEI, Ugo. An opportunity not to be missed: the future of comparative law in the united states. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, p. 709-718, 1998.

_____. *Comparative law and economics*. Michigan: University of Michigan, 1997.

_____. *Law and economics and U.S. legal hegemony: an essay on the rise and fall of cultural prestige*. [S. l.: s. n.], 2004.

_____. Why the wind changed: intellectual leadership in western law. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 42, 1994.

NADER, Laura. Comments. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

OGUS, Anthony. Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law. *International and Comparative law Quarterly*, Oxford, v. 48, n. 2, p. 405-418, 1999.

PAPADOPOULOS, Ioannis. La philosophie pénale entre utilité sociale et morale retributive. *L'Americanisation du Droit*, Paris, n. 45, p. 159-176, 2001.

RAU, Alan Scott; PÉDAMON, Catherine. La contractualisation de l'Arbitrage: le modèle américain. *Revue De L'Arbitrage*, Paris, n. 3, jui./sep. 2001.

REIMANN, Mathias. Beyond national systems: a comparative law for the international age. *Tulane L. Rev.*, [S. l.], v. 75, 2001.

_____. Stepping out of the european shadow: why comparative law in the United States must develop its own agenda. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

ROMANO, Roberta. Law as product: some pieces of the incorporation puzzle. *Journal of law, economics and organization*, Oxford, v. 1, p. 225-283, 1985.

SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and method in law*. London: Ashgate, 2003.

_____. *Manuscrito inédito sobre a estrutura e responsabilidade civil na common law: causas de ação*. [S. l.: s. n., 200-?]. (Mimeo.).

SONNENBERGER, Hans Jurgen. L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles?: réflexions sur la communication de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du parlement européen du 15 novembre 2001. *Reveu critique de droit international privé*, Paris, v. 91, n. 3, jui. /sep. 2002.

SYMEONIDES, Symeon. Tort conflicts and Rome II: a view from across the atlantic. In: MANSEL, Heinz-Peter et al. (Ed.). *Festschrift für Erik Jayme*. München: Sellier, 2004.

TERRÉ, Francois et al. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2002.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in british law or how unifying law Ends up in new divergences. *The modern law Review*, London, v. 61, 1998.

WAI, Robert. Transnational liftoff and juridical touchdown: the regulatory function of private international law in an era of globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, Washigton, v. 40, 2002.

WATT, Horatia Muir. Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy. 9 *Columbia European Law*, Washington, v. 40, 2002.

_____. Evidence of an emergent european legal culture: public policy requirements of procedural fairness under the brussels and lugano conventions. *Texas International law Journal*, Texas, v. 36, 2001a.

_____. Experiences from Europe: legal diversity and the internal market. *Texas International law Journal*, Texas, v. 39, spring. 2004.

_____. La fonction subversive du droit compare. *Revue Internationale De Droit Comparé*, [S. l.], v. 52, p. 503-527, jul./sep. 2000.

_____. Les modèles familiaux a l'épreuve de la mondialisation: aspects de droit international privé. *L'Americanisation du Droit*, Paris, n. 45, 2001b.

_____. ; BROZOLO, Luca G. Radicati di. Party autonomy and mandatory rules in a global world: international law and economics: some suggested reading. *International Law Forum Du Droit International*, Oxford, v. 6, n. 2, maio 2004.

WESTBROOK, Jay L. International judicial negotiation. *Texas International law Journal*, Texas, v. 38, 2003.

Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas

Adriano Sant'Ana Pedra

Sumário

1. Introdução. 2. Rigidez e evolução constitucional. 3. As cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988. 4. Acerca da (in)tangibilidade das cláusulas pétreas. 5. Conclusão.

1. Introdução

As transformações constitucionais são necessárias para acomodar a Constituição às mudanças ocorridas na sociedade. Algumas vezes, entretanto, elas encontram obstáculos em limites materiais estabelecidos pelo poder constituinte, as chamadas cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade. Para que a Constituição de 1988 alcance a longevidade que dela se espera, não se pode deixar que o hiato existente entre a Constituição e a sociedade exija a elaboração de um novo texto constitucional, evitando-se assim os desgastes e os riscos inerentes à substituição do ordenamento

Adriano Sant'Ana Pedra é Doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP), Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (FDV), Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da FDV, Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES), Procurador Federal.

jurídico. Justifica-se assim o aprofundamento dos estudos sobre a possibilidade de realizar certas transformações constitucionais, apesar dos lindes impostos pelas cláusulas pétreas, quando tais mudanças forem necessárias para acompanhar a evolução da sociedade brasileira.

2. Rigidez e evolução constitucional

Um dos instrumentos para se alcançar a necessária estabilidade da Constituição é a rigidez constitucional, que está relacionada com as limitações do poder reformador, e que se revela um importante instrumento da limitação jurídica do poder. Uma Constituição rígida prevê um procedimento dificultado, em relação ao procedimento previsto para as leis infraconstitucionais, para a adição, supressão ou alteração de suas normas.

Mas a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir¹.

“Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efecti-

vidade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as constituições são modificadas. Ou, doutro prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional” (MIRANDA, 1996, p. 129-130; 2002, p. 389).

As normas constitucionais não podem ser consideradas perfeitas e acabadas, estando constantemente em uma situação de mútua interação e dependência. Como diz Karl Loewenstein (1976), a Constituição é um organismo vivo. Cada Constituição integra tão-somente o *status quo* existente no momento de seu nascimento, não podendo prever o futuro.

“Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo o viviente” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164).

Assim, quando a Constituição é redigida inteligentemente, pode tentar levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados. Entretanto, uma formulação demasiadamente elástica poderia prejudicar a segurança jurídica. A rigidez da Constituição importa em ser estabelecido um procedimento mais difícil para que ela seja modificada, a fim de que a Constituição não fique à mercê de modificações temerárias que visem a sua aniquilação ou até mesmo a substituição por outra.

No que concerne às cláusulas pétreas, é sabido que estas são concebidas para garantir o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, de forma ainda mais agravada. Entretanto, quando essas limita-

ções materiais impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabarão por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestavam, uma vez que a ruptura do ordenamento far-se-á inevitável, daí decorrendo o abandono do texto constitucional e a instabilidade social. Explica Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 17) que a aplicação “ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade”. Dessa forma, paradoxalmente, as cláusulas pétreas, quando concebidas como absolutas, tornam-se obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional do que se promovendo alterações pontuais por meio de emendas constitucionais.

Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, essa rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição.

3. As cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988

As Constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável constituindo a estrutura basilar do edifício jurídico, não podendo ser abalado por obra do poder reformador. As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

O constituinte de 1988 buscou excluir determinadas matérias da incidência do poder de reforma. Tratou ele de delimitar quais dispositivos da Constituição podem ser atingidos pelo poder de reforma e quais são inatingíveis. Karl Loewenstein (1976, p. 189), ao tratar das disposições intangíveis de uma Constituição, que têm a finalidade de livrar determinadas normas constitucionais de qualquer modificação, distingue duas situações. Por um lado, existem medidas para proteger instituições constitucionais concretas – intangibilidade articulada. Por outro, há aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição que não devem estar necessariamente expressos em dispositivos ou em instituições concretas, sendo implícitos, imanentes ou inerentes à Constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem de qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma se produz a partir do “espírito” ou *telos* da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional².

Todavia, devemos perquirir quais são as estruturas basilares de nossa ordem jurídica. “Aceitando-se a posição de alguns, o Direito Constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, ‘petrificado’ em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, §4º, da Lei Magna vigente” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 174). Trata-se de tema controvertido, em especial porque nem sempre as limitações materiais estão expressas no texto constitucional. Conforme se apresentem, tais limitações podem ser explícitas ou implícitas, às quais devem ser atribuídas a mesma força jurídica, assegurando à Constituição o mesmo nível de proteção.

A Constituição brasileira de 1988 ampliou sobremaneira o campo coberto pelas cláusulas pétreas em relação ao direito anterior, que apenas excluía do alcance do poder reformador a abolição da Federação e da República. As limitações materiais ex-

plicitas à atividade reformadora estão estabelecidas no artigo 60, §4º, do texto constitucional brasileiro. Referido dispositivo estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”. A nossa atual Constituição contém o rol mais extenso de limites materiais expressos no âmbito de nossa evolução constitucional. A Carta de 1824 não continha nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1891 (artigo 90, §4º) continha a proibição de abolição da República, da Federação e da igual representação dos Estados no Senado Federal³. A Constituição de 1934 (artigo 178, §5º) previa como limitações materiais expressas a República e a Federação. A Constituição de 1937 repetiu a de 1824, não apresentando nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1946 (artigo 217, §6º) novamente protegeu a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-69⁴.

O enunciado da norma contida no artigo 60, §4º, da CR, ao utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, quis preservar em qualquer hipótese o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional, não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial.

Conforme o alcance dado à expressão “tendente a abolir”, seriam proibidas tanto as propostas de emendas constitucionais que lesem diretamente as cláusulas pétreas quanto as que prejudiquem indiretamente tais pontos⁵. Entretanto, a expressão “tendente a abolir” permite propostas de emendas que visem a ampliar as previsões constantes no §4º do artigo 60 da CR.

A doutrina majoritariamente ainda reconhece a existência de limitações implícitas, a despeito de importantes posicionamentos em sentido contrário, como o de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995). Em seu magistério, se a Constituição explicitou quais são os seus pontos intocáveis, pode-se questionar se é possível que haja cláusulas pétreas implícitas. “Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 14).

Acerca das limitações implícitas, o magistério de Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 1049) faz distinção entre limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos, iminentes em uma ordem de valores pré-positiva. Mas ocorre que a doutrina não registra unanimidade acerca de quais seriam exatamente essas limitações implícitas. Nisso os limites expressos apresentam vantagem, pois o registro textual impede controvérsias a respeito de quais são os limites à reforma constitucional. Entretanto, não podemos nos abster de identificar os limites implícitos no direito constitucional pátrio. Nesse sentido, torna-se impossível proceder-se a uma reforma local ou, pelo menos, a uma reforma que implique a destruição da ordem constitucional, alterando a identidade da Constituição. Carl Schmitt (1996, p. 120) destaca que as decisões políticas fundamentais da Constituição são assuntos próprios do poder constituinte do povo e não pertencem à competência das instâncias autorizadas para reformar e revisar as leis constitucionais. Tal raciocínio faz Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 650) sustentar que todos os princípios fundamentais do Título I da Constituição brasileira de 1988 (artigos 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, porém, que boa parte deles já foi contemplada no rol do artigo 60, §4º, I a IV, da CR.

De acordo com a doutrina de Nelson de Sousa Sampaio (1994, p. 95-108), as normas constitucionais que estão, implicitamente, fora do alcance do poder de reforma podem ser classificadas da seguinte maneira: as que dizem respeito aos direitos fundamentais, as concernentes ao titular do poder constituinte, as relativas ao titular do poder reformador e as referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional. Cumpre destacar que o poder reformador não pode restringir nem muito menos abolir o leque de direitos que se entenda como fundamentais, mas pode ampliá-los. Contemporaneamente, o respeito aos direitos fundamentais como limitação ao poder reformador passa a ser defendido sob os postulados do direito internacional, que, para Edvaldo Britto (1993, p. 98), “são limites transcendentais à ordem constitucional positivada e, assim, são eficazes na limitação do exercício da competência reformadora”⁶. O poder reformador também não pode alterar as regras concernentes ao titular do poder constituinte, que é o povo. Sendo poder constituído, se o fizer, estará realizando uma verdadeira fraude à Constituição, haja vista que o poder reformador não foi estabelecido para mudar a Constituição em um ponto tão sensível. As normas referentes ao titular do poder reformador são irreformáveis porque ele não pode renunciar ou transferir um poder que lhe foi delegado pelo poder constituinte e que, dessa forma, não lhe pertence. O quarto limite implícito apontado por Nelson de Sousa Sampaio (1994) é a proibição da alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional⁷.

Sobre a impossibilidade de alterar-se o procedimento formal de mudanças na Constituição, convém trazer a tese de Alf Ross (2000, p. 106-107), para quem a alteração da regra reguladora da emenda à Constituição é um absurdo em lógica, consistindo no problema da auto-referência. A idéia desenvolvida por Alf Ross (2000) aponta que a reforma da norma constitucional que regula a

própria reforma, além de implicar uma inferência na qual a conclusão contraria uma de suas premissas, importa também em conferir à norma sobre reforma uma auto-referência inadmissível logicamente.

Verifica-se que a maioria dos autores entre nós reconhece um limite implícito impedindo alterações, ou pelo menos supressão, das normas que contêm os limites explícitos à reforma da Constituição⁸. Dessa forma, pode também ser apontada como uma limitação implícita aquela atinente à supressão do próprio artigo 60, §4º, da CR. Outra vedação implícita é a de reforma constitucional que diminua a competência dos Estados-membros⁹, pois isso tenderia a abolir a Federação. Também é vedada implicitamente alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos. Também estariam fora do alcance do poder de reforma as normas constitucionais concernentes ao titular do poder constituinte – visto que uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder constituinte, que cria o próprio poder reformador –, as referentes ao titular do poder reformador – porque seria despropósito que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário – e as relativas ao processo da própria emenda – admitindo quando se tratar de tornar mais difícil o seu processo, mas não quando vise a atenuá-lo (SILVA, 2002, p. 68). Igualmente devem ser consideradas limitações materiais a forma de governo republicana e o sistema presidencialista (HORTA, 1995, p. 95-96; 2002, p. 88, 114), uma vez que correspondem à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do poder constituinte, com base na consulta popular efetuada em 21 de abril de 1993, que cancelou tal cláusula de provisoriedade.

Existe ainda uma parte da doutrina (SARLET, 2003a, p. 56-74) que inclui os direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais (expressos ou implícitos). Com muita propriedade, Ingo Wolfgang

Sarlet (2003b, p. 667) defende que a abolição dos direitos fundamentais sociais “acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais”. Pelo enunciado literal do artigo 60, §4º, IV, da CR, chega-se à conclusão de que apenas os “direitos e garantias individuais” encontram-se incluídos no rol das cláusulas pétreas da nossa Constituição. Nessa interpretação restritiva, estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, §4º, IV, da CR não só os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), assim como os direitos políticos em geral (artigos 14 a 17), com a ressalva, para estes últimos, do sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, §4º, II, da CR. Também não seriam merecedores de tal proteção os direitos de expressão coletiva, sendo que o mandado de segurança coletivo não integraria as cláusulas pétreas. Com efeito, para Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 679), as cláusulas pétreas, que protegem o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, necessariamente incluem os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, §4º, IV, da CR, seja na condição de limite implícito, uma vez que, para efeitos do reconhecimento de sua proteção contra eventual emenda, especialmente pelo Poder Judiciário, as situações virtualmente se equivalem.

Raul Machado Horta (1995, p. 95; 2002, p. 88) também entende que, além das limitações materiais do §4º do artigo 60 da CR, ainda existem outras limitações implícitas difundidas nas regras constitucionais, que são: os fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, I a V, CR), o povo como fonte do poder (artigo 1º, parágrafo único, CR), os objetivos fundamentais da República Federativa (artigo 3º, I a IV, CR), os princípios das relações internacionais (artigo 4º, I a X, parágrafo único, CR), os di-

reitos sociais (artigo 6º, CR), a definição da nacionalidade brasileira (artigo 12, I, a, b e c, II, a e b, CR), a autonomia dos Estados Federados (artigo 25, CR), a autonomia dos Municípios (artigos 29; 30, I, II e III, CR), a organização bicameral do Poder Legislativo (artigo 44, CR), a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (artigo 53, CR), as garantias dos juizes (artigo 95, I, II e III, CR), a permanência institucional do Ministério Público (artigo 127, CR) e suas garantias (artigo 128, §5º, I, a, b e c, CR), as limitações do poder de tributar (artigo 150, I, II e III, a, b e c, IV, V e VI, a-d, artigo 151, CR) e os princípios da ordem econômica (artigo 170, I a IX, parágrafo único, CR).

No que concerne aos direitos individuais, além dos explícitos e dos implícitos, é possível ainda elencar uma terceira categoria. José Afonso da Silva (2002, p. 193) distingue os direitos individuais em três grupos: *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados na Constituição brasileira; *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (artigo 5º, II, CR); e *direitos individuais decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os direitos individuais decorrentes não estão nem explícita nem implicitamente enumerados, provindo ou podendo vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

Tal elaboração remete-nos à idéia de “bloco de constitucionalidade”. A noção de “bloco de constitucionalidade” (FAVOREU, 2002, p. 115-120) (*bloc de constitutionnalité*) ou “bloco constitucional” (*bloc constitutionnel*) surge na França no início da V República, notadamente a partir de 1960. Foi inspirada na terminologia “bloco legal” (*bloc légal*) ou “bloco de legalidade” (*bloc de légalité*) empregada pela doutrina administrativis-

ta. Enfatiza o princípio da constitucionalidade, pelo qual somente uma norma constitucional pode revogar outra norma constitucional. A afirmação do princípio da constitucionalidade permitiu dar vida a certos textos constitucionais que até então eram pouco obedecidos. Na jurisprudência austríaca, as considerações sobre o “bloco de constitucionalidade” incluíam os princípios considerados como superiores à própria Constituição (BARACHO, 2000, p. 78), como os princípios de direito natural e os direitos fundamentais. O conceito de “bloco de constitucionalidade” também é utilizado na Espanha, inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional, embora o *bloque de constitucionalidad* espanhol não tenha exatamente o mesmo conteúdo que há na França. O Conselho Constitucional francês não usa a expressão “bloco de constitucionalidade”, mas a fórmula “normas de constitucionalidade” (*normes de constitutionnalité*), que guarda o mesmo sentido. Louis Favoreu (2002, p. 116) e outros entendem que a expressão “bloco de constitucionalidade” deveria ser abandonada hodiernamente, após ter exercido um papel muito útil, em proveito de uma expressão mais simples: “Constituição”. Quatro séries de normas, de épocas e inspirações diferentes, compõem atualmente a “Constituição” francesa, sendo três preponderantes e uma marginal. Os elementos principais do “bloco de constitucionalidade” são o texto constitucional de 1958, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946. Os elementos marginais são os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, cujo rol consagrado pelo Conselho Constitucional é o seguinte: liberdade de associação, direito de defesa, liberdade individual, liberdade de ensino, liberdade de consciência, independência da jurisdição administrativa, independência dos professores universitários, competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública e autoridade judiciária

guardiã da propriedade privada dos bens imóveis.

No entender de Luiz Pinto Ferreira (2003, p. 216), as cláusulas pétreas constituem-se de poucos artigos nas constituições dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, em que sobrevive o respeito à lei, e são mais amplas nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, em que esse núcleo intangível é desrespeitado pelos poderes constituídos na grande maioria das vezes. Estender a relação das cláusulas pétreas com o intuito de proteger muitos pontos da Constituição é extremamente perigoso. Como disse Karl Loewenstein (1976, p. 192), “en una palabra: ante las disposiciones de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn hay que decir, desgraciadamente: seguro que son productos de la buena fe, pero ‘quien mucho abarca, poco aprieta’”.

4. Acerca da (in)tangibilidade das cláusulas pétreas

As limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas, por outro impedem que esse mesmo ordenamento jurídico evolua. Nesse sentido, essa intangibilidade de certos dispositivos constitucionais merece profunda reflexão.

A existência de dispositivos intangíveis ao longo do tempo pode servir para preservar direitos duramente conquistados, por um lado, mas, por outro, pode contribuir para perpetuar injustiças sociais. Joaquim Benedito Barbosa Gomes vê “com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte”¹⁰. Também a esse respeito, são precisas as palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 22):

“Vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento ab-

soluta de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.

No que concerne às limitações materiais impostas pelas circunstâncias históricas, na medida em que os motivos que ensejaram as cláusulas pétreas estiverem superados, mormente em razão da evolução da sociedade, e não estando mais presentes as situações conjunturais que as reclamaram, seria possível a superação de tais obstáculos por meio do poder constituinte não-revolucionário. A atuação desse poder tornaria possível a supressão de cláusula pétrea sem uma ruptura na ordem constitucional vigente.

Além disso, os contornos delineados pelas cláusulas pétreas não implicam que elas sejam intocáveis. A esse respeito, precisas são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 669):

“Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de consti-

tuírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso), bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário”.

O sentido a conferir aos limites materiais da revisão constitucional tem sido uma *vaexata questio* que divide os constitucionalistas há cerca de cem anos. Três principais correntes se manifestam (MIRANDA, 1996, p. 190; 2002, p. 413). A primeira delas considera tais limites como imprescindíveis e insuperáveis. A segunda impugna a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica. E a terceira corrente, admitindo tais limites, toma-os apenas como relativos, susceptíveis de remoção por meio da *dupla revisão* ou de *duplo processo de revisão*.

Alguns juristas defendem que as cláusulas pétreas podem ser modificadas ou abolidas, entendendo que é absurda a proibição de mudanças de normas da Constituição de acordo com o direito. O significado real não é senão um agravamento da rigidez em seu favor, sendo que as matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas estariam duplamente protegidas. No entender de Jorge Miranda (2002, p. 416):

“as cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estiverem em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as conseqüências inerentes”.

Em razão dessa dupla proteção é necessário, primeiro, revogar a cláusula que impõe a limitação material para depois alterar

as disposições sobre a matéria em questão. A tese da dupla revisão é defendida por Jorge Miranda (1996, p. 206-207; 2002, p. 422-423) com a maestria que lhe é habitual.

“As normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito da revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam. Como tais – e sem isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia – elas são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão. Não são elas próprias limites materiais. Se forem eliminadas cláusulas concernentes a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos guarnecidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados. Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que pode falar-se em *dupla revisão*”.

A despeito das razões apresentadas pelo eminente jurista lusitano, Louis Favoreu e outros entendem que a proposta da dupla

revisão decorre de um raciocínio equivocado¹¹. Para Louis Favoreu (2002, p. 108), as proibições de revisar podem parecer paradoxais a certos autores que a consideram tão-somente obstáculos condicionais, pois, para eles, se não é possível revisar a forma republicana de governo, é perfeitamente possível revisar primeiro o artigo 89 (5) do texto constitucional francês, para em seguida modificar a forma de governo. Minoritariamente a mesma posição foi sustentada na Alemanha. Para Louis Favoreu, esse argumento está equivocado, pois ele desencadeia uma regressão ao infinito. Se fosse lícito revisar primeiro o artigo 89 (5), o constituinte poderia diretamente proibir sua modificação. Se fosse então lícito revisar essa proibição, poderia ser proibido revisar essa proibição de proibir etc. O argumento se reduz então à afirmação de que o texto pode ser considerado como não escrito.

Vital Moreira¹² (1980, p. 106-108) prefere designar a tese em comento de “teoria da revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão”. Todavia, para ele, “é uma tese que se afigura teoricamente inconsistente, logicamente insustentável e juridicamente indefensável”. Em primeiro lugar, porque a norma proibitiva é dirigida pelo poder constituinte ao poder de revisão constitucional. Em segundo lugar, se o sentido da referida norma fosse apenas o de tornar necessária uma “revisão em duas voltas”, então a Constituição teria dito isso. Em terceiro lugar, porque não tem sentido admitir que o poder constituído possa reapreciar o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte. Em quarto lugar, admitir a dupla revisão significa admitir que uma Constituição pode ser subvertida e transformada em outra, ou ainda substituída, por meio de seus próprios mecanismos, sem solução de continuidade constitucional. Conclui que “a teoria da dupla revisão não é, em última análise, mais do que um expediente para tentar legitimar e ‘constitucionalizar’ uma ruptura constitucional ‘a frio’”.

Para Carlos Ayres Britto (2003, p. 76), a técnica da dupla revisão é “o que há de mais atécnico, à luz de uma depurada Teoria da Constituição”. Mesmo que objetive mitigar os efeitos das cláusulas pétreas, “o mecanismo da dupla revisão baralha inteiramente os campos de legítima expressão do Poder Constituído e do Poder Constituinte, caindo, por isso mesmo, em contradições incontornáveis”. Afinal, se for possível reformar as cláusulas constitucionais de reforma, então a Constituição poderá perder o seu caráter rígido. E sem rigidez formal, não há como preservar a superioridade hierárquica da Constituição sobre as demais espécies normativas.

Todavia, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 15) argumenta que não é fraude à Constituição admitir a supressão de cláusula pétrea, pois não são intocáveis as regras que disciplinam as alterações da norma constitucional. “Isto seria de se levar em conta se a Constituição inscrevesse entre as ‘cláusulas pétreas’ o processo de modificação constitucional que consagrou”.

Para José Carlos Francisco (2003, p. 98), a possibilidade da dupla emenda “é mais do que ‘uma saída honrosa’ para o paradoxo criado pelas limitações materiais, mas um critério que se legitima não pelo procedimento, mas pela ampla discussão a que sujeita o tema sobre o qual versa”. Com a dupla emenda, evitam-se os riscos e as instabilidades institucionais decorrentes de um amplo processo constituinte, e os prejuízos decorrentes do abandono de uma Constituição aperfeiçoada no tempo.

Como se vê, várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social.

Outra proposta que se faz é compreender a possibilidade de transcendermos a tais

limitações materiais dentro de um paradigma de um Estado democrático-participativo, sem recorrer às idéias lançadas anteriormente, levando em consideração a participação direta do povo no processo de reforma da Constituição (PEDRA, 2005). Um processo mais agravado, com eloqüente participação popular, poderia proporcionar a adequação da Constituição ao processo de mutação social, sem fraude à Constituição, à realidade e à vontade popular.

Cármen Lúcia Antunes Rocha (1993, p. 181-182) posiciona-se favorável à revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que seja viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do poder constituinte nesse processo, o que outorgaria às reformas um certo grau de legitimação.

“Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto. (...) De outra parte, considero imprescindíveis que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável”.

Nesse sentido, embora valorize a existência das limitações materiais, Cármen

Lúcia Antunes Rocha (1993) acredita em sua natureza relativa, visando a acompanhar as modificações ocorridas em razão do processo de transformação social. Como a autora sustenta a possibilidade de superar os limites materiais por processo de revisão realizado em duas fases, condicionadas à manifestação popular direta, vislumbra-se aí a manifestação do poder constituinte não-revolucionário, exposta neste trabalho, e não o exercício do poder constituído reformador.

José Carlos Francisco (2003, p. 168) também defende “mecanismos ágeis e econômicos de alteração do núcleo das constituições sem o recurso à elaboração de toda uma nova Constituição”, enfatizando a necessidade de legitimação “para validar o emprego do Poder Constituinte Híbrido ou Misto e da Dupla Revisão”.

No mesmo sentido está Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 18-19), que entende ser possível a superação das limitações materiais impostas ao poder reformador, por meio da realização de revisão efetivada por mecanismo especial e democrático. Desse modo, aduz que a Constituição traz implicitamente a possibilidade de sua superação, mediante processo especial que conte com a participação do povo.

“Se se entendesse – o que pareceria bastante razoável – que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar – mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do Povo – até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a idéia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra” (MENDES, 1994, p. 18-19).

Joaquim Benedito Barbosa Gomes¹³ vê a teoria das cláusulas pétreas, com a amplitude que se lhe atribui, como uma construção conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pela Constituição. Segundo ele, a teoria das cláusulas pétreas impõe a perpetuação da desigualdade.

5. Conclusão

As cláusulas pétreas representam um esforço do legislador constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais alterações provoquem a sua destruição, conservando o seu núcleo essencial, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Merece ser destacado que o enunciado da norma contida no artigo 60, §4º, da CR, ao utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, quis preservar o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusulas pétreas, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial.

Mas como a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos, as mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade.

Nesse sentido, embora a redação do texto constitucional seja a mais adequada no momento de sua elaboração, muitas vezes são exigidas transformações constitucionais que visam a adequar a Constituição.

Entretanto, embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, quando essas limitações materiais impedem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabam por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestam.

Com isso, paradoxalmente, as cláusulas pétreas, quando concebidas como absolutas, tornam-se obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional, o que impõe uma profunda ponderação a respeito. Mas é claro que há cláusulas pétreas que são insuscetíveis de serem superadas, haja vista que representam um núcleo de valores que não podem ser afastados nem mesmo com a vontade de uma irrefutável maioria.

Por fim, merece registro que as idéias aqui lançadas não têm por objetivo procurar mecanismos para abolir a identidade da Constituição e, com ela, a continuidade da ordem jurídica da coletividade. Nada poderia estar mais distante das presentes reflexões. Pelo contrário, busca-se encontrar meios jurídicos para não deixar a Constituição afastar-se da realidade social, que está em permanente evolução, mesmo que para isso seja preciso superar dispositivos constitucionais considerados intangíveis. Afinal, se a sociedade não aceita mais determinada norma constitucional, deve-se permitir a mudança na Constituição, a sua adaptação às novas necessidades da sociedade, aos novos impulsos, às novas forças, sem que para isso seja necessário recorrer à revolução, o que provocaria uma ruptura no ordenamento jurídico e uma nova Constituição. Afinal, a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, mesmo que à guisa de estabelecer avanços, poderá produzir profundos danos à sociedade, uma vez que os trabalhos de elaboração de um novo texto constitucional nem sempre ficam restritos aos pontos que ensejaram o processo cons-

tituinte, podendo conduzir os debates a pontos diversos dos necessários à nova realidade social.

Notas

¹ Nas palavras de Michel Rosenfeld (2003, p. 41): “A auto-identidade constitucional circula em torno das antinomias entre facticidade e validade, entre fatos e normas, e entre real e ideal”.

² Segundo Karl Loewenstein (1976, p. 192), “de lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20, aunque su influencia se deja sentir mucho antes”.

³ A Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente a vedação de alteração da igual representação dos Estados-membros no Senado Federal. Embora possa ser sustentado que essa igual representação seja um princípio básico do federalismo e, portanto, a manutenção da Federação compreenderia também essa igualdade, convém lembrar que na Federação alemã os Estados não têm igual representação no equivalente do Senado.

⁴ Artigo 90, §4º, da Constituição de 1891: “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Artigo 178, §5º, da Constituição de 1934: “Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa”. Artigo 217, §6º, da Constituição de 1946: “Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República”. Artigo 50, §1º, da Constituição de 1967: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

⁵ José Carlos Francisco (2003, p. 83-84) explica que, concebida em sentido amplo, a expressão “tendente a abolir” estará limitando “tanto a eliminação quanto a suspensão, ou diminuição (sem extinção) dos conceitos protegidos pela imodificabilidade. Porém, aqui começam os graves problemas. Se a expressão ‘tendente a abolir’ for concebida em proporções amplísimas, estarão vedadas modificações em diversas matérias que são objeto há anos de projetos de emendas constitucionais. Exemplificando, as várias reformas tributárias que tramitam perante o Congresso Nacional prevêem sistematicamente a aglutinação do IPI e do ICMS, formando um novo tributo (imposto sobre valor agregado – IVA), que em princípio terá sua competência tribu-

tária (aptidão para legislar) atribuída a uma única entidade federativa (União ou Estado-Membro). Ainda que o produto da arrecadação desse IVA seja repartido entre União e Estados de modo que seja mantida a arrecadação desses entes federativos nos mesmos montantes existentes ao tempo da cobrança do IPI e do ICMS, ainda assim restará clara polêmica quanto à diminuição do poder de um dos entes federativos (em proporções ainda maiores se a competência tributária for atribuída à União, que poderá estabelecer isenções para esse novo imposto, o que não pode ocorrer em relação ao ICMS, por força do art. 151, III, da Constituição Federal vigente). Mas como a reforma tributária é exigência de toda a sociedade (e até mesmo do Executivo Federal, que pretende ampliar sua arrecadação pela simplificação do sistema), é muito provável que as instituições sociais se acomodem no sentido da possibilidade de haver a aglutinação desses dois impostos na formação de um único imposto sobre valor agregado⁶.

⁶ Continua o autor anotando que “a promoção do bem-estar social e, para a sua consecução, a do desenvolvimento econômico abrem espaço para a permanente organização jurídica em proveito da comunidade internacional. A permeabilização comporta o exemplo do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988; ou o do tratado da união europeia (*Maastricht*); ou o da chamada *Lex Mercatoria*, isto é, o conjunto de normas, regulamentos e práticas internacionais de comércio que, padronizadas, são aplicadas por todos os países que operam no comércio internacional” (Cf. BRITO, 1993, p. 98).

⁷ A esse respeito, cumpre consignar a polêmica que se travou no Brasil. “Em 1977, pela Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril, foi alterado o art. 48 da Constituição brasileira, para que, em vez da maioria de 2/3 em cada Casa do Congresso Nacional, bastasse a maioria absoluta para a aprovação de emenda constitucional. Sustentaram alguns a invalidade dessa mudança, invocando o limite implícito que Souza Sampaio aponta. A objeção, todavia, não prosperou. A emenda nº 22, de 29 de junho de 1982, restabeleceu a exigência da maioria de 2/3. A seu propósito não houve polêmica” (Cf. FERREIRA FILHO, 1999, p. 121).

⁸ Posição contrária é aquela que defende a tese da “dupla revisão”, que será analisada adiante.

⁹ Para Marcus Vinicius Martins Antunes (2003, p. 111), a Emenda Constitucional nº 20, “ao transpor os servidores estaduais ocupantes exclusivamente de cargo em comissão para o regime geral da previdência social, violou princípio federativo da auto-organização dos Estados”.

¹⁰ ADIn 3.105-8/DF.

¹¹ Defendem a tese da dupla revisão, entre outros, Jorge Miranda e Paolo Biscaretti Di Ruffia. Rechaçam-na, entre outros, José Joaquim Gomes

Canotilho e Carl Schmitt. “Parece-nos inviável o legislador reformador, por intermédio de *dupla revisão*, suprimir os limites procedimentais, nem mesmo através de consulta popular, seja através de plebiscito, seja através de referendo” (Cf. BULOS, 1999, p. 130).

¹² Ainda o autor: “seria o mesmo que admitir que um automobilista, embora deva respeitar um sinal de sentido de proibido, pode porém apagar-se, retirar o sinal, e então avançar... legalmente! A natureza fraudulenta de tal expediente salta à vista” (Cf. MOREIRA, 1980, p. 106-108).

¹³ ADIn n. 3.105-8.

Referências

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Mudança constitucional: o Brasil pós-88. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FAVOREU, Louis. et al. Droit constitutionnel. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995.

FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade: possibilidade jurídica de sua superação*. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 2, n. 6, jan./mar. 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. 2 t.
- _____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 120, out./dez. 1993.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas*. *Interesse Público*, São Paulo, n. 17, jan./fev. 2003a.
- _____. *Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003b.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Qual o sentido de Rawls para nós?

Luiz Eduardo de Lacerda Abreu

Sumário

1. Introdução. 2. *Uma teoria da justiça* como o exercício de uma filosofia crítica. 3. As concepções políticas de justiça e as doutrinas abrangentes. 4. O diálogo com a tradição brasileira.

1. Introdução

Uma teoria da justiça é um trabalho ambicioso: “fundar”, na justiça, o que Rawls chamou de “estrutura básica da sociedade”, quer dizer, a distribuição dos direitos e deveres fundamentais e das vantagens resultantes da cooperação social pelas instituições sociais mais importantes, sejam elas políticas, econômicas ou sociais (FREEMAN, 2003, p. 3; RAWLS, 2002, p. 7-8). O impacto do trabalho de Rawls na filosofia política contemporânea, principalmente anglosaxã, é considerável¹ – o que não se repetiu no debate brasileiro. Talvez porque, num certo sentido, a obra de Rawls poderia ser percebida como uma elaboração relativamente recente de uma longa tradição de pensamento liberal. É possível que haja algo de verdade na crítica – bastante comum, aliás – segundo a qual as idéias de Rawls teriam uma aplicação limitada em outras tradições culturais, uma vez que são características da sociedade estado-unidense.

Neste artigo, vou explorar esse problema a partir de uma perspectiva que, acredito, seja ao mesmo tempo mais ampla e fundamental: qual o sentido que a justiça como

Luiz Eduardo de Lacerda Abreu é doutor em antropologia pela UnB e professor do Mestrado em Direito do UniCEUB.

equidade pode ter para nós? Minha hipótese inicial é que estamos diante de duas tradições de pensamento político distintas – mesmo considerando que a tradição brasileira não formulou conscientemente os seus princípios e principais conseqüências num sistema do tipo que Rawls propõe. Aliás – e me adianto –, uma das razões pelas quais Rawls parece ser interessante é justamente porque ele difere de maneira bastante acentuada de nossas concepções políticas em aspectos centrais. Em outras palavras, é porque somos diferentes que temos tanto o que conversar.

O texto está dividido em três partes. Nas duas primeiras, vamos examinar os principais aspectos de Rawls naquilo que, acredito, dizem respeito, mais de perto, ao nosso assunto. Elas correspondem aos seus dois principais trabalhos: *Uma teoria da justiça* e o *Liberalismo político* (respectivamente RAWLS, 2002; 2005). A terceira examina a nossa tradição de pensamento político e, dentro dessa tradição, vou enfatizar algumas das suas formulações jurídicas. Em outras palavras, vou entender a tradição do pensamento jurídico brasileiro como contida num sistema mais amplo de valores e idéias e, portanto, formada não apenas pelas elaborações conscientes da doutrina e da jurisprudência em face dos enunciados normativos das diversas regras jurídicas, mas principalmente pela relação disso com a prática social da atividade jurisdicional e as categorias culturais mais amplas que, muitas vezes, o campo do direito reelabora de uma maneira muito particular².

2. Uma teoria da justiça como o exercício de uma filosofia crítica

Uma teoria da justiça é um trabalho complexo e, para o leitor brasileiro, de difícil aceitação. Há bons motivos para tanto. Rawls cria várias categorias e conceitos que lhe são muito particulares – ele requer, portanto, um certo esforço do leitor para, por assim dizer, “entrar” no sistema conceitual

que sua teoria propõe. Em que medida essas categorias são abstrações necessárias e o quanto delas é fruto de uma decisão um tanto idiossincrática são questões que não encontram respostas fáceis. Seja como for, não vamos nos aproximar de Rawls a partir da explicitação dessas categorias (algo que já foi feito por outros, Cf. NUNES, 2005). Ao contrário, vamos aqui explorar Rawls a partir de uma dupla hipótese de pesquisa: (a) o objetivo de *Uma teoria* é o de construir critérios a partir dos quais seja possível discutir o justo; e (b) a construção desses critérios pode ser percebida como o exercício de uma filosofia crítica e, portanto, não dogmática. Essa maneira de abordar a obra de Rawls tem a vantagem adicional de estabelecer diálogos mais interessantes com alguém que percebe o debate a partir do caso brasileiro – mas nos adiantamos. Vamos começar com a segunda parte da nossa hipótese.

(1) Uma filosofia crítica tem, como ponto de partida, o estabelecimento de um critério, “a”, a partir do qual ela pode dialogar com outros discursos, montados sobre fundamentos dogmáticos, quer dizer, discursos que não se submetem a critérios críticos. Porém, para evitar que “a” também incorpore, no fundo, uma posição dogmática, então “a” deve, por sua vez, ser submetido a teste, validado por um outro critério, “b”. Ora, é possível perceber que “b” não é o fim do caminho, pois, sob o risco de cair novamente no dogmatismo, “b” necessita de um outro critério de validação, “c” – e assim sucessivamente. Em outras palavras, a tentativa de validar o critério a partir de um outro critério leva a um regresso infinito.

O ponto que vou defender aqui é que a alternativa rawlsiana é semelhante, na sua estrutura, àquela proposta por Kant (e também por Wittgenstein) – embora com uma diferença importante, como veremos adiante³. Esse aspecto do argumento segue a interpretação de Garver (1996, p. 162-164), de quem reproduzo os aspectos essenciais. A solução kantiana para o problema da validação é encontrar um critério auto-referen-

ciado, quer dizer, um critério que passe pelo seu próprio teste crítico. Isso requer, por sua vez, a aceitação “a-crítica de alguns fatos não filosóficos”. Assim Kant teria tomado como ponto de partida a geometria euclidiana, a física newtoniana e a lógica aristotélica; depois, teria se perguntado como o conhecimento e o julgamento seriam possíveis nesses campos. A teoria kantiana seria, portanto, “um relato complicado do sucesso [daquelas disciplinas]”. O problema é que “a filosofia kantiana teria sido bem sucedida na sua estratégia auto-referenciada se – e somente se – ela estivesse correta sobre o que tomou como dado; mas esse não foi o caso” (GARVER, 1996, p. 164). Com efeito, hoje não podemos tomar a geometria euclidiana, a física newtoniana e a lógica aristotélica como verdadeiras; como elas, sem dúvida, seriam percebidas à época de Kant. Wittgenstein também teria utilizado de estratégia semelhante, partindo de outros fatos não filosóficos. “O que Wittgenstein toma por dado (...) são os seres humanos, a forma humana de vida e os jogos de linguagem e as atividades humanas que contribuem para ela – em uma palavra, tudo aquilo que ele, por vezes, chamava ‘nossa história natural’” (GARVER, 1996, p. 164). Seja como for, a consequência é a de que “o critério não pode oferecer uma justificação completa, no sentido forte do termo, sob o risco da circularidade do argumento. O critério pode apenas oferecer uma certificação” (GARVER, 1996, p. 163).

É preciso notar, no entanto, que, ao contrário de Kant e de Wittgenstein, Rawls não está interessado na verdade científica ou naquilo que podemos, com clareza, afirmar. Rawls dirige sua atenção para o sentido do que seja uma sociedade justa; em outras palavras, como podemos encontrar fundamentos razoáveis para afirmar que em tais ou quais condições determinado arranjo normativo representa uma solução justa para a organização da sociedade? Mas, se estamos corretos quanto ao uso da estratégia kantiana, a questão se resume ao seguin-

te: em que lugar de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls toma como dado fatos não filosóficos que passem no seu próprio critério crítico? É preciso reparar que essa estratégia envolve aquilo que poderíamos chamar de o fundamento e não um ou outro aspecto que, apesar de gozar talvez de certa centralidade, tem em relação àquele um papel derivado.

(2) A solução do problema está vinculada à idéia de posição original. Com efeito, o argumento em *Uma Teoria da Justiça* utiliza como o seu “lugar” central – a partir do qual os outros aspectos serão solucionados – a idéia de uma situação inicial de contrato marcada pelo véu da ignorância, quer dizer, pelo desconhecimento daqueles que estão na posição inicial de todas as informações particulares sobre a sua sociedade. As pessoas na posição inicial teriam apenas informações genéricas a respeito das sociedades em geral: elas saberiam, por exemplo, que as pessoas ocupariam diferentes posições sociais e que essas posições seriam desiguais, sendo que alguns seriam mais favorecidos do que outros; elas saberiam também que os indivíduos possuiriam capacidades desiguais etc. O que elas não sabem – e isso faria toda a diferença – é qual posição cada uma delas teria dentro da sociedade real. Em outras palavras, embora elas soubessem da desigualdade inevitável, elas não saberiam se essa desigualdade as beneficiaria ou não. Isso garantiria aos participantes da posição inicial uma posição equitativa. A partir daí, o indivíduo teria de decidir os princípios da estrutura normativa da sociedade que garantissem, da melhor forma possível, os seus interesses. É importante enfatizar que essas decisões seriam tomadas numa situação hipotética, *num estado em que o indivíduo tem informações insuficientes sobre quais seriam, concretamente, os seus interesses* (parte da discussão de Rawls é justamente saber se, nessa situação, seria mais racional tomar uma decisão ousada ou conservadora). Num certo sentido, o argumento da posição original parece distante da

estratégia kantiana de fundamentação de uma filosofia crítica (no sentido apontado por GARVER, 1996), uma vez que utiliza uma situação ideal que é criada em contraposição ao dado que é justamente a sociedade real. Mas essa seria uma perspectiva superficial.

A posição original toma como dado (quer dizer dado pela realidade) o indivíduo racional da teoria econômica moderna, encarnado, concretizado na teoria dos jogos. Nesse sentido, a posição original poderia ser percebida como um “jogo” particular, no qual os indivíduos têm informações insuficientes sobre sua efetiva posição social⁴. Mas isso precisa ser explicado. O fato é que os indivíduos não são sempre racionais, pelo menos não são sempre racionais no sentido acima. Há vários trabalhos que mostram justamente os limites da racionalidade instrumental ou, dizendo de uma forma menos elegante, do “interesse utilitarista” (Cf. SAHLINS, 1976, principalmente a conclusão: “utility and the cultural order”). Essa é uma questão à qual não temos tempo, aqui, de nos dedicar; para o argumento, basta supor que os indivíduos não são totalmente racionais ou, pelo menos, não o são em muitos momentos – e essa é uma suposição razoável. Mesmo com essa suposição, mesmo aceitando a irracionalidade como um aspecto central do fenômeno societário, mesmo assim o uso do indivíduo racional na posição original poderia ser percebido como uma solução kantiana, na medida em que o que está em jogo não é o fato de que todos os indivíduos ajam racionalmente o tempo todo, mas que eles podem agir dessa forma e, principalmente, efetivamente o fazem em condições especiais. Mas não é aí – acredito – que Rawls vai encontrar o fundamento não filosófico que lhe permite estabelecer uma filosofia crítica.

(3) O indivíduo racional é uma condição necessária de toda a estrutura argumentativa de *Uma Teoria da Justiça*, mas ela de modo nenhum parece ser uma condição suficiente. Nos momentos decisivos, ela simples-

mente falha: a teoria da escolha racional não tem instrumentos para lidar com os aspectos culturais e societários; não pode responder, por exemplo, quais são os valores fundamentais que devem ser preservados acima de todos os outros, ela também não responde pela importância de certas instituições como, por exemplo, a família. Do que nos interessa, no argumento de Rawls, a racionalidade se submete a um outro critério: o *diálogo* que Rawls estabelece com o seu leitor, diálogo no qual o que está em jogo é o convencimento deste último, projeto substanciado na idéia de “razoabilidade” que atravessa todo o texto⁵.

Rawls não supõe uma situação ideal de diálogo como, por exemplo, aquela desenhada por Habermas e constituída por uma pluralidade de indivíduos (essas questões são explicitadas em RAWLS, 1995, p. 135-142, principalmente; HABERMAS, 1995; Cf. MCCARTHY, 1994); mas um diálogo efetivo em que os únicos juízos relevantes são o seu e o do seu leitor. Há claramente um princípio de economia explicativa nessa decisão. Suposições mais fortes poderiam aproximar sua teoria de uma situação possível (no sentido de descrever uma situação de diálogo que poderia, mesmo dentro de limites, efetivamente acontecer), mas, para tanto, ele teria de fazer uso de teorias mais complexas de argumentação racional e de contextos nos quais essa argumentação seria possível – como, aliás, fica evidente a partir das complexas suposições e reformulações da teoria sociológica que requer a teoria habermasiana. No entanto, o ganho “explicativo” da teoria equivaleria a uma perda correspondente na sua capacidade de convencimento. Rawls, portanto, coloca o diálogo como um aspecto metodológico que se realiza na estrutura argumentativa da obra e não nas suas suposições teóricas. Ela se torna, num certo sentido, “invisível” e só é referida em passagens breves.

Assim, na última parte do último capítulo, ele vai afirmar que, “se a justiça como equidade é *mais convincente* que as variantes

mais antigas da doutrina contratualista, acredito que isso se deve ao fato de a posição original unir (...) em uma única concepção, um problema *razoavelmente claro* de escolha com condições que são *amplamente reconhecidas* como adequadamente impostas à adoção de princípios morais” (RAWLS, 2002, p. 651, grifo nosso); e mais à frente, “as condições incorporadas na descrição dessa situação são condições que *de fato aceitamos*. Ou, se não as aceitamos, *podemos ser persuadidos a aceitá-las* por meio de considerações filosóficas da espécie que ocasionalmente apresentei” (RAWLS, 2002, p. 654, grifo nosso). Mas afirmar que o diálogo com o leitor perpassa a estrutura argumentativa de *Uma Teoria da Justiça* não nos é suficiente. É preciso verificar quais as bases desse diálogo.

A idéia da razoabilidade serve, de uma maneira mais profunda, como um teste para a descrição da posição original, para a solução do problema de escolha e para decisões que seriam eventualmente tomadas com respeito às partes propriamente substantivas da teoria (quais seriam os valores adotados para a estrutura básica, por exemplo). Muitas dessas questões o texto deixa em aberto, afirmando que elas dependeriam das escolhas que efetivamente seriam realizadas tendo em vista a organização de uma sociedade particular. Seja como for, de uma maneira muito geral, Rawls está discutindo fundamentalmente os valores de uma tradição política e jurídica que é compartilhada por ele e pelo seu leitor. Nesse sentido, o diálogo baseia-se na capacidade de as soluções corresponderem aos julgamentos intuitivos ou, como ele mesmo afirma,

“Podemos observar se a aplicação destes princípios [escolhidos na posição inicial] nos levaria a fazer, a respeito da estrutura básica da sociedade, *os mesmos julgamentos que agora fazemos intuitivamente* e nos quais depositamos maior confiança (...) Podemos então avaliar uma interpretação da situação inicial pela capacidade de

seus princípios em *atender às nossas convicções mais profundas* e oferecer orientação onde se fizer necessário” (RAWLS, 2002, p. 22, grifo nosso).

Ora, justamente esse diálogo entre as formulações da situação inicial e os julgamentos intuitivos do leitor fornece um critério crítico auto-referenciado, que Rawls (2002, p. 23, grifo nosso) formula da seguinte maneira:

“(...) às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-o com os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e *produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas*. A esse estado de coisas eu me refiro como *equilíbrio ponderado* [no original: *reflective equilibrium*]. Trata-se de um equilíbrio porque finalmente *nostros princípios e opiniões coincidem*; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conforma e conhecemos as premissas das quais derivam. *Neste momento tudo está em ordem*”.

Algumas considerações sobre o caráter hermenêutico do equilíbrio reflexivo⁶ são relevantes para o nosso assunto. Primeiro, a mais fundamental (da qual decorrem as outras) é o caráter circular do procedimento: das proposições (sempre provisórias) obtidas na posição original a partir, por exemplo, do teste das concepções filosófico-políticas conhecidas num determinado período histórico vai-se até os juízos nos quais se deposita maior confiança. Seriam os princípios e os juízos compatíveis? O mais provável é que eles não o sejam, e, nesse caso, ou se volta às proposições da posição original, modificando-as se for o caso; ou se convence de que os juízos devem ser, de alguma forma, alterados ou se faz um pouco dos

dois. Mas o processo não pára aí. Dos princípios e intuições assim ajustados volta-se aos juízos sobre os quais temos menos confiança (pode-se talvez estabelecer uma ordem entre esses juízos, de forma a tratá-los separadamente). Novamente, é possível ajustá-los aos princípios obtidos anteriormente, modificar os princípios ou fazer algo dos dois. Em segundo lugar, um método assim concebido não tem por objetivo fixar, de uma vez por todas, aqueles que seriam os princípios da justiça. Ele não possui nenhum critério que limita o seu movimento; ao contrário, ele o supõe permanente. Assim, mesmo numa situação hipotética de uma sociedade bem-ordenada (suposição que Rawls utiliza para pensar uma sociedade concreta a partir da posição original, com objetivo de limitar a complexidade da discussão), em que as novas gerações concordassem com os princípios da justiça estabelecidos anteriormente, mesmo nessa condição idealizada, os princípios da justiça deveriam ser percebidos como elaborações provisórias, quer dizer, elaborações que poderiam ser revistas sempre que a mudança das condições sociais assim o exigisse (RAWLS, 1995, p. 154). Por fim, o equilíbrio reflexivo não é um procedimento no qual os filósofos se debatem para decidir os princípios a partir dos quais uma sociedade pode ser considerada justa. Ao contrário, é um processo em que os próprios cidadãos devem envolver-se individualmente. Dito de outro jeito, ele tem um caráter pessoal, inalienável, no qual o que está em jogo é a capacidade de o indivíduo (a) examinar o problema a partir da posição original e (b) ser capaz de modificar-se, nos seus juízos e nos seus comportamentos a partir do ajuste entre os princípios e os juízos. Em outras palavras, “o processo de procurar o equilíbrio reflexivo é algo que cada um deve empreender por si mesmo, e é o processo de decidir o que pensar; e não apenas descrever o que pensamos” (SCANLON, 2003, p. 149).

(4) Portanto, estamos agora em condições de reformular nossa hipótese da seguinte

maneira: o que Rawls tomaria como fundamento não filosófico, o critério que passaria pelo seu próprio teste seria justamente a capacidade de o indivíduo elaborar e reelaborar a sua tradição cultural, incorporada nos seus juízos intuitivos, a partir de um esforço reflexivo. Há algo de terapêutico, na medida em que tomar consciência implica enfrentar uma decisão: posso conscientemente, nem que seja para mim mesmo, aceitar que esses sejam os meus juízos? Permanecer assim é o que quero? É razoável o que defendo? E como uma situação terapêutica, ela emerge, justamente, do diálogo. A leitura de *Uma teoria da justiça* pode ser percebida, então, como a proposta de um encontro hermenêutico, do leitor com o mundo do texto (Cf. RICOEUR, 1986), mundo construído de forma a trazer ao primeiro plano uma tradição de pensamento a partir dos juízos intuitivos do leitor. Dessa perspectiva, é possível propor que, em Rawls, a propriedade hermenêutica do encontro é ao mesmo tempo um instrumento metodológico e político: metodológico porque constrói o caminho que o texto nos propõe, e, nesse sentido, o critério auto-referenciado está presente na própria estrutura do texto; o encontro também é político, porque ele pretende uma modificação daquilo que, com muito cuidado, poderíamos chamar de “política íntima”⁷ – a idéia é que a maneira de ver o mundo do indivíduo tem conseqüências políticas e que, inversamente, certos tipos de mudanças políticas (do tipo que, por exemplo, Rawls propõe) exigem uma modificação na maneira como os indivíduos vêem o mundo – ou pelo menos, como veremos adiante, vêem a política.

(5) Havia iniciado esse texto, afirmando que, na minha interpretação, o que *Uma teoria da justiça* propunha era fundamentalmente a discussão dos critérios a partir dos quais seria possível discutir o justo. Tudo se passa como se Rawls tivesse dois livros em um, e o mais importante é aquele que não está escrito. E digo mais importante, porque é a necessidade não escrita que vai

comandar o argumento do livro (na sua obra posterior, ele desenvolve o assunto detalhadamente, vide, por exemplo, RAWLS, 2005; voltaremos ao assunto adiante). Por enquanto, vou me limitar a *Uma teoria da justiça*, procurando desenvolver como vejo a importância do diálogo que se constrói a partir do texto e não dentro dele.

Numa sociedade real, os argumentos dos indivíduos sobre o que seria justo estão *efetivamente* influenciados pelas suas respectivas posições sociais, riqueza, valores religiosos, crenças pessoais, as escolhas éticas, a história pessoal etc. Mais ainda, esses condicionantes representam posições sociais assimétricas, quer dizer, elas incorporam não apenas diferenças individuais, mas sobretudo desigualdades. Essas desigualdades, por sua vez, não são apenas o resultado do esforço pessoal numa situação de igualdade de oportunidades, mas são construídas e perpetuadas socialmente. Em outras palavras, os argumentos sobre o que seria justo numa sociedade real potencialmente – e na minha opinião de fato – refletem, nalguma medida, as injustiças da própria sociedade. Como alguém poderia depositar confiança nos juízos construídos dessa forma? Nesse sentido, a posição original, o véu da ignorância, a suposição dos indivíduos racionais e a questão de qual seria a decisão mais racional numa situação assim delineada servem como instrumentos analíticos que permitem formular uma *conjectura* (o termo é do próprio RAWLS, 1995, p. 139), conjectura que pode basear os argumentos que utilizamos em situações discursivas reais. Teríamos boas razões para depositar confiança nesses argumentos, porque: (a) eles representam juízos que seriam o resultado de uma situação equitativa; e (b) podem ser criticados tanto em relação ao seu procedimento (se o método foi bem empregado) como, principalmente, (c) em relação ao seu conteúdo.

Para tanto, Rawls, inclusive, sugere um método de quatro etapas, método que, incidentalmente, nos interessa porque se refere

à questão da formulação das normas jurídicas e da sua aplicação. Assim, a primeira etapa seria a discussão dos próprios princípios da justiça; a segunda, a discussão das regras constitucionais; a terceira, a produção de leis como a constituição permite e os princípios da justiça requerem; a quarta, enfim, a aplicação da constituição e das leis pelos juízes, administradores e cidadãos em geral (RAWLS, 2002, p. 31). Conforme vaise da primeira à última etapa, o véu da ignorância vai progressivamente se levantando. Assim, na discussão dos princípios da justiça, como vimos, as informações são mínimas; já na última etapa, a da aplicação, o acesso aos fatos é completo. Em cada uma delas, o exercício se compõe de dois pontos: (a) conjecturar (para continuar no termo de Rawls) sobre ou a partir dos princípios da justiça, utilizando as restrições aplicáveis em cada etapa, como se (b) lá estivéssemos (participássemos da posição original, fôssemos delegados da assembléia constituinte, legisladores ordinários, juízes ou administradores). Dessa perspectiva, a seqüência de quatro estágios (ou etapas) “é parte da justiça como equidade e constitui parte do quadro de pensamento que, como cidadãos na sociedade civil, nós que aceitamos justiça como equidade utilizamos para aplicar seus conceitos e princípios” (RAWLS, 1995, p. 151)⁸.

3. As concepções políticas de justiça e as doutrinas abrangentes

Da perspectiva da ciência política e, de certa forma, da própria economia, o pano de fundo de *Uma teoria da justiça* é o seguinte problema: como uma sociedade formada por indivíduos que procuram a realização do seu interesse egoísta pode manter-se ao longo do tempo? Rawls recoloca o problema da seguinte maneira: como encontrar regras justas para cooperação social num ambiente marcado pela competição entre os indivíduos? A sua solução requer a existência de um conjunto de valores compartilhados

dos (a) que os cidadãos se disponham a defender quando as circunstâncias assim o exijam (por exemplo, num debate público); e que (b) os cidadãos efetivamente utilizem para guiar sua vida. No seu trabalho posterior, Rawls vai entender que essa suposição é contraditória com sua teoria. Vejamos.

(1) Numa sociedade bem ordenada e baseada nos princípios da justiça – ele argumenta –, os cidadãos razoáveis, iguais e livres iriam, inevitavelmente, pelo exercício da sua liberdade, *discordar* dos próprios princípios da justiça. Dito de outro jeito, numa linguagem mais sociológica, o exercício da liberdade leva as pessoas a se diferenciarem umas das outras, inclusive a divergir nas suas maneiras de ver o mundo. As consequências disso para *Uma teoria da justiça* são fáceis de perceber. O livro é dividido em três partes: na primeira, Rawls desenvolve os princípios da teoria e o método de argumentação; na segunda, pretende ilustrar os princípios da justiça descrevendo as instituições básicas que os satisfariam; por fim, na terceira, examina a questão da estabilidade, quer dizer, como uma sociedade baseada nos princípios da justiça poderia perdurar. Ora, se uma sociedade bem ordenada, nos termos de Rawls, não pudesse se manter estável, então a terceira parte de *Uma teoria da justiça* seria contraditória com as duas primeiras (Cf. DREBEN, 2003, p. 317).

Num outro plano, *Uma teoria da justiça* seria contraditória com aquilo que Rawls chamou de “pluralismo razoável”, quer dizer, o fato de a sociedade democrática moderna se caracterizar “não apenas pelo pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas pelo pluralismo de doutrinas incompatíveis e, ainda assim, razoáveis” (RAWLS, 2005, p. xvi). Por esse motivo, a necessidade de uma visão de mundo abrangente levaria à violência e à opressão, mesmo se essa visão fosse – ou se baseasse em – uma doutrina liberal. Assim,

“[Uma] doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente [que perpassa outras dimensões da vida social

além da política] somente pode ser mantida pelo uso opressivo do poder do Estado. Se nós pensarmos uma sociedade como uma comunidade unida pela afirmação de uma e mesma doutrina abrangente, então o uso do poder opressivo do Estado é necessário para a comunidade política. (...) O mesmo se aplica, acredito, para qualquer doutrina abrangente razoável, seja ela religiosa ou não. Uma sociedade unida em torno de uma forma razoável de utilitarismo, ou dos liberais razoáveis de Kant ou Mill, iria requerer, da mesma forma, o uso das sanções do poder do Estado para permanecer assim. Chame isso de ‘o fato da opressão’” (RAWLS, 2005, p. 37).

É importante salientar que Rawls não está interessado em explicar o fato empírico de que as sociedades existem no tempo, mas na possibilidade de uma sociedade organizada a partir dos princípios da justiça ser estável pelas razões corretas. Por razões corretas, Rawls (2005, p. xxxvii, 143 et seq., 459) quer entender, no *Liberalismo político*, a estabilidade assegurada “pelo firme apoio aos ideais e valores políticos (morais) de uma sociedade democrática” – algo semelhante ao resultado do equilíbrio reflexivo. Em outras palavras, “Rawls está dizendo que, mesmo se ele tivesse nos convencido que o que ele escreveu em *Uma teoria da justiça* é direito e correto, racional e razoável, a única maneira pela qual uma sociedade baseada nestes princípios poderia manter-se estável pelas razões certas seria utilizando as razões erradas” (DREBEN, 2003, p. 318). A questão para Rawls é, então, no *Liberalismo Político*, como garantir de maneira não violenta a defesa voluntária e “pelas razões corretas” de um conjunto de valores compartilhados que fundam as regras de cooperação social, quer dizer, as instituições básicas da sociedade. Como fazer isso numa sociedade caracterizada por diferentes maneiras de perceber e estar no mundo?

Rawls introduz a distinção entre concepção política e doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*) que vai basear tanto a formulação do problema quanto a sua solução. Por “concepção” ele entende uma “concepção política e suas partes, como o conceito de pessoa como cidadão”; por “doutrina”, as “perspectivas abrangentes de todos os tipos” (RAWLS, 2005, p. xxxv, e 441), isto é, doutrinas que incluíssem não apenas a dimensão político-constitucional, mas também idéias que perpassassem outras esferas da vida social, tais como concepções religiosas, filosóficas, morais, científicas etc. Assim, “uma vez que a questão é colocada [a distinção entre concepção política e doutrina abrangente], fica claro – acredito – que o texto [de *Uma teoria*] percebe a justiça como equidade e o utilitarismo como doutrinas abrangentes ou parcialmente abrangentes” (RAWLS, 2005, p. xvi). Daí, a solução de Rawls é a transformação daquilo que, em *Uma teoria da justiça*, é uma doutrina abrangente, numa concepção puramente política e, portanto, independente (*freestanding*); em outras palavras, uma concepção que não está fixa a nenhuma doutrina abrangente e pode ser subscrita por uma pluralidade de doutrinas razoáveis – fato que ele chama de “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*). A partir daí, a justiça como equidade⁹ poderia ser considerada como uma concepção puramente política e, portanto, limitada à formulação da estrutura básica da sociedade, aos valores propriamente políticos.

(2) Curioso em todo esse percurso é justamente a relação entre concepção política e doutrina abrangente. Embora os juízos que interessam à questão da justiça se apliquem exclusivamente ao domínio político, eles, ainda assim, precisam se apoiar em doutrinas abrangentes. Como se as crenças de um indivíduo tivessem de ser coerentes entre si, como se os indivíduos, num certo plano, tivessem de ser por inteiro – somente assim, uma sociedade bem ordenada seria estável “pelas razões corretas”. Nesse sentido, o *Liberalismo político* requer que os cidadãos

tenham (a) a capacidade para um senso de justiça e uma concepção do bem e (b) a capacidade de propor e agir de maneira equânime naquilo que concerne às regras de cooperação social, assumindo – por evidente – que os outros também o façam (essa última, a idéia de reciprocidade); além disso, o cidadão deveria ter uma concepção *racional e coerente do bem*, concepção que ele persegue *exclusivamente nos limites dos termos acordados de maneira equânime para cooperação social* (RAWLS, 1995, p. 167). Claro, a coerência nunca é absoluta, no sentido de que existem sempre no plano da organização social – plano que os indivíduos, em parte e inevitavelmente, reproduzem – incoerências, ambigüidades, paradoxos que são *necessários* para o funcionamento do sistema¹⁰. Certamente, Rawls não é tão ingênuo a ponto de acreditar que fosse possível, numa sociedade real, obter uma coerência absoluta para as crenças dos cidadãos, tomados individualmente. Rawls nunca deixa de ser um pragmático: ele, a todo o momento, está colocando limites às suas conjecturas em face da situação histórica de uma sociedade qualquer. A coerência (no sentido apontado acima) é muito mais uma idéia reguladora, um objetivo, talvez inatingível, mas que, mesmo assim, é preciso almejar.

Seja como for – e esse é o meu ponto –, Rawls está afirmando que os juízos intuitivos podem ser – e, arrisco, o são de fato na maioria dos casos – incoerentes entre si, principalmente, no caso dos argumentos sobre a justiça – seja por conta das injustiças inscritas na estrutura social de uma sociedade real, seja por causa da pluralidade de doutrinas abrangentes dos cidadãos. Rawls não se satisfaz com uma solução baseada na tradição, no *modus vivendi*, quer dizer, no fato de que aceitar os outros é algo que sempre fizemos – uma espécie de tolerância irrefletida¹¹. Ao contrário, a sua solução exige o apoio voluntário dos cidadãos, um apoio baseado em uma reflexão sistemática e consciente sobre os seus juízos. Não é por outra razão que ele propõe um método que teria

por objetivo justamente aumentar a coerência ajustando juízos e princípios. Embora o *Liberalismo político* vá enfatizar, entre outros, o consenso sobreposto e a razão pública, o equilíbrio reflexivo ainda está lá: é por meio dele que é possível esse ajuste – utilizando, portanto, a posição original, o véu da ignorância, os quatro passos e os outros instrumentos analíticos que os acompanham (RAWLS, 2005, p. 8, 28, 45 et seq.). A diferença é que, agora, o equilíbrio reflexivo ajusta princípios a juízos que se referem exclusivamente a valores políticos. Ele não abrange juízos que se aplicam a outras esferas da vida.

(3) Vou defender que, apesar das diferenças, *Liberalismo político* lida com a mesma questão de *Uma teoria da justiça* e de maneira mais explícita (RAWLS, 2005, p. 10, 156, 213, 441 et seq.), qual seja: em quais argumentos sobre justiça posso depositar confiança?¹² Não apenas os argumentos sobre justiça numa situação real estão influenciados pelas injustiças sociais, como também estão vinculados a crenças, religiosas ou não, e maneiras de perceber o mundo que não apenas são diferentes, mas, em muitos sentidos, incompatíveis entre si. Isso leva Rawls a relativizar o, por assim dizer, contexto do debate público: por um lado, são possíveis várias doutrinas abrangentes (e não apenas a justiça como equidade ou o utilitarismo) e os princípios da justiça são restritos a um domínio em particular; por outro, o conteúdo da discussão pública, contido naquilo que Rawls chamou “razão pública”, comporta não apenas uma, mas várias teorias da justiça. Assim, “o conteúdo da razão pública” – ele escreve – “é formado por uma família de concepções políticas de justiça”, de forma que “justiça como equidade, quaisquer que sejam seus méritos, e apenas uma delas” (RAWLS, 2005, p. 450, Cf. a introdução: xlv). A exigência que Rawls estabelece para essas outras concepções políticas é de duas ordens: (a) que elas possam ser aceitas por outros cidadãos (no sentido da idéia de reciprocidade) e (b) que elas

sejam completas, quer dizer, que elas abarquem os principais componentes e problemas de uma concepção política (os valores políticos, a idéia de cidadão e a relação entre eles, os princípios de argumentação etc.) e que proponham instrumentos metodológicos que possam ser reproduzidos por outros.

Mas o mais importante para nós é que, da perspectiva do debate público, aceitar a razão pública, no sentido proposto acima, significa submeter a discussão a um controle substantivo. Isso não significa que temas considerados, à primeira vista, do domínio privado não possam entrar na discussão das instituições públicas; mas, que, nesse caso, devam se ater a argumentos propriamente políticos, quer dizer, vinculados a uma teoria da justiça e comprometidos com suas implicações. Seja como for, esse controle substantivo é justamente a crítica que Habermas dirige a Rawls. Habermas vai argumentar que a sua teoria “é mais modesta [que a de Rawls] porque ela enfatiza exclusivamente os aspectos procedimentais do uso público da razão e deriva o sistema de direitos da idéia da institucionalização legal destes aspectos”. Dessa forma, a teoria habermasiana poderia “deixar mais questões em aberto, porque confia[ria] mais no processo de formação da opinião e vontade racionais”. Em contraste com a posição de Rawls, Habermas propõe “que a filosofia se limite à clarificação do ponto de vista moral e do processo de legitimação democrática; e, à análise das condições dos discursos e negociações racionais. Neste papel mais modesto, a filosofia (...) deixa as questões que precisam ser respondidas aqui e agora ao engajamento mais ou menos ilustrado dos participantes” (HABERMAS, 1995, p. 131; Cf. MCCARTHY, 1994, p. 61). Não pretendo aqui entrar nesse debate, mas ele aqui me ajuda a clarear uma posição metodológica. Todo o argumento da última parte deste artigo se baseia em algumas das questões substantivas levantadas pelo trabalho de Rawls, justamente por sua diferença com –

me permito aqui uma generalização provisória – a nossa “maneira de ver o mundo” – na qual incluo nossa tradição jurídica.

4. O diálogo com a tradição brasileira

Qual o sentido que a justiça como equidade pode ter para nós? Ou melhor: quais os diálogos que poderíamos estabelecer com as idéias de Rawls que façam sentido para nós?¹³ Essas perguntas, por certo, evocam mais caminhos do que seremos capazes de trilhar no pouco espaço que nos resta. Portanto, antes de prosseguirmos, é necessário examinar qual tipo de resposta podemos obter ou, dizendo de outro jeito, a partir de qual perspectiva iremos explorar a questão. O escrúpulo metodológico não é irrelevante nesse caso. Por exemplo, se abordarmos a questão a partir da perspectiva do próprio Rawls, então a resposta dependeria de um processo de validação. Em outras palavras, seria preciso saber se os princípios da justiça seriam validados pelo método do equilíbrio reflexivo que tivesse como interlocutor um leitor brasileiro ou, caso não o fossem, qual seria o resultado substantivo do ajustamento entre princípios e juízos que resultariam desse processo. Somente assim a teoria continuaria a representar o exercício de uma filosofia crítica diante da nossa tradição político-jurídica, como ele representaria diante da estado-unidense. Claro, é sempre possível dar outros usos a uma teoria qualquer: ela, por exemplo, pode servir de pólo de comparação, pois, embora o método seja, em princípio ou fundamentalmente, deliberativo, o seu resultado também pode ser interpretado de uma maneira descritiva (SCANLON, 2003, p. 142 et seq.)¹⁴; ou, ainda, mesmo admitindo que a teoria não seja igualmente válida para nós, ela pode ter propostas que poderíamos aceitar dentro de limites e que talvez até mesmo considerássemos sedutoras.

Vou restringir o diálogo à perspectiva descritiva e não deliberativa. Uma abordagem mais detalhada (inclusive aí o caráter

deliberativo) exigiria que o diálogo se construísse também com os princípios da justiça propostos por Rawls (o que não temos tempo de fazer aqui). O meu argumento se desenvolve na seguinte direção: a riqueza da justiça como equidade está justamente naquilo que ela difere do que, em termos mais amplos, poderíamos chamar de nossa “ideologia política”, quer dizer, o sistema de idéias e valores incorporados nas nossas instituições políticas¹⁵. Especificamente, as idéias de Rawls nos permitem pensar os contornos da nossa ideologia que, de outra maneira, talvez nos fossem invisíveis. Portanto, a parte final deste artigo compara a justiça com equidade com alguns aspectos mais genéricos da nossa tradição¹⁶. É importante frisar que as “conclusões” apresentadas aqui são – no máximo – hipóteses provisórias, baseadas no trabalho de pesquisa que venho desenvolvendo nos últimos anos.

(1) Na tradição brasileira e, especialmente, na parte jurídica dessa tradição, o debate tem o caráter, em certo sentido, contrário àquele suposto na justiça como equidade. No campo jurídico, a divergência é incentivada e acalentada. Percebe-se um grande consenso a respeito das suas categorias doutrinárias mais centrais; e um dissenso generalizado sobre a aplicação delas em questões mais específicas. A hierarquia institucionalizada dos nossos tribunais revê e, portanto, controla a aplicação da lei nos casos particulares e, no limite, decide a divergência ou, utilizando a expressão do próprio meio jurídico, “pacifica a questão”. Mas isso acontece apenas em casos muito particulares e, mesmo nestes, muitas vezes a divergência apenas muda de lugar, como, por exemplo, se a Súmula Vinculante se aplica ou não naquele caso específico. Seja como for, o debate se restringe ao campo jurídico e aos bacharéis de direito – e este é um ponto central nessa comparação. Há motivos técnicos para isso, principalmente no que se refere, por exemplo, aos instrumentos processuais. Mas há também o exercício, em

certo sentido, contrário: o de transformar aquilo que está presente na nossa ideologia política ou faz parte das, para utilizar o termo de Rawls, doutrinas abrangentes que nos são compreensíveis em fórmulas jurídicas com um alto grau de elaboração. Em algumas situações, a fórmula chega ao extremo de, para dizer algo simples e perfeitamente compreensível, utilizar um linguajar tão alheio ao uso comum que se torna misterioso, obscuro e esotérico. O efeito geral desse tipo de estratégia é apagar, alienar a origem comum das categorias e idéias: tudo parece o resultado da lei que se torna o critério a partir do qual todo o resto se funda. O leitor pode perceber que a estratégia é o exato oposto de Rawls, cujo objetivo é justamente o de criar critérios a partir dos quais essas questões possam ser objeto de um debate público no qual, idealmente, participassem todos os cidadãos. Vou defender que não só aspectos importantes da legislação e da doutrina brasileira representam uma tradição de pensamento social e político mais amplo que se diferencia em aspectos importantes dos fundamentos da justiça como equidade, como também a própria restrição do debate a um grupo particular, especializado, reproduz aspectos importantes dessa tradição.

(2) Para elucidar a hipótese acima, vamos começar por um ponto, à primeira vista, marginal: a tradução da idéia de *fairness*. O termo geralmente traduzido por “equidade”. Mas o que isso quer dizer em Rawls? Para responder a questão, é necessário voltar ao pano de fundo da justiça como equidade: a idéia de que as regras de cooperação social são construídas pela ação refletida dos indivíduos. Nesse sentido, é interessante observar que aquilo que parte da sociologia consideraria como fenômenos propriamente sociais – como as ideologias, culturas ou tradições – aparece também em Rawls, mas com um detalhe: esses sistemas podem ser julgados, modificados, abandonados ou simplesmente ajustados segundo a vontade, a razão e a razoabilidade dos ci-

dadãos. No mesmo sentido, o equilíbrio reflexivo, no *Liberalismo político*, permite ligar a concepção de justiça aos juízos intuitivos que são parte daquilo que Rawls chamou de “doutrinas abrangentes”, quer dizer, sistemas de idéias e valores, as tradições às quais os indivíduos, pelo nascimento, pelo acaso ou, em parte, pela escolha, pertencem – e também aqui o indivíduo pode modificá-los segundo o seu convencimento. A idéia de justiça como equidade então poderia ser traduzida da seguinte maneira para um leitor brasileiro: é o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, *distorcer a igualdade fundamental entre todos*; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da *igualdade substantiva* dos cidadãos como o parâmetro de construção do político. O ponto é que a estranheza que sentimos diante das idéias de Rawls é um dado que desvela aspectos importantes da nossa tradição. Acredito que a estranheza se baseie em duas diferenças importantes: o tipo de individualismo suposto na justiça como equidade e o fundamento das regras de cooperação social – vou começar pelo último.

No Brasil, acreditamos que o fato e as regras da cooperação social sejam o resultado não da decisão dos indivíduos iguais, livres e racionais; mas da participação em um grupo. Isso traz, em relação à alternativa de Rawls, diferenças importantes. A primeira é que, do ponto de vista mais elementar, isso significa que para estabelecer uma relação de cooperação é necessário, antes, reconhecer que pertencemos a um mesmo grupo e/ou comunidade. O caso paradigmático é a família, mas a mesma gramática opera a partir de outros grupamentos como a corporação, a instituição de trabalho, a posição social, a vizinhança etc. – mesmo quando, nestes, o pertencimento é apenas

algo que se diz, uma simulação que contém graus variáveis de engodo e mentira social. Depois, o pertencimento é conjuntural, depende do contexto concreto no qual é evocado; como consequência, ele implica estabelecer a comunidade em um grupo social em oposição a outros grupos sociais (outras famílias, grupos de interesse, vizinhança etc.), conforme o contexto o exija¹⁷. Mais ainda, as relações de cooperação assumem a forma de relações de troca que seguem de perto o modelo da dádiva de Mauss (1968), quer dizer, a ênfase na generosidade e desinteresse aparentes que recobrem a obrigação da contraprestação e o cálculo social de todas as partes. Não temos tempo para aprofundar o assunto, basta notar que, entre nós, a cooperação social/dádiva assume a linguagem das relações pessoais, presentes na categoria de “amizade”: amigo também é um aliado (ABREU, 1997; 2005a). Por fim, as regras não são o resultado de uma decisão consciente dos indivíduos, mas estão incorporadas ao grupo ao qual se pertence. Todas essas características poderiam ser expressas naquilo que é o aspecto central de tudo isso: para nós, a cooperação social depende da subordinação do indivíduo ao grupo.

Essa é uma característica tão marcante do nosso pensamento social que ela se reproduz, por exemplo, nas nossas fórmulas jurídicas. Nelas, o esforço é de subordinar os interesses do indivíduo ao “interesse público”. Um exemplo está nas normas que regem a administração, normas que limitam ao mínimo possível as ações discricionárias e, mesmo essas, só são possíveis dentro dos limites que a lei permite. Um outro exemplo é o *Código de Ética* dos deputados, segundo o qual, o deputado *deve* “encaminhar todas proposições submetidas a sua apreciação e voto sob ótica do interesse público” (alínea VI do art. 3º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, 2001, grifo nosso). Isso é completamente diferente da tradição política na qual Rawls se encontra. Compare a nossa tradi-

ção com o sistema de *checks and balances* exemplificado em vários momentos do pensamento político estado-unidense, por exemplo:

“A dependência do povo é, sem dúvida, o controle mais importante sobre o governo; mas a experiência tem ensinado aos homens a necessidade de precauções auxiliares. Essa política de suprir, por interesses rivais e opostos, a falta dos melhores motivos pode ser encontrada em todo o sistema dos assuntos humanos, tanto públicos quanto privados. Particularmente, nós a vemos exposta em todas as distribuições subordinadas do poder, onde o objetivo constante é dividir e arranjar os vários cargos de tal maneira que um possa ser o controle do outro – que o interesse privado de cada indivíduo possa ser a sentinela dos direitos públicos. Estas invenções da prudência não são menos necessárias na distribuição dos poderes supremos do Estado”. (HAMILTON et al., 2003, p. 319)

Claro, o trecho acima, retirado do *Federalista*, é bastante anterior às teses de Rawls, mas creio que as similitudes são suficientes para podermos utilizá-lo na nossa comparação. E o que nos interessa é o seguinte: para essa tradição, ao contrário da nossa, não há uma contradição entre os interesses do indivíduo e o bem público; mais do que isso, no caso do *Federalista*, a ação do primeiro *garante* o segundo. Conseqüentemente, o conflito entre os indivíduos tem um caráter positivo em relação ao todo; daí a importância de estabelecer regras de cooperação social decorrentes da razão (e dos interesses) dos próprios indivíduos, como encontramos em *Uma teoria da justiça* – essas regras estabelecem os limites dentro dos quais o conflito é razoável. No nosso caso, acontece justamente o contrário, o interesse individual e o todo são vistos como contraditórios entre si; da mesma forma, o conflito também tem um caráter negativo. O conflito

não é, para nós, aquilo que nos leva a progredir, que deve ser reconhecido aberta e positivamente, mas aquilo que desagrega o grupo. Dito de outro jeito, a nossa ideologia política enfatiza a diferença e a complementaridade, tão presentes na idéia de “harmonia” incorporada, por exemplo, no preâmbulo da nossa Constituição, que afirma sermos “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” e no artigo 2º da Constituição, que afirma que os poderes executivo, legislativo e judiciário são – ou deveriam ser – “independentes e harmônicos entre si”. Isso não significa que sejamos uma sociedade “harmônica”, muito pelo contrário. A questão é que a nossa maneira de lidar com o conflito reflete os valores a partir dos quais ele é percebido: assim ele é varrido para os bastidores; no limite, para o não dito ou o que não se diz em público, quer dizer, para aquilo que é dito somente nos interstícios, nos lugares de passagem, muitas vezes com a voz baixa como se conta uma confidência. É esse sistema de valores que explica por que não basta que os conflitos sejam solucionados, mas que a própria sociedade precise ser “pacificada” (não é possível esquecer que o direito brasileiro coloque como um de seus objetivos mais importantes a “pacificação” social).

(3) O individualismo suposto na proposta de Rawls também nos é estranho. Trata-se do individualismo clássico, de tradição européia, empirista e racionalista, que freqüenta os escritos de ciência política (caso típico de Hobbes, Rousseau e Locke) e explicitado nas análises comparativas de Dumont (1985a). O nosso é um individualismo de matriz ibérica (MORSE, 1988), e a sua particularidade pode ser bem exemplificada pela “oração aos moços” de Rui Barbosa (2006). Ali se lê: “à parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais (...) todas entre si diversificam”; assim, “a regra da igualdade não

consiste senão em quinhovar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”, porque “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”, e continua,

“Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalesssem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho” (BARBOSA, 2006, p. 9).

Não é preciso muito para perceber que estamos defronte a duas perspectivas completamente diferentes de pensar a igualdade – diferentes visões de mundo¹⁸. Em primeiro lugar, Barbosa (2006) inverte a fórmula que encontramos em Rawls. A justiça como equidade, vimos, consistia em um procedimento que pudesse fazer emergir a igualdade substantiva de todos, igualdade que as injustiças sociais tratavam de esconder. A tese de Rui Barbosa (2006) é justamente a contrária, existe uma situação de desigualdade “natural” que a sociedade distorce quando ignora. Em segundo lugar, Barbosa utiliza o termo desigualdade num sentido diferente daquele que Rawls empregaria. Para este último (como para toda literatura política desde, pelo menos, Rousseau), a desigualdade é aquilo que se opõe à igualdade enquanto um valor: a desigualdade é assim uma derivação e uma perversão da igualdade. Para Barbosa (2006), a desigualdade é uma diferença de valor (e, portanto,

hierárquica) que permite estabelecer uma ordem de precedência: cada um tem o seu lugar de acordo com o seu valor. A igualdade só existe entre aqueles que possuem o mesmo valor: uma igualdade derivada da diferença e da hierarquia e contida nelas portanto. Vê-se assim que, no nosso caso, trata-se de um individualismo que subordina o indivíduo à sua posição social, mesmo se essa posição for mais o fruto de uma negociação conjuntural que o resultado de regras prescritivas. Por fim, há um terceiro contraste que convém examinar. No caso de Barbosa (2006), a distribuição dos direitos e deveres e do produto social é justa na medida em que reconhece e reproduz a diferença de valor. A afirmação é sutil porque utiliza o verbo “quinhoeiro”, um verbo que já perdeu o seu uso corrente, mas que significa repartir em quinhões, partilhar, dar a cada um a parte que lhe cabe. Novamente, esse é exatamente o oposto de Rawls, para quem os princípios da justiça escolhidos na posição original garantiriam um sistema de direitos e liberdades básicas iguais para todos, e as desigualdades – sejam na distribuição das posições políticas, sejam na distribuição do produto social – só seriam justas caso beneficiassem mais os menos favorecidos (o segundo princípio da justiça, Cf. RAWLS, 2002, p. 333-334; 2005, p. 5-6). Daí não fica difícil perceber a dificuldade e a abstração para o leitor brasileiro de um procedimento cujo objetivo é, justamente, o de fazer emergir a igualdade substantiva dos indivíduos¹⁹.

O direito brasileiro utiliza-se da fórmula de Barbosa, mas ela ganha em complexidade, plasticidade e permeia, às vezes com resultados contraditórios, vários de nossos momentos institucionais (Cf. ADEODATO, 2002, p. 124-135). Não temos espaço para mais do que algumas considerações muito gerais. De uma perspectiva mais ampla, boa parte da nossa legislação estabelece a igualdade e a dignidade como valores, como, por exemplo, no texto constitucional. A doutrina, no entanto, interpreta os dispositivos da

igualdade a partir da idéia barbosiana de tratar desigualmente os desiguais e, para tanto, divide a igualdade em igualdade formal (aquela da lei) e igualdade material (aquela da sociedade). É uma solução engenhosa que é capaz de integrar igualdade e desigualdade numa mesma fórmula, tornando ambas legítimas ao mesmo tempo. O mesmo princípio por detrás dessa solução doutrinária se encontra na legislação e na sua aplicação. Assim, parte de nossa legislação tem, por exemplo, um caráter assistencialista, cujo objetivo é proteger os mais necessitados e (o que não é tecnicamente a mesma coisa) “hipossuficientes”, quer dizer, aqueles que estão no pólo inferior de uma relação assimétrica – caso, por exemplo, das leis trabalhistas. No entanto, ao mesmo tempo, estabelece-se uma quantidade imensa de possibilidades recursais em nome da garantia dos direitos individuais. Ora, o resultado dessas possibilidades processuais é, em alguns casos, o de retardar ao máximo a resolução da lide, beneficiando o pólo superior da relação assimétrica: assim, “a prática processual brasileira mostra que quem pode aguardar a decisão por mais tempo vence, e uma olhada em muitos dos acordos levados a efeito na Justiça do Trabalho atesta o fato” (ADEODATO, 2002, p. 132). Como consequência, mesmo quando a legislação estabelece distinções assimétricas favoráveis ao pólo inferior, a diferença de valor, hierárquica (e portanto a desigualdade, nos termos de Barbosa), pode ser reintroduzida pela prática jurisdicional, seja no uso de instrumentos processuais, seja na interpretação concomitante de outros dispositivos legais, seja ainda de alguma outra forma (Cf. LIMA, 1989; 2004).

(4) A nossa ideologia política poderia ser percebida como uma concepção política nos termos de Rawls? Há vários motivos pelos quais não poderíamos considerá-la assim. Eles estão ligados às características teórico-metodológicas que Rawls utiliza para, por assim dizer, construir o conceito. Por exemplo, a nossa ideologia não passou por um

processo de ajustamento do tipo de equilíbrio reflexivo; não é completa, nem está baseada na idéia de reciprocidade (como Rawls a define) etc. Não vejo necessidade de aprofundar ainda mais o argumento, porque o que nos interessa é a maneira como a idéia de concepção política exprime uma certa maneira de lidar com a diferença, na qual o ponto central é a coerência. Todo procedimento em Rawls caminha, como vimos, no sentido de estabelecer uma coerência refletida ou, se preferirmos, uma autenticidade reflexiva entre doutrina abrangente e concepção política. O que está em jogo aqui é, no fundo, a coerência do indivíduo para com ele mesmo, coerência exemplificada pela idéia de “autenticidade” – em outras palavras, “ser verdadeiro para comigo mesmo e para com minha própria maneira de ser” (TAYLOR, 1998, p. 48).

O meu ponto é que não lidamos com a pluralidade da mesma maneira das sociedades que adotam um individualismo próximo daquele que encontramos na justiça como equidade, quer dizer, um individualismo associado ao liberalismo como doutrina abrangente, com sua ênfase nos interesses e liberdades individuais (não é preciso aqui entrar em maiores detalhes sobre os diferentes tipos de liberalismo). Para o nosso sistema hierárquico, a contradição não é um problema, porque ela está submetida a uma regra, diferença de valor que a precede e a organiza. Em outras palavras, a coerência não é um valor; bem ao contrário, o valor é a capacidade de movimentar-se nos diversos campos sociais (como a missa de dia e o candomblé à noite), nos quais a regra que estabelece a precedência pode variar (inclusive inverter-se), em que as diversas doutrinas abrangentes encontram um lugar subordinado, valorado em relação ao todo, mas, dentro desse, uma enorme liberdade de expressão e a capacidade de estabelecer as suas próprias regras. Não é preciso se submeter a uma identidade hegemônica e igualitária: bem ao contrário, o sistema precisa da diferença para funcionar. Então o pro-

blema não é que nós precisamos ser iguais (mesmo que iguais na diferença); mas, uma vez que cada identidade tem um valor, um lugar relativo às outras identidades, a questão toda é saber justamente “seu lugar”, quer dizer, reconhecer a diferença de valor pertinente a tal ou qual relação ou contexto. Vivemos, enfim, sob um individualismo relativista, em que “cada um sabe do seu” e “cada um tem sua verdade”. Com isso, não quero afirmar que a sociedade seja, de fato, harmônica ou que um sistema seja preferível em relação ao outro. A nossa sociedade também tem suas formas de crueldade e brutalidade que se protegem nessa ideologia, muito mais insidiosas e sutis. O tema é controverso, mas não é o nosso assunto aqui. Simplesmente me limito, à maneira do cronista, a relatar uma história.

(5) Como já disse, não pretendo que as comparações acima sejam respostas às questões evocadas aqui. Ficarei satisfeito se elas forem suficientes para convencer o meu leitor da necessidade de trilhar esse caminho. Seja como for, havia dito acima que não apenas tínhamos uma tradição diferente, mas também que a restrição do debate reproduz aspectos importantes dessa tradição. Ora, não é difícil perceber que, numa sociedade que se percebe baseada na diferença de valor, falar sobre a sociedade incorpora em si mesmo um valor particular: é, por definição, uma tarefa para poucos e iniciados. Mais ainda, a própria, por assim dizer, “atitude” do debate também reproduz o caráter hierárquico da nossa ideologia política. Dentro dessa perspectiva, tudo se inverte: o direito não é mais o reflexo do seu povo, mas o seu povo só é possível por causa do direito ou, dizendo de outro jeito, é o Estado que faz possível o seu povo. Limite-me a registrar que essa é a estratégia contrária à de Rawls: numa sociedade formada por indivíduos, o importante não é a criação das distinções, mas o reconhecimento dos valores comuns que todos, igualmente, compartilhamos, valores que fundam aquilo que fazemos juntos. Pessoalmente me é muito

sedutora a idéia de que as normas constitucionais, a legislação ordinária, os atos dos administradores e juizes podem e devem ser objeto do debate público que envolva não apenas os iniciados – e a condição necessária para tanto é, por evidente, que elas façam sentido para todos. Dizer que isso não é possível porque nem todos são capazes de entender assuntos tão complexos é simplesmente repetir, noutros termos, a idéia de que temos entre nós diferenças de valor. Para mim, não é um argumento suficiente.

Estamos agora em condições de voltar à questão inicial deste texto: qual sentido que Rawls pode ter para nós? Neste texto, argumentei que no interesse da justiça como equidade residia também e principalmente sua estranheza para nós – e agora estamos em condições de ver aí não apenas um juízo intuitivo, mas podemos elaborá-lo a partir dos comentários acima sobre nossa ideologia política. E acho que, afinal de contas, esse é o meu ponto em tudo isso: Rawls só fará sentido para nós se reconhecermos nossas diferenças. Mas vejo agora que isso não basta. Rawls nos coloca diante do seguinte dilema que, num certo sentido, resume o projeto do equilíbrio reflexivo como um exercício de filosofia crítica: isso é bom? Acreditamos sinceramente que essa é a boa maneira de sermos uma coletividade? Por certo, em toda a nossa tradição, há coisas com as quais não concordamos, outras que acreditamos importantes, talvez mesmo constitutivas – aquilo que nos define como identidade coletiva e que legitimamente queremos manter. Se, como Rawls propõe, ajustar as nossas convicções a princípios pode modificar nossa maneira de agir no mundo, não sei dizer. Mas talvez não tenhamos alternativa senão defender essa possibilidade.

Notas

¹ Dez anos depois da primeira edição de *Uma teoria da justiça*, em 1971, já havia mais de 2.500 artigos publicados sobre Rawls (FREEMAN, 2003, p. 1).

² Nesse sentido, o direito é percebido como um produto da sociedade – apesar da sua relativa autonomia em face de outras esferas da realidade social. A mesma constatação pode ser encontrada em alguns teóricos do campo do direito, principalmente aqueles mais afeitos à sociologia jurídica. Para Dias (1977), por exemplo, a realidade jurídica é socialmente construída e, para a sua adequada compreensão, o eixo de análise deve passar pelo entendimento das condições teóricas e sociais dessa construção, assim como pela compreensão do modo próprio e singular por meio do qual o campo jurídico representa a realidade e se apropria da linguagem (Cf. SOUSA JR., 2002).

³ Rawls (2002, p. 275) marca em diversas partes a sua herança kantiana; explicitamente, na sua interpretação do princípio da autonomia.

⁴ Rawls vai rejeitar, em trabalhos posteriores, a idéia de que a teoria da justiça seja um caso da teoria da escolha racional, mas isso não altera o meu argumento.

⁵ Rawls vai aprofundar, no seu trabalho posterior, a distinção entre racional e razoável, mas que já está presente em *Uma teoria da justiça*. Embora seja absolutamente fundamental, da perspectiva do trabalho posterior do próprio Rawls, distinguir entre os dois, não é possível defini-los (Cf. DREBEN, 2003, p. 322). A dificuldade está relacionada à percepção do liberalismo como uma doutrina abrangente (adotada em *Uma teoria da Justiça*) e como uma concepção política (adotada no *Liberalismo Político*). Adiante voltaremos ao assunto.

⁶ Vou utilizar essa versão do *reflective equilibrium*, em vez de “equilíbrio ponderado” da tradução para o português da Martins Fontes. O motivo é que o *reflective equilibrium* não é apenas o ato de ponderar entre alternativas distintas, quer dizer, examiná-las atentamente, considerando os diversos aspectos possíveis, dando pesos distintos a cada um deles. É isso também, mas não é só, nem fundamentalmente, isso. Trata-se principalmente do ato de voltar-se sobre si mesmo, quer dizer, pensar e elaborar cogitações e conjecturas sobre si mesmo – portanto, reflexivo.

⁷ Retiro a idéia de “política íntima” de Marcus (1993, p. 138): “A questão para nós [pós-moder-nos] é se a sociedade tem uma política íntima, onde o âmbito pessoal é político. Este é o tipo mais importante de política, é a política que muda as condições de vida. Não sei se este tipo de visão da política é relevante para o Brasil ou para Europa”. No trecho acima, Marcus delineava a concepção política por detrás da então chamada “antropologia pós-moderna”. Creio que a comparação é relevante porque ela apresenta uma maneira de perceber a ação política, principalmente aquela que se faz a partir da academia, com um viés cultural muito específico. A minha hipótese é que, guarda-

das as devidas proporções, *Uma teoria da justiça* propõe algo semelhante.

⁸ Interessante observar que uma das críticas de Habermas (1995, p. 118; a resposta de RAWLS, 1995, p. 151 et seq) à posição original parece inclinar-se para a idéia de que a seqüência de 4 estágios representa a descrição de um processo político real. Assim Habermas vai defender que, conforme os cidadãos passam do primeiro ao último estágio, eles “se vêem sob o controle de princípios e normas que foram antecipados pela teoria e institucionalizados para além do seu controle”.

⁹ Vou utilizar, daqui para frente, essa expressão para me referir à teoria da justiça — a expressão, aliás, do próprio Rawls.

¹⁰ O ponto já foi desenvolvido por Gellner (1970, p. 42-43, grifo nosso): o pressuposto, “caridoso”, de que as sociedades formam sistemas coerentes “nos cega para aquilo que há de melhor e de pior na vida das sociedades. Ela nos cega para a possibilidade de que a mudança social possa ser o resultado da substituição de uma doutrina ou ética inconsistente por outras melhores, ou por uma aplicação mais consistente de uma ou outra. Igualmente, a indulgência nos cega para a possibilidade, por exemplo, de exercer o controle social por meio do emprego de doutrinas absurdas, ambíguas, inconsistentes ou ininteligíveis”.

¹¹ Mas, para Rawls (2005, p. 195), a tolerância é uma virtude política (como civildade, razoabilidade e o senso de equidade), *na medida em que esteja integrada a uma concepção política*. E o ponto dele é argumentar que “as virtudes políticas devem ser distinguidas das virtudes que caracterizam as maneiras de viver que fazem parte de doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes”. Apel (1997) vai sugerir que existem dois tipos de tolerância. A tolerância negativa seria aquela baseada na indiferença; a positiva, na apreciação de que as diferentes tradições culturais são recursos que enriquecem a cultura humana em geral. Dessa perspectiva, ainda segundo Apel (1997, p. 201, para as críticas a Rawls), a idéia de uma sociedade multicultural estaria ligada à tolerância positiva. Para esse autor, “(...) não emergiu ainda nenhum modelo operativo de estado constitucional ou sociedade civil onde *multiculturalismo* seja mais do que, na melhor das hipóteses, um compromisso entre a assimilação ao valor da tradição dominante e a mera tolerância negativa para com as tradições desviantes das minorias sócio-culturais”. Pessoalmente, acredito que a tolerância para Rawls tem aspectos de ambos os tipos sugeridos por Apel. Mas essa é uma questão, na melhor das hipóteses, aberta.

¹² Claro, há outras maneiras de perceber a diferença entre as duas obras. Se elas lidam ou não com a mesma questão, depende da perspectiva que se adote, portanto. Não vou disputar aqui a exegese

de Rawls. Para mim, outras comparações são perfeitamente confortáveis. Seria possível, por exemplo, afirmar que, enquanto a *Teoria* examina a questão da justiça, o *Liberalismo* lida com a legitimidade, quer dizer, com as condições sob as quais “alguém, utilizando um critério apropriado, aceitaria a lei como legítima, mesmo se essa pessoa divergisse da lei, mesmo se a pensasse injusta” (DREBEN, 2003, p. 317).

¹³ Não uso o termo “aplicável” porque ele se refere — ou, no mínimo, evoca — a técnica jurídica que não vou explorar neste texto. Dito de outro jeito, a questão se Rawls é ou não “aplicável” teria necessariamente de explorar a relação das idéias desse autor com os enunciados da doutrina e da jurisprudência brasileiras organizadas de maneira sistemática. Apesar da importância e das implicações pragmáticas dessa exploração, as questões técnicas representam um momento *derivado*. A questão do sentido de Rawls diante da nossa tradição é logicamente anterior.

¹⁴ A particularidade em Rawls é a inexistência de uma teoria ou de um método descritivo que possa fornecer uma formulação possível desse sistema de idéias e valores a partir do princípio de que o sistema possui uma coerência interna — algo que as diversas teorias da cultura vão propor (Cf. GEERTZ, 1983, 2000; DUMONT, 1985a).

¹⁵ Não uso o termo “concepção” porque não a submetemos a um processo de ajuste como o proposto pelo equilíbrio reflexivo.

¹⁶ A generalidade das idéias de Rawls exige, como princípio de método, um tratamento semelhante das idéias com as quais iremos compará-lo.

¹⁷ Essas idéias são a tradução para o nosso problema da oposição entre internalidade e externalidade de Luiz Tarlei de Aragão (Cf. ABREU, 2005b).

¹⁸ Nada disso é novo e já foi abundantemente tratado por outros, vide, por exemplo, a idéia de que o dilema brasileiro é o resultado da oposição entre indivíduo e pessoa de Da Matta (1997) ou os trabalhos de Gilberto Velho (2004).

¹⁹ Uma boa maneira de explicitar essa diversidade entre essas duas possibilidades é recorrer a uma propriedade que já foi estudada por antropólogos da tradição francesa (DUMONT, 1985b, especialmente “O valor nos modernos e nos outros”; para um comentário comparativo, vide ABREU, 1997), qual seja: nos sistemas igualitários, a igualdade separa, idéia representada pela doutrina estado-unidense das relações raciais, “separados mas iguais”; já os sistemas hierárquicos, ao contrário, diferenciam e relacionam, quer dizer, articulam o conjunto societário a partir das diferenças de valor — há sempre aqueles que vêm primeiro ou, como diz o ditado, “cada macaco no seu galho” (Cf. por exemplo, a fábula das três raças na interpretação de DA MATTA, 1983, p. 58-85).

Referências

- ABREU, L. E. L. A troca das palavras e a troca das coisas: política e linguagem no Congresso Nacional. *Mana: Estudos de Antropologia Social*, São Paulo, v. 11, n. 2, out. 2005a.
- _____. Luiz Tarlei de Aragão. *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro, v. 2004, 2005b.
- _____. Um enigma deste mundo. *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro, v. 96, 1997.
- ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- APEL, K. O. Plurality of the good? The problem of affirmative tolerance in a multicultural society from an ethical point of view. *Ratio Juris*, Bolonha, v. 10, n. 2, jun. 1997.
- BARBOSA, R. *Oração aos moços*. [S. l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/didaticos/Oracao_aos_Mocos.htm>. Acesso em: 29 maio 2006.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Código de ética e decoro parlamentar da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.
- DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- _____. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Petrópolis: Vozes, 1983.
- DIAS, E. *Sociologia e filosofia del derecho*. Madrid: Tautos, 1977.
- DREBEN, B. On Rawls and political liberalism. In: FREEMAN, S. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. (Cambridge Companions).
- DUMONT, L. *Homo aequalis, I: genèse et épanouissement de l'idéologie économique*. Paris: Gallimard, 1985a. (Bibliothèque des sciences humaines).
- _____. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985b.
- FREEMAN, S. Introduction: John Rawls: an overview. In: _____. *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. (Cambridge Companions).
- GARVER, N. Philosophy as grammar. In: SLUGA, H.; STERN, D. G. (Ed.). *The Cambridge companion to Wittgenstein*. London: Cambridge University Press, 1996.
- GEERTZ, C. *Interpretation of cultures*. New York: Basic Books, 2000.
- _____. *Local knowledge: further essays in interpretative anthropology*. New York: Basic Books, 1983.
- GELLNER, E. Concepts and society. In: WILSON, B. R. (Ed.). *Rationality*. Oxford: Oxford Basil Blackwell, 1970. (Key Concepts in the Social Sciences).
- HABERMAS, J. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawl's political liberalism. *The Journal of Philosophy*, New York, v. 92, n. 3, mar. 1995.
- HAMILTON, A. et al. *The federalist papers*. New York: Penguin Books, 2003. (Signet Classic).
- LIMA, R. Kant de. Cultura jurídica e práticas políticas: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 4, n. 10, 1989.
- _____. Direitos civis e direitos humanos no Brasil: uma tradição judiciária pré-republicana?. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, 2004.
- MARCUS, G. Entrevista a cadernos de campo. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 3, 1993.
- MAUSS, M. Essai sur le don forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. In: _____. *Sociologie et anthropologie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.
- MCCARTHY, T. Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue. *Ethics*, San Diego, v. 105, n. 1, out. 1994.
- MORSE, R. M. *O espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- NUNES JR., A. T. A teoria rawlsiana da justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, v. 168, out./dez. 2005.
- RAWLS, J. Political liberalism: reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, New York, v. 92, n. 3, mar. 1995.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005. (Columbia Classics in Philosophy).
- _____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito).
- RICOEUR, P. *Du texte à l'action: essais d'herméneutique*. Paris: Du Seuil, 1986. 2 v.
- SAHLINS, M. *Culture and practical reason*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

SCANLON, T. M. Rawls on justification. In: FREEMAN, S. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. (Cambridge Companions).

SOUSA JR., J. G. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

TAYLOR, C. A política do reconhecimento. In: _____. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. (Epistemologia e Sociedade).

VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: J. Zahar. 2004. (Coleção Antropologia Social).

A exploração estatal de atividade econômica

Alcione Vicente Schmitt

Sumário

1. Introdução. 2. Distinção do serviço público, pois regida pelo Direito Privado. 3. Atuação supletiva. 4. Exigência de lei para regular a matéria. 5. Distinção das estatais prestadoras de serviços públicos. 6. Competência da atuação. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A exploração estatal de atividade econômica está prevista no artigo 173 e parágrafos da Constituição da República.

De sua leitura, denotam-se as seguintes características: I) não é serviço público; II) é regida pelo Direito Privado; III) somente pode ser realizada excepcionalmente (exploração supletiva); IV) é estabelecida por lei complementar (até agora não editada); V) deve ser exercida por entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista ou suas subsidiárias); VI) tais entidades não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado; e VII) maior poder de exploração pertence à União.

Vejam-se algumas considerações.

2. Distinção do serviço público, pois regida pelo Direito Privado

Sobre a distinção entre serviço público e exploração estatal de atividade econômica, preleciona Bandeira de Mello (2002, p. 611-612), *ipsis litteris*:

Alcione Vicente Schmitt é Advogado da União – PU/SC e Mestre em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí.

“A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por ‘imperativos da segurança nacional’ ou acicatado por ‘relevante interesse coletivo’, como tais ‘definidos em lei’ (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos.”

O regime jurídico de Direito Privado a ser observado pelas entidades estatais que exploram atividade econômica é necessário, pois não é dado ao Poder Público atuar nessa esfera, própria dos particulares, em condições privilegiadas, o que geraria, por assim dizer, uma verdadeira concorrência desleal em prejuízo destes últimos (Cf. MELLO, 2002, p. 626).

Tanto é assim que tais entidades não podem gozar da prerrogativa de foro nem de execução pelo sistema constitucional de precatórios.

Destarte, apesar de serem regidas pelo Direito Privado, em termos de licitações e contratos, devem observar os princípios da administração pública, *ut* artigo 173, § 1º, III, da *Lex Mater*, a serem estabelecidos em seus Estatutos.

Foi nesse propósito que o artigo 67 da Lei nº 9.478/97¹, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo, adotou o procedimento licitatório simplificado para a PETROBRAS.

Em relação à aquisição de bens necessários à própria atividade e à alienação dos bens resultantes desse desempenho, não se exige qualquer procedimento licitatório para as estatais exploradoras de atividade econômica.

A propósito, entende-se como desnecessária a promoção de uma licitação para, *exempli gratia*, a aquisição de barris de petróleo para refino ou para a venda dos bens

produzidos pela PETROBRAS, pois, caso contrário, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. Nesse caso, sob pena de soçobrar a empresa pública, deve-se entender inexigível a licitação (Cf. GASPARINI, 2002, p. 362).

Isso posto, a exploração estatal de atividade econômica será regida pelos direitos civil, comercial e trabalhista.

3. Atuação supletiva

Em relação à excepcionalidade dessa atuação do Estado, reporta-se às palavras de Lopes Meirelles (2002, p. 609-610), *ipsis verbis*:

“Como se infere dos dispositivos supramencionados, só é admissível a *atuação supletiva do Estado* na atividade econômica, não mais a interventiva, que se vinha praticando com tanta frequência e ilegalidade antes da edição da atual Carta.

Atuar é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar. Tal interferência pode ir desde a repressão a abuso do poder econômico até as medidas mais atenuadas de controle do abastecimento e do tabelamento de preço, sem excluir outras formas que o Poder Público julgar adequadas em cada caso particular. O essencial é que as medidas interventivas estejam previstas em lei e sejam executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados.”

Assim sendo, pelo caráter excepcional dessa atuação, nos exatos termos da *Lex*

Mater, somente deve ser admitida supletivamente, ou seja, quando o particular não detiver condições de viabilizar consideravelmente tais atividades.

Até porque só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

4. Exigência de lei para regular a matéria

Até a presente data, não foi editada lei complementar para regular a atuação estatal em atividade econômica, restando, pelo menos em tese, inviabilizada tal prática pelo Poder Público.

Contudo, parafraseando Marcos Juruena (2001, p. 594), anota-se que o “imperativo de segurança nacional” está ligado à defesa do território e à liberdade da população, enquanto o “relevante interesse coletivo” em determinados setores será vinculado ao estabelecido na Lei-programa do plano político-partidário escolhido no processo eleitoral.

Entende-se que a necessidade de edição de lei complementar a fim de regular a matéria advém da última parte do artigo 37, XIX, da *Lex Mater*.

Ademais, até a mencionada lei complementar ser editada, não podem, em tese, ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista ou quaisquer modalidades de pessoas estatais exploradoras de atividade econômica (Cf. MELLO, 2002, p. 625).

Prova disso é que as estatais federais hoje existentes são, em sua maioria, prestadoras de serviços públicos, como é, *verbi gratia*, o caso da INFRAERO, da EBCT e da RFFSA.

Como estatais federais exploradoras de atividade econômica cita-se, exemplificada-

mente, o BNDES, o Banco do Brasil, a PETROBRAS e a CEF.

Entretanto, Gasparini (2002, p. 355-356) observa, *in litteris*:

“(...) Essas empresas só serão legitimamente constituídas se observarem esse figurino, cabendo, obrigatoriamente, ao Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) reexaminar se as atuais empresas públicas destinam-se a realizar imperativos de segurança nacional ou relevantes interesses coletivos, mantendo as assim consideradas e privatizando as desgarradas dessa destinação. A manutenção das empresas que não cumprem imperativos da segurança nacional ou que não realizam relevantes interesses coletivos afronta o disposto no art. 173 da Lei Maior.”

Isso posto, cabe ao ente político que as criou reexaminar se as estatais exploradoras de atividade econômica se adequam ao texto constitucional, sob pena de afronta ao disposto no comentado artigo 173.

É nesse contexto que o Governo Federal brasileiro instituiu o Programa Nacional de Desestatização, a fim de privatizar todas as estatais que exploram indevidamente atividades econômicas.

5. Distinção das estatais prestadoras de serviços públicos

É oportuno destacar as principais diferenças entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos.

Veja-se o quadro comparativo abaixo:²

Exploradoras de atividade econômica	Prestadoras de serviços públicos
Regime jurídico de Direito Privado ³	Regime jurídico de Direito Público
Responsabilidade civil subjetiva	Responsabilidade civil objetiva ⁴
Não podem receber privilégios fiscais ⁵	Podem receber privilégios fiscais
Bens podem ser penhorados e executados	Bens não podem ser penhorados e executados ⁶
Direito de greve dos empregados regulado ⁷	Direito de greve dos empregados não regulado
Licitação inexigível (atividades-fim) ⁸	Licitação obrigatória ⁹
Não integram a Administração Pública indireta ¹⁰	Integram a Administração Pública indireta
Não praticam atos administrativos	Praticam atos administrativos ¹¹

6. Competência da atuação

A Constituição da República quis dar maior poder de exploração à União, notadamente quando relacionada aos imperativos da segurança nacional, atividade de sua exclusiva competência, *ut* artigos 21, III e 22, XXVIII, ambos da Constituição da República.

Nesse diapasão, Gasparini (2002, p. 619, grifo nosso) leciona, *in verbis*:

“A competência para intervir na atividade econômica não é distribuída de modo uniforme entre os componentes de nossa Federação. Seguramente o maior poder para intervir cabe à União. Todos podem atuar na economia, intervir, portanto, mediante empresas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública), criadas e destinadas a explorar certa atividade econômica, desde que *só à União cabe intervir, através dessas entidades, quando dita medida for necessária aos imperativos de segurança nacional. Assim é porque apenas à União dizem respeito os interesses de segurança nacional. O controle de preços e do abastecimento e a repressão ao abuso do poder econômico cabem à União. Ainda há intervenção federal na atividade econômica quando a União, por força da Lei Maior, atua sob o regime de monopólio.* As intervenções consubstanciadas no exercício de funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento cabem a todos os entes federados, observados os limites de competência prescritos pela Constituição Federal.”

Até porque, em relação à segurança nacional, é competência privativa do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, e celebrar a paz, *ut* artigo 84, VII, XIX e XX, respectivamente.

Porém, o Estado não poderá explorar diretamente atividade econômica, mas, sim, por intermédio de empresa pública, socie-

dade de economia mista, ou suas subsidiárias, sempre constituídas por lei específica, e nos estritos ditames constitucionais, sob pena da ocorrência de verdadeira concorrência desleal, o que é inadmissível e reprovável.

7. Considerações finais

A exploração estatal de atividade econômica está prevista no artigo 173 e parágrafos da Constituição da República e será regida pelos direitos civil, comercial e trabalhista.

Essa atuação somente deve ser admitida supletivamente, ou seja, quando o particular não detiver condições de viabilizar consideravelmente tais atividades.

Até a presente data não foi editada lei complementar para regular a temática.

As empresas estatais exploradoras de atividade econômica possuem regime jurídico diferenciado das prestadoras de serviços públicos.

É da União o maior poder de exploração estatal de atividade econômica.

Notas

¹ “Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

² Elaborado principalmente a partir de entendimentos doutrinários, já que a interpretação legislativa e jurisprudencial não é uniforme.

³ Art. 173, § 1º, II, da *Lex Mater*.

⁴ Art. 37, § 6º, da Carta Magna.

⁵ Art. 173, § 2º, da Magna Carta.

⁶ “Se prestadoras de serviços públicos, os bens, direitos e interesses vinculados à sua execução terão proteção especial, como qualquer concessionário de serviço público tem, em vista do princípio da continuidade do serviço público”. MELLO, [2002?] p. 142. apud GASPARI, 2002, p. 370.

⁷ Lei nº 7.783/89.

⁸ “(...) Em suma: já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-meio exigem licitação, enquanto os negócios que têm por objeto uma compra ou um serviço relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento,

pois são regulados pelo Direito Comercial.” GASPARINI, 2002, p. 373.

⁹ Art. 37, XXI, da Carta Política.

¹⁰ “(...) Quando são criadas e organizadas para esse desempenho, por evidente, não integram a Administração Pública indireta da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal ou do Município. Tanto é assim que foram reguladas, na Constituição Federal, no Título VII, que trata ‘Da Ordem Econômica e Financeira’.” GASPARINI, 2002, p. 367.

¹¹ “Os atos das sociedades de economia mista, se prestadoras de serviços públicos, são, em alguns casos, atos administrativos. Por essa razão podem ser atacados por mandado de segurança (Lei federal nº 1.533/51, art. 1º, § 1º) quando ilegal ou abusivamente afrontarem direito líquido e certo de alguém, e, se lesivos aos interesses dessas sociedades, por ação popular (Lei federal nº 4.717/65, art. 1º). (...) Atente-se que, se interventoras no domínio econômico, seus atos e contratos são regulados pelo

Direito Privado (art. 173, § 1º, II, da CF). Contratos atos não cabe mandado de segurança.” GASPARINI, 2002, p. 372-373.

Referências

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [2002?].

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro

Claudia Lyra Nascimento

Sumário

1. Introdução 2. Natureza jurídica do Mercosul 3. Produção normativa do Mercosul 4. Regime de incorporação: uma questão constitucional 5. Conclusões

1. Introdução

O século XX viu o aparecimento das organizações internacionais, época em que se vai deixando o princípio da autotutela para abraçar o da segurança coletiva, em que o mundo, diante do irresistível e irreversível fenômeno da globalização, foi obrigado a reformular seus conceitos de soberania e amparar-se em movimentos de integração regional. Também a América Latina, seguindo essa nova tendência, deu seus primeiros passos.

Fazendo um largo salto na evolução histórica dessa tendência integracionista, o Tratado de Assunção, firmado em 29 de novembro de 1991, criou o Mercosul e, logo em seu primeiro artigo, exprime o compromisso de seus Estados Partes “de harmonizar suas legislações, com vistas ao fortalecimento do processo de integração”, em que a palavra “harmonização” significa suprimir ou atenuar divergências porventura existentes entre as disposições de direito interno, para o estabelecimento de uma certa conformidade nas legislações dos países que integram o bloco.

Além disso, o art. 24 do Tratado previu a existência da Comissão Parlamentar Con-

Claudia Lyra Nascimento é Consultora Legislativa do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. Dr. Jorge Fontoura.

junta do Mercosul (CPCM), tendo sido ela explicitada na Seção IV do Protocolo de Ouro Preto (POP), firmado em 1994. Foi-lhe atribuída competência para realizar estudos com vistas a essa harmonização de legislações e à proposição de normas de direito comunitário.

Se neste particular o Tratado “mostra-se ambicioso a ponto de sinalizar para a uniformização legal dos seus signatários, em diversas áreas de possível interesse comum, na direção da constituição de um verdadeiro direito comunitário de caráter supranacional” (FREITAS JÚNIOR; MERINO, 2004, p. 70), de outra parte, “nada se exteriorizou desde então como compromisso em torno de uma agenda de integração nitidamente supranacional”. (FREITAS JÚNIOR; MERINO, 2004, p. 70).

Administrativamente, como órgãos decisórios, o Tratado estatuiu o Conselho do Mercado Comum (CMC) e o Grupo Mercado Comum (GMC), seu órgão executivo, competindo-lhes, até o estabelecimento do mercado comum, a 31 de dezembro de 1994, a administração do próprio Tratado, dos Acordos e das Decisões do bloco.

Também compõem a estrutura a Comissão de Comércio (CCM), responsável por zelar pela política comercial comum entre os Estados Partes, o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria do Mercosul com sua Assessoria Técnica. E, no Encontro de Ouro Preto II, em 17 de dezembro de 2004, foi lançado o Parlamento do Mercosul, cuja sessão de instalação ocorreu em dezembro de 2006, conforme a Decisão nº 49, de 2004, do Conselho do Mercado Comum, o disposto Decreto Legislativo nº 408, de 2006, aprovado pelo Legislativo brasileiro em 5 de setembro último, e as normas legislativas correspondentes nos demais países: Paraguai aprovou em 25 de abril; Argentina, em 29 de setembro; e Uruguai, em 21 de novembro últimos.

Entretanto, ao se colocarem em prática os *mandamus* teóricos dos documentos do Mercosul, diversos impasses têm-se apre-

sentado. Tendo em vista a opção da natureza jurídica intergovernamental do bloco e a lacuna existente na legislação mercosulina, ao não conferir à Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul poder de iniciativa ou de controle do processo decisório no bloco, assim como tendo em vista também os entraves constitucionais e legislativos à incorporação das normas emanadas pelo Mercosul, no Brasil, o presente trabalho busca levantar um debate sobre esses temas, convidando o leitor a fazer a reflexão, em última análise, sobre a importância da composição da divergência doutrinária em relação à hierarquia dos tratados, como forma de alargar os horizontes da integração regional.

2. Natureza jurídica do Mercosul

O Mercosul teve seu embrião com a Declaração de Iguazu, assinada em 30 de novembro de 1985, pelos então Presidentes do Brasil, José Sarney, e da Argentina, Raúl Alfonsín, por ocasião da inauguração da ponte Presidente Tancredo Neves, ligando Foz de Iguazu a Puerto Iguazu, na tentativa de fazer nascer uma política de aproximação entre os dois países que viviam em constante atrito. Um ano depois, em julho de 1986, mais um estágio foi concretizado, com o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE). E ainda dois anos mais tarde, em novembro de 1988, foi assinado o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (TCD), que previa a existência de um espaço econômico comum, no prazo de dez anos, com a suplantação dos conflitos bilaterais.

A essas tratativas entre Brasil e Argentina, com vistas à criação de um bloco regional, aderiu o Uruguai e, pouco depois, o Paraguai, culminando com a assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, em vigor no círculo internacional aos vinte e nove dias de novembro desse mesmo ano, com o depósito das ratificações dos quatro países. Em 25 de junho de

1996, Chile e Bolívia somam-se ao grupo e, em 25 de agosto de 2003, o Peru assina um acordo de livre-comércio com o Mercosul. Esses três últimos Estados não têm o mesmo *status* que os outros quatro sócios, encontrando-se no primeiro estágio de integração, a zona de livre-comércio.

Pelo Tratado de Assunção, busca-se o respeito ao princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai –, bem como ao da não-discriminação entre eles e ao da *pacta sunt servanda*, pelo qual os Estados soberanos que venham a aderir a um acordo em direito internacional devem cumpri-lo e acatá-lo.

Logo em seu Capítulo Primeiro, estão presentes os propósitos, princípios, instrumentos e objetivos do bloco; no Segundo, sua estrutura orgânica, os idiomas

oficiais – português e espanhol – e, no art. 18, a previsão de que os Estados Partes do bloco que iria ser constituído deveriam definir-se por uma estrutura institucional, bem como pela adoção de um regime baseado na idéia de supranacionalidade¹ ou de intergovernamentalidade². A delimitação dada revelaria o modelo escolhido. O Tratado foi instituído para vigorar durante uma fase provisória, que se concluiu a 31 de dezembro de 1994, quando foi firmado o Protocolo de Ouro Preto, estipulando órgãos definitivos ao Mercosul.

No Capítulo Terceiro, o Tratado cuida de deixar claro sobre a duração indeterminada do bloco, com entrada em vigor trinta dias após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, o que ocorreu em 29 de novembro de 1991; no Quarto, refere-se à adesão de novos sócios; no Quinto, ao contrário, dispõe sobre a possibilidade de desejo de desvinculação de algum membro; e, no Sexto, cuida das disposições gerais, instituindo, no art. 24, a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum. Já sob a égide do Protocolo de Ouro Preto (POP), nomenclatura dada ao Adicio-

nal do Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, assinado em 17 de dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto, com vistas a dar cumprimento ao disposto no art. 18 do Tratado, o Mercosul teve sua estrutura orgânica definitiva definida, com os seguintes órgãos:

1. Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior do Mercosul, responsável pela condução política e pelas decisões que asseguram o cumprimento de seus objetivos, exerce a titularidade da personalidade jurídica do bloco. Composto pelos Ministros de Relações Exteriores e de Economia ou seus equivalentes, sua Presidência se alterna com obediência à ordem alfabética dos Estados Partes, a cada seis meses;

2. Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo do Mercosul, composto por dezesseis membros, quatro de cada país. Suas atribuições estão enumeradas no art. 14, XIV, do POP;

3. Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), integrado por quatro membros titulares e quatro alternos por Estado Parte, é o órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, velando pela aplicação de instrumentos que levem ao funcionamento da união aduaneira, entre outras tarefas que lhe são conferidas pelos arts. 16, 18 e 21 do POP;

4. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (CPCM) é o órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Partes, cuja função precípua é acelerar os procedimentos internos em seus respectivos Estados, para a entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória do Mercosul, ou seja, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul. De caráter meramente opinativo, é coadjuvante na tarefa de harmonização da legislação. Nos termos do art. 25 do POP, o CMC solicita que a Comissão Parlamentar examine temas relevantes. É composta de dezesseis membros de cada país, eleitos de acordo com os regulamentos internos de cada Estado Par-

te. Certamente o Parlamento do Mercosul dará nova feição ao aspecto legislativo do bloco;

5. Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) é órgão auxiliar, de representação dos setores econômicos e sociais. De composição paritária entre os Estados Partes, sua função é meramente consultiva, como sua própria nomenclatura adianta. No Brasil, é formado por representantes da CUT, Força Sindical e CGT, confederações de Comércio, da Indústria, da Agricultura e dos Transportes, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e entidades que reúnam profissionais liberais;

6. Secretaria Administrativa (SA) sediada em Montevideu, no Uruguai, está a cargo de um Diretor, nacional de um dos Estados Partes, eleito rotativamente para mandato de dois anos, vedada reeleição, pelo Grupo Mercado Comum, e designado pelo Conselho do Mercado Comum.

Juridicamente, o POP conferiu ao Mercosul personalidade jurídica de Direito Internacional, dando-lhe poder-dever de ser titular de direitos e estar sujeito a obrigações, bem como optou pela estrutura intergovernamental, explicitamente em seu art. 2º, *verbis*:

“Art. 2º, São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL”;

Em decorrência da escolha feita pela intergovernabilidade, que reflete o não compartilhamento da soberania nacional, é forçoso concluir que, em seu art. 40³, vem aceita a necessidade de incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados Partes, como a forma de entrada em vigor das normas mercosulinas em cada um dos países. Após essas incorporações, a Secretaria Administrativa comunica o fato a cada um deles e, trinta dias depois, simultaneamente, entram tais normas em vigor. Essa alternativa da simultaneidade foi a saída

encontrada para substituir o princípio da aplicação imediata até o presente momento impossível, para se evitar a incerteza daqueles que pretendem criar vínculos jurídicos nos Estados Partes quanto à efetiva vigência das normas mercosulinas. Isso porque, além da necessidade de incorporação, a própria duração desse processo era variável entre os países e, mais, dentro de um mesmo país.

Esse sistema não deixa dúvida alguma sobre o caráter intergovernamental do bloco, segundo o qual os Estados envolvidos no processo de integração, apesar de verificarem as vantagens da cooperação, buscam resguardar a soberania nacional, priorizando o interesse interno do país acima da visão regional.

Diante desse panorama, parece contraditório o mandamento do art. 42, quando dispõe que “as normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no art. 2º deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”.

Daí se infere a mescla – ousadia declarar? – de desejo e medo de supranacionalidade. Esse é um debate sempre presente entre os doutrinadores e os estudiosos do tema.

O Prof. Jorge Fontoura (2003) se posiciona no sentido de que “todo seu arcabouço jurídico, sob medida para a realidade latino-americana, sempre presidencialista e ciosa de suas conquistas soberanas, não contempla a possibilidade de instituições supranacionais, em que as decisões deixam de ser tomadas pela unanimidade, pelo consenso, direito internacional público clássico, passando a valer a decisão da maioria dos países-sócios, com a transferência ou cessão de soberania à ‘alta-autoridade’”

De outra parte, Solange Mendes de Souza (2001) caminha “na esteira das teses favoráveis à evolução do estágio atual do Mercosul”.

Hoje, o Mercosul, nos limites em que se encontra, não traz traço algum de supranacionalidade. O Parlamento pode vir a ser um passo nesse sentido.

O fato é que há que se levar em conta que a integração econômica, principalmente, não se realiza com um arcabouço jurídico instável. Ela exige harmonização das legislações pátrias, uma interpretação uniforme, seja em que sistema for.

3. Produção normativa do Mercosul

Diante de toda uma estrutura de integração, faz-se necessário um conjunto de normas para criar o bloco, regulamentá-lo e orientá-lo.

Fazendo um cotejo desses dois documentos essenciais para o Mercosul – o Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto –, verifica-se que o segundo manteve em grande parte o arcabouço do primeiro e, expressamente em seu art. 41, define como direito originário ou primário do Mercosul aquele Tratado, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; os acordos celebrados no âmbito daquele Tratado e seus protocolos, aí incluídos o POP e o Protocolo de Brasília, acordos e convenções; e, compondo o direito derivado ou secundário, as normas provenientes dos órgãos decisórios, que encontram validade nos respectivos tratados constitutivos, ou seja, as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum, as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, as propostas e as recomendações. O direito originário seria uma “constituição” do Mercosul, enquanto o direito derivado, normas infraconstitucionais.

Ainda devem ser incluídas como fontes acessórias e complementares os princípios gerais do direito, de equidade e de justiça, e os laudos do Tribunal Arbitral, previstos no Protocolo de Brasília.

Antes do Protocolo de Ouro Preto, não se tinha por certa a obrigatoriedade das normas emanadas pelos órgãos com capacida-

de decisória, uma vez que o Tratado de Assunção não dispunha a respeito das Decisões e Resoluções. O POP veio, então, sanar essas dúvidas, explicitando que as manifestações dos órgãos com capacidade decisória serão normas obrigatórias para os Estados Partes e se concretizarão mediante decisões, resoluções e diretrizes.

Diante disso, ficou claro que o tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Ouro Preto, as decisões, resoluções e diretrizes formam um ordenamento jurídico com suas fontes próprias e apto a produzir efeitos, havendo entre eles uma limitação material e formal. Assim, o Conselho se manifesta por meio de Decisões – normativa de primeiro nível; como um segundo nível, o Grupo Mercado Comum, por Resoluções, e a Comissão de Comércio, mediante Diretrizes ou Propostas, sendo apenas esta última de caráter não obrigatório.

Mas, apesar da executoriedade obrigatória prevista para as normas do Mercosul nos Estados Partes, diante de um descumprimento não há como lhes conferir nem celeridade nem proteção. A política fica acima do direito e as soluções vêm mais lentamente. É uma consequência do sistema intergovernamental escolhido.

Certamente o Mercosul, como órgão internacional, desfruta de poder normativo. Os órgãos institucionais acima citados – Conselho Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio – dispõem de competência para produzir as normas jurídicas derivadas mas, em nosso sistema, precisam de internalização nos Estados Partes, o que denota que o processo legislativo no Mercosul não é autônomo.

Quanto a esse tema, as posições dos autores são díspares. Enquanto Dallari (1997, p. 114) sustenta que “a quase totalidade das deliberações originadas de suas instâncias não se constituem, por si sós, em normas jurídicas em sentido estrito, mas sim, em determinações políticas que vinculam os Estados Partes à promoção de adequações nos respectivos ordenamentos jurídicos in-

ternos”, Maria Luiza Justo Nascimento (2004) discorda, afirmando que “as determinações políticas vinculantes aos Estados constituem normas [...] derivadas do Mercosul devem ser obrigatoriamente incorporadas aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.”

A esse ponto do debate, algumas perguntas se põem: o Mercosul desfruta realmente de poder normativo? Há efetivamente um ordenamento jurídico próprio? E quanto à sua eficácia? São questões ainda abertas, sem respostas unívocas.

Quanto ao *quorum* necessário à aprovação de suas normas, o art. 37 do POP estabelece consenso com a presença total dos membros, o que, em princípio, facilitaria o processo interno nacional de harmonização da legislação, visto que já há um pré-acordo unânime a respeito da matéria. Entretanto, denota uma desconfiança básica entre os parceiros, um arraigamento à soberania do Estado, favorecendo uma lentidão nas ações e, pior, sendo ela invocada como justificativa ao descumprimento das normas decorrentes do tratado. Em caso de conflito, não prevalecem sobre o direito interno, aplicando-se o pensamento dualista sobre esse assunto, aquele que adota a recepção como uma das formas de absorver a norma jurídica internacional, encarando como dois sistemas jurídicos distintos e independentes: ordem interna e ordem externa. Podem essas normas ser abolidas ou alteradas. Podem receber interpretações diferentes pelos juízes e tribunais dos Estados Partes, atos esses geradores de instabilidade na integração.

O sistema intergovernamental, em última instância, “impede um verdadeiro Direito da Integração e uma jurisprudência do bloco que possam servir como referencial para as políticas a serem desenvolvidas” (GOMES, 2003, p. 165). Estamos diante de um impasse: o que fazer para agilizar esses processos em cada país, gerando, com isso, maior integração?

Em suma, as dificuldades no Mercosul quanto à sua produção normativa dizem

respeito ao fato de grande parte de suas regras serem destituídas de eficácia direta e aplicabilidade imediata sobre as normas nacionais, em que a eficácia direta é a possibilidade de serem invocadas pelos particulares quanto aos direitos e obrigações judiciais quando houver sua violação, e a aplicabilidade imediata, a efetiva aplicação da norma, logo após sua publicação, sem necessidade de processo de reconhecimento ou incorporação no ordenamento jurídico nacional.

4. Regime de incorporação: uma questão constitucional

O mecanismo de incorporação das normas mercosulinas pelos Estados Partes revela-se bastante complexo. E, à medida que cresce essa legislação, mais clara fica a ineficiência desse método. Alguns passos já vêm sendo dados na teia de simplificá-lo.

Hoje, temos duas categorias de normas no Mercosul: as que não precisam ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado Parte e as que, ao contrário, devem passar por um processo de internalização. Entre as primeiras, o Direito brasileiro admite as de natureza meramente regulamentar do Poder Executivo, tais como as incorporadas por intermédio de resoluções, circulares e comunicados do Banco Central, da Anvisa, da Anatel, do Denatran, no exercício de suas competências. São atos de interpretação de tratados, meras rotinas diplomáticas, normas auto-reguladoras, cujos efeitos restringem-se ao interior do organismo.

Por outro lado, os “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, segundo o inciso I do art. 49 da Constituição Federal, devem passar pelo crivo do Congresso Nacional. Além desse dispositivo, a regulação dos tratados está prevista em outros, dispersos ao longo do texto constitucional, não existindo um ca-

pítulo específico para tratar da matéria, tampouco para definir o que vêm a ser tratados.

Hierarquicamente, eles continuam sendo equiparados às leis, podendo inclusive ser revogados por lei federal posterior com eles incompatível e, também, serem submetidos a controle de constitucionalidade. Apenas uma exceção foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: o § 3º do art. 5º, para os referentes a direitos humanos aprovados por *quorum* qualificado de 3/5, o mesmo exigido para matérias constitucionais. A esses se dará o *status* constitucional. Aos demais, é entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal que uma lei federal posterior revoga um decreto legislativo sobre ato internacional, apesar do que está insculpido no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*:

“Art.

5º.....

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há pouca previsão constitucional quanto aos tratados; não há sequer menção ao processo legislativo dessas matérias nem qualquer definição de prazo. A intervenção do Legislativo, na conclusão do tratado, opera-se sobretudo na sua função fiscalizadora dos atos do Poder Executivo. Apesar de que, ao autorizar a ratificação, o Poder Legislativo esteja também aprovando a matéria contida no ato internacional, não há uma atividade legislativa capaz de gerar norma de direito interno; é apenas uma autorização, que se completará com a promulgação do acordo mediante decreto. A aprovação do Legislativo, nesses casos, é apenas uma etapa do processo de formação do ato internacional.

Além dessa lacuna, o silêncio quanto ao processo de incorporação das normas pro-

venientes do Mercosul ao ordenamento jurídico brasileiro não passa despercebido. Apesar de a Constituição vigente ter introduzido o § 1º do art. 4º, que traduz a disposição de se buscar uma “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, mostrou-se, entretanto, tímida em prever mecanismos capazes de concretizar tal regra programática. O Brasil continua inflexível quanto à possibilidade de delegar poderes a órgãos supranacionais.

O STF, ao proferir acórdão quando do exame do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279, ainda em 1998, negou *exequatur* àquela providência pleiteada por pessoa jurídica argentina, que requeria a aplicação do Protocolo de Medidas Cautelares, do Mercosul. O fundamento da negativa foi no sentido de que a norma ainda não estava incorporada ao ordenamento brasileiro.

Eis o entendimento tirado do documento:

“O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.

A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, *de jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata)”.

Para isso, seria necessária uma alteração no Texto Constitucional. Dallari é favorável a essa tese. Defende ele que, em função

dos arts 1º, I, 4º, I, e 102, III, “b” todos da Constituição, apenas as reformas constitucionais promovendo a auto-aplicabilidade das normas do Mercosul e modificações pontuais nas liberdades de circulação de mercadorias, de esclarecimento, de livre circulação de trabalhadores, de livre circulação de capitais e de livre concorrência poderiam conduzir o Brasil a uma supranacionalidade e, em conseqüência, a um tratamento diferenciado às normas emanadas do Mercosul.

Mas o correr do debate leva o pensamento à doutrina, quando ensina que há duas formas legítimas de mutação constitucional: uma, por meio de reforma de seu texto pelo exercício do poder constituinte derivado e, outra, mediante uma interpretação evolutiva consistente, com vistas a atribuir novos conteúdos à norma constitucional, não lhe alterando, entretanto, o teor, em função de mudanças vividas no correr dos tempos pela sociedade do país. Ou dos países. Ou da região.

A partir desse raciocínio, e se ainda não temos alterações na Lei Constitucional que o permita, “o que faltaria ao Supremo Tribunal Federal se ele o quisesse, se ele sentisse que é essa a aspiração coletiva? O que faltaria para entender possível, à luz da Constituição do Brasil, tal como hoje escrita, uma integração envolvente de alguma supranacionalidade [...] (REZEK [20—?])?” Adotado esse critério, alterações sensíveis se verificariam no regime de incorporação das normas mercosulinas em nosso ordenamento interno.

Outra parcela de solução – não excluída do acima exposto – é a proposta de alteração da Constituição, fundamentada no parágrafo único do seu art. 4º, com vistas à inserção de normas específicas para o processo legislativo de tratados do Mercosul, estendendo-lhes o *status* constitucional com sua aprovação pelo *quorum* qualificado das emendas constitucionais.

Por que essa preocupação com a recepção imediata das normas do Mercosul? Por

uma questão de segurança das relações dentro do Mercosul, fundamental não somente para seus membros como também para suas relações internacionais.

5. Conclusões

Nesses anos todos de busca e realizações integracionistas, movimentos em prol e contra o Mercosul se alternam. E não são raras as ocasiões em que se comparam e procuram parâmetros e exemplos do modelo europeu.

Contudo, importante verificar as grandes diferenças históricas, culturais, políticas, geográficas existentes entre os dois continentes.

A União Européia (UE) nasceu como conseqüência da ameaça de guerra ou de enfrentamento político dos países e da estagnação econômica; o Mercosul, por sua vez, é uma resposta à consolidação dos grandes blocos econômicos, com vistas a fortalecer os sistemas de democracia. Os países que compõem a UE são desenvolvidos, com altos índices de renda *per capita*; os do Mercosul estão em vias de desenvolvimento e com baixos índices de renda. O Tratado de Roma foi assinado em 1957, há quarenta e oito anos; o de Assunção, em 91, passados apenas quinze anos. Em ambos os casos, houve passado de guerra fratricida: a 2ª Grande Guerra e a Guerra da Tríplice Aliança, respectivamente. O sistema de voto estabelecido para tomada de decisões na UE, em sua maioria, é o da maioria qualificada, enquanto nosso sistema só permite consenso e unanimidade. Para a UE, há previsão orçamentária comunitária, havendo inclusive um Tribunal de Contas; no Mercosul, cada país deve votar, internamente, os gastos que precise o processo de integração. A União possui instituições supranacionais; o Mercosul, não. Os contornos dos dois blocos são bastante distintos, e não poderia ser de outra forma, tamanha a diferença das realidades vividas. As escolhas de futuro certamente também tomarão caminhos diferentes.

Hoje, o Mercosul vive um momento de impasses; é o que se pode depreender das leituras específicas sobre os rumos que vêm sendo seguidos pelo bloco, com especial enfoque para o da legislação mercosulina. Muitas são as propostas de composição desses impasses.

Jucá (2002) propõe o “estabelecimento de um regime constitucional especial para as normas relativas ao Mercosul, inclusive prevendo a possibilidade de cessão ou transferência de soberania, condicionadas a plebiscito, autorizando e, ainda, estabelecendo controle prévio de constitucionalidade para esses tratados”.

Fontoura, por sua vez, defende a idéia de que “mesmo antes das adaptações constitucionais apontadas pela comunidade acadêmica, das românticas especulações sobre direito originário e direito derivado do Mercosul, urge resolver-se, no Brasil, o dilema básico da hierarquia constitucional dos tratados, sem o que restaremos paralisados em face dos limites pétreos de nossa Constituição Federal, para afinal sabermos, investidores, parceiros comerciais, acadêmicos, enfim, qual o efetivo valor do tratado, sempre em potencial conflito com as demais normas brasileiras, constitucionais e infraconstitucionais”. E vai ao ponto de afirmar que “sem essa previsão constitucional [...], pouco de concreto resta-nos a fazer”.

O Parlamento do Mercosul, que ora se inaugura, precisa ter suas atividades sempre impregnadas de vontade política integracionista.

Nesses momentos de dilema, quando se verifica um esgotamento do Mercosul da forma em que se encontra hoje, ditam a prudência, o bom-senso, que se voltem os olhos para as raízes geradoras do processo. Não para copiá-las, porque se firmaram no tempo passado, mas para encontrar o norte. Nesse sentido, o Senador José Sarney, por diversas oportunidades, em pronunciamentos feitos da tribuna do Senado Federal e em artigos publicados na mídia nacional, ao tempo em que alerta para o perigo de inte-

resses externos na desestruturação do Mercosul, convoca todos a que não se afastem do destino primeiro do Mercosul, pois “o futuro do Mercosul é consolidar-se. Não há como retroceder”.

Notas

¹ O termo supranacionalidade designa a “possibilidade de exercício de poderes estatais por um ente com personalidade jurídica própria, de direito internacional, do qual os Estados são membros. Tais entes têm sido chamados de Comunidades de Estados. Sua estrutura diferencia-se das organizações internacionais conhecidas, exatamente em função desta peculiaridade de produzir normas aplicáveis com força de lei no território de seus membros”. (REIS, 2001)

² A intergovernamentalidade reflete o não compartilhamento da soberania nacional, uma delimitação de áreas de competência e atuação marcadas por pouca flexibilidade.

³ “Art. 40. A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL, previstos no Artigo 2º deste Protocolo, deverá se observado o seguinte procedimento:

.....”

Referências

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Européia*. Curitiba: Juruá, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORJA, Sérgio. A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, São Paulo, n. 4, 2003.

DALLARI, Pedro. O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DRUMMOND, Maria Claudia. *A democracia desconstruída: o déficit democrático nos blocos econômicos*. 2005. 386 f. Tese (Doutorado em História das Relações Internacionais)—Universidade de Brasília, Departamento de História, Brasília, 2005.

FONTOURA, Jorge. Limites constitucionais a parlamentos regionais e à supranacionalidade. *Revista*

de Informação Legislativa, Brasília, a. 40, n. 159, jul./set. 2003.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de.; MERINO, Lucyla Tellez. *Horizontes para o direito numa sociedade em mudanças: dilemas da ALCA, impasses do Mercosul e crise do estado-nação como círculo retroalimentador*. São Paulo, LTr, 2004.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Direito internacional no cenário contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Parlamento do Mercosul: alterações necessárias à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2002.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do Mercosul. *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, São Paulo, n. 6, 2002.

NASCIMENTO, Maria Luiza Justo. *A incorporação das normas do Mercosul aos ordenamentos jurídicos dos estados-membros*. Curitiba: Juruá, 2004.

PIMENTEL, Luiz Otavio (Coord.). *Direito da integração*. Curitiba: Juruá, 2001. 2 v.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VEIGA, Pedro da Motta. *Mercosul: a agenda de consolidação interna e os dilemas da ampliação*. Brasília: Secretaria de Assuntos Internacionais, 1994.

Discurso jurídico

Ferramenta e arma do advogado. Necessidade de todo operador do Direito

Carlos Roberto Faleiros Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. As deformações no conhecimento da língua culta. 3. A linguagem técnica e a confusão geral pelo mau uso. 4. Conclusão.

1. Introdução

Diante do novo contexto político, econômico, social, cultural e tecnológico pelo qual temos passado desde a última década do século passado até os dias de hoje, um dos mais acirrados temas de discussão é o problema da comunicação. E aqui falamos em comunicação em seu sentido mais amplo: a comunicação entre pessoas de um mesmo lugar, a comunicação entre pessoas de países diferentes, a comunicação entre nações e comunidades, a comunicação entre profissionais de diversos ramos, como também a comunicação entre esses profissionais e leigos em geral. Aliás, é nesse último problema que haveremos de nos concentrar para tratar, ainda que perfunctoriamente, da questão da linguagem jurídica.

É preciso ter em conta, antes de tudo, que o processo de globalização, a mundialização dos mercados, a internacionalização da economia estão a exigir do homem moderno uma capacidade cada vez mais alta de compreensão dos fenômenos mundiais, bem como, e igualmente, uma capacidade cada vez mais alta de se fazer entender. É fácil compreender o motivo dessa exigência: o homem pós-moderno não pode mais se iso-

Carlos Roberto Faleiros Diniz é Advogado em Franca/SP e Ex-Presidente da 13ª Subseção da OAB/SP, Ex-Conselheiro Seccional da OAB/SP e Presidente da Associação dos Advogados de Franca.

lar do mundo e ver passar por ele as transformações que são geradas em todo o globo, em escala mundial. Deve o homem ser sujeito da sua história, deve ser capaz de transformar seu meio, e isso só é possível àqueles que estão preparados para influenciarem seu ambiente social, o que ocorre essencialmente através da comunicação.

A lógica da argumentação jurídica, com princípio, meio e fim, deve ser inculcada no profissional do direito, desde os bancos acadêmicos.

Entretanto, não obstante essa urgente necessidade de intercâmbio de pessoas e idéias, o que se constata nos dias de hoje é que os profissionais têm dificuldades cada vez maiores de se comunicar em seu próprio idioma. Apresentam dificuldades na elaboração de peças profissionais, porque não conhecem a língua, o significado das palavras e nada entendem de hermenêutica e exegese.

As dificuldades de comunicação oscilam desde a falta de preparo e domínio da língua culta, falada e principalmente escrita, até um excesso de tecnicismo, uso de jargões e expressões, compreensíveis apenas em determinados meios profissionais, mas que aos olhos dos leigos saltam como verdadeira Torre de Babel, estabelecendo, assim, a incompreensão, que é o caminho do insucesso.

No meio jurídico, a situação não poderia ser diferente. Até mesmo como resultado da crise vivida pelo ensino jurídico e pelo mundo do Direito em geral, constata-se que a comunicação entre profissionais do Direito apresenta graves problemas estruturais.

De um lado profissionais malformados na língua, desconhecedores das mais elementares regras gramaticais e de sintaxe. De outro, e até mesmo como forma de superação dessa deficiência, encontram-se profissionais que usam e abusam dos jargões e brocardos jurídicos, utilizando expressões arcaicas e anacrônicas. A grande maioria delas é herança do Direito Romano e traduz

um imaginário jurídico ultrapassado, que pouco reflete a realidade jurídica e social brasileira da atualidade. Não há o conhecimento das técnicas e recursos modernos de comunicação e uso da linguagem, em especial das estratégias argumentativas*, o que dificulta a concretização da comunicação em seus mais diversos aspectos. Não se desenvolve a arte de redigir leis e por isso elas proliferam como tiririca, contribuindo enormemente para o caos.

2. As deformações no conhecimento da língua culta

A Língua Portuguesa, no Brasil, é a principal ferramenta de atuação do advogado. É ela o instrumento através do qual o advogado deverá lapidar seu conhecimento técnico de forma a convencer o magistrado da causa a respeito dos interesses e do direito de seu cliente, com clareza e precisão. Como, na grande maioria dos processos, a atuação do advogado se dá por petições escritas, o domínio da língua mãe é de fundamental importância para o advogado. A boa linguagem é essencial e “se enquadra na finalidade ampla da comunicação lingüística” (CAMARA JÚNIOR, 1961, p. 199).

Nos dias de hoje, como resultado da proliferação dos cursos jurídicos, e, conseqüentemente, da incapacidade das faculdades de oferecerem formação completa aos seus estudantes, com o inchaço do mercado de trabalho, com a proletarização da Advocacia, entre outros fatores, igualmente preocupantes, que assolam o meio jurídico como um todo, essa idéia caiu em completo desuso. Com efeito, já se foi o tempo em que o profissional do Direito era conhecido pelo domínio escorreito e técnico da língua portuguesa.

* As estratégias argumentativas são procedimentos utilizados pelo interlocutor, que envolvem aspectos espaciais, temporais e outros recursos, sejam eles lingüísticos, discursivos ou lógicos, que visam facilitar o convencimento e a adesão do auditório a um determinada orientação ou argumentação. (Cf. VOESE, 2002, p. 77).

É muito comum encontrarem-se profissionais com dificuldades que vão desde a correta grafia das palavras, até a utilização de expressões tecnicamente inadequadas, passando por problemas sintáticos, como concordância nominal e verbal, uso de gírias e expressões típicas da linguagem falada, além de neologismos e anglicismos, produtos de uma linguagem cada vez mais influenciada pela informática e pela Internet.

Outro ponto que é importante ter em mente é que, no mundo jurídico, as palavras têm valor e significado muito distinto do que ocupam no linguajar comum. Certamente não se pretende defender que a linguagem jurídica assuma um viés hermético e intangível, com a utilização de termos compreensíveis apenas para aqueles que fazem uso dessa linguagem, mas, sim, que os profissionais do Direito devem ter muito claro o significado das palavras no mundo jurídico.

Não basta dominar uma determinada matéria. É essencial que o profissional saiba escolher as palavras corretas, de uma maneira clara e precisa, utilizando apenas os vocábulos adequados, pois, como assevera Mattoso Câmara Júnior (1970, p. 24), “falar é um ato social”, e o profissional da advocacia tem em seu discurso a principal ferramenta para atuar pela sociedade em juízo.

Daí por que o papel das Universidades e centros de formação jurídica é cada vez mais importante. As Universidades estão relegando a segundo plano a importância do ensino e do estudo da linguagem. O que se vê hoje em dia é que os professores acadêmicos não estimulam o estudante a escrever; a ler obras clássicas e a escrever sobre elas, treinando-os, assim, para o exercício profissional futuro.

E, se o estudante não treina a utilização da linguagem, ainda que não tenha conhecimentos técnicos suficientes para redigir trabalhos específicos da ciência jurídica, é preciso que saiba, antes de tudo, dominar seu idioma, de modo a se fazer claro e preciso em suas relações e comunicações. O desenvolvimento das técnicas da comunica-

ção estimula o agente a raciocinar, pensar, ler, ouvir e escrever corretamente e usar a linguagem técnica jurídica.

Como visto, é extremamente relevante para o advogado e demais operadores ou agentes da aplicação de Lei saber comunicar-se com precisão.

O desenvolvimento das técnicas da comunicação estimulam o agente a raciocinar, pensar, ler, ouvir e escrever corretamente a linguagem técnica jurídica.

A comunicação, no mundo todo, e em especial no campo jurídico, desempenha uma relevante importância e desse valor não se podem afastar as Universidades e todos quantos lidam com o direito e sua linguagem.

A comunicação escrita e verbal tem efeito poderoso e há de ser bem usada, no sentido da realização do bem comum, isto é, no interesse prevalente da sociedade. A linguagem e a argumentação relacionam-se diretamente com o exercício do poder. (Cf. VOESE, 2002, p. 113).

As palavras têm valor e significado importante no mundo jurídico; por isso as Universidades devem privilegiar os estudos lingüísticos, na vertente da *Semântica*, que diz respeito à comunicação.

Os advogados devem ter treinamento em comunicação verbal e escrita, porque, além de participar de processos, em que, na maioria das vezes, a comunicação se faz pela escrita, em outras muitas oportunidades deve dominar a expressão oral, quer em palestras, congressos, reuniões de trabalho, mediações, aulas, negociações, e de modo especial no tribunal do júri, em que deve estar treinado na comunicação oral.

A realidade da advocacia está a exigir fortes estudos de lingüística, de Semântica (comunicação), de Semiologia, a ponto de adaptar os novos advogados às exigências do mercado atual. Não se pode esquecer também dos estudos sobre a administração forense, assunto para outras reflexões.

Claro que a Semântica, como estudo da palavra, componente da linguagem, exerce

influência decisiva sobre as pessoas, e seus comportamentos em sociedade, muitas vezes distorcidos pelo mau uso da linguagem.

O agente da comunicação jurídica tem conhecimento da importância da comunicação e, em termos, não está preparado para usá-la, tal como o exigem os negócios jurídicos atuais.

Faltam treinamento e preparo, em reiteiração constante, antes do ingresso no mercado de trabalho.

As aplicações práticas dos conhecimentos jurídicos não são freqüentes e, quando ministradas, não encontram as pessoas adequadas para transmitir os conhecimentos e iniciar os pupilos na verdadeira arte da comunicação jurídica.

3. A linguagem técnica e a confusão geral pelo mau uso

O idioma que usamos, o Português (CF, art. 13), deve ser dominado no aspecto peculiar da técnica jurídica, eis que as palavras, no ordenamento jurídico, têm significados próprios, que muitas vezes se destacam do seu significado vulgar ou popular. Os atos jurídicos têm como condição de validade a expressão escrita (escrituras, contratos) em língua nacional e devem conter expressões corretas, evitando imperfeições, contradições e erros que tornem até inválido o ato praticado.

Na paz social e na harmonia, há condições de sobrevivência para o advogado legítimo, que saiba conduzir a atividade em prol do bom, rápido e eficaz atendimento da clientela.

Assim, na condução de acordos, com ampla ciência e participação do cliente e do ex-adverso, pode-se redigi-los de sorte a não permitir interpretações divergentes e decisões contraditórias em torno do assunto. A técnica redacional de linguagem é relevante na solução extrajudicial dos conflitos.

Um bom exemplo da utilização precisa das expressões no mundo do Direito é a palavra “incomunicabilidade”, que no sen-

tido vulgar quer significar “qualidade, estado ou condição de quem ou daquilo que está ou é incomunicável” (HOUAISS, 2001), e no meio jurídico significa a “cláusula que exclui bens doados a herdeiros da comunhão, impedindo-os de passar, na constância do casamento, do patrimônio de um cônjuge a outro” (DINIZ, 1998).

No Direito Penal, a incomunicabilidade do réu não é permitida em relação ao advogado defensor.

Dessa forma, é relevante que o profissional do Direito, principalmente os advogados dominem corretamente a linguagem técnica, utilizando com precisão os termos e conceitos consagrados nos diversos ramos do Direito, sem cair, no entanto, na vala comum do tecnicismo vazio, buscando aparentar uma erudição que afasta ainda mais o bom profissional daquele a quem seu serviço é destinado.

No entanto, em que pese a necessidade de utilização da linguagem técnica, com a escolha, pelos profissionais, de expressões e palavras que traduzam corretamente o verdadeiro significado das palavras, o que se verifica nos dias de hoje é um desvio na prática dos profissionais no momento da redação de seus trabalhos.

Estudos da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de suas Comissões de Ensino Jurídico e Exame de Ordem, demonstram que o vocabulário do profissional do Direito de hoje está cada vez mais distante da linguagem comum. Os profissionais do Direito de hoje fazem uso de um vocabulário altamente anacrônico, prática essa que não apenas altera a comunicação como também impede a compreensão por outras pessoas que não sejam do mesmo meio. Ou seja, a utilização excessiva de expressões jurídicas, expressões latinas, brocados em geral, torna a comunicação compreensível apenas entre os seus usuários.

Desta feita, constata-se que o profissional está cada vez mais distante de seu cliente, e um dos grandes causadores dessa distância, além da má formação jurídica, e da

total ausência do ensino de administração forense, e outros estudos interdisciplinares, é justamente a linguagem usada na fala e na escrita pelos advogados. Então, o advogado que não é capaz de falar a língua conhecida de seu cliente se distancia cada vez mais dele. O advogado deve atender e comunicar-se com o cliente em termos que ele compreenda, senão estará atendendo mal. Comunicando-se mal, a prestação do serviço não atenderá às necessidades do cliente.

Por outro lado, também magistrados e membros do Ministério Público devem ter em vista essa necessidade de se aproximar do linguajar popular, evitando-se, assim, o uso de palavras incompreensíveis ao público em geral. O juiz, ao interrogar a parte ou ouvir a testemunha, deve dirigir-se de forma compreensível e acessível, senão inibe a parte e a testemunha e estará, em consequência, formando um juízo errôneo dos fatos, o que refletirá na sentença que proferir, que, fatalmente será injusta.

O advogado deve, hoje, reduzir os textos, e não usar do processo como um meio de divulgar erudição e conhecimentos gerais que não interessam na solução dos litígios. O P. C. facilita enormemente a criação de peças rodeadas de jurisprudência e doutrina.

O poder da linguagem implica a transferência do poder a quem dele sabe fazer uso. O bom advogado comunica-se bem em sua linguagem técnica, com técnicas, e se faz bastante compreensível pelo leigo em face da sua facilidade em comunicação e expressão oral e escrita.

Muitas vezes, alguns profissionais acreditam que o uso de linguagem rebuscada é sinônimo de erudição e conhecimento acadêmico, o que nem sempre reflete a realidade, uma vez que, atualmente, tem-se como preciso que os profissionais mais competentes são aqueles que conseguem se fazer entender, inclusive pelos leigos.

Assim, é preciso preparar o profissional não apenas para dominar as técnicas de sua profissão, como para dominá-las bem, as-

sim como para colocá-las a serviço da sociedade e da transformação social. A comunicação escrita e verbal tem efeito poderoso e há de ser bem usada, no sentido da realização do bem comum, isto é, no interesse da sociedade.

Ademais, nunca é demais lembrar que, quanto mais enxuta, clara e objetiva a manifestação do profissional do Direito, mais chances ela tem de atingir suas finalidades, quais sejam, convencer os magistrados, o cliente, a parte adversa e todos quantos estiverem na posição de interlocutor.

Atualmente, o volume de trabalho dos magistrados, representantes do Ministério Público e demais operadores do Direito é tão vasto que não podem os mesmos se perderem em elucubrações lingüísticas, tampouco acompanhar, passo a passo, a erudição do advogado. Quanto mais conciso ele se fizer, mais fácil se faz compreender, e seus objetivos de pronto são atingidos.

Ao contrário do que se verifica hoje, em qualquer ramo de conhecimento: na economia, na administração, na política, na sociologia e no Direito, as profissões têm-se tornado uma Torre de Babel, em que a mesma frase pode assumir as mais variadas formas, tudo apenas com a tradução de um texto para o jargão popular.

J. Mattoso Câmara Júnior faz uma importante distinção entre as formas de linguagem utilizadas pelo advogado, a saber, a exposição oral e a exposição escrita. Segundo o autor, há traços característicos que as distinguem, existindo um:

“grande número de traços característicos da exposição oral, ausentes na escrita, e que impõem o dever de bem utilizá-los, para que a linguagem seja boa: quem fala em público tem de atentar para o timbre de voz, para a altura da emissão vocal, para o complexo fenômeno que se chama a entoação das frases, bem como saber jogar, adequadamente, com gestos do corpo, dos braços, das mãos e da fisionomia. Há aí uma enorme riqueza de recursos,

que facilitam extraordinariamente a comunicação lingüística, quando são bem empregados; mas, como toda riqueza, se podem transformar em pesadelo e danação” (CÂMARA JÚNIOR, 1961, p. 14).

E continua o autor:

“A exposição escrita pode parecer mais simples, dada a falta desse complexo conjunto de elementos. A realidade, porém, é que eles têm de ser substituídos por uma série de outros, cujo conhecimento e manuseio exigem estudo e experiência. Grande número de regras e orientações gramaticais decorre das exigências da língua escrita para a comunicação ser plenamente eficiente na ausência forçada de muitos recursos, que completam e até consubstanciam a linguagem oral.” (CÂMARA JÚNIOR, 1961, p. 15)

Nesse sentido, deve o advogado dominar plenamente esses traços de expressão lingüística, de maneira a melhor prestar seu serviço, atender seus clientes e pleitear em juízo. Deve também conhecer corretamente os mecanismos de argumentação jurídica, sob as suas mais diversas formas, na medida em que o uso coerente e coeso de argumentos e dados fáticos contribui para o sucesso no convencimento das teses apresentadas em juízo, verdadeira arma de atuação do profissional da advocacia.

4. Conclusão

Conforme destacado nessas breves palavras, o problema da comunicação em geral, e da comunicação do profissional do Direito, especificamente, não pode deixar de figurar nos principais debates dos dias de hoje.

Verifica-se que, ao mesmo tempo em que os advogados e profissionais do Direito em geral tornam-se cada vez mais distantes dos conhecimentos padrões da língua culta, por outro lado a utilização de uma linguagem jurídica arcaica e que já caiu em desuso, com a utilização de expressões que não refletem

a realidade social de seu tempo, afasta cada vez mais os profissionais do Direito daquela a quem deve servir: a sociedade em geral.

Os advogados devem ter treinamento em comunicação verbal e escrita, porque, além de participar de processos, em que, na maioria das vezes, a comunicação se faz pela escrita, em outras muitas oportunidades deve dominar a apresentação oral, quer em sustentações orais, defesas perante o tribunal do júri, quer em palestras, congressos, reuniões de pessoas, adequadas para transmitir os conhecimentos e iniciar os pupilos na verdadeira arte da comunicação jurídica. E isso implica também conhecimento e prática da argumentação jurídica. Por isso se preconizam os exercícios práticos, constantes, de sorte a propiciar a familiaridade do jurista com a linguagem do foro.

Não se deve olvidar, por outro lado, que o mundo globalizado está a exigir do profissional capacidade de adaptação ao contexto internacional, o que inclui a necessidade de adaptação e conhecimentos também em idiomas estrangeiros. Com efeito, o intercâmbio de experiências e de vivências jurídicas com profissionais de outros países é muito engrandecedor para os profissionais do mundo jurídico.

Então é imprescindível que as universidades privilegiem o estudo da linguagem, não só oral, como a escrita, promovendo cursos e introduzindo no currículo a matéria. Mas não se pode esquecer da prática constante, único meio de consolidar os conhecimentos teóricos.

Quem não se comunica corretamente fica fora do grupo profissional, é excluído. Em igualdade de oportunidades, própria da democracia, o advogado despreparado perde o mercado.

Referências

AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

CÂMARA JÚNIOR, J. Matoso. *Manual de expressão oral e escrita*. Rio de Janeiro: J. Ozon, 1961.

_____. *Princípios de lingüística em geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1970.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da; WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 2 v.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LYRA FILHO, Roberto. *Formei-me em direito... e agora?*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957.

VOESE, Ingo. *Argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2002.

Ramez Tebet

Os bons não morrem

Agaciel da Silva Maia

Ramez Tebet teve uma trajetória pública linear e sempre se pautou por sua famosa assertiva de que “o Congresso Nacional não é Casa de radicalismo, de intolerância – o Congresso Nacional é a Casa da construção, dos grandes debates, do entendimento.”

É por isso que podemos afirmar, sem qualquer sombra de dúvida, que estão de luto todos aqueles que amam o Brasil e têm envidado esforços para a construção de um estado democrático de direito em nosso País e lutam por uma sociedade mais justa e fraterna, livre do flagelo das tremendas desigualdades sociais.

Partiu Ramez Tebet. E, mesmo em sua partida, fica, de forma indelével, a marca de um parlamentar admirável, de um líder autêntico, de um tribuno eloqüente e de um ser humano que, até seu último alento de vida, ofereceu sobejas lições de coragem, mesmo que tivesse de enfrentar - como enfrentou - um câncer, em luta sem tréguas, em seus últimos vinte anos de existência. A humildade e o senso de retidão pautaram sua longa trajetória parlamentar. Para ele, não existiam inimigos ou adversários políticos. Existiam apenas pessoas que buscavam desesperadamente dar o melhor de si para o engrandecimento da Nação brasileira. Para tanto, era no campo próprio do debate e do diálogo que ele sabia cavar trincheiras. E nessas trincheiras sempre tremularam as bandeiras da liberdade e do respeito ao contraditório; da paz e da justiça social.

Agaciel da Silva Maia, Economista, é Diretor-Geral do Senado Federal.

Em uma época tão marcada pelas lutas políticas, convivendo em uma Casa que, desde há muito, vem vocalizando os mais lídimos anseios do povo brasileiro, foi no Senado Federal que ele colocou à disposição seus muitos talentos, o brilho de sua inteligência e sua voz em defesa das populações mais vulneráveis, sejam estas do seu estado natal, o Mato Grosso do Sul, sejam do interior amazonense ou dos sertões norte-rio-grandenses. Tudo o que dizia respeito ao Brasil dizia respeito a ele. Omissão não era do seu feitio. Sabia travar o bom combate como ninguém, sempre que um direito se encontrava ameaçado e que uma lei, ao invés de incluir, promovesse a exclusão. Tebet foi um protótipo da inclusão social, do acesso às modernas tecnologias por parte das populações carentes e também um defensor da tese segundo a qual somente através do conhecimento, da educação, ensinaremos o redesenhar de um novo Brasil.

Na política, desempenhou inúmeras funções e cargos públicos. Destacamos os de Prefeito de Três Lagoas, sua cidade natal, Deputado Estadual, Secretário de Estado, Vice-Governador e Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Foi, também, Ministro de Estado e Senador da República para cumprir dois mandatos (1995-2003 e 2004 a 2006), sendo que, para o segundo mandato, o qual não chegou a concluir, foi reeleito como o Senador mais votado na história do Mato Grosso do Sul. Em seu primeiro mandato como Senador, foi eleito Presidente da Casa para o biênio 2001/2003. Consta da sua profícua gestão a criação da Universi-

dade do Legislativo Brasileiro, a Unilegis, através da Resolução do Senado Federal nº 01, de 2001, fato esse que fez a nossa Câmara Alta ser o primeiro Senado do mundo a criar uma universidade, com cursos presenciais e a distância, nos mesmos moldes de grandes organizações internacionais que criaram suas universidades corporativas.

Era conhecido por seus pares como o “senador relator”. Para termos uma idéia, em menos de oito anos de mandato, Ramez Tebet relatou nada menos que trezentas matérias sobre os mais diversos temas. Isso significa que, no Parlamento, ele leu, analisou, pesquisou, solicitou auxílio de especialistas, conversou com outros parlamentares e elaborou bem fundamentados pareceres sobre temas que afetavam a vida das pessoas – um trabalho árduo que lhe garantiu não apenas o respeito, mas também a admiração dos seus colegas senadores.

Ainda por muito tempo sentiremos sua presença firme, nas muitas Comissões do Senado, nas quais atuou, personificando sua frase: “Vi e aprendi que uma disputa não se ganha elevando-se o tom, mais ou menos como o som de um berrante, mas com a força dos argumentos”.

Ramez Tebet, nascido a 7/11/1936 e falecido no último dia 17/11/2006, nos faz recordar a sábia lição de Guimarães Rosa, o grande ficcionista das Minas Gerais: “as pessoas boas não morrem... ficam encantadas”. Encantado está Ramez Tebet, porque foi um homem bom, na melhor acepção da palavra.

Retórica

Uma metodologia para o Direito?

Dario Alberto de Andrade Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Vínculos entre Direito e Retórica. 3. A natureza do Direito. 4. Um método para o Direito. 5. Conclusão.

1. Introdução

Relegada a um segundo plano durante aproximadamente trezentos anos e principalmente a partir do início do século XX, a Retórica foi retomada como assunto sério somente após a Segunda Guerra Mundial. No caso específico do Direito – a Retórica ou aquela corrente mais conhecida como Nova Retórica –, as principais pesquisas foram levadas a cabo pelo polonês naturalizado belga Chaim Perelman. Os trabalhos desse autor foram uma reação contra o Positivismo Jurídico cuja tradição, sob várias formas, remonta, principalmente, ao Código Civil Napoleônico de 1804.

2. Vínculos entre Direito e Retórica

As origens da Retórica remontam às cidades-estado gregas e, em especial, àqueles que foram chamados de sofistas. Apesar da má fama que acabaram por receber por parte de Platão e da posteridade, eram figuras essenciais em uma sociedade que orbitava em torno do debate democrático.

Aristóteles, por exemplo, já percebera que, para as questões que envolviam controvérsias – isto é, discussões que envolvi-

Dario Alberto de Andrade Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal. Bacharel em Direito (AEUDF) e Licenciado em História (UNESP).

am valores –, não seria aplicável a lógica formal. Para esses casos, seria utilizável a chamada lógica dialética ou retórica.

O Direito trata, sobretudo, de questões em que valores morais, éticos e legais estão envolvidos. A Retórica pois, seria, em princípio, a metodologia mais adequada ao Direito, afinal de contas, esse campo do conhecimento essencialmente trata de controvérsias sobre valores. O trabalho do advogado é, em grande parte, pontuado pelo objetivo de justificar as suas teses e enfraquecer as idéias da outra parte.

Ademais, há particularidades que diferenciam o Direito tanto das ciências naturais quanto das demais ciências humanas.

O ponto principal que diferencia o Direito das ciências humanas é a Decisão. Uma questão sociológica ou histórica, por exemplo, é continuamente discutida e muitos são os casos em que não se encontra uma solução definitiva. É claro que essas discussões são continuamente aprimoradas e se tornam mais sofisticadas. Mas não existe um momento em que uma discussão possa ser dada como encerrada.

O Direito, porém, exige uma Decisão, uma solução para um determinado caso concreto. Dessa forma, precisa alcançar uma solução definitiva para uma demanda. A seguir examinar-se-á, com mais cuidado, a especificidade do Direito como ciência e por que demanda uma metodologia própria. Além disso, será feito um breve histórico das duas correntes positivistas mais expressivas: a Escola da Exegese – século XIX – e o pensamento de Hans Kelsen – século XX. Para o Direito, por fim, conclui-se que a Retórica se mostra como a metodologia mais aplicável.

3. A natureza do Direito

Não é exagero dizer que existe uma percepção clara das particularidades do Direito como ciência. Maria Helena Diniz (1996, p. 1), por exemplo, aventurou-se pelo tema em seu *A Ciência Jurídica*. Nessa obra, ela afirma que

“sobre essa questão [o caráter científico do Direito] encontramos todas as respostas possíveis e imagináveis. Tal ocorre porque, como bem evidencia a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o vocábulo ‘ciência’ não é unívoco. Apesar de com ele se designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica. Além disso, as modernas disputas sobre tal termo estão intimamente ligadas à metodologia”.

Diniz (1996, p. 3) aponta, ainda, que a origem da dificuldade reside em

“... encontrar uma definição única, concisa e universal que abranja as inúmeras manifestações em que se pode apresentar o direito e que, assinalando as essências que fazem dele uma realidade diversa das demais, purifique-o de notas contingentes, que velam sua verdadeira natureza”.

Daí, a conclusão da autora é que

“Não há entre os autores um consenso sobre o conceito de direito. Impossível foi que se pusessem de acordo sobre uma fórmula única. Realmente o direito tem escapado aos marcos de qualquer definição universal, dada a variedade de elementos e de particularidades que apresenta; não é fácil discernir o mínimo necessário de notas sobre as quais se deve fundar seu conceito” (DINIZ, 1996, p. 4).

Não importam aqui as demais análises da obra de Maria Helena Diniz (1996). Para este trabalho, o importante é averiguar que, na obra citada – *A Ciência Jurídica* –, podemos encontrar uma síntese das dificuldades encontradas pelo estudioso do Direito. Se de um lado não existem maiores dificuldades em verificar as particulares do Direito, por outro há enormes dificuldades em

compreender, afinal de contas, quais são as “regras” do Direito.

Uma primeira observação a se fazer é a diferenciação entre ciências naturais e ciências humanas. Vale aqui o que diz Luis Antonio Nunes (1996, p. 14):

“Nas ciências humanas, busca-se igualmente explicação para os fatos e suas ligações. Contudo, nelas aparece o homem com suas ações como objeto de investigação. As ações dos homens e suas intrincadas relações interpessoais, que trazem resultados imprevisíveis, obrigam à introdução do ato de compreender junto ao de explicar. É necessário, nas ciências humanas, captar o sentido dos fenômenos humanos; é preciso compreendê-lo, portanto, numa acepção valorativa”.

Apesar de muitas particularidades das ciências humanas serem as mesmas do Direito, este trabalho parte do princípio de que, em razão de suas peculiaridades, o Direito tem métodos diferentes tanto das chamadas ciências naturais, quanto das demais ciências humanas.

Norberto Bobbio (2001, p. 25) observa, por exemplo, que

“há, indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo”.

Daquilo que Bobbio (2001) afirma, o importante é observar que o Direito cumpre uma função social de normatizar as relações humanas. O Direito é, portanto, um conjunto de técnicas desenvolvidas pelo Homem e postas a serviço da sociedade para possibilitar a resolução de conflitos entre os seus membros.

Resolver conflitos, eis a chave para o entendimento do Direito. Pode-se dizer mais: o objetivo do Direito é obter uma “Decisão”. O Direito, se não oferece uma decisão para um caso, deixa de cumprir a sua função social. Da mesma forma, os Tribunais que postergam indefinidamente uma decisão agem da mesma forma como se não oferecessem uma.

Direito que demora não é Direito. Isso, é claro, não é pouco. As sociedades só se permitem existir, de alguma forma, se as normas para a convivência social forem conhecidas e aceitas.

Podemos, assim, concordar com Chaim Perelman (1998, p. 13) quando ele observa que

“a conclusão que, desde já, tiramos deste desenvolvimento é que, seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão”.

As decisões jurídicas, portanto, não existem desligadas da realidade que as cercam. Se um juiz decide A ou B, ele considera, em sua sentença, as implicações sociais que essa decisão terá. Dessa forma, as “regras” do Direito são diferentes das “regras” jogadas por outras ciências.

A pergunta, então, é: quais seriam essas regras? Qual seria o método do Direito? Uma possível chave para essa discussão parece

encontrar-se nos trabalhos de Chaim Perelman. Esse autor, em obras como *Lógica Jurídica*, retoma uma tradição intelectual que remonta a Aristóteles.

Perelman observa que Aristóteles afirmou, em especial na obra *Organon*, que existem dois tipos de raciocínios ou, melhor dizendo, cada tipo de ciência – em razão de sua natureza – carece de um dos dois tipos de raciocínios existentes. O primeiro tipo, chamado de analítico, são “... aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas” (PERELMAN, 1998, p. 1). O Direito, todavia, utiliza-se do segundo tipo de raciocínio, aquele que Aristóteles chama de dialético. Novamente, recorremos a Perelman, que define esse tipo de raciocínio como aquele que “[diz] respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes”. (PERELMAN, 1998, p. 2).

Como dito acima, o Direito se diferencia das ciências em geral. Antes que se avance, no entanto, deve-se observar em que o Direito se diferencia das demais ciências humanas. Se o Direito e essas ciências estão submetidos ao método dialético, existe uma diferença fundamental. Enquanto nas Ciências Humanas é impossível se alcançar uma solução definitiva, apenas soluções provisórias, o Direito precisa, para ser legítimo perante os olhos da sociedade, oferecer soluções definitivas para um conflito social. Essa solução definitiva é aquilo que anteriormente qualificamos como decisão.

Evidentemente, se o Direito se legitima com a decisão, essa precisa-se legitimar de alguma forma perante a sociedade. Essa legitimação da decisão se dá quando ela é aceita como correta, justa, inquestionável e emitida por uma autoridade reconhecida como tal.

Aí se coloca, certamente, a questão da justiça. O que faz um juiz quando é posto

diante de um caso em que o resultado da sentença possa ser a iniquidade? Perelman (1998, p. 83) responde a essa questão ao afirmar que

“... quando a situação jurídica torna-se insuportável, e a reforma por via legislativa afigura-se muito difícil, se não impossível, acontece-lhe, para remediá-la, recorrer a mecanismos especificamente jurídicos, tais como o recurso às presunções jurisprudenciais irrefragáveis e até, em casos extremos, à ficção”.

Assim, mais uma vez, podemos ver que a lógica formal ou analítica é inaplicável ao Direito. Não é verdadeiro, como ensinam alguns livros de Introdução ao Direito, que a lei é a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e conclusão é a decisão.

Como observa Perelman (1998, p. 33), durante muito tempo se imaginou que

“uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo jurídico, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo”.

Um exemplo claro é o ocorrido com o art. 192 da Constituição Federal, antes de ser parcialmente revogado pela Emenda Constitucional nº 40. Se aplicada, a norma emanada do texto constitucional que limitava o percentual de juros terminaria por tornar inviável a atividade econômica nacional.

Qual a solução encontrada? O Supremo Tribunal Federal decidiu em 1989, liminarmente, e no mérito, em 1991, que a eficácia do parágrafo 3º do art. 192 estaria a depender da edição de norma regulamentadora.

A Decisão do Supremo Tribunal Federal foi não propriamente uma decisão técnica – isto é, puramente baseada no Direito ou no texto legal – mas uma decisão socialmente aceitável. Uma decisão técnica, puramente voltada ao texto constitucional, seria a de aplicar de imediato a norma constitucional.

Portalis (apud PERELMAN, 1998, p. 24), o jurista francês do século XIX, em seus comentários ao Código Napoleônico, dizia que

“é impossível para o legislador prever tudo... Um sem-número de coisas são... necessariamente deixadas ao império do uso, à discussão dos homens instruídos, à arbitragem dos juizes... na falta de texto preciso sobre cada matéria, um uso constante e bem estabelecido, uma seqüência ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima acatada têm força de lei...”.

O que esse exemplo significa? Significa que o puro silogismo não é aplicável ao Direito. Para que o silogismo judiciário fosse possível, seria necessário, nas palavras de Perelman (1998, p. 33), que

“...o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que, para cada situação dependente da competência do juiz, houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade”.

4. *Um método para o Direito*

O direito, para ser aplicado, carece, pois, de outros métodos, como será visto. Antes, porém, de seguirmos adiante, faremos um breve histórico das escolas que buscaram métodos próprios e adequados para o Direito.

A mais antiga escola do Direito é a Jusnaturalista, cujas raízes podem ser buscadas na antiguidade. De acordo com Nunes (1996, p. 38),

“pode-se dizer, em linhas gerais, que essa escola é fundada no pressuposto de que existe uma lei natural, eterna e imutável; ou, ainda, da natureza social do ser humano (...) é através da ra-

ção que, voltando-se para si mesma, investiga, para descobrir na própria consciência, os princípios e as leis universais”.

Como reação ao Jusnaturalismo, há duas escolas jurídicas. A primeira é a Escola Histórica e a segunda é a Escola da Exegese. A primeira delas não nos interessa no presente trabalho. A segunda, todavia, sob diversas formas, tem sido a principal escola jurídica ao longo dos últimos 200 anos.

A Escola da Exegese surge com a promulgação do Código Civil Napoleônico em 1804. Esse Código teve grande significância histórica ao unificar o Direito Civil Francês. A partir de sua existência, a fonte principal para os juristas tornou-se a lei, ou, melhor dizendo, a intenção dos doutrinadores dessa escola era reduzir o Direito exclusivamente à lei. Além disso, considerava que a lei seria um todo completo em que todas situações fáticas estariam previstas. Dessa maneira, o juiz não se poderia deixar de emitir uma sentença, como dispunha o art. 4º do Código, a saber: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser punido como culpado por denegação da justiça”.

Fora isso, o início do século XIX é o momento em que as ciências naturais se legitimam como forma de conhecimento. De acordo com Hespanha (1998, p. 174),

“a evolução das ciências naturais e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (‘posta’, ‘positiva’) (...) Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstractas”.

De acordo com Nunes (1996, p. 40), “a função judicial teria, assim, uma concepção

mecânica, como um processo lógico-dedutivo de subsunção do fato concreto à determinação abstrata da lei”.

Para o surgimento da Escola da Exegese, além da influência reinante das ciências naturais, contribuiu, também, a Revolução Francesa. Essa, ao basear a sua criação legislativa na vontade do povo, tornava a lei imutável e que apenas poderia ser alterada mediante a vontade do povo. Nesse contexto, seria inimaginável e indesejável a possibilidade de criação por parte do Juiz. Assim, o Código Napoleônico, apesar de promulgado no Império, poderia ser compreendido claramente como uma continuação daquilo que fora realizado pela Revolução Francesa e, portanto, seria intocável. Hespanha (1998, p. 177) verifica que esses dois fatores, a influência das ciências naturais e a Revolução Francesa, “contribuíram para ... dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles, não podiam valer quaisquer outras fontes de direito”.

A idéia de vincular o Direito à lei não era, evidentemente, nova. Montesquieu (1987, p. 176), por exemplo, defendia a tese de que os juízes deveriam ser “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

A Escola da Exegese, portanto, imaginava que seria possível reduzir todo o Direito à lei, criando um sistema jurídico fechado e, importante, sem lacunas e capaz de resolver todos os problemas que lhe fossem apresentados.

A Escola da Exegese é caracterizada por uma preocupação em tornar científico o Direito. Como observa Perelman (1998, p. 69) a propósito da Escola da Exegese, “...sob a influência do racionalismo moderno, o direito foi assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética”.

Para a aplicação do método da Exegese ao Direito, é essencial que o sistema seja “fe-

chado”, isto é, seja possível encontrar soluções dentro do sistema para todo problema que surja. De acordo com Perelman (1988, p. 69), “se existirem obstáculos a essa assimilação do direito a um sistema dedutivo, a saber, o silêncio, a obscuridade e a insuficiência da lei, a missão da doutrina será remediá-los apresentando soluções ‘científicas’ às dificuldades”.

Perelman (1998), é bom dizer, estabelece uma periodização da Escola da Exegese. Por essa classificação, a Escola entrou em declínio a partir de 1900. Obviamente, essa periodização é arbitrária. A influência dessa Escola sobre os doutrinadores atuais do Direito ainda é grande. Muitos de seus conceitos, alterados ou repensados, continuam a ser utilizados.

A estrita vinculação do Direito à lei continua, na primeira metade do século XX, com Hans Kelsen. Perelman(1998, p. 91) afirma a respeito dele que

“o positivismo de Hans Kelsen e de sua escola apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original”.

A ambição da teoria Kelseniana era retirar do Direito toda valoração. Assim, eliminar-se-iam quaisquer referências à ética, à moral, à política ou à ideologia, por exemplo. O Direito, de acordo com essa concepção, concentraria seus esforços em averiguar a validade ou não de uma norma jurídica. A concepção de Kelsen reinou inabalável até o fim da Segunda Guerra Mundial. Uma das objeções mais fortes ao pensamento de

Kelsen é que a Alemanha Nazista foi o exemplo de que o Direito não se confunde com a Lei. “O direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça” (PERELMAN, 1998, p. 95).

Kelsen foi, porém, uma das fortes tentativas de purificação do Direito. O objetivo do autor austríaco era depurar o Direito de quaisquer influências políticas, ideológicas, morais ou sociais. De acordo com Kelsen, caberia ao jurista tão-somente produzir um discurso jurídico que não se deixasse contaminar por influências extrajurídicas.

Kelsen considerou o Direito como um sistema especial de normas, cujo fundamento não estaria em outros sistemas normativos como, por exemplo, a moral ou a religião. Assim, uma norma jurídica não estaria em vigor por ser moralmente aceitável ou por ser legitimada pela religião, mas simplesmente porque era uma norma jurídica de acordo com o Direito já posto. Assim, uma norma jurídica nova legitimar-se-ia em razão de uma norma superior – a Constituição. Essa, por sua vez, legitimar-se-ia em virtude de uma norma hipotética fundamental que legitima a Constituição. Como anota Hespanha (1998, p. 195), “uma norma destas é auto-referencial, ou seja, aplica-se a si mesma; e, com isso, legitima-se a si própria e a todas as outras”.

Evidentemente o positivismo jurídico não se manteve o mesmo ao longo de duzentos anos. O importante é ressaltar, como o faz Hespanha (1998, p. 175), que

“todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo. O saber jurídico deve cultivar métodos objectivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pelas ciências ‘duras’, deles devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, de-

certo, o seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito”.

Perelman (1998, p. 91) conclui que as concepções modernas de Direito, isto é, aquelas que foram criadas após a Segunda Guerra Mundial, são, essencialmente, tentativas de reagir contra o positivismo jurídico, tanto aquela concepção que ainda remete à Escola da Exegese, quanto a sua versão mais sofisticada, a de Hans Kelsen.

Perelman (1998, p. 138), quando afirma isso, refere-se à sua própria trajetória intelectual. Como ele próprio afirma,

“... após quase dois anos de trabalho, [cheguei] à conclusão inesperada de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação. Estas têm sido analisadas desde a antiguidade por todos que se interessavam pelo discurso que visa persuadir e convencer e publicaram obras intituladas *Retóricas, Dialética e Tópicos*”.

5. Conclusão

A Retórica, portanto, é o método utilizado quando não é possível o uso de lógica formal ou de técnicas que sejam unanimemente admitidas. Os raciocínios retóricos são, pois, aqueles que visam a estabelecer um consenso sobre temas que sejam objetos de controvérsia ou ambigüidade.

O Direito é, enfim, o terreno das controvérsias e a ambigüidade é própria do processo de construção jurídica. Desse modo, o método próprio ao Direito e as suas características parece ser justamente o da Retórica. Nesse sentido, a Nova Retórica de Perelman mostra-se, portanto, como um método que merece mais atenção na aplicação cotidiana do Direito.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUNES, Luiz Antonio. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

História semântica de um conceito

A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *paramount law*

Raphael Peixoto de Paula Marques

Sumário

1. Introdução. 2. Prenúncio da supremacia constitucional no pré-constitucionalismo inglês do século XVII: os conflitos entre rei e parlamento e o discurso político de Sir Edward Coke. 3. O papel da Revolução Americana na mudança conceitual do termo *constituição* e no surgimento do *judicial review*. 4. A aquisição evolutiva da constituição como *Paramount Law*: conseqüências para o direito e para a política. 5. Conclusão.

“Uns, com os olhos postos no passado, vêem o que não vêem; outros, fitos os mesmos olhos no futuro, vêem o que não pode ver-se” (PESSOA, 1998, p. 290).

1. Introdução

A frase acima citada do poeta Fernando Pessoa retrata bem a dificuldade e o risco de toda tentativa de reconstrução histórica. Dificuldade em virtude da distância e do estranhamento que permeiam o *métier* do historiador¹; risco tendo em vista a possibilidade do uso indevido do tempo, da história. Sem embargo de tudo isso, o olhar voltado ao passado entremostra-se como uma verdadeira necessidade para aqueles que querem compreender o funcionamento da sociedade atual, e, mais especificamente, do constitucionalismo contemporâneo. Como afirmou o historiador Marc Bloch, o ofício do historiador se mostra no processo fundamental de compreensão do presente pelo passado e, correlativamente, do passado pelo presente².

Raphael Peixoto de Paula Marques é especialista em Direito Constitucional pela UNIPÊ/PB. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário do Distrito Federal/UnidF. Procurador Federal lotado no FNDE/DF.

Diante desse contexto, deve-se registrar uma advertência: o presente artigo não tem a pretensão de reconstruir completamente a herança constitucional do passado ou mesmo estabelecer como *realmente* aconteceram os fatos³ que repercutiram na mudança conceitual do termo *constituição*. Toda reconstrução histórica é parcial, relativa. Ao contrário, pretende-se apenas evidenciar o contexto, o pano de fundo jurídico-político dos acontecimentos, principalmente no século XVII na Inglaterra e no século XVIII nos Estados Unidos, para indicar a influência desse período na formação do constitucionalismo moderno, especialmente na noção de supremacia constitucional⁴. Por outro lado, o estudo de uma história semântica desses conceitos deve tomar como pressuposto que o século XVIII não desembocou em um modelo acabado e absoluto de constitucionalismo, mas em uma pluralidade de tradições constitucionais⁵.

Assim, propõe-se o seguinte roteiro: abordar-se-á de início (i) o pré-constitucionalismo inglês do século XVII, representado pela conturbada tentativa de limitação do poder político do monarca pelo parlamento, sobretudo o discurso político de Sir Edward Coke sobre uma *ancient constitution* inglesa. Em um segundo momento (ii), analisar-se-á a mudança conceitual do termo *constituição* proporcionada pela Revolução Americana e a importância da decisão *Marbury vs. Madison* nesse contexto. Por fim (iii), examinar-se-ão esses acontecimentos à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, demonstrando as conseqüências, para o direito e para a política, da aquisição evolutiva da constituição como *paramount law*.

2. Prenúncio da supremacia constitucional no pré-constitucionalismo inglês do século XVII: os conflitos entre rei e parlamento e o discurso político de Sir Edward Coke

Se de um lado pode-se afirmar que existiu um *proto* ou *pré-constitucionalismo* inglês

(PINTO, 2003), por outro, é importante deixar assinalado que não há um nexo de causalidade direto e específico entre essa vivência e a Revolução Americana ou mesmo entre as práticas que assentaram as premissas do *judicial review of legislation*. A intenção não é demonstrar até que ponto as idéias inglesas influenciaram os revolucionários americanos, mas apenas evidenciar que a existência dessas memórias repercutiu de alguma forma no desenrolar dos acontecimentos⁶.

Dessa forma, embora o constitucionalismo moderno só tenha adquirido seus fundamentos iniciais com a Revolução Americana no final do século XVIII, certamente seu desenvolvimento e consolidação pelo mundo teria sido diferente sem a experiência *constitucional* inglesa (COSTA, 2004, p. 49)⁷. Quando se fala que a Inglaterra do século XVII – período aqui estudado – teve uma vivência *constitucional*, não se quer referir a uma possível existência de *constituições* no sentido atual do conceito, mas a uma constante tentativa de limitação do poder político do monarca pelo parlamento (STOURZH, 1988, p. 42; MADDOX, 1995, p. 50)⁸ e à existência de documentos, como a *Magna Carta*, que caracterizavam em certo sentido um *fundamental law*: a afirmação de um direito antigo que fazia parte de uma tradição imemorial de direitos e liberdades.

Por isso, antes de estudar o século XVII, faz-se necessário um exame do desenvolvimento, entre os séculos XIII e XV, do *common law* e do significado que a *Magna Carta* adquiriu após sua celebração em 1215 pelo Rei João Sem Terra. Isso será importante para entender melhor a *queda de braço* entre rei e parlamento – especialmente a argumentação utilizada por Sir Edward Coke – durante o reinado de James I e Charles I, ambos da dinastia Stuart.

Em relação à mudança conceitual da *Magna Carta*, é interessante notar que esse documento era formalmente, pelo menos de início, uma concessão real que garantia certos direitos aos barões detentores de terra.

Era mais uma declaração escrita feudal que nacional. Somente a partir do reinado de Henry III (1216-1272) – da dinastia plantageneta – é que a *Magna Carta* adquire um sentido distinto, passando a ser considerada um *statute* que afirma o direito antigo, integrante do *common law*, sendo regularmente *confirmada* a partir de 1225 no início de cada Parlamento (MCILWAIN, 1969, p. 176-177; HILL, 1992, p. 319). Assume peculiar importância no desenvolvimento pós-1215, pela linguagem utilizada, um trecho da famosa confirmação do Rei Edward I feita em 1297:

“I. Know ye that we to the honour of God and of the holy Church, and to the profit of all our realm (...), have granted for us and our heirs, that the Great Charter of Liberties (...) and the Charter of the Forest, which were made by common assent of all the realm (...), in the time of King Henry our father, *shall be kept in every point without breach*. (...) and that our justices, sheriffs, mayors, and other officials who under us and by us have to administer the law of the land (...) shall allow the said charters in pleas before them and judgments in all their points; that is to say, *the Great Charter of Liberties as common law*, and the Charter of the Forest according to the Assize of the Forest, for the *relief of the people* (...).

II. And we will that if any judgments be given from henceforth, *contrary to the points of the charters* aforesaid by justices or by any other our ministers that hold pleas before them touching the points of the charters, *they shall be undone and holden for naught*.” (apud MCILWAIN, 1996, p. 127-128)

Como visto acima, *the Great Charter of Liberties* era considerada parte do *common law*. Mas, o que era *the law common to all*? Como se formou? A resposta a essas questões ajudará a compreender o surgimento de uma *fundamental law* inglesa, a qual Coke tanto se reportou, e que, posteriormente, re-

fletiu de certa maneira na formação do conceito moderno de constituição pelos revolucionários americanos. Como notou Thomas Paine (1989, p. 166), “não existe na Inglaterra algo como constituição. Pode-se levantar a questão, não imprópria para ser investigada: se não existe constituição, como surgiu a idéia de sua existência tão generalizada?”.

Na realidade, foi a partir do reinado de Henry II que se instalaram as bases para o surgimento do sistema de direito inglês⁹ chamado *common law*, pelo menos como existiu e se desenvolveu até os séculos XVI e XVII (BERMAN, 1996, p. 459; DAVID, 1998, p. 286). Tomando como ponto de partida a conquista normanda¹⁰ levada a cabo por William I – The Conqueror¹¹, é somente com a coroação de Henry II após a morte do Rei Stephen (neto de William I) em 1154 que, diante de um panorama de guerras privadas e anarquia, são desenvolvidas instituições e conceitos político-jurídicos que eram apenas embrionários nos reinados anteriores da Inglaterra e da Normandia. Por outro lado, com a liberdade da Igreja – e a extinção da idéia, que vigorava até então, de uma monarquia sacra, em que a Igreja era submetida à autoridade do monarca –, o desenvolvimento do governo real e de suas instituições jurídicas é favorecido. Dessa forma, ao impor a jurisdição e o direito real aos assuntos penais e civis que antes haviam estado dentro de uma jurisdição local ou feudal, Henry II revolucionou o sistema de direito inglês existente e estabeleceu as premissas para o surgimento do *common law* (BERMAN, 1996, p. 458-467).

Durante grande parte desse período em que o *common law* estava tomando forma, há uma certa disputa entre a idéia romana de *lex* e a concepção medieval de direito como um uso imemorial, um *consuetudo*. A partir de meados do século XIII e início do século XIV, esses *costumes antigos do reino* passam a se identificar com a própria noção de direito comum: “custom had really become law” (MCILWAIN, 1969, p. 131). Inicialmente,

portanto, o direito na Inglaterra é algo que já existe, apenas necessitando de definição, só podendo ser promulgado e não feito/criado. Diante disso, a noção de legislação ainda é ambígua, tendo os atos do parlamento¹² a característica inicial de afirmação desse direito antigo. O próprio rei, na maioria das vezes, não poderia ir contra esse direito pré-existente.

Mas a *Magna Carta* não era somente *direito comum*, era considerada também um ato formal, uma promulgação do parlamento (*enactment*), mais especificamente um *statute*. Para entender o real significado da *Great Charter of Liberties*, deve-se examinar a relação dos atos formais/promulgações do parlamento com o *common law*.

Charles H. Mcilwain (1969, p. 143-177) propõe alguns critérios para esclarecer a questão. Originalmente, pelo menos no início do século XIV, os atos do parlamento eram realizados com o fim geral de *afirmação* de todo o conjunto do direito costumeiro antigo, das duas *Cartas* e de todos os *statutes* anteriores¹³. O parlamento encontrava-se, aqui, numa permanente tensão com o direito antigo, pois só lhe cabia confirmar o que já existia. Somente após esse período é que a *revogação* (*repeal*) passa ser uma das finalidades parlamentares. Assim, a cada parlamento havia uma convocação e abertura através de uma *pronunciatio* – em analogia às declarações reais de paz que eram feitas no início de cada reinado – que afirmava o valor do *common law*. Por outro lado, a participação na edição das leis é baseada em uma teoria que afirma que a edição vinculante de um ato parlamentar só pode ser feita se as pessoas afetadas consentirem na sua promulgação. Dessa maneira, o que vincula todos deve ser assentido por todos, tornando-se *law common to all* (MCILWAIN, 1969, p. 145), o que só poderia ser realizado pelo parlamento. No tocante à variedade de nomes atribuídos aos atos do parlamento, a distinção mais relevante se faz entre *statute* e *ordinance*. Enquanto a *ordinance* se caracteriza pelo aspecto temporário e pela infor-

malidade na sua edição, o *statute*, no seu sentido original, é a afirmação do *common law*; ele adquire a natureza do direito que interpreta, ou seja, a permanência e a supremacia dentro do reino (MCILWAIN, 1969, p. 160-169), necessitando, assim, de uma maior formalidade¹⁴.

Chegou a hora de aplicar à *Magna Carta* os pontos acima analisados para se ter uma idéia clara de como os ingleses do século XIV-XV a encaravam. Esse documento passa a ser considerado um *statute* que afirma o direito antigo e que tem força obrigatória em todo o reino. Depois da confirmação de 1301, não foram feitas mais adições à *Magna Carta* e passou a ser costume a sua confirmação no começo de cada novo parlamento até pelo menos meados do século XV. Isso é o mais próximo de um *fundamental law* que as concepções medievais inglesas puderam alcançar. Sem sombra de dúvida, essas repetidas confirmações revelam a dificuldade de vincular o monarca pelo direito, influenciando intensamente os conflitos que estavam por vir entre rei e parlamento no século XVII. Conforme resume Mcilwain (1969, p. 176-177):

“Magna Carta, in the later Middle Ages, is looked upon and treated as an enactment in affirmance of fundamental common law, to be confirmed and observed as a part of that law; but undoubtedly all other enactments of such law are regarded as less important. The evolution of a *constitutional law* in America has generally been considered by British writers as without precedent in earlier English institutions. Such a view is hardly supported by a study of those institutions in the Middle Ages, before the modern doctrine of the legislative sovereignty of Parliament had taken definite form. But it seems hardly possible completely to identify the *fundamental law* of medieval England with the usual modern forms of such a law. In fact the content of that law, of which

Magna Carta is the best example, was not entirely nor mainly *constitutional*. *Rigid* constitutions are a development of modern times. (...) We go so far as to make of *fundamental* and *constitutional* practically equivalent terms. This was not done in medieval England.”

Encerrado o exame do surgimento e desenvolvimento do direito comum, assim como do significado incorporado pela *Magna Carta* após o século XIII, inicia-se a análise da importância do século XVII para a história *constitucional* inglesa e para a formação do constitucionalismo moderno.

Terminada a dinastia Tudor com a morte da Rainha Elisabeth I, sobe ao trono o Rei James VI da Escócia, posteriormente conhecido como Rei James I da Inglaterra, dando início à era Stuart. No período compreendido entre a coroação de James I em 1603 e a eclosão da Guerra Civil em 1642, a Inglaterra tornou-se o local mais importante na história ocidental no desenvolvimento da teoria do governo constitucional. As doutrinas da soberania e da separação dos poderes se confrontaram numa prolongada disputa entre rei e parlamento sobre a distribuição do poder político e sobre a competência para interpretar a denominada *Constituição Inglesa* (GORDON, 2002, p. 238-239).

Com efeito, a imposição de taxas sem a aprovação do parlamento¹⁵, a crença em uma monarquia absoluta em que predominasse o direito divino dos reis¹⁶, a constante dissolução do parlamento¹⁷, bem como a questão religiosa – a tensão entre protestantismo e catolicismo¹⁸ – foram alguns dos motivos que fizeram com que o reinado dos Stuarts fosse marcado pelos constantes conflitos com o parlamento. Uma vez rompida a harmonia entre os comuns e a coroa, que caracterizou o governo dos Tudors¹⁹, ambas as partes lançaram mão da tradição para justificar os seus direitos e privilégios.

Com a sucessão de Charles I ao trono inglês em 1625, as relações entre coroa e parlamento se acirraram. Após a dissolução do parlamento em 1626 devido às dificul-

dades impostas às pretensões bélicas do rei e ao *impeachment* do Duke of Buckingham, Charles I se viu forçado, devido às circunstâncias financeiras da coroa, a convocar um novo parlamento em 1628. Mais uma vez as pretensões reais foram dificultadas pela imposição da *Petition of Right* em troca da concessão dos subsídios solicitados pelo rei. Entre outras coisas, o documento exigia o fim das prisões arbitrárias e da taxação sem a aprovação parlamentar²⁰. Tendo em vista seus interesses, o rei aceitou a *Petition of Right*, mas já no ano seguinte dissolveu o parlamento e prendeu vários líderes parlamentares, instaurando um governo estritamente pessoal de onze anos, que passou a ser conhecido por seus inimigos por *Eleven years' Tyranny* ou *Charles' personal rule*.

Os primeiros anos do *governo pessoal* de Charles I foram marcados por uma certa tranquilidade. Porém, quando o rei tenta impor suas políticas religiosas à Escócia acaba provocando uma revolta nacional com a Guerra dos bispos. Com o intuito de conseguir recursos²¹ para subjugar os escoceses, o rei convoca o parlamento em abril de 1640, que aproveita mais uma vez a oportunidade para demonstrar suas queixas, bem como impor limites às prerrogativas régias. Após três semanas – daí o nome de *Short Parliament* –, o parlamento é novamente dissolvido, pois Charles I percebe que teria que ceder muito para obter a cooperação parlamentar. Entretanto, com a situação militar em estado crítico – em virtude dos conflitos com a Escócia – e sem recursos para custear seus projetos políticos, não restou outra saída ao rei senão a convocação do parlamento em novembro de 1640 – dessa vez o chamado *Long Parliament*.

Com efeito, rapidamente esse novo parlamento, aproveitando-se da fragilidade institucional da coroa, cuidou para que algumas das prerrogativas régias fossem limitadas. A *Câmara Estrelada* e outras cortes reais foram abolidas, a taxa *ship money* foi declarada ilegal, *the Triennial Act* – que estabelecia a convocação do parlamento a cada três

anos independentemente da vontade do rei – foi promulgado, assim como ocorreu o *impeachment* de vários ministros do rei (GORDON, 2002, p. 243). Privilegiado pelas circunstâncias, o parlamento passou a considerar-se como o protetor da tradição imemorial inglesa, que os Stuarts tanto violaram.

No final de 1641, os líderes parlamentares dirigiram uma violenta acusação pública a Charles I (*Grand remonstrance*) com o escopo de colocar o povo contra o rei e, em junho de 1642, na iminência da guerra civil, lançaram um ultimato ao rei: as *Nineteen Propositions*. Nesse documento, o parlamento exigia que os oficiais reais fossem aprovados pelo parlamento, que os juízes tivessem segurança no cargo, que os membros do parlamento fossem imunes à prisão, entre outras proposições. Charles I, na sua famosa *Resposta*, rejeitou os pedidos específicos das *Propositions*, afirmando que iriam reduzir o poder real a nada. No entanto, seguindo Aristóteles, ele reconheceu três formas de governo e declarou que a Inglaterra era um exemplo disso com o Rei, Nobres e Comuns, representando, cada um deles, respectivamente, a monarquia, a aristocracia e a democracia (GORDON, 2002, p. 258). Embora fosse de encontro ao *direito divino dos reis* que tanto defendera, o rei não fazia mais do que afirmar suas próprias prerrogativas, bem como ressuscitar a idéia de *constituição mista*²², tão cara à história constitucional inglesa.

Embora com a *Resposta* o rei tivesse cedido um pouco, isso não impediu a crescente radicalização entre realistas e parlamentares e a condução da Inglaterra à guerra civil – a chamada Revolução Puritana²³ –, com a execução de Charles I em 1649²⁴, e à instalação do primeiro e único período republicano da história inglesa. Com a restauração da monarquia em 1688²⁵, após a Revolução Gloriosa, a semântica política foi radicalmente transformada (GORDON, 2002, p. 266), como demonstra o significado constitucional do convite do parlamento a

William of Orange para ser o rei da Inglaterra mediante a imposição do *Bill of Rights*. Instala-se, assim, a supremacia do parlamento.

Dentro desse contexto, a era inicial da dinastia Stuart, vista como uma constante disputa pela autoridade política, é fundamental para a história constitucional inglesa e para a tradição constitucional ocidental em vários pontos. Os mais importantes, sem dúvida, são a autonomia do judiciário e do parlamento e a conseqüente limitação do monarca pelo direito. Dentro desse contexto, vale ressaltar a importância de Sir Edward Coke²⁶. Não obstante tenha sido um grande ativista parlamentar da era inicial dos Stuarts, foi seu trabalho como estudioso do direito que predominou em grande parte do constitucionalismo inglês, sobretudo pela publicação de seus *Law Reports e Institutes of the laws of England*.

A idéia da existência de uma *ancient constitution*, que devidamente consultada demonstraria que os monarcas têm sido historicamente limitados no exercício do poder político (STONE, 2000, p. 187), fez de Coke uma peça fundamental nos conflitos do século XVII entre rei e parlamento. Ao fazer desse mito uma realidade, identificando-o com o *common law*, Coke elevou o judiciário – intérprete autorizado desse direito – para um *status* político autônomo, igualando-o ao Parlamento e à Coroa (STONER JR., 1992, p. 27-30; GORDON, 2002, p. 256). Para o objetivo do presente ensaio, é fundamental examinar a opinião de Edward Coke no *Doctor Bonham's Case*²⁷ e constatar até que ponto esse caso se relaciona com a idéia de supremacia constitucional e de controle de constitucionalidade. A famosa passagem de Coke (apud STONER JR., 1992) nessa decisão se expressa da seguinte forma:

“(...) And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be perfor-

med, the common law will controul it, and adjudge such act to be void.”

Embora alguns estudiosos do tema²⁸ encontrem nesse argumento o fundamento direto do moderno *judicial review of legislation*, do exame do contexto histórico que envolvia a decisão, bem como das características da atuação política de Edward Coke (apud STONER JR. 1992), chega-se a outra conclusão. Uma coisa é discutir qual o uso semântico que os americanos fizeram da decisão; outra, bem diferente, é afirmar que o *Bonham's Case* caracteriza-se como um exercício de controle de constitucionalidade. Não há um nexo de causalidade específico entre a decisão de Coke e o *Marbury vs. Madison*. Os contextos históricos, os fundamentos teóricos e a semântica dos conceitos são totalmente diversos. Um pressuposto básico para a identificação das decisões era a disponibilidade²⁹, para Coke (apud STONER JR., 1992), do conceito moderno de constituição, de legislação e de função judicial, o que era impossível antes do final do século XVIII. Como adverte James R. Stoner Jr. (1992, p. 51), em qualquer estudo histórico do direito é perigoso aplicar conceitos que são familiares para nós, mas que são desconhecidos para um período anterior. Portanto,

“As a background to understanding Coke's contribution to judicial review, one would suppose that an outline of his general thoughts about law should be followed by a discussion of his constitutional theory. One has begun to understand Coke only when one comes to see how mistaken it would be to assert that he had such a theory at all. Modern commentators readily note that Coke has but a rudimentary concept of a written constitution, that he antedates the modern doctrine of the separation of powers, and that he appears not to accept the modern concept of legislation, much less the concept of the sovereign as the source of law. What they often fail to

observe is that Coke not only seems ignorant of the modern political science his contemporaries and immediate successors began to develop, but he also apparently rejects much that the classical political science available to him might have offered³⁰.”

Dessa forma, embora como visto acima tenha existido uma espécie de pré-constitucionalismo inglês apto a influenciar³¹ nos desenvolvimentos revolucionários posteriores, é somente com a promulgação da Constituição de 1787 e especialmente a partir da decisão *Marbury vs. Madison* que se instalam as premissas para a formação do conceito de supremacia constitucional e a conseqüente teoria do controle judicial de constitucionalidade das leis.

3. O papel da Revolução Americana na mudança conceitual do termo constituição e no surgimento do judicial review

O constitucionalismo moderno nasce ou, para afirmar de uma forma menos mágica e abrupta, adquire as premissas necessárias para o seu desenvolvimento, na verdade, não com as declarações de direitos da Revolução Francesa, mas com a Constituição Federal americana de 1787 (FIORAVANTI, 2003, p. 97).

Ao contrário das revoluções européias – Reforma Protestante, Revolução Inglesa de 1642, Revolução Francesa e Revolução Russa –, que se valiam do mito do retorno a uma época passada³², a Revolução Americana de 1776, combinando individualismo e historicismo, diferenciou-se justamente pelo fato de não haver nenhum *antigo regime* a derrubar³³. Embora essa revolução tivesse que provocar uma certa ruptura – a separação definitiva da pátria-mãe –, o que a caracterizou foi muito mais o uso político-jurídico, pelos colonos americanos, do patrimônio de direitos e liberdades fundado historicamente que a própria Inglaterra havia criado (CANOTILHO, 1999, p. 54;

MADDOX, 1995, p. 50; GORDON, 2002, p. 289)³⁴, para preencher o termo *constituição* com um novo sentido. Não é por outro motivo que, até meados de 1765 nos Estados Unidos, nenhum dos colonos pensava em independência (FIORAVANTI, 2003, p. 81). A Declaração de 1776 não é senão a constatação da impossibilidade de continuar vivendo como súditos do monarca inglês e sob a proteção das leis inglesas.

A Revolução Americana foi, em certa medida, paradoxal. Ao mesmo tempo em que rompia e pretendia transformar o sentido da *ancient constitution* inglesa, partia dessa mesma tradição para conceber um conceito de constituição que correspondesse “a un texto orgánico escrito, que el cuerpo constituyente soberano ha querido, y que como tal puede ser de hecho opuesto a los gobernantes que hayan actuado de manera ilegítima, es decir, contraria a la constitución” (FIORAVANTI, 2003, p. 84-85). Sob esse aspecto, o conceito de *constituição antiga* é superado, na medida em que o uso semântico de constituição pelos americanos pressupõe a noção de poder constituinte³⁵, que é radicalmente incompatível com a tradição inglesa de governo misto e equilibrado.

Dessa forma, necessário começar pelo exame, ainda que de forma resumida, da história conceitual³⁶ do termo *constituição*, sobretudo a inovação implementada no final do século XVIII³⁷. Pode-se distinguir, nesse desenvolvimento histórico, um uso lingüístico jurídico e um uso lingüístico político, bem como a idéia de constituição material e constituição formal³⁸.

Na tradição jurídica romana o termo *constitutio* relaciona-se com determinados atos do imperador, como editos e decretos. No período medieval, o termo passa a ser utilizado no plural para designar uma “ordem transcendente que, resolvendo os problemas fundamentais da *communitas*, assegura o equilíbrio e justificação política dos vários estratos, atribuindo-lhes pretensões relativas e obrigações mútuas na realização

da tarefa comum” (SOARES, 1986, p. 37). Com a posterior identificação da expressão *statute com lex, constitutio(s)* perde importância e passa a ser utilizado como um regulamento local. Somente no período dos conflitos entre rei e parlamento na Inglaterra do século XVII é que *constitutions* ganha novamente importância, desta vez adicionado ao termo *fundamental* (STOURZH, 1988, p. 43-44).

No uso político, *constitution* significa, por analogia ao corpo humano, a constituição/composição do corpo político (LUHMANN, 1996), isto é, o complexo ou forma do governo, com clara inspiração na terminologia aristotélica de *politeia* (STOURZH, 1988, p. 38-40; MADDOX, 1995, p. 51-55; BRITO, 2001). A utilização do termo *constitution* de forma individualizada, sem referências à natureza, passa a ocorrer em meados de 1610 na Inglaterra, sendo somente depois de 1640 – sobretudo com a publicação da resposta às *Nineteen Propositions* – que essa prática aumenta. Essa mudança terminológica vai indicar o desenvolvimento posterior do termo: iniciando com a *constituição do governo do reino*, posteriormente a expressão *governo* deixa de ser utilizada, pois todos sabiam que *constituição* significava *governo* (STOURZH, 1988, p. 42). Assim, gradualmente, o uso jurídico passa a ser aplicado junto com o uso político e a *constituição* vai deixando de ser associada à forma de governo, para se identificar com o conteúdo construído no final do século XVIII³⁹.

Estabelecido o termo *constituição* de forma individualizada e desconectado da referência ao corpo humano, o que faz, então, com que o termo adquira o significado que se conhece atualmente? Como se desenvolveu essa semântica nos acontecimentos revolucionários do final dos setecentos? Para entender minimamente esse processo, necessário examinar o papel das *charters* coloniais e das constituições estaduais na elaboração da constituição federal de 1787, bem como a idéia que os americanos passaram a ter da função legislativa, especialmente de-

pois da taxação britânica a partir de 1765 (STOURZH, 1988, p. 47; MADDOX, 1995, p. 59-60; WOOD, 1998, p. 268).

Assim como os ingleses, os norte-americanos eram familiarizados com a noção de documentos escritos que regulamentavam o poder. Várias colônias norte-americanas foram, inicialmente, constituídas como companhias comerciais, sendo regidas por uma *charter* escrita e formal (CAPPELLETTI, 1999, p. 61) que se caracterizava como um contrato bilateral que estabelecia direitos e deveres entre o rei e os súditos americanos. Tais cartas não podiam ser rescindidas unilateralmente, eram vinculantes para a legislação colonial e estabeleciam a estrutura jurídica fundamental das colônias. Eram verdadeiras *constituições* coloniais, sendo a melhor maneira de ilustrar a aplicação da tradição constitucional inglesa aos colonos (WOOD, 1998, p. 269).

Com o início da política inglesa de taxação arbitrária – que tem como seu maior exemplo o *Stamp Act* em 1765 –, os colonos, como meio de defesa, *ativaram* justamente essas *charters*. O curioso é que o ato de taxação em si era modesto e razoável. O que fez com que os norte-americanos protestassem foi o fato de que o governo britânico não solicitou o aval das assembleias legislativas coloniais, ferindo, dessa forma, um princípio que já estava enraizado na tradição inglesa – vide o caso do *Ship money* – de tutela de direitos e liberdades: *no taxation without representation* (GORDON, 2002, p. 289). As colônias, então, começaram a questionar a *constituição amorfa* inglesa (MADDOX, 1995, p. 60), que não passava de um artefato estritamente teórico, sem repercussão prática alguma; não estabelecia nenhum tipo de limite à tirania parlamentar⁴⁰.

Por outro lado, a idéia de constituição como uma *charter* – um contrato entre governantes e governados –, que tanto vigorou nesse período colonial, foi perdendo fôlego. À medida que os norte-americanos encaram suas novas constituições escritas estaduais⁴¹ como um documento em que estão alojados

os princípios fundamentais que limitam o poder político, passam a necessitar de uma nova base teórica de legitimidade. Embora não utilizada na época do conflito com a Inglaterra, a teoria lockeana, após 1776, adquire uma significativa influência, sendo o fundamento teórico que passa a fazer sentido com a idéia de constituição como única lei fundamental do país, estabelecida pelo povo e limitadora de todas as instituições do governo (WOOD, 1998, p. 282-283; GORDON, 2002, p. 292-293).

No entanto, nos anos subseqüentes a 1776, ainda se via alguma dificuldade para reconhecer a distinção entre *fundamental* e *statutory law*. As próprias assembleias estaduais – como as de *New Jersey*, *Georgia* e *South Carolina* – constantemente alteravam as respectivas constituições estaduais para adequá-las a finalidades eventuais. O problema em 1780, portanto, era refinar e fazer efetiva a distinção (WOOD, 1998, p. 274-275). Os acontecimentos posteriores vão dando corpo à idéia, na medida em que várias assembleias estaduais, ao tentarem alterar ou instituir uma nova constituição, vão se deparar com a idéia mais consolidada de que o poder legislativo ordinário não pode alterar a constituição; somente aqueles que foram expressamente autorizados têm competência para alterar ou estabelecer uma nova constituição.

De todo modo, esse processo não foi implementado de uma única forma; não foi um planejamento intencional. Além do fato de o movimento revolucionário não ter sido algo linear ou com convergência de idéias, mas algo confuso e plural (WOOD, 1998, p. 273), a evolução da sociedade – e mais especificamente do direito e da política – não é algo monocausal que seja fruto de uma construção planejada. Várias pessoas em 1776 ainda tinham dificuldade para visualizar, na prática, a constituição como algo fundamental como era na teoria. Não se tinha consciência da radicalidade do movimento (MADDOX, 1995, p. 59-60; WOOD, 1998, p. 271).

Levando em conta tudo isso, o que foi realmente inovador? Sabe-se que o conceito moderno ou ocidental (SOARES, 1986, p. 69) de constituição só surge no século XVIII. Porém, se se analisam alguns textos jurídicos que exerceram um papel constitucional antes da Revolução Americana, verifica-se que a inovação não reside no conteúdo, na medida em que já havia uma certa tutela de direitos individuais mediante a limitação do poder político. Por outro lado, a idéia de que a sociedade política pudesse ser dada de forma jurídica também não era novidade. Então, qual a característica que pode ser considerada nova? Niklas Luhmann (1996) é enfático:

“Na América, ao contrário, em contraposição à situação jurídica inglesa, acentuava-se a *unidade do texto constitucional* redigido de forma *escrita*. O que requeria uma determinação conceitual que introduzisse uma *distinção* entre a *Constitution* e o demais Direito, em clara discrepância com o uso lingüístico inglês. Tal como frequentemente se compreende, também neste caso, é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e restringe a que se conclua que a Constituição deva ser *supra-ordenada* em relação a todo o demais direito. Essa idéia só parece haver surgido após a Declaração da Independência de 1776. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito: no passado havia, é certo, a idéia de leis particularmente importantes e

fundamentais, mas não a idéia de que houvesse uma lei que servisse de *medida de conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos*.”

Portanto, a novidade não era a limitação do poder⁴², nem mesmo a constitucionalização dos direitos individuais ou a origem popular da constituição, mas fazer tudo isso num único documento escrito de forma a estabelecer uma assimetria. A constituição passa a ser considerada acima do demais direito, podendo ser judicializável⁴³ e servindo de base para a declaração de nulidade dos atos contrários ao seu conteúdo⁴⁴. Essa aplicação especificamente jurídica de um texto autológico é algo que nunca havia sido feito. Por outro lado, essa assimetria fez com que o texto constitucional passasse a ser associado com certos conteúdos; só é constituição aquele texto que possui, pelo menos, um catálogo de direitos fundamentais e a separação de poderes⁴⁵.

É importante registrar que a afirmação da supremacia dessas constituições escritas tem seu marco mais importante com John Marshall⁴⁶ na decisão *Marbury vs. Madison* em 1803⁴⁷. A partir dessa famosa decisão, a prática do *judicial review* tornou-se um relevante ponto de debate para a teoria democrática e política contemporânea, na medida em que proporciona uma série de indagações: o controle de constitucionalidade estava implícito na constituição ou foi uma criação da Corte Marshall? As premissas teóricas do julgamento já estavam dadas ou são frutos de uma mente brilhante? A decisão *Marbury vs. Madison* é a expressão de um julgamento cuidadoso ou é uma demonstração original de ativismo judicial? Antes mesmo de responder tais perguntas, pode-se afirmar que a decisão revela-se como paradigmática no constitucionalismo americano e mundial⁴⁸.

A importância do caso⁴⁹ reside, sobretudo, em três pontos principais (TROPER, 2005, p. 24). Primeiro, é importante para a história constitucional mundial, já que não

havia uma prática semelhante em nenhum lugar do mundo⁵⁰. Em um segundo aspecto, *Marbury vs. Madison* caracterizou-se como a construção de uma atividade – embora os pressupostos já estivessem implícitos desde 1787 – que não estava expressa na Constituição Federal dos Estados Unidos, o que influenciou decisões semelhantes em outros países como França (1971) e Israel (1995). Terceiro, a decisão é significativa pela sofisticação do argumento utilizado e pela clareza do discurso político de Marshall.

Partindo do reconhecimento dessa importância, algumas considerações merecem ser feitas. A primeira é que John Marshall não criou o *judicial review* (PAULSEN, 2003, p. 2707; WOOD, 1999, p. 789; KLARMAN, 2001), mas apenas aplicou idéias que estavam pré-estabelecidas⁵¹, embora tais idéias demonstrassem uma visão estreita de controle judicial de constitucionalidade, na medida em que somente as leis que interferissem na estrutura do judiciário e que fossem claramente inconstitucionais é que poderiam ser invalidadas⁵². Por evidente, não se poderia nem cogitar essa pretensão sem ao menos estarem presentes as premissas básicas no contexto histórico colonial e da Revolução Americana. É no mínimo ingenuidade acreditar que uma pessoa possa ter *inventado* um instituto com conseqüências tão profundas na vida política de uma sociedade.

A incorporação da prática do controle de constitucionalidade à tradição político-constitucional é muito mais um produto de um processo lento e gradual do que de um evento único expressado intencionalmente. Mas, então, qual foi o papel exercido por Marshall, na criação do *judicial review*? Foi justamente naturalizar o conceito, tornar uma competência que era excepcional e de certo modo revolucionária em uma atividade rotineira do judiciário (WOOD, 1999, p. 799). E, nesse escopo, *Marbury vs. Madison* se destacou sobretudo pelo argumento da supremacia constitucional e por ser a primeira decisão que declarou a inconstituo-

nalidade de uma lei federal. Ora, *as conseqüências caóticas da batida de asas de uma borboleta podem mudar o desenrolar da história*⁵³.

Com efeito, para essa atividade se tornar habitual, alguns fatores deviam estar estabelecidos. Inicialmente, o *judicial review* deveria supor uma idéia de constituição como direito possível de ser adjudicado. O que dá significado a esse conceito moderno de constituição que estava surgindo não era o fato de ela ser *fundamental* ou *escrita*, mas, acima de tudo, de ela ser tudo isso de forma *adjudicável*, isto é, sua possibilidade de interpretação e aplicação rotineira pelas Cortes. Nesse sentido, a constituição legalizou-se, mudou as expectativas judiciais a ela vinculadas (WOOD, 1999, p. 799-802; TROPER, 2005, p. 25).

Ademais, não era suficiente que as constituições fossem interpretadas como *ordinary statutes* para que o *judicial review* fosse aceito. Se a interpretação constitucional era para ser parte da atividade judicial cotidiana e não um exercício político, então o processo de adjudicação tinha que ser afastado da política e do legislativo. De alguma forma, os juizes deveriam requerer para si uma esfera exclusiva de atividade jurídica profissional⁵⁴. Essa separação resultou no fato de que os tribunais passaram a se concentrar em casos individuais – casos concretos que envolvessem dois litigantes – e evitar questões políticas controvertidas, assim como questões em tese⁵⁵.

Por outro lado, na implementação desses fatores, merece ser destacado o papel de Marshall em *Marbury vs. Madison*. Embora, nessa decisão, a declaração de inconstitucionalidade tenha sido feita sobre uma lei federal que versava sobre procedimentos e competências – Lei judiciária de 1789 – e somente em 1857, no caso *Dred Scott vs. Sandford*⁵⁶, a Suprema Corte tenha novamente declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal, tais fatos não desoneram a inquestionável capacidade consensual, bem como a notável *lógica de Marshall* (NINO, 1991, p. 98). Ao tentar conciliar concepções

políticas de Federalistas e Republicanos – Jefferson não cumpriria a decisão caso o *writ* fosse julgado procedente –, Marshall aproveitou a oportunidade para expor sua brilhante lógica, retratada por Carlos S. Nino (1991, p. 100) em sete premissas:

“Premisa 1: el deber Del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: cuando hay dos leys contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entre en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: la negociación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.”

Dessa forma, acima de todas essas contribuições e desconsiderando qualquer pretensão de atribuir a John Marshall a criação da teoria da revisão judicial, o fato é que a decisão *Marbury vs. Madison* virou um mito⁵⁷, estabelecendo as premissas necessárias para a permanência e a universalização do conceito moderno de constituição e de revisão judicial da legislação.

4. A aquisição evolutiva da constituição como *paramount law*: consequências para o direito e para a política

Após a reconstrução dos principais aspectos que permearam o surgimento da cons-

tituição como norma suprema distinta do demais direito e sua conseqüente judicialização – proteção e aplicação pelo judiciário –, interessante demonstrar, utilizando para isso o referencial teórico de Niklas Luhmann (1999), quais as conseqüências, para o direito e para a política, da aquisição evolutiva da constituição como *paramount law*. Tendo em vista toda a complexidade e amplitude da teoria dos sistemas, proceder-se-á apenas a uma exposição superficial dos pontos estritamente necessários à compreensão do presente ensaio⁵⁸.

Na perspectiva luhmanniana, a sociedade moderna pode ser descrita como um sistema social composto exclusivamente por comunicação, no interior do qual se diferenciaram diversos (sub)sistemas sociais específicos, que passaram a ser encarregados da realização de uma determinada função, como, por exemplo, direito, política, religião, educação. Nesse contexto, a teoria da diferenciação de Luhmann (1999) tem como pressuposto a substituição da idéia de sistema como sendo uma unidade pela noção de diferença: seu postulado básico expressa-se pela distinção sistema/ambiente.

Com a dissolução da sociedade pré-moderna e com a passagem de uma diferenciação por estratos para uma diferenciação funcional, todos os subsistemas passaram a ter o mesmo peso; não existe uma hierarquia entre os sistemas. É dentro desse contexto que a constituição passou a exercer um papel fundamental, na medida em que se caracteriza como um *acoplamento estrutural* (LUHMANN, 1999, p. 351-407) de dois importantes subsistemas: direito e política.

A constituição como aquisição evolutiva da modernidade cumpre sua função somente se estiver pressuposta a diferenciação funcional e o fechamento operacional dos sistemas políticos e jurídicos (LUHMANN, 1999, p. 390). Os acoplamentos estruturais, na medida em que se revelam como uma forma de distinção, pressupondo a idéia de irritação, não introduzem nunca normas do

ambiente no sistema do direito (LUHMANN, 1999, p. 356). O fechamento operacional do sistema – autoprodução a partir de seus próprios elementos – permite sua abertura cognitiva, na medida em que se encontra aberto para as demandas sociais. Não há uma separação absoluta entre direito e política. Por outro lado, não há a corrupção do código de um subsistema por outro, mas somente prestações recíprocas.

Assim, pergunta-se: qual é a função da constituição para o direito e para a política? A invenção da constituição como aquisição evolutiva “é uma reação à diferenciação (moderna) entre direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do direito” (CORSI, 2001). Com a secularização da política, a idéia de constituição surge exatamente para responder a dois problemas de fundamento: a questão da fundação do Estado, como forma moderna de organização política, e a questão da fundação do direito, como instrumento jurídico-coercitivo do Estado (MAGALHÃES, 1998, p. 361).

Para o sistema jurídico, essa função relaciona-se com o termo positividade do direito. Positividade significa que o direito só pode ser criado e desenvolvido por critérios estabelecidos pelo próprio direito e não por fundamentos externos como na pré-modernidade, o que acarretou, sem dúvida, a separação entre moralidade e legalidade (PREUSS, 2005, p. 532). O sistema jurídico exerce sua função através do código binário direito/não-direito. No entanto, não se pode aplicar a distinção sobre o próprio código, pois isso causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Ao romper com o regresso infinito da fundação, a função da constituição torna-se exatamente a ocultação ou prorrogação do paradoxo⁵⁹ do direito e da política⁶⁰, pois transfere o peso de um sistema para o outro: enquanto a soberania é agora atribuída ao povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídi-

co-constitucional, a legitimação da constituição como texto jurídico é realizada pelo ato político do poder constituinte originário e pela legislação (CORSI, 2001; LUHMANN, 1996).

Do ponto de vista jurídico, a novidade do conceito de Constituição revela-se na positividade de uma lei que funda todo o direito, e até a legislação e o governo. A Constituição é a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia, negando qualquer tipo de fundamentação externa (LUHMANN, 1996). Ao realizar isso, a constituição traz como consequência a transposição das perspectivas temporais⁶¹. Ao invés da abertura para o passado, implementa-se a abertura para o futuro. Essa abertura significa

“que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política, todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição” (LUHMANN, 1996).

Em relação ao sistema político, a constituição também foi importante para a sua diferenciação. Ela foi a base para o surgimento do conceito moderno de soberania, que se expressa na pretensão, de forma monopolizada, do exercício do poder pelo Estado em um determinado território. A inovação aqui reside na crescente importância da legislação em contraposição à jurisdição (LUHMANN, 1990)⁶². Dessa forma, ao realizar a comunicação entre direito e política, a constituição legitima juridicamente o exercício do poder político e disponibiliza, para o direito, a coercibilidade da esfera política. Consoante Giancarlo Corsi (2001), “a constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, *apenas*, na referência

à constituição, que estabelece os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito”.

5. Conclusão

Como visto acima, a aquisição evolutiva da constituição pela modernidade não foi um processo fácil. Foi, sobretudo, um produto de várias causas, de vários séculos e de vários conflitos. Do pré-constitucionalismo inglês à Revolução Americana, foi visto como surgiu a mudança conceitual do termo constituição e da conseqüente garantia do *judicial review*.

O grande desafio contemporâneo é como manter e trabalhar essa aquisição evolutiva da forma mais produtiva possível, levando em conta o pluralismo existente na sociedade complexa e que se traduz na tensão entre liberdade e igualdade, isto é, no fato de que todos somos iguais justamente porque somos livres para ser diferentes.

Dentro desse contexto, vários problemas necessitam de uma resposta satisfatória, como a crescente judicialização da política⁶³, a permanente tensão entre democracia e constitucionalismo – presente principalmente na problemática do aumento constante de poderes do STF⁶⁴, nos casos de repercussão religiosa⁶⁵ e de políticas públicas⁶⁶, bem como na suspensão de direitos fundamentais com fundamento em uma suposta guerra contra o terrorismo⁶⁷ – e a inadequação do conceito de soberania para a descrição do funcionamento da sociedade mundial, tendo em vista a globalização, o enfraquecimento da legitimidade normativa do direito estatal⁶⁸ e a possibilidade de uma constituição para a União Européia⁶⁹.

Diante de todas essas questões, a manutenção da constituição como aquisição evolutiva da sociedade só pode ser feita se se tem como premissa o reconhecimento da abertura da identidade constitucional; uma identidade que é permanentemente construída, que nunca é apropriada. Como diz Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 154), o

constitucionalismo, ao afirmar que somos uma comunidade de cidadãos livres e iguais, “lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão”.

O direito moderno, ao reconhecer que não regula nem a si próprio, desvela o risco permanente de manipulação da formalidade constitucional através, por exemplo, da política e da economia, que podem fazer com que os sentidos estabelecidos constitucionalmente venham a ser, na prática, invertidos, concretizados ao avesso. Assim, o papel atual do constitucionalismo é conseguir lidar reflexivamente com a tensão *idealidade* – *realidade*, fazer com que essas garantias – que na verdade não garantem nada – sejam efetivas, sejam vivenciadas constantemente (CARVALHO NETTO, 2003, p. 147-161).

Notas

¹ Para uma análise das implicações morais da distância na prática historiográfica, conferir Ginzburg (2001).

² O historiador não é um antiquário: “o presente e o passado se interpenetram. A tal ponto que seus elos, quanto à prática do ofício de historiador, são de sentido duplo. Se, para quem quer compreender mesmo o presente, a ignorância do passado deve ser funesta, a recíproca – embora não esteja sempre tão nitidamente alertado – não é menos verdadeira” (BLOCH, 2001, p. 65).

³ Ao contrário de restringir a história a documentos oficiais e ter a pretensão de demonstrar a *verdade* dos acontecimentos, procura-se ter em vista, na análise histórica dos fatos e do contexto a serem estudados, as considerações propostas pela *Nova História*. Cf., sobre o tema, Burke (1992, 1997), Le Goff (2001), Bloch (2001).

⁴ Embora autores como Brito (2001) falem de um constitucionalismo amplo e restrito, adotar-se-á o termo *constitucionalismo moderno* relacionado com as características que Rosenfeld (2001, p. 3) enumera: a) limitação do poder; b) aderência à cláusula do *rule of law*; c) proteção dos direitos fundamentais.

⁵ Segundo Rosenfeld (2001, p. 5), “the rule of law has come to mean different things to various legal traditions as evinced by the contrasts between Anglo-American *rule of law*, German *Rechtsstaat* and French *État de Droit*”. Do mesmo modo, Canotilho

(1999, p. 89-93), Fioravanti (2001, p. 12), Preuss (2005, p. 535-539).

⁶ “In general then, we have to conclude that American constitutionalism was a modification of English constitutionalism in its fundamental principles and, except of federalism, in much of the institutional structure that was designed to translate those principles into practice” (GORDON, 2002, p. 325).

⁷ Ratificando esse entendimento, Gordon (2002, p. 276) lembra que, “whether English constitutionalism was a native plant or an imported one is a historical problem that cannot be definitively settled, but it is beyond dispute that, once it was well established there, it was exported and took root in many parts of the modern world”.

⁸ Vale ressaltar que houve, também, desde o início da conquista normanda, em 1066, uma constante luta entre rei e barões pela estipulação de limites ao poder político centralizado. Cf. Araújo Pinto (2003). Sobre uma análise do período compreendido entre a conquista normanda, a partir do reinado de *William I*, e o reinado de *Henry II*, conferir Berman (1996, p. 455-481).

⁹ Segundo DAVID (1998, p. 284-285), existem quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período que antecede a conquista normanda em 1066. O segundo, compreendido entre 1066 e 1485, é o período da formação do *common law*. O terceiro, de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento da *equity*. O quarto período, que começa em 1832 e continua até nossos dias, é o período moderno, no qual o *common law* deve se adequar ao desenvolvimento da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida pela administração.

¹⁰ “A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra” (DAVID, 1998, p. 285).

¹¹ Sobre *William I*, vale citar uma passagem de Paine (1982, p. 19-20), ao criticar o direito hereditário dos monarcas: “A Inglaterra, desde a conquista, conheceu bons monarcas, mas gemeu sob um número muito maior de maus soberanos; embora nenhuma pessoa em seu juízo perfeito possa afirmar que Guilherme, o Conquistador, tenha sido uma pessoa de muito honorabilidade. Um bastardo francês desembarcando em meio a um grupo de bandidos armados, estabelecendo a si mesmo como o rei da Inglaterra contra a vontade dos nativos, em termos exatos pode ser classificado de um iniciador grandemente torpe e desprezível – e certamente não possuía qualquer divindade em si”.

¹² É importante deixar claro que o parlamento inglês só passa a ter as características de uma ins-

tituição autônoma no século XVII, após o conflito com os *stuart*s e a eclosão da Revolução Inglesa de 1640. Efetivamente, só após a Revolução Gloriosa de 1688 é que se instala o princípio da soberania parlamentar. Antes disso, ele é um mero conselho real, convocado e dissolvido aleatoriamente pelo monarca.

¹³ Para uma visão mais detalhada da afirmação do direito como uma das finalidades do parlamento inglês, inclusive com vários exemplos, conferir Mcilwain (1969, p. 148-153).

¹⁴ O selo, a inscrição no *statute roll* e a publicação eram marcas dos *statutes* em seu período inicial. Cf. Mcilwain (1969, p. 168).

¹⁵ Confira, principalmente, o caso do *Ship money*.

¹⁶ Em 1598, quando ainda era o rei da Escócia, *James VI* escreveu um livro chamado *The Trew Law of Free Monarchies*, em que defendia a existência de um direito divino dos reis. Assim como as monarquias absolutas da França e Espanha da época, o Rei *James VI* tinha a intenção de impor essas idéias na Inglaterra.

¹⁷ Durante o reinado de *James I* (1603-1625), foram dez anos sem parlamento e três dissoluções. No de *Charles I* (1625-1649), foram quatro dissoluções e, dentro desse período, onze anos sem parlamento. Cumpre destacar que, antes da guerra civil, o parlamento não era um órgão permanente da política inglesa, mas apenas uma assembléia temporária e aconselhadora que o monarca podia dissolver.

¹⁸ As reivindicações do Parlamento não se limitavam exclusivamente à proteção da propriedade dos súditos da coroa. Em 1621, suspeitando das intenções do Rei *James I* quanto à restauração do catolicismo, o parlamento sugeriu ao rei que desistisse do seu plano de casar o seu filho – *Charles I*, futuro rei da Inglaterra – com uma princesa espanhola católica. Nesse sentido, o mal do catolicismo e a existência de uma conspiração papal para subverter a *constituição* inglesa eram temas dominantes nos discursos de John Pym, o líder dos críticos de *Charles I* na Câmara dos Comuns. Cf. Gordon (2002, p. 240-241).

¹⁹ Conforme GORDON (2002, p. 242), a prática durante o reinado de *Elisabeth I* era a convocação do parlamento a cada três ou quatro anos.

²⁰ “Para fundar estos derechos, los juristas filoparlamentarios (y entre ellos, en los primeros decenios del siglo, Edward Coke) recurren no ya al derecho natural sino al derecho positivo: ellos reivindican el *derecho de los ingleses*, un derecho que se estima fundado sobre una tradición *inmemorial*, confirmada por la *Magna Charta* y defendida por el Parlamento que procede – en la puesta a punto de un sistema de libertades que los súbditos puedan usar – de forma gradual: la libertad de los barones (garantizada por la *Magna Charta*) se convierte en la

libertad de los ingleses y es la libertad que el Parlamento declara tutelar frente a un poder soberano que pretende superar los límites fijados por la tradición jurídica, por el *common law*. La *Petition of Rights* de 1628, que impide el arresto arbitrario, es el primer ejemplo de una garantía procesal que defiende la libertad de los súbditos en nombre de normas que se estiman escritas en el conjunto del orden positivo” (COSTA, 2004, p. 49).

²¹ Percebe-se, após todos esses fatos, que o trunfo do parlamento era sua autoridade sobre a tributação que estava enraizada na tradição política inglesa. Segundo Gordon (2002, p. 243), “the imposition of taxes without the sanction of Parliament was generally regarded, even by royalists, as illegal”.

²² Ao identificar esse tipo de constituição ao parlamento inglês, em que conviviam o Rei, os Lordes e os Comuns, Fioravanti (2001, p. 56) afirma que essa constituição mista “tenía al menos otra virtud, que era la de la estabilidad y la duración. Tal virtud estaba unida, a su vez, al hecho de que la constitución mixta no tenía, no debía tener, un origen, en otras palabras, no era una constitución instaurada, querida por un vencedor. Era más bien una constitución que se había formado en el tiempo, y que se remontaba en el tiempo, era la constitución de los antepasados (...)”. Para uma análise da noção de constituição mista na história jurídica inglesa, conferir Lieberman (2004).

²³ Sobre a Revolução Puritana de 1642, conferir Hill (1992) e Stone (2000).

²⁴ “A natureza revolucionária da Revolução Inglesa pode ser demonstrada tanto por suas ações quanto por suas palavras. Suas realizações incluem não apenas a execução de um rei (os ingleses tinham uma longa tradição de assassinatos de reis odiados, de William Rufus a Eduardo II, a Ricardo II), mas o seu julgamento em nome do *povo da Inglaterra*, acusado de alta traição por ter violado a *constituição fundamental deste reino*. Isto era algo que nunca fora feito antes” (STONE, 2000, p. 102-103). Com a mesma argumentação, conferir Hill (1992, p. 12).

²⁵ É nesse período que são elaborados alguns dos documentos mais significativos da história constitucional inglesa: o *Bill of Rights* (1689), o *Toleration Act* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Conforme nota Araújo Pinto (2003), uma característica interessante é que nessa comunidade política, ao contrário da Europa Continental e dos Estados Unidos da América, não houve a promulgação de uma constituição escrita e rígida.

²⁶ Para uma análise da vida e influência de Sir Edward Coke, conferir Hill (1992, p. 303-357), Hulsebosch (2003), Stoner Jr. (1992, p. 13-26).

²⁷ Para uma análise específica do *Bonham’s Case*, conferir Stoner Jr. (1992, p. 48-62).

²⁸ Cappelletti (1999, p. 57-60) afirma que a atuação de Coke, especialmente no *Bonham’s Case*, influenciou diretamente o surgimento do *judicial review* americano. A decisão seria um precedente imediato à criação da teoria americana. Esse parece ser, também, o entendimento de Streck (2004, p. 306): “Mas é a sentença do caso *Bonham* que, certamente, é a mais famosa e a mais discutida, uma vez que a ela credita-se a moderna instituição do controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário”. No entanto, como afirmado por Fioravanti (2003, p. 33), “aunque en realidad este control de constitucionalidad no se ha desarrollado en Inglaterra y la referencia a Coke en la doctrina del *higher law* parezca cuestionable, queda todo el peso de una tradición de *fundamental law* que se ha alimentado tanto de la teoría política como de la costumbre jurisprudencial británica”.

²⁹ Essa semântica pré-existente é imprescindível para se fazer política, revolução, tudo aquilo que se possa imaginar como atos sociais e históricos. A respeito desse assunto, conferir Koselleck (1992).

³⁰ (STONER JR., 1992, p. 27). Ademais, “for Coke even to have formulated a theory of fundamental law would require of him a perspective he avoids; he does indeed speak of fundamental law or laws, but not as something that could be distinctly marked, much less enthroned” (STONER JR., 1992, p. 29).

³¹ Wood (1998, p. 322) chega a afirmar que “the most important external source of American constitutionalism was England. The doctrine of checks and balances that developed in seventeenth-century England, and its institutional realization after the Revolution of 1688, dominated American political thought and informed the practice of American colonial government and the construction of the early state constitutions”.

³² Segundo Berman (1996, p. 26), “de hecho, el mito del retorno a una época pasada es el sello de todas las revoluciones europeas. También Lutero predicó un retorno a los principios del cristianismo que después habrían sido traicionados por el papado. Los puritanos ingleses encabezados por Cromwell, predicaron una restauración de las *antiguas libertades inglesas* después de 150 años de despotismo de los Tudor. La Revolución francesa se remontó a la Antigüedad clásica y a un estado de naturaleza para combatir el feudalismo y los privilegios aristocráticos. Los bolcheviques rusos predicaron un retorno a la sociedad sin clases de las tribus primitivas previas al establecimiento de la propiedad”.

³³ Como nota Luhmann (1999, p. 383), embora com as revoluções do século XVIII o conceito de constituição adquira novos sentidos, isso se dá de forma totalmente diferente entre França e Estados

Unidos. Nesse país não se apresenta nenhum problema de estamentos ou de Estado unificado. Ao contrário, o que marca essa comunidade é a tradição de cartas coloniais que se adaptam a um novo contexto político.

³⁴ Consoante Fioravanti (2003, p. 78), “la necesidad de construir un mundo nuevo y un nuevo sistema político fundado sobre el valor preeminente de los derechos naturales individuales, sobre los *Rights*, no excluía para nada el hecho de que los protagonistas de esta operación se sintiesen orgullosamente *Englishmen*, hijos de una tradición histórico-constitucional que había ofrecido aportaciones de primer orden a la causa de los derechos y libertades”. Interessante notar com Stourzh (1988, p. 45) e Luhmann (1996) que a expressão *inconstitucional* deve sua origem ao fato de os americanos justificarem a sua resistência contra as taxas impostas invocando a própria constituição inglesa. Nisso se consideravam mais fiéis a essa constituição do que os próprios ingleses. Somente após a declaração de independência, o termo passou a ser associado às constituições estaduais e federal.

³⁵ Vale registrar que a noção de poder constituinte adquire contornos diferentes dependendo do contexto histórico-revolucionário a que estiver inserida. Segundo Fioravanti (2003, p. 90), a noção de poder constituinte erigida pela Revolução Francesa associa-se ao conceito de soberania. E a noção americana associa-se ao conceito de rigidez constitucional.

³⁶ Para entender uma determinada mudança conceitual, necessário se faz uma compreensão político-histórica do termo, como adverte Koselleck (1992) e Farr (1995, p. 24-25): “Constant change appears to be the only truly constant thing about our political concepts. (...) To understand conceptual change is in large part to understand political change, and vice versa. And such understanding must of necessity be historical”. Para uma análise do problema da *nomenclatura* no ofício do historiador, conferir Bloch (2001, p. 135-153).

³⁷ Ver, para uma história semântica do conceito de *constituição*, Brito (2002), Fioravanti (2001), Maddox (1995), Soares (1986), Stourzh (1988).

³⁸ Segundo Soares (1986, p. 36-38), o termo *constituição material* revela a idéia de que “qualquer comunidade política supõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe dá sentido”, ou seja, que indica o titular do poder e que dá corpo à comunidade. A noção de *constituição formal*, por sua vez, relaciona-se com a idéia de Estado moderno, indicando um “acto fundacional, uma lei positiva organizadora do Estado”.

³⁹ Sobre isso, a passagem de Paine (1989, p. 160) é bem ilustrativa: “é evidente que os homens querem dizer coisas distintas e separadas quando

falam de constituições e de governos. Por que estes termos são usados distinta e separadamente? Uma constituição não é o ato de um governo mas de um povo constituindo um governo. Governo sem constituição é poder sem direito”.

⁴⁰ Sobretudo depois que o parlamento passou a exercer novas funções, além daquelas meramente afirmativas do direito antigo: “Parliament could now actually create new law whose binding force came not from its intrinsic justice and conformity to the principles of the common law, but from its embodiment of the will of the social constituents of the nation or from simply its sovereign authority” (WOOD, 1998, p. 265).

⁴¹ As constituições estaduais foram de vital importância para o constitucionalismo americano, na medida em que serviram como laboratório das idéias políticas que mais tarde foram estabelecidas na constituição federal. Na primavera de 1777, doze colônias já tinham adotado uma constituição. Cf. Gordon (2002, p. 294-295).

⁴² A idéia de limites ao governo já existia antes mesmo do surgimento de constituições escritas no século XVIII. Sobre o assunto, conferir Maddox (1995, p. 50).

⁴³ Essa última característica – implementação judicial da constituição – é fundamental para Wood (1998, p. 291): “What in the final analysis gave meaning to the Americans’ conception of a constitution was not its fundamentality or its creation by the people, but rather its implementation in the ordinary courts of law”.

⁴⁴ Para Stourzh (1988, p. 47), “the rise of the constitution as the *paramount law*, reigning supreme and therefore invalidating, if procedurally possible, any law of a lower level in the hierarchy of legal norms, including *ordinary* legislator-made law, is the greater innovation and achievement of American eighteenth-century constitutionalism”.

⁴⁵ Vide o art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 2 de outubro de 1789, que foi produto da Revolução Francesa: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁴⁶ Sobre o grau de importância e influência das decisões da Corte Marshall na história constitucional americana, conferir, em lados opostos, Klarman (2001) e Balkin (2002).

⁴⁷ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁸ Sobre o desenvolvimento posterior da idéia, sobretudo depois da segunda guerra mundial, bem como sobre as diferenças entre o modelo americano e o modelo europeu de controle judicial de constitucionalidade, conferir Rosenfeld (2004).

⁴⁹ O resumo do caso é o seguinte: *William Marbury* foi indicado, no final do mandato de *John Adams*, juiz de paz em um condado do Distrito de

Columbia, em conformidade com uma lei federal de 1801, que assegurava um mandato de cinco anos para os juizes dos dois condados do distrito, a serem nomeados por indicação presidencial. Derrotados os partidários de *Adams* nas eleições de 1800, *James Madison*, secretário de Estado do novo governo, não cumpriu os atos finais do processo, de natureza estritamente formal, originando a demanda judicial. A Suprema Corte entendeu, no mérito, que *Marbury* tinha direito ao cargo para o qual fora nomeado, considerando ilegal a retenção da nomeação pelo novo secretário de Estado, desconhecendo a decisão presidencial anterior. Entretanto, a Suprema Corte negou-se a emitir um mandado, pois considerou inconstitucionais os dispositivos da Lei de 1789 que serviram de base para essa solicitação.

⁵⁰ Embora autores como Cappelletti (1999, p. 49-65) tentem demonstrar antecedentes do *judicial review* na Grécia antiga e na Inglaterra medieval.

⁵¹ Na Convenção de Filadélfia de 1787, já se debatia sobre o *judicial review*, embora de forma controversa – vide o *Virginia Plan* e o *New Jersey Plan*. Ademais, antes de 1803, várias cortes estaduais já haviam declarado leis estaduais inconstitucionais. Em 1792 e 1796, chegou-se bem perto de uma declaração de inconstitucionalidade de lei federal nos casos *Hayburn's* e *Hylton vs. United States*. Por outro lado, a lógica de Marshall parece ter sido retirada do famoso Federalista nº 78, escrito por Alexander Hamilton em 1787. Cf. Gargarella (1996, p. 39-40); Gordon (2002, p. 319); Klarman (2001).

⁵² Na visão crítica de Klarman (2001), “a Court that practiced judicial review consistently with these two qualifications could not invalidate racial segregation, school prayer, legislative malapportionment, the death penalty, abortion restrictions, campaign finance form, affirmative action, or most of the other myriad statutes stricken by the Supreme Court in the last half century. (...) Yet, as we have seen, *Marbury* made at most a *marginal* contribution to the acceptance of a *qualified* judicial review power”.

⁵³ “Constitutional law, like law generally, is hardly autonomous. It largely reflects past political events as well as past and present material and social conditions. Thus, to trace the driving forces in our constitutional history, we should pay less attention to such matters as the adoption of particular phrases or the outcome of contested cases than to such events as the invention of the cotton gin, the assassination of President Lincoln, and the rise of the corporation. Nonetheless, we cannot discount the impact of such second-order phenomena as text, cases, and appointments” (DORF, 1999, p. 505).

⁵⁴ No período colonial e nas duas décadas após a revolução, os juizes eram qualquer coisa menos

independentes e profissionais treinados. Vários eram apontados para os tribunais não porque eram formados em Direito, mas pela sua influência política e social. Vários juizes, inclusive da Suprema Corte, não viam problema no exercício de atividades políticas. No entanto, no início do século XIX, os juizes começaram a se afastar de atividades políticas que os identificavam com o executivo e passaram a adotar funções que eram exclusivamente jurídicas. Cf. Wood (1999, p. 803-804).

⁵⁵ Os tribunais federais norte-americanos, em especial a Suprema Corte, consideram incompatíveis com a natureza da função judicial responder questões em tese ou prolatar decisões sem qualquer efeito prático, em que apenas seriam formuladas recomendações ou apelos aos poderes públicos (*advisory opinions*). Cf. *Clinton v. Jones*, 520 US 699 (1997).

⁵⁶ Não obstante a declaração de inconstitucionalidade no caso *Dred Scott vs. Sandford* tenha sido feita sobre uma lei federal e em matéria não procedimental – o que tornava importante o precedente –, a intenção era irônica: o argumento da declaração era que a constituição norte-americana não previu, nem tampouco fazia parte das intenções dos *founding fathers*, a concessão de cidadania aos negros.

⁵⁷ Para uma contundente crítica desse mito, conferir Paulsen (2003) e Klarman (2001).

⁵⁸ Para uma introdução às teses centrais da teoria, conferir Araújo Pinto (2002, p. 161-237).

⁵⁹ Consoante Teubner (1993, p. 15), “a descoberta de contradições e paradoxos não pode conduzir a uma *des-construção* do Direito mas, quando muito, a uma *re-construção* dos seus fundamentos latentes: ou seja, não é capaz de *eliminar* o paradoxo do direito, mas, inversamente, tão-só de reconstruir a relação auto-referência, paradoxo, indeterminação e evolução do direito”.

⁶⁰ “Em ambos os casos, o problema manifestase como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o direito, produzindo assim a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante” (CORSI, 2001).

⁶¹ Para um exame das diferentes noções de *tempo* através da história e sua relação com o direito, conferir Araújo Pinto (2002, p. 9-160).

⁶² A distinção entre legislação e jurisdição somente foi estabelecida a partir do século XVIII. Antes, o que havia era a *iurisdictio*, concebida, desde o fim da Idade Média, como tarefa do estado territorial governado pelo príncipe. A separação entre legislação e jurisdição cumpre, na modernidade, a função essencial de impedir que todas

as questões – como criar e interpretar o direito – sejam decididas a partir de um único centro. Para um maior desenvolvimento do tema, conferir Luhmann (1990).

⁶³ Para uma interessante demonstração do problema, vide a ADPF nº 45 julgada pelo STF.

⁶⁴ Vide as Leis nº 9.868/99, 9.882/99 e EC nº 45/05 (súmula vinculante).

⁶⁵ Vide o caso do aborto de anencéfalos presente na ADPF nº 54, que está sendo julgada pelo STF.

⁶⁶ Como exemplo, as ações afirmativas em matéria de educação (cotas para negros em universidades).

⁶⁷ Como exemplo pode-se citar o *Patriot Act* estabelecido pelo governo Bush após os ataques do 11 de setembro. Sobre o tema, vale a pena ver o instigante estudo de Dworkin (2002).

⁶⁸ Para uma análise crítica do problema, conferir Magalhães (1998).

⁶⁹ Sobre a possibilidade de uma *Constituição* europeia, conferir, principalmente, o debate inicial entre Jürgen Habermas (2004) e Dieter Grimm (1995).

Referências

- BALKIN, Jack M. The use that the future makes of the past: John Marshall's greatness and its lessons for today's supreme court justices. *William and Mary Law Review*, [S. l.], n. 4 v. 43, 2002.
- BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.
- BRITO, Alejandro Guzmán. El vocabulario histórico para la idea de constitución política. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n. 24, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.cl>>. Acesso em 28 set. 2005.
- BURKE, Peter. Abertura: a nova história, seu passado e seu futuro. In: _____. (Org). *A escrita da história: novas perspectivas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992.
- _____. *A escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia*. Tradução de Nilo Odalia. São Paulo: Unesp, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da constiuição. Tradução de Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 39, jan./jun. 2001.
- COSTA, Pietro. Derechos. In: FIORAVANTI, Maurizio. *El estado moderno en Europa: Instituciones e derecho*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- DORF, Michael C. Be careful what you wish for: the sound of legal thunder: the chaotic consequences of crushing constitutional butterflies. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 16, dez. 1999.
- DWORKIN, Ronald. The threat to patriotism. *The New York Review of Books*, New York, v. 49, n. 3, fev. 2002.
- FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: FARR, James; BALL, Terence; HANSON, Russel L. (Ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la anti-güedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- _____. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Tradução de Manuel Martínez Neira. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre o carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GINZBURG, Carlo. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância. In: _____. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- GORDON, Scott. *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

- GRIMM, Dieter. Does Europe need a constitution. *European Law Journal*, [S. 1.], n. 3, nov. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma constituição?: um comentário sobre Dieter Grimm. In: _____. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HILL, Christopher. *Origens intelectuais da revolução inglesa*. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- HULSEBOSCH, Daniel J. The ancient constitution and the expanding empire: Sir Edward Coke's British jurisprudence. *Law and History Review*, Las Vegas, 21 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/21.3/hulsebosch.html>>. Acesso em: 23 out. 2005.
- KLARMAN, Michael. How great were the "great" Marshall court decisions?. *Virginia Law Review*, Virgínia, v. 87, n. 6, 2001.
- KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luís Salgado Guimarães. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992.
- LE GOFF, Jacques. A história nova. In: LE GOFF, Jacques (Org.). *A história nova*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- LIEBERMAN, David. The mixed constitution and the common law. *Working Paper*, Berkeley, n. 99, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=184708>. Acesso em: 28 out. 2005.
- LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: [S. 1.], 1999. Manuscrito.
- _____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990.
- MADDOX, Graham. Constitution. In: FARR, James; BALL, Terence; HANSON, Russel L. (Ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- MAGALHÃES, Juliana Neuschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. *Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 2, mar. 1998.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- NINO, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: NINO, Carlos S. (Org.). *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- PAINE, Thomas. *O senso comum e a crise*. Tradução de Vera Lúcia de Oliveira Sarmento. Brasília: EdUnB, 1982.
- _____. *Os direitos do homem*. Petrópolis: Vozes, 1989.
- PAULSEN, Michael Stokes. The irrepressible myth of Marbury. *Michigan Law Review*, Michigan, ago. 2003.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Pereira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PREUSS, Ulrich K. The political meaning of constitutionalism: british, french and american perspectives. In: ARTHUR, John; SHAW, William H. (Org.). *Readings in the philosophy of law*. New Jersey: Prentice Hall, 2005.
- ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Working Paper Series*, New York, n. 36, mar. 2001.
- _____. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 2, v. 4, out. 2004.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Manaus, a. 119, n. 3743-3744, 1986.
- STONE, Lawrence. *Causas da revolução inglesa 1529-1642*. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: EDUSC, 2000.
- STONER JR., James R. *Common law and liberal theory: Coke, Hobbes and the origins of American constitutionalism*. Kansas: University Press of Kansas, 1992.
- STOURZH, Gerald. *Constitution: changing means of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century*. In: BALL, Terence; POCOCK, J.G.A. (Ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEUBNER, Günther. *Introdução ao direito autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TROPER, Michel. Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, 2005.

WOOD, Gordon. *The creation of American republic: 1779-1787*. London: The University of North Carolina Press, 1998.

_____. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*, Washington, Summer, 1999.

A lei (10.820/2003) do empréstimo consignado e a sua inconstitucionalidade

Jorge Rubem Folela de Oliveira

Por meio da Lei 10.820, de 17/12/2003, que disciplina a concessão dos denominados “empréstimos consignados”, estão sendo perpetrados abusos contra os trabalhadores, os aposentados e os pensionistas, principalmente estes últimos, que, dispondo de poucos recursos, estão se endividando e ficando em frágil situação perante as instituições financeiras.

A referida lei foi a forma engendrada para os bancos não só fugirem da restrição à penhora sobre salários e pensões, prevista no art. 649, incisos IV e VII, do Código de Processo Civil, mas ficarem até em melhor condição para auto-satisfação de seus créditos.

Como se sabe, os bancos foram derrotados nos tribunais em decorrência dos abusos cometidos contra os assalariados, no que diz respeito à indevida apropriação de valores emprestados, a título de limite de crédito concedido por meio do cheque especial, que abatiam diretamente de suas contas.

A jurisprudência firme manifestou que “não pode o banco se valer da apropriação de salário do cliente, depositado em sua conta-corrente, como forma de compensar-se da dívida deste em face de contrato de empréstimo inadimplido, eis que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie, ao teor do disposto no art. 649, IV, da lei adjetiva civil” (BRASIL, STJ, 2001)¹, inclusive reconhecendo em favor do trabalhador o dano moral sofrido pela ilícita conduta dos bancos, ao afirmar

Jorge Rubem Folela de Oliveira é advogado e mestre em Direito.

que, “mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral” (BRASIL, STJ, 2004).

Em razão da sucumbência judicial, os bancos, com peculiar habilidade, se articularam, no meio governamental e político, para aprovar a “lei do empréstimo consignado”, além de investir, de forma pesada, em campanhas publicitárias para atrair os aposentados e pensionistas.

Todavia, ao contrário da propaganda, os aposentados e pensionistas estão tendo *pesadelos e infelicidades*, como vem sendo noticiado nas páginas dos jornais, pois atingiram o máximo de suas capacidades de endividamento, não podendo, conseqüentemente, adquirir os alimentos e remédios necessários às suas sobrevivências.

O mais grave e infeliz é que o Presidente da República e o Ministro da Previdência Social, transgredindo os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa (*caput* do art. 37 da CF), em 29/09/2004, utilizaram o cadastro da Previdência Social para incentivar que os seus segurados fossem tomar o aludido empréstimo, inclusive patrocinando, “gratuitamente”, a prática da usura em favor dos bancos e a institucionalização da agiotagem oficial, conforme se pode verificar a seguir:

“Caro(a) Segurado(a) da Previdência Social,

Em maio passado, o Governo Federal encaminhou ao Congresso um Projeto de Lei para permitir aos aposentados e pensionistas da Previdência Social acesso a linhas de crédito com taxas de juros reduzidas.

Agora, o Legislativo aprovou o projeto e acabamos de sancioná-lo. Com isto, você e milhões de outros beneficiários(as) passam a ter direito de obter empréstimo cujo valor da prestação pode ser de até 30% do seu benefício mensal. *Você poderá pagar o empréstimo com juros entre 1,75% e 2,9% ao mês.*

Esperamos que *essa medida possa ajudá-lo(a) a atender melhor às necessidades do dia-a-dia*. Por meio de ações como esta, o Governo quer construir uma Previdência Social *mais humana, justa e democrática*. Afinal, a Previdência é sua!” (BRASIL, 2004 grifo nosso).

Por serem os aposentados e os pensionistas pessoas geralmente *idosas*, está mais que na hora de o Executivo deixar de estimular, como acima anunciado, e intervir nessa grave situação, porque “o Estado tem o dever de amparar as pessoas *idosas*”, conforme determina o art. 230 da Constituição Federal, determinando, de imediato, a suspensão, no âmbito da Administração Pública Federal, da concessão dos denominados “empréstimos consignados”².

Além disso, saliente-se que a lei em comento apresenta inconstitucionalidades de ordem formal e material, que passamos a expor.

A Lei 10.820/2003 não trata de mera autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, mas regulamenta, na verdade, como as *instituições financeiras* deverão conceder o “empréstimo consignado” aos empregados, regidos pela CLT, aos aposentados e aos pensionistas.

Por regular matéria própria do sistema financeiro, ou seja, o modo como as instituições financeiras concederão empréstimos e financiamentos, a aludida lei deveria ser aprovada, por *quorum* qualificado, *na forma de lei complementar*, como exige o artigo 192 da Constituição Federal (“*O sistema financeiro nacional (...) será regulado por leis complementares*”).

Nessa parte, sob o aspecto formal, percebe-se a inconstitucionalidade da mencionada lei ordinária, diante do que dispõem os artigos 69 e 192 da Constituição Federal.

Por outro lado, a lei ofende garantias fundamentais do trabalhador, uma vez que o salário, em razão de sua natureza alimentícia, recebe proteção especial na Constituição (art. 7^o, incisos IV, VI e VII), devendo atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, não podendo, em função disso, sofrer qualquer espécie de constrição ou

limitação, mesmo que autorizado o seu desconto em folha de pagamento.

Por esse motivo, o legislador processual impediu a penhora de salários e pensões, sob pena de violar, igualmente, a *dignidade da pessoa humana*, princípio republicano (art. 1º, III, da CF) e garantia fundamental do trabalhador (art. 5º, § 2º, da CF).

Logo, o desconto em folha, instituído nos artigos 1º e 6º da Lei 10.820/2003, agride, a um só tempo, os princípios constitucionais da proteção ao salário e da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar, ainda, que o desconto em folha de até 30% da remuneração ou benefício, como previsto nos artigos 2º, § 2º, e 6º, § 5º, da lei, supera a capacidade de pagamento e de endividamento de que dispõe o cidadão brasileiro, isso porque, segundo informa o IBGE, em sua Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), o brasileiro, com renda média de R\$ 1.789,66, tem despesas no valor de R\$ 1.465,31, tendo comprometido 93,11% dessas despesas com alimentação, habitação, vestuário, saúde, transporte, educação e higiene, conforme se pode inferir da tabela a seguir ³, itens necessários à vida, que representa 81,88% de sua renda:

Nessas condições, sendo bloqueados, na fonte, 30% da renda do trabalhador para pagamento de uma dívida bancária, com certeza, faltará o recurso necessário para suprir a sua capacidade de sobrevivência, restando contrariado tudo o que a Constituição buscou estabelecer como proteção ao salário (art. 7º, incisos IV, VI e VII).

Afora isso, a lei, ao permitir um endividamento de até 30% do vencimento do trabalhador com despesas bancárias, feriu, nesse ponto, a proporcionalidade e a razoabilidade, inseridas no princípio constitucional do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF), em razão dos números apresentados pelo IBGE.

A prevalecer as condições estabelecidas pela mencionada lei, o trabalhador e o beneficiário da previdência social ficarão presos e dependentes do seu rentista, sendo obrigados a ampliar e a prolongar a todo tempo o valor do empréstimo tomado, que aumentará feito bola de neve e dificilmente findará.

Com efeito, pode-se imaginar que os hoje contemplados com os “empréstimos consignados” deverão trabalhar excessivamente, inclusive os idosos, para obterem as suas

Despesa de consumo monetária e não monetária média mensal familiar - valor e distribuição - por tipos de despesa e situação do domicílio		
Brasil		
Situação do domicílio = Total		
Ano = 2003		
Tipos de despesa	Variável	
	Despesas de consumo monetário e não monetário média mensal familiar (Reais)	Distribuição das despesas de consumo monetário e não monetário média mensal familiar (Percentual)
Total	1.465,31	100,00
Alimentação	304,12	20,75
Habitação	520,22	35,50
Vestuário	83,21	5,68
Transporte	270,16	18,44
Higiene e cuidados pessoais	31,80	2,17
Assistência à saúde	95,14	6,49
Educação	59,86	4,08
Recreação e cultura	34,95	2,39
Fumo	10,20	0,70
Serviços pessoais	14,85	1,01
Despesas diversas	40,81	2,79

cartas de alforria bancária, limpando, assim, os seus nomes nos cadastros de devedores, estando, desse modo, caracterizada a escravidão contemporânea.

Por fim, a lei põe em risco a soberania do país (art. 1º, inciso I, da Constituição Federal), pois muitos bancos que operam no território nacional são de bandeira estrangeira.

Dessa forma, além de manterem a população endividada sobre o seu estrito controle, os bancos estrangeiros estão transferindo ao exterior a poupança interna dos trabalhadores, enfraquecendo o país e as suas combatidas reservas, sujeitando os cidadãos à mesma situação de devedor que ocorre com a própria nação, que devia, segundo informe recente, US\$ 161.862 bilhões (JORNAL DO BRASIL, 2006, p. A14).

Por tais fundamentos, entendemos ser inconstitucional a Lei 10.820/2003.

Notas

¹ Em igual sentido: REsp 492.777-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 264.085-RS, rel. Min. Jorge Scartezzini.

² “Os valores acumulados desde que essa modalidade de crédito passou a ser oferecida pelos bancos, em maio de 2004, atingiram em abril último *RS 13,7 bilhões*”, segundo informou a Tribuna da Imprensa *on line*, em 16/05/2006, em seu sítio eletrônico www.tribunadaimprensa.com.br, matéria sob o título “INSS proíbe bancos de cobrar TAC de aposentados”, sem grifos no original.

³ Fonte: Pesquisa de Orçamentos Familiares – 2002/2003: primeiros resultados; Brasil e grandes regiões. Disponível em: www.sidra.ibge.gov.br/bda/.

Estado Palestino

Perspectivas

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. Resumo histórico. 3. Ocupação da Palestina: anomalias. 4. Uma prospecção, sem o terrorismo. 5. Uma perspectiva, com a situação atual. 6. Conclusão.

1. Introdução

Este resumo histórico, a seguir, contém as idéias básicas já expostas em artigos anteriores nossos com relação à Palestina, mas agora num enfoque mais amplo e conclusivo, com a finalidade de adaptá-lo a uma análise menos mística e mais realística da situação política atual.

É claro que é praticamente impossível a abstração dos enfoques bíblicos e místicos quando relatamos episódios marcantes do passado que tiveram como protagonistas judeus, árabes e cristãos, representantes autênticos das três grandes religiões mono-teístas existentes.

À medida que o resumo vai tratando de fatos mais atuais, o matiz político vai prevalecendo cada vez mais, embora certos traços básicos do misticismo desses personagens da história mantenham sua posição inabalável e, pelo contrário, sejam mais exacerbados no direcionamento das atividades aparentemente ilógicas.

Queremos expressar, sem falsa modéstia, que todas as previsões que fizemos nos artigos anteriores foram confirmadas, e sobre isso faremos referências no decorrer do trabalho.

Hugo Hortêncio de Aguiar é Coronel do Exército reformado, professor e especialista em culturas eslavas e do Oriente Médio.

2. *Resumo Histórico*

2.1. *Períodos bíblicos*

O primeiro período trata da conquista da Terra de Canaã pelos israelitas, pelas armas, mas sob a inspiração monoteísta de Moisés, cerca de 1250-1200 aC. Essa conquista perdurou até a tomada de Jerusalém por David lá pelo ano 1010 aC, que a transformou em capital do reino de Israel¹.

Jerusalém, que adotara muito antes o nome de Salém, depois Cidade de Jebus (ou dos Jebuseus), era agora a sede do Templo a ser construído logo a seguir por Salomão, no Monte Moria, que os judeus indicam como local em que Abraão iria sacrificar seu filho Isaac, em obediência a Javé, e como prova de fé. Isso há cerca de 500 anos antes. Era o início da consagração da Esplanada do Templo (ou Monte do Templo), que caracterizou durante longo período, e continua caracterizando até hoje, a base concreta e o pilar da fé judaica, embora transferida, mercê dos invasores, para o Muro das Lamentações ou muro Ocidental, que passou a ser o local mais sagrado para o judaísmo.

Nesse primeiro período, dos três elementos cogitados neste estudo, judeus, árabes e cristãos, somente os primeiros eram habitantes da região, junto com os cananeus, consistindo os segundos, os árabes, apenas em esparsos e raros descendentes de Ismael, unidos a arameus e hebreus, e vagando como nômades a leste do Jordão e mais ao sul, na Iduméia. Cristãos, só 1400 anos depois, com os discípulos de Jesus.

O segundo período bíblico coincide com a invasão romana da Palestina, a partir de 63 aC. Os israelitas, sob a etnia de judeus, galileus, samaritanos e idumeus, com prevalência absoluta dos primeiros, constituíam a população real da área, embora houvesse contingentes vários, mas reduzidos, deixados por outros conquistadores. Os árabes apenas iniciavam, como caravaneiros, as escaladas para o Norte, pelas trilhas da atual Transjordânia, em busca de centros

comerciais para as suas trocas, e nem sequer se cogitava da futura religião de Maomé. Os cristãos, com Jesus de Nazaré, passaram a marcar presença.

É importante ressaltar que, com a destruição do Templo e da cidade de Jerusalém pelos romanos, que originou a segunda Grande Diáspora (a primeira foi o exílio da Babilônia), os judeus concentraram suas atividades em Iavné e muitos núcleos permaneceram na Palestina, estabelecendo-se na Galiléia pelo menos vinte e quatro grupos de colonos, distribuídos pelas principais vilas e aldeias daquela região².

Ao contrário do que seria esperado, o sacrifício imposto (cerca de 10.000 mortos judeus, em apenas dois a três dias de resistência) tornou-se um marco memorável na história da Capital, que mais ainda fortaleceu os vínculos dos expatriados com seu Templo, e o anseio místico de retorno tornou-se ainda mais messiânico.

2.2 *Períodos medievais*

Com a divisão do Império Romano entre Ocidente (Roma) e Oriente (Bizâncio), em 395 dC, a Palestina teve o grande contato com os cristãos, pois a transferência da tutela dos romanos para os bizantinos foi automática.

A colonização bizantina, apesar do grande impulso arquitetônico dado aos monumentos e templos sagrados do cristianismo, não foi muito profícua administrativamente, e as dissenções internas do império bizantino, assim como a guerra com a Pérsia, muito o enfraqueceram, de modo que não houve muita resistência à invasão árabe em 638 dC.

Ainda no período bizantino-cristão, continuaram os judeus dispersos pela área, apesar de restrições impostas pelos cristãos orientais, e as populações se equilibraram entre judeus e cristãos.

Na fase seguinte, de domínio árabe-mulcumano, foi a primeira vez em que a população árabe prevaleceu, mas os judeus conseguiram uma relativa paz, enquanto os cristãos praticamente deixaram de existir na

área. Ressaltemos que nesse período, iniciado em 638 dC, aconteceu realmente a primeira invasão da palestina pelos árabes, que mantinham boas relações e acordos com os judeus, ao contrário do que era relativo aos cristãos, cujos templos foram substituídos por mesquitas árabes, particularmente a mesquita de Omar (Domo de La Roca) e a Mesquita El Aqsa, na Esplanada, que passaram a consagrar aquele patamar de Jerusalém como o mais sagrado lugar mulçumano da Palestina.

A adoção de Jerusalém como capital mística foi tão intensa, que os árabes transferiram para Ramle³ os órgãos administrativos do seu governo, para não macularem a nova Cidade Santa, que passaram a chamar de Al Quds Al Shariff (o Venerável Santuário).

As Cruzadas tiveram início em 1099 dC, e aconteceram alternâncias no domínio da Terra Santa (nome dado à Palestina) com Saladino (mulçumano) e mongóis até 1291, quando a última Cruzada, a oitava, abandonou Acre⁴, e teve início um longo período mulçumano.

Não devemos esquecer que a invasão árabe-mulçumana de 638 dC, que antecedeu a primeira Cruzada, é o marco inicial da contagem de tempo para posse da Palestina pelos árabes, 1900 anos depois dos israelitas (judeus) e 235 anos após os cristãos (bizantinos).

A motivação dos judeus (israelitas) foi mística, em busca da Terra Prometida, e a dos árabes, pela expansão, sob a bandeira do Islã. Porém, ambas foram feitas pelas armas. A primeira invasão cristã foi decorrência de uma mudança política, a dos bizantinos, e a segunda (a primeira Cruzada) foi pelas armas.

Essas considerações são essenciais para avaliação das atuais reivindicações por judeus e palestinos sobre terras na Palestina, uma vez que os cristãos ocidentais, componentes das Cruzadas, não tiveram resultado muito satisfatório contra os “infiéis”, como eram considerados os mulçumanos,

que foram hostilizados pelos Cruzados. Pior ainda para os judeus, que foram perseguidos por estes últimos.

Não podemos incluir os Cruzados no rol dos combatentes sob a bandeira do misticismo, pois, embora o lema fosse religioso, a organização das cruzadas foi prevalentemente política.

Após o término melancólico das Cruzadas, em 1291 dC, teve início um longo período mulçumano. Em primeiro lugar, com os mamelucos, cuja base era o Egito. Em segundo lugar, com os turco-otomanos, até o mandato britânico, depois da primeira Guerra Mundial.

Apesar de professarem a mesma religião, o islamismo, os árabes não tiraram muito proveito desse ambiente favorável, sendo o principal fator a limitação tecnológica.

Assim é que, exceto na fase árabe-mulçumana, de 638 dC-1099 dC, a população judaica equivalia à árabe, mesmo na fase dos mamelucos e dos turcos.

Quanto aos cristãos, com exceção do período bizantino, estiveram em minoria, representados apenas em missões religiosas, conventos e mosteiros e guarda de lugares santos.

Os judeus, pelo contrário, apresentaram uma evolução espantosa na Terra Santa. Com os mamelucos, o aumento de colonos judeus foi surpreendente, pois, com a expulsão da Espanha em 1492 dC, os “Sefaradim” (judeus espanhóis) imigraram todos para a Palestina, tornando-se o maior contingente de sua etnia naquela região.

Com os turco-otomanos, os judeus fizeram realizações de todo tipo⁵. Vamos enumerar as principais: reconstrução de Tiberíades; fundação de uma escola agrícola em Mikvé; obras do barão de Rotschild; primeira Aliá⁶; colônias judaicas em Petakh Tikvá; estabelecimento do idioma hebraico; segunda Aliá; fundação do primeiro bairro da Nova Jerusalém (a judaica); fundação de Telaviv; fundação das primeiras aldeias coletivas.

2.3. Períodos modernos

Assim, quando eclodiu a primeira Guerra Mundial, antes de o Mandato Britânico ser instalado na Palestina em 1920, com a expulsão dos turcos, os ingleses já encontraram uma colonização judaica avançada na área, quando invadiram a Palestina em 1917.

A população crescia significativamente, e esse aumento foi maior ainda com a Declaração de Balfour, o término da Primeira Grande Guerra e as técnicas agrárias de inspiração socialista, que na ex-URSS fracassaram, mas que em Israel foram um sucesso com os nossos conhecidos Moshavim e Kibutzim e outros, embora Israel já tivesse experiência desse tipo antes da Revolução Russa. Até batalhões judaicos foram formados e ajudaram os britânicos na luta contra os turcos. Esses combatentes judeus, com a derrota dos turcos, foram a base da Haganá, Força de Defesa de Israel.

Como vimos, a Segunda grande Diáspora, se violentou o espírito místico dos judeus, afastando-os dos seus lugares sagrados, proporcionou a assimilação de um grande número de tecnologias modernas dos vários países em que estavam dispersos, particularmente na Europa.

Os árabes, na maioria camponeses, carentes de uma técnica agrícola mais produtiva, foram perdendo espaço para os colonos judeus, o que motivou atritos entre árabes e judeus, iniciados em 1921, repetidos em 1929 e intensificados em 1936-1939, nos dias que precederam a Segunda Grande Guerra.

Mas houve muita resistência, tanto à cooperação militar dos judeus às forças inglesas quanto à imigração dos judeus oriundos da URSS (por causa dos “progroms”) e da Alemanha. Muitos perseguidos pelos nazistas poderiam ter sido salvos se não houvesse restrições à imigração por parte dos ingleses, que, num *mea culpa* tardio, após a vitória dos aliados, apoiaram tudo em favor do Novo Estado de Israel.

Com o aval internacional dado pela ONU à criação do Estado de Israel, teve início um período na Palestina com feição

política nova, que seria tema para um estudo mais longo.

Contudo, num relance sintético, diríamos que, com a Alemanha derrotada e o renomado Holocausto, houve uma pressão muito forte, imposta pelos países vitoriosos, para a efetivação da Declaração de Balfour de 1917, de um lar para os judeus, em que pese o fato de que muitas nações, não somente algumas árabes, assinaram a resolução de 29 de novembro de 1947, da ONU, criando um Estado de Israel, com muito pouca simpatia.

Com a efetivação da Resolução de 14-15 de maio de 1948, pelos próprios judeus, os ingleses se retiraram da Palestina.

Os judeus foram forçados a montar, em linhas gerais, a Eretz Israel (Terra de Israel) sobre uma partição de terras entre judeus e árabes que, realizada pelos ingleses no ano anterior, atendendo o aparente justo critério *ut possedetis*, não atenderia no futuro nem a judeus nem a árabes, pelos especiais aspectos da Palestina⁷. Nessa época, em 1948, a população judaica era aproximadamente de 630.000 e a de árabes, 130.000.

Tão logo os ingleses se retiraram, o Líbano, a Síria e o Iraque, a Jordânia e o Egito invadiram Israel, ainda no ano de 1948.

Os árabes, em esmagadora maioria numérica, foram derrotados em todas as frentes, nessa guerra que os judeus chamaram de “Libertação”, mas que não deu muito lucro territorial aos judeus.

Contudo, a libertação heróica da Nova Jerusalém (a judaica), da enorme pressão árabe, que a fez se isolar do resto do país, foi uma prova de resistência e sacrifício; mas a Cidade velha (intramuros) ficou nas mãos da Jordânia.

A repartição de terras, proporcionada pelo armistício do ano seguinte, 1949, confirmando, em linhas gerais a demarcação anterior, de 1947, foi um erro de avaliação dos judeus, que só pode ser minimizado pelo argumento da forte pressão internacional.

Assim, a Banda Ocidental (ou margem Ocidental ou Cisjordânia) ficou sob admi-

nistração da Jordânia, enquanto a Faixa de Gaza ficou administrada pelo Egito.

A maior vitória dos judeus, mística e política, foi ter sido reconhecido internacionalmente o Estado de Israel na Terra de Israel, o que trouxe para a relação árabe-judaica um antagonismo definitivo.

A ocupação efetiva da área que lhe foi destinada deu motivo a Israel para expulsão de palestinos de cerca de 200 vilas árabes situadas na área, o que deu início a um ciclo de refugiados palestinos, que procuraram refúgio nos países árabes periféricos.

Embora esses distúrbios agrários entre assentamentos árabes e judaicos já viessem de 1921, agora esses atritos iriam tomar uma forma política mais séria, pois, com a superioridade técnica e militar dos judeus, as expulsões de palestinos iriam se transformar, com o passar do tempo, num grave problema futuro: os refugiados palestinos.

Em 1956, por ter Israel ficado ao lado da Inglaterra e da França nas pretensões desses dois países, traduzidas em força sobre o canal, o Egito atacou Israel no Sinai, sendo repellido até as margens do canal de Suez.

Forçados por pressão internacional (EUA e URSS), os judeus se retiraram, em troca de uma Força Internacional na zona neutra, limite entre Israel e Egito. Essa Força (Batalhão de Suez) abandonou a área, após algum tempo, numa retirada um tanto melancólica.

Guerra dos Seis Dias (1967)

O estado de tensão, desde a oficialização do Estado de Israel, vinha aumentando muito, traduzido em provocações mútuas entre árabes e judeus.

Esse clima de hostilidade mútua terminou com a Guerra de 1967 (mais conhecida como Guerra dos Seis Dias), em que Israel, numa ação vertiginosa e de surpresa, conquistou o Sinai, unificou a Grande Jerusalém, tomando a Cidade Velha da Jordânia, e ainda conquistou grande parte das Colinas de Golan, na Síria, por motivo de segurança. Paralelamente, assumiu o controle total

da Margem Ocidental (Cisjordânia) e da Faixa de Gaza.

Com o aumento da área administrada, mesmo com a devolução do Sinai, a pressão aumentou muito na Cisjordânia contra os colonos Palestinos, os assentamentos judaicos se multiplicaram e o número de palestinos desalojados chegou a centenas de milhares.

Guerra de 1973 (Iom Kipur)

Essa guerra pode ser considerada a última tentativa de árabes (Síria e Egito) enfrentarem os judeus em operações de guerra convencional. Embora apanhados de surpresa, os judeus acabaram mesmo levando a melhor mais uma vez, tendo havido muita divergência quanto aos resultados práticos.

Sadat, presidente do Egito, aproveitou habilmente um armistício para tirar frutos políticos. Estabeleceu uma base sólida para uma paz futura e permanente com Israel, tendo realizado poucos anos depois uma visita de paz a Jerusalém, que lhe valeu, juntamente com Menahem Begin, Primeiro Ministro de Israel, o Prêmio Nobel da Paz.

Foi uma jogada política de mestre, com que os presidentes egípcios (inclusive o atual) vêm mantendo uma linha de equilibristas virtuosos entre os dirigentes ocidentais e os interesses árabes. Quem não gostou nada foi o terrorista mulçumano, que, a partir de 1973, intensificou sensivelmente os seus ataques contra Israel e ultimamente contra o próprio Egito. Como todos sabemos, o Egito, cuja etnia é árabe, é um país de reconhecida tendência ocidental.

3. Ocupação da Palestina: anomalias

Após a guerra de 1948, vencida pelos judeus, e o armistício com os árabes em 1949, a Palestina assumiu praticamente a configuração atual, distribuída entre judeus e palestinos.

É um painel tumultuado, anômalo e com distorções facilmente detectáveis, fruto do que a terra representa: ponto de encontro do

Oriente e do Ocidente, do Norte e do Sul, do bíblico e do histórico, do religioso e do secular, da tradição e da cultura (O Guia de Israel- Ed. 1972). E, acrescentamos nós, do místico e do racional.

São inúmeras as causas desse confuso conglomerado humano polifórmico; mas vamos nos ater às mais expressivas, contidas, explícita ou implicitamente, no nosso resumo histórico, particularmente aquelas a partir da Invasão Britânica (1917), porque são suficientes para a análise das nossas projeções sobre o futuro das partes em conflito.

3.1. Causas Geográficas

3.1.1. Físicas

O que chamamos de Palestina é a área de Eretz Israel (Terra de Israel), acrescida da Cisjordânia (Margem ou Banda Ocidental), da Faixa de Gaza e das Colinas de Golan, estas três últimas administradas por Israel.

A Terra de Israel tem uma superfície de 20.700 km², as outras três (Cisjordânia, Faixa de Gaza e Colinas de Golan) medem, respectivamente, 5.878 km², 363 km quadrados e 1.150 km². No total, a superfície da Palestina é de 28.091 km², ocupados por judeus, árabes-palestinos e minorias (cristãos e outras).

Podemos logo concluir, à luz desses dados:

– A área da Palestina é mínima se compararmos com a dos países continentais asiáticos; além disso, por ser um problema

estrutural, vai se constituir num contraste insolúvel quando os contingentes populacionais de judeus e árabes atingirem um nível mais alto, o que é esperado num prazo médio, com vistas à imigração.

– Os dois limites da área habitada são, a Oeste, a costa do Mar Mediterrâneo e, a Leste, a linha balizada pelo cume das alturas de Golan, pela margem Oriental Sul do lago de Genezaré, pelo Rio Jordão, o Mar Morto e a baixada do Aravá. Entre essas duas linhas não há mais nenhuma outra de acidentes naturais que possa definir uma fronteira entre Estados.

– Além dessas características negativas, a área apresenta escassez de água doce, baixa pluviosidade e irrisório índice higrométrico, além de contrastes naturais notáveis. Mais ainda: a pequena largura da parte central do território, comprimido entre as montanhas da Judéia e da Samaria, de um lado, e o Mar Mediterrâneo, do outro, é de importância significativa para a análise do fluxo das populações que ali se confrontam.

3.1.2. Humanas

Todas as deficiências apontadas vão aumentar de valor quando referenciadas às populações que habitam a área.

Os dados sobre população são aproximados e não refletem realmente o mapa demográfico. Por exemplo: de acordo com as últimas pesquisas, o número de não-judeus está superando levemente o de judeus, embora possamos dizer, com a margem percentual de erros, que há uma razoável equivalência.

	População	hab/km ²
Terra de Israel	5.000.000 (incluindo árabes assimilados, cristãos e outras minorias)	248
Cisjordânia	2.800.000 (incluindo 250.000 judeus assentados, cristãos e outras minorias)	474
Faixa de Gaza	1.300.000 (só árabe-palestinos, minorias inexpressivas)	3.600
Golan	8.000 (quase todos “drusos”)	6,9

Além desses índices demográficos citados, alguns preocupantes e com perspectivas de ficarem mais graves ainda, não devemos esquecer que pela Palestina passaram, como habitantes ou invasoras, mais de vinte nações, deixando, em maior ou menor grau, alguma marca de seus traços culturais.

Algumas dessas nações estão representadas ainda por pequenos contingentes que, somados aos habitantes atuais, já analisados, formam um quebra-cabeça cultural de complexa montagem.

3.2. *Causas históricas*

São verificadas em todos os períodos históricos, iniciando pelo nome “Palestina”.

Como é a “terra dos palestinos”, sabemos que é a tradução do termo grego “filisteus” para o hebraico “pêlishtim” (sh=ch), que por sua vez é oriundo do verbo “palasha”, que significa “invadir”. Assim, Palestina é, lexicamente, a Terra dos Invasores, mas não dos invasores israelenses e, sim, dos filisteus. Os israelitas (depois, os judeus) jamais aceitaram o nome Palestina para a sua Terra de Canaã ou Terra Prometida, transferindo o patrocínio da invasão a um povo pagão e politeísta como o filisteu.

Nem mesmo depois de oficializado o nome da região para Palestina (abreviação de Síria-Palestina), pelo Imperador Romano, Hadrianus, em 135 dC, foi aceito. Essa foi a primeira distorção, de caráter onomástico, para a Palestina.

2) Como afirmamos no início do presente item três, embora tenha havido inúmeras causas de anomalias na ocupação da Palestina em todos os períodos históricos, por uma questão de simplificação do estudo, vamos apenas considerar aquelas a partir da invasão Britânica, em 1917, mesmo porque são suficientes para o esclarecimento das projeções futuras sobre as partes do conflito.

Dos períodos anteriores, julgamos necessário ressaltar apenas o misticismo judaico com base no monoteísmo de Abraão e sua

realização messiânica terrena com a criação de um reino soberano (o de Israel), na Terra de Israel, com a sua capital bíblica (Jerusalém), sede do Templo, centro espiritual e de comunicação com Javé.

Essa tríade (Estado, Capital, Templo) é a base da fé dos judeus e das atitudes do seu povo e do seu governo.

Quanto aos árabes, queremos dizer que a sua motivação na ocupação da Palestina foi a sua expansão territorial com a bandeira do Islã. O seu misticismo prendeu-se mais a Jerusalém, adotada como Cidade Sagrada, com os lugares sagrados na Esplanada, símbolo místico da trajetória de Maomé.

Os cristãos em minoria flagrante na Terra Santa, terão também a sua vez, como mediadores, nas conclusões finais.

Quando os ingleses invadiram a Palestina, em 1917, encontraram uma avançada colonização judaica na área. Esse desenvolvimento foi surpreendente, com realizações já citadas em parte no nosso resumo histórico. Esse progresso foi tão marcante que somente o aumento da imigração, o estabelecimento de núcleos agrícolas e o início de construção da Nova Jerusalém (futura Capital), tudo sob regime mulçumano dos turco-otomanos, serviriam para caracterizar uma ocupação anormal, anômala. A ação das organizações judaicas foi tão eficiente que, quando os ingleses chegaram, os judeus já estavam em condições de formar batalhões combatentes, para ajudá-los na luta contra os turcos. Com a expulsão dos turco-otomanos em 1918, com o fim da Primeira Guerra Mundial, o apoio das nações à Declaração Balfour (um lar para os judeus) e a criação do Mandato Britânico em 1920, a Palestina sofreu uma mudança radical em sua vida política.

Durante o Mandato Britânico (1920-1948) os eventos mais influentes foram: Terceira Imigração (Aliá III)-1920; fundação do 1º Kibutz (Ein Jarod) e do 1º Moshav-1920; fundação da Federação do Trabalho (Histradut) -1920; primeiros atritos árabes-judaicos-1921; estabelecimento de um governo

árabe na Transjordânia-1922; organização da Haganá (Força de Defesa de Israel)-1922; novos atritos entre árabes e judeus – 1924 e 1936–1939; início da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto-1939; desde 1935, limitação da imigração judaica e venda de terras; com a derrota da Alemanha-1945, pressão internacional para a efetivação da Declaração Balfour de 1917; divisão da Palestina entre Estados judeus e árabes-1947; fim do Mandato Britânico e Proclamação do Estado de Israel-1948.

4) Pela simples leitura dos fatos acontecidos durante o Mandato Britânico, observamos que quase todos os eventos favoreceram a intensificação da imigração judaica na Palestina, com exceção da legislação restritiva para a entrada de judeus, e da venda de terras, em função da pressão árabe.

Essas restrições impediram que milhões de judeus, fugindo do Holocausto, fossem salvos.

Os Mandatários Britânicos, com a derrota da Alemanha e a pressão internacional, num *mea culpa* tardio, procuraram se redimir desse erro.

Já em 1947, propuseram à recém-criada ONU a divisão da Palestina em dois Estados: judeu e árabe, que motivou a resolução da ONU de 29 de novembro de 1947, autorizando os judeus a tomarem, eles próprios, as medidas para criação do Estado de Israel.

Reclamaram os árabes que os Mandatários Britânicos não teriam se definido muito bem quanto à criação do estado árabe. Os ingleses argumentaram que os árabes não queriam a criação de dois Estados: árabes e judeu, pois isso significava o reconhecimento tácito do Estado de Israel pelos próprios árabes – o que seria o maior desastre político para eles. Nisso estavam certos os Mandatários, que, com uma partilha de terras aparentemente justa, com o critério de *ut possedetis*, procuraram reparar os desacertos com os árabes. Essa distribuição de terras na Palestina, entre judeus e árabes, sobre a qual vamos discorrer com mais pormenores, embora aceitemos a boa intenção

dos ingleses, foi anormal, irregular, anômala e infeliz politicamente, como veremos a seguir, apesar de ter sido, com algumas alterações, a base de todos os acordos futuros.

Reconhecemos que da partilha de área, quanto à população em 1947-1948 (625.000 judeus e 150.000 não judeus), até que foi favorável aos não-judeus, mas a infiltração de assentamentos judaicos na área palestina já era um fato. Quando dissemos que a partilha foi infeliz politicamente, queremos expressar a idéia apenas de uma impossibilidade de composição administrativa, pois na Palestina nada pode dar muito certo, ao contrário de outras partes do globo.

Na verdade, nem os Mandatários Britânicos podem ser responsabilizados, porque o problema na Palestina é complexo e talvez indecifrável, pois é conseqüência de eventos bíblicos e históricos, de fatores místicos e racionais, que às vezes não se harmonizam.

5) Era nossa intenção fazer uma descrição pormenorizada das linhas que definem os territórios repartidos entre árabes e judeus, porém teríamos que fazer referências a muitas localidades, com nomes árabes e hebraicos, de difícil localização.

Ao invés disso, preferimos dar uma visão de conjunto, fácil de acompanhar em qualquer carta da região, ressaltando as principais distorções na distribuição das áreas.

– A Cisjordânia (Banda ou Margem Ocidental) não é um conjunto geográfico único. Embora na parte Leste das alturas de Jerusalém a Belém, que são o centro do deserto da Judéia e que descem abruptamente para o Mar Morto, haja continuidade de área, a Oeste dessa cordilheira, que é a parte mais desenvolvida, os dois conjuntos territoriais, o do Norte e o do Sul, estão separados pela Nova Jerusalém (a judaica), que é a ponta de uma verdadeira cunha da Terra de Israel, mas que, por sua vez, é asfixiada pelas bordas centrais dos dois conjuntos territoriais palestinos, o do Norte e o do Sul.

Não citamos a Velha Cidade de Jerusalém (a intramuros, a bíblica) porque, ao tem-

po da realização da partilha, ela estava nas mãos dos jordanianos.

Mas há uma contrapartida. Os dois conjuntos da Cisjordânia também se projetam para Oeste, comprimindo o território de Israel, na sua parte central, a mais estreita e a mais desenvolvida, contra a costa do Mediterrâneo, particularmente o conjunto Norte. Nas saliências do perímetro demarcatório, as distâncias são aproximadamente: em Tulkarem (Tul Karm), 18 km de Netanya; em Kalkilia (Qalqilyah), 15 km de Herzliyya e 25 km do centro de Tel Aviv; em Kadhafa (em frente a Modai'in), também cerca de 15 km do Aeroporto Internacional de Lidda (Lod); em Emaús (Emwas), praticamente se confrontando com Latrun; e finalmente fazendo limite entre a velha e a nova cidade de Jerusalém, a rua dos Pára-quedistas, em frente ao Mosteiro de Notre Dame. Esse último lance (abreviado para simplificação) é um verdadeiro atentado à inteligência humana, pelas implicações de todo tipo e pelo artificialismo da fronteira escolhida, tanto para judeus quanto para árabes.

O conjunto Sul, que começa com a Cidade velha (jordaniã), engloba a região de Belém (Beit-Lehem - Bayt Lahm) e apresenta logo de início nas alturas de Talpiot, Beit Safafa e Beit Jala uma pressão direta sobre a ferrovia de Jerusalém (a judaica) para Tel Aviv.

Por ser mais distante da Costa Marítima, o conjunto Sul só vai constituir ameaça a Beersheva, capital do deserto de Neguev, e como possível região de ligação com Gaza e também como acesso das incursões da fronteira Oeste a Jerusalém. Da saliência de Al Dâhirya (mais ou menos 13 km da ponta), a demarcação inflete para Nordeste, passa entre Kamel e Arad e termina no Mar Morto, a uns 6 km ao Norte de En-Gedi.

– A Faixa de Gaza tem uma história longa para ser contada e sofreu influência considerável das lutas pelo Sinai, mas apresenta como características negativas principais: ser excêntrica em relação à Cisjordânia e um verdadeiro apêndice de difícil controle para

ambas as partes em conflito, com uma densidade demográfica simplesmente traumática que, por seu índice de pobreza, pode explodir a qualquer momento.

– Quanto ao deserto do Sinai, pela relativa importância no objetivo do nosso tema, e as Colinas de Golan, serão citados apenas quando for necessário.

6) Em traços gerais, era essa a demarcação de 1947, antes que os ingleses se retirassem em 1948, julgando a missão cumprida.

Logo que esses deixaram o porto de Haifa (Heifá, em hebraico), os países árabes (Líbano, Síria, Iraque, Jordânia e Egito) atacaram o recém-criado Estado de Israel, para destruí-lo. Era a guerra de 1948, que os judeus chamaram de “Libertação”.

A Guerra de 1948 não trouxe muitas vantagens territoriais para os judeus.

Mas a grande vitória foi a liberação da Nova Jerusalém (a judaica), que os combatentes judeus conseguiram com imensos sacrifícios eliminando as resistências que dominavam, das alturas as duas mais importantes ligações terrestres entre a cidade sitiada e a Terra de Israel – a autopista número 1 e a ferrovia, as duas que permitiriam o reacompanhamento de pessoal e o ressuprimento aos defensores da cidade.

Mesmo com a derrota das Forças invasoras em todas as frentes, a linha demarcatória pouca alteração sofreu, apesar das oscilações em consequência das inúmeras incursões armadas. No entanto, a pior anomalia não foi eliminada – a Cidade velha continuou separada da nova Jerusalém, e ficou com a Jordânia. Se no aspecto territorial não houve muita alteração, alguns eventos históricos seriam decisivos para as atitudes futuras de ambas as partes em conflito.

Não conseguindo o objetivo maior de destruição de Israel (o Estado), os árabes fizeram uma investida violenta contra a nova Jerusalém (a Capital dos judeus), que também fracassou. Mas quanto ao Templo, ou o que o simbolizava, os jordanianos fizeram a sua parte. Arrasaram o bairro judaico, des-

truíram as sinagogas e impediram o acesso de judeus ao Muro das lamentações, o local mais sagrado do judaísmo.

O tripé da fé judaica e de seu monolitismo nacional (o Estado, a Capital e o Templo) estava agora oscilando. Apesar de todos esses percalços, o Estado de Israel assinou, em 1949, um armistício com os países árabes (exceto o Iraque), praticamente restabelecendo a situação anterior, com a diferença do desafogo da Nova Jerusalém.

Parecia que Israel tinha cometido um erro de avaliação, naturalmente minimizado pela forte pressão internacional, agora mais interessada no petróleo.

Porém, essas desvantagens judaicas foram temporárias, embora a Cisjordânia ficasse sob controle da Jordânia e a Faixa de Gaza, sob administração do Egito, indicando prazo não tão curto assim.

Contudo, os judeus tinham vencido em todas as frentes e o moral da nação estava alto.

Com a criação do Estado de Israel, e a abolição das leis restritivas de imigração e de venda de terras, houve um grave problema de espaço físico, com a imensa entrada de judeus de todos os cantos e o fácil acesso para o árabe através da fronteira de 480 km com a Jordânia.

Nem a Guerra do Sinai, em 1956, contra o Egito, conseguiu deter a pressão demográfica na Cisjordânia, com o conseqüente aumento do número de atritos agrários e conflitos localizados.

Na Terra de Israel, mais de duzentos assentamentos palestinos foram evacuados à força, o que, juntamente com a invasão de assentamentos judaicos na Cisjordânia, deu início a um grave problema social que se tornaria um pesadelo para ambas as partes em conflito e também para os países árabes periféricos: o dos refugiados palestinos. A tensão chegou a tal ponto, com os atritos e as provocações mútuas, que, em junho de 1967, Israel atacou de surpresa em todas as frentes, na chamada Guerra dos Seis Dias, num ataque fulminante:

Reunificou a Grande Jerusalém, tomando a Velha Cidade das mãos de jordanianos, conquistou parte das alturas de Golan, na Síria (uma operação para segurança da fronteira Nordeste com aquele país) e assumiu o controle total da Cisjordânia e da Faixa de Gaza.

Não falamos do Sinai porque por três vezes foi tomado do Egito e logo devolvido, por pressões internacionais.

É claro que houve mudanças na linha demarcatória, principalmente em torno da Grande Jerusalém, com o controle das elevações a Oeste de Kiryat Hadassá, Beit Zayit, Motza e Mevasseret Zion; ao Norte, garantindo o aeroporto de Jerusalém; a Leste controlando Arata e El Azarye (Betânia), que estão fora do município; e ao Sul, englobando Sur Bahir, Umm Tuba e Ramat Rachel e excluindo Beit Jala. As ligações terrestres com Tel Aviv foram completamente desafogadas.

A esse tempo, a população da palestina era, aproximadamente, de 2.300.000 judeus, 300.000 mulçumanos, 70.000 cristãos e 30.000 outras minorias.

Com o sucesso operacional militar de 1967, os assentamentos judaicos na Cisjordânia multiplicaram-se, enquanto, na Faixa de Gaza, foi moderada a expansão. Com a Guerra de 1973 (Íon Kpur), ocorreu a última tentativa árabe (Egito e Síria) de guerra convencional, resultando, para Síria, em mais uma derrota em Golan e, para o Egito, num armistício com Israel, com a pacificação de suas fronteiras e efeitos políticos promocionais para os dois Chefes de estado.

Essa paz com o Egito foi um fator marcante na decisão unilateral de Israel em evacuar os assentamentos judaicos da Faixa de Gaza, ficando, porém, com o controle do espaço aéreo, da costa marítima e da fronteira terrestre.

Na atual conjuntura, o número de assentamentos judaicos na Cisjordânia ultrapassa uma centena, contando os organizados e os em acabamento, atendendo naturalmente a interesses econômico-sociais e também, acima de tudo, a problemas de segurança.

A opção pelo terrorismo, que na verdade já fora decidida muito antes após a Guerra de Íon Kipur (1973), deu alerta aos extremistas palestinos para a intensificação do terrorismo, que passou a incluir como alvos até países árabes discordantes desse tipo de luta, como o Egito e a Arábia Saudita.

Somente mais uma informação importante, antes de passarmos ao item número 4 – Uma projeção para o Estado palestino sem o terrorismo:

O muro construído por Israel (que muitas pessoas comparam emocionalmente com o antigo muro de Berlim) tem funções específicas:

- suprir a inexistência de uma fronteira natural;
- facilitar o controle por Postos de Controle na estrutura;
- regular a circulação de trabalhadores pelos portões de Controle;
- reforçar a segurança nas áreas de fácil acesso a incursões terroristas, em combinação com a localização de assentamentos.

As cartas não mostram essa calculada distribuição de assentamentos, mas não é necessária muita perspicácia para imaginá-los mais concentrados nas saliências, antes citadas no item 3 deste artigo, e principalmente em torno da grande Jerusalém, como presença básica contra incursões terroristas e também contra assentamentos, sensíveis para quem vive na Palestina, entende de segurança e avalia estatisticamente qual o saldo compensador entre acertos e erros cometidos, para medidas tão contundentes e de impacto psicossocial negativo.

Eis aí, em linhas gerais, a situação da palestina hoje.

Os enfoques foram objetivos e suficientes para uma análise das propostas de criação de um Estado Palestino.

4. Uma projeção sem o terrorismo

a. Fatores que favorecem:

1) É uma projeção aceita pela opinião pública mundial, pelos aspectos humanís-

ticos que atende, e pela antevisão de uma paz duradoura numa região conflitada;

2) Indicação de um razoável grau de maturidade política da maioria de parlamentares judeus, aceitando um Estado não-judeu na Terra prometida e, com mais destaque ainda, de uma expressiva parcela da comunidade árabe, reconhecendo, em consequência lógica, a existência do estado de Israel, cuja destruição fora sempre o objetivo primeiro das incursões armadas dos países árabes periféricos;

3) O desejo sincero de setores expressivos das populações árabe e judaica almejando o fim de tantas mortes de inocentes, especialmente crianças e mulheres;

4) O apoio moral e material dos países industrializados, particularmente das democracias ocidentais, que se empenham na busca de uma paz duradoura na região, mesmo que, prioritariamente por seus próprios interesses econômico-políticos.

5) A defesa de uma idéia irrefutável, que é neutralização do terrorismo, se não a sua eliminação, pelo menos na área de responsabilidade de judeus e palestinos;

6) A evacuação dos assentamentos judaicos da Faixa de Gaza pela decisão unilateral do governo de Israel que, “aparentemente”, dá um grande passo pela paz, apesar de dolorosos sacrifícios dos assentados e forte oposição, embora minoritária, de setores da sociedade judaica.

7) A possibilidade de concessões mútuas para a formação de um Estado Palestino, alterando assentamentos da Cisjordânia, contanto que sejam evitados deslocamentos radicais e, acima de tudo, que seja preservada a segurança em toda a área, mesmo na previsão de mudança na liderança política palestina.

b. Fatores contrários a essa proposta:

Antes de enumerarmos os principais fatores, queremos esclarecer que a expressão “sem terrorismo” não significa exatamente a sua eliminação ou a destruição total de seus seguidores. Visa a prever um controle

efetivo de suas atividades ou mesmo uma cessação de hostilidades contra os judeus por um prazo bastante longo, que permita aos dirigentes do atual governo provisório palestino estruturar os elementos necessários ao suporte de suas decisões.

Enumeração dos fatores contrários a essa projeção

1) O terrorismo na Palestina, como em todas as partes do mundo, não é uma atividade isolada com limites demarcados de atuação territorial. Ele pertence a um movimento de grande amplitude internacional. Em poucas palavras, o terrorismo está globalizado.

2) Ele defende a sua atitude extremada por um objetivo político bem definido, a destruição do estado de Israel – símbolo da luta tradicional das lideranças árabes-mulçumanas, que transitoriamente toleram a convivência com o vizinho judeu, por força das derrotas militares, da pressão internacional e de conveniências políticas imediatas.

3) Esse objetivo da luta armada terrorista, atingido, abre caminho para o verdadeiro ideal de um Estado Islâmico na Palestina integrado ao pan-islamismo asiático. Já nesse segundo lance, convém detectar as primeiras dissensões na comunidade árabe internacional.

4) A fragilidade da liderança política civil (ou secular) palestina⁸, herdada dos dias de Arafat, que já caracterizamos em artigo anterior como um dos mais fortes antagonismos, visando à solução do conflito.

5) O recrutamento para as hostes terroristas facilitado pelas condições de vida dos palestinos desocupados e “urbanizados” (50% de desemprego em Gaza), e cuja tendência é o aumento da pressão demográfica, com a entrada de imigrantes, livre com a instalação do Estado palestino.

6) As dificuldades de acordos nas fronteiras, de controle do espaço aéreo, de circulação terrestre, de fiscalização da costa marítima, de entrada de imigrantes judeus (olim hadashim) e de refugiados palestinos (deve haver uma limitação, com oposição generalizada no mundo e na periferia árabe).

7) Ressaltamos o grave problema de assentamentos judaicos na Cisjordânia, do muro construído e a ser construído, esses dois problemas interligados por questões de segurança; e como agir com a ameaça futura do “apêndice” Faixa de Gaza, que já atingiu um índice demográfico traumático (3.600 h/km²), ideal para o treinamento do terrorismo.

5. Um Estado palestino com a situação atual

a. Fatores favoráveis

1) Francamente falando, não detectamos nenhum fator favorável à instalação de um Estado palestino na situação atual. Somos da opinião que Israel não concordará com a proposta enquanto o terrorismo não estiver sob controle, qualquer que seja a pressão internacional.

2) Talvez a ocorrência de um grave evento político internacional não previsto, particularmente no Oriente Médio, possa alterar a situação interna na Palestina. Juntamos a isso a preparação militar da milícia palestina, realizada com o apoio material do Ocidente, que pode dar a Mahmoud Abbas o reforço de liderança necessário. Lembramos que a vinda de “especialistas” nessa tarefa pode caracterizar a força palestina como “estrangeira”, e as conseqüências nós já conhecemos.

3) Quanto à evacuação dos assentamentos judaicos da Faixa de Gaza, que a imprensa internacional julgou uma iniciativa do governo de Israel para a paz, somos de opinião contrária. Foi uma jogada de mestre de Ariel Sharon. Sabendo que, superficialmente, iria colher os efeitos promocionais de sua decisão, o Primeiro Ministro de Israel, com uma cirurgia rápida, porém dolorosa, realizou o transplante de um apêndice prestes a “supurar” para o organismo político e operacional de Mahmoud Abbas, que passou a ter uma responsabilidade enorme em suas mãos; além desse efeito, Israel vê-se livre de problemas de segurança a distân-

cia, como também de gastos enormes, além da desvinculação de Israel com 1.300.000 palestinos. Os técnicos militares devem acrescentar mais uma previsão: com as prováveis ações terroristas em prazo não muito longo, as retaliações de Israel serão mais ousadas e diversificadas, pois que não há mais judeus na área.

b. Fatores contrários

Podemos afirmar que todos os fatores citados (subitem 4.b) contrários à hipótese de um Estado Palestino sem terrorismo podem ser válidos para a situação atual, em que o terrorismo atua segundo as suas avaliações políticas e não de acordo com o Governo Provisório Palestino.

O que podemos fazer é acrescentar algumas situações e eventos que vão agravar ainda mais a relação judaico-palestina.

1) Além das preocupações constantes do subitem 4.b.6, na presente perspectiva de um Estado Palestino na situação atual, tudo aumenta de gravidade, pois há pontos críticos⁹ que vão exigir medidas imediatas e conjuntos de assentamentos não cercados por muros e assentamentos isolados, que, pela insegurança vão se tornar insustentáveis.

2) O controle do espaço aéreo torna-se muito difícil para Israel, devido à situação da Grande Jerusalém, que pode ser facilmente atingida por qualquer avião de pequeno porte ou mesmo helicóptero partindo de dentro da Cisjordânia. Como a aeronave vai percorrer a maior parte (quase a totalidade) do espaço aéreo dentro de suas próprias fronteiras, vai surgir de repente em frente ao Centro Governamental, por exemplo, se entrar pelo corredor aéreo de Bait Zaiyt ou Mozza, o que será de problemática interdição. Quando os pequenos mísseis “ar-terra” estiverem à disposição dos terroristas palestinos, tanto essa hipótese como centenas delas semelhantes vão dar dor de cabeça à segurança de Israel.

3) Não vamos citar os problemas em todos os pontos críticos, pois não caberiam nesse artigo; mas a saliência de um conjun-

to Norte da Cisjordânia em Emwas (Emaús), confrontando Latrun, fica debruçada sobre a autopista numero 1, de Jerusalém a Tel Aviv, que pode ser danificada a qualquer momento se o muro retificador não for concluído logo; o mesmo poderíamos dizer com relação a Beit Jala e à via férrea de Battir, mas ali as medidas todas já foram tomadas; e assim por diante;

4) Um evento muito curioso foi a declaração de Mahmoud Abbas, expressando que ele não poderia imaginar um Estado Palestino sem Jerusalém (A Velha Cidade) como capital. Em parte ele tem razão, porque qualquer Estado Palestino precisa de um símbolo místico como capital. Por outro lado, essa declaração foi um descrédito muito grande num Estado Palestino, pois é uma hipótese que está fora de cogitação para o povo e o governo judaicos.

5) Deixamos para o final o maior fator contrário à criação do Estado Palestino na situação atual, isto é, com o terrorismo sem controle. Com os dois Estados, Israel e Palestina, separados pela atual fronteira, murada ou não, é uma fronteira política separando dois Estados soberanos.

6) Na hipótese de ocorrência de qualquer atentado terrorista em território israelense, os terroristas só poderão ser perseguidos até a fronteira. A entrada de força de Israel no território Palestino é um ato de guerra. Basta essa hipótese para a não aceitação de um Estado Palestino, sem controle do terror. Esse argumento pode ser estendido para o espaço aéreo. Infelizmente, não há possibilidade para esse acordo nas atuais circunstâncias.

6. Conclusão

Tudo teve início, realmente, com a conquista da Terra de Canaã, pelos israelitas, cerca de 1200-1250 aC, sob a liderança de Josué (Moisés tinha morrido) e sob a inspiração monoteísta de Abraão, que recebera do Senhor a promessa de uma Terra para seu povo, sendo chamada então de Terra Prometida.

A discussão sobre essa conquista, que foi feita pelas armas, mas com uma conotação mística, tem proporcionado respostas controversas, por observadores diferentes, com a conclusão de que é impossível a mensuração de realizações histórico-bíblicas, impregnadas de misticismo, com instrumental puramente material e racional.

Para os judeus, é uma verdade histórica sob inspiração divina e fora de discussão.

Foi com essa motivação que David, mais ou menos em 1010 aC, tomou dos Jebuseus sua capital (antiga Salém, de Melquizedec) e a chamou de Jerusalém, fundando logo após o reino de Israel. O Templo foi construído por Salomão, por ordem de seu pai David, logo em seguida.

Essa tríade – Reino de Israel, com Jerusalém como Capital sede do Templo, centro espiritual – é, com base no monoteísmo, o sustentáculo da fé judaica bem como da unidade nacional do povo judeu.

O caro leitor não pode, a partir de agora, perder de vista esse trio místico-político (Estado-Capital-Templo), que preside todas as atitudes do povo e do governo de Israel.

1) Sofrendo tudo o que um povo pode sofrer durante milênios, para manter a esperança de uma Terra Prometida, da qual várias vezes foi afastado à força, o povo judeu soube manter no exílio a visão messiânica do retorno e, quando isso aconteceu para a Terra de Israel, com a criação do Estado de Israel em 1948, lá encontrou uma colonização de seus compatriotas bem estruturada, composta de comunidades e assentamentos, que só se desenvolveu vencendo todo tipo de obstáculo.

Os judeus da dispersão jamais esqueceram sua pátria, tendo trazido dos países onde estavam dispersos uma enorme variedade de tecnologias, tanto das ciências em geral como da indústria agrária.

Juntemos a isso a capacidade de organização das Entidades de direção política, trabalhista e de apoio social e compreenderemos o sucesso de toda colonização judaica, mesmo durante períodos de domínio mul-

çumano, como aconteceu no governo turco-otomano, de 1516-1917.

A união desses três fatores – a resistência heróica dos que ficaram, a esperança messiânica de retorno dos exilados e a capacidade de liderança das Organizações Sionistas – deu em consequência uma Força de Defesa de Israel (a Haganá, depois, Tzahal) que venceu todas as guerras contra os vizinhos árabes, muito superiores em número.

Além disso, vamos ressaltar um aspecto que pouco tem sido comentado pelos analistas.

Os judeus, quando retornavam à Palestina dos países da dispersão, traziam, além dos conhecimentos adquiridos (especialmente da Europa), contribuição financeira dos Fundos Judaicos, dos exilados que não podiam voltar, em um movimento imigratório (Aliá) da periferia (forçando a palavra) para um ponto único, em que concentravam os esforços: era um movimento “centrípeto”, para a Terra prometida (a Palestina), que dava à nação judaica uma capacidade de luta fora do comum.

2) Os cristãos foram conhecidos, historicamente, em três fases. Primeira – o ministério e a morte de Jesus de Nazaré. Eram quase todos judeus; foram perseguidos e expulsos da palestina pelos próprios judeus fariseus. Segunda – sob a etnia mista de “bizantinos”, recebendo a Palestina como herança política dos romanos, tendo reformado Jerusalém, substituído templos e monumentos romanos por igrejas e símbolos cristãos. E terceira – durante as Cruzadas, como representações religiosas, mas nunca como nação em busca de uma pátria, pois eram uma congregação de várias etnias.

3) Os árabes e mulçumanos, na sua expansão, fizeram um movimento contrário ao dos judeus – centrífugo, da Península Arábica para regiões distantes do globo –, não levando um sentimento de procura de pátria prometida, mas o misticismo da difusão do Islam.

Sofreram uma dispersão com as terras conquistadas e não tinham idéia de retorno

para a sua região de origem, onde ficaram na lembrança as cidades sagradas de Meca e Medina.

Não podendo competir com as falanges árabes poderosas que conquistaram a Síria, o Iraque e o Egito, o reduzido contingente que se apossou de Jerusalém e de toda a Palestina, procurou pelo menos, não ficar ofuscado com a projeção política e cultural das três capitais sedes das dinastias: Damasco, Bagdá e Cairo.

Esse contingente árabe-muçulmano, notando que era preciso um valor mais alto, um símbolo místico, que simbolizasse a comunidade árabe periférica, transformou Jerusalém em cidade sagrada (Al Quds, Al Shariff), o Venerável Santuário. A inspiração foi fácil de achar, pois uma tradição paralela propagava a ascensão de Maomé ao céu, partindo de um local na antiga Esplanada. Destruídos os Templos cristãos, bizantinos, foram construídas as mesquitas de Omar e Al Aqsa e, sob a primeira, o Domo de La Roca.

Para não macularem o misticismo da nova capital, transferiram os órgãos da administração para Ramle.

Os árabes não demonstraram muita capacidade administrativa, não somente no período de seu domínio como nos governos muçulmanos que se seguiram depois da alternada troca de poderes durante as Cruzadas.

Sua cultura era reconhecidamente ornamental (artes, filosofias, literatura), em que realmente brilharam em todo o Oriente Médio. Mas nas tecnologias, principalmente no desenvolvimento agrário, eram limitados. E isso foi fundamental para os futuros atritos com os judeus. Quando eclodiu a guerra de 1948, vencida por Israel, não somente o suporte operacional militar, mas a flagrante superioridade judaica numa política de produção agrária foram decisivos para a fuga de palestinos. O número aproximado de judeus era de 630.000 e de muçulmanos, 130.000 nessa “Guerra de Libertação”, que teve dois efeitos essenciais na Palestina: afir-

mou a superioridade militar de Israel sobre os árabes e produziu logo a seguir, em 1949, mediante acordo, a distribuição oficial da Palestina entre as etnias árabes e judaica, que tanta perturbação tem causado até hoje.

Com a Guerra dos Seis Dias (junho de 1967), Israel assumiu o controle de tudo (Cisjordânia, Gaza, Golan – segurança – e o êxodo palestino chegou ao máximo). Com a última tentativa em 1973 (Guerra do Iom Kipur), os palestinos intensificaram o terrorismo, que já havia sido escolhido como forma de combate alguns anos antes.

A configuração geral da fronteira entre as duas facções em luta permanente e a precariedade de seu traçado já foram com bastantes pormenores esboçados no nosso item 3, e as perspectivas de criação de um Estado Palestino, nos itens 4 e 5.

Podemos resumir toda a conclusão analítica do tema tratado no seguinte:

4) A criação do Estado de Israel, reconhecido pela ONU, é irrevogável, segundo o pensamento judaico;

– A capital em Jerusalém é o segundo elemento fundamental, final de todo o ideário bíblico que tem início com a antiga Salém. Sua divisão em Nova Jerusalém (a Judaica) e a Cidade Velha (intramuros, a Sagrada) é inconciliável, pela recordação contundente da destruição do bairro judaico e de suas sinagogas e do impedimento aos judeus de acesso ao Muro das Lamentações (ou Ocidental).

– A concepção mística e a aceitação mental do Muro das Lamentações como “3º Templo”, que alguns analistas não-judeus discutem, é assunto para um artigo completo, que não caberia nesta conclusão. No entanto, alinharemos as seguintes causas que justificam:

– históricas: não foram os árabes que destruíram o 2º Templo, e, sim, os romanos;

– políticas: qualquer mudança arquitetônica na Esplanada seria, para a comunidade árabe, uma agressão mística com efeitos irreversíveis;

– além dos benefícios turísticos, o momento é de conciliação em determinados aspectos.

5) Há certos aspectos essenciais nessa análise, que têm que ser ressaltados:

- a situação dos 250.000 assentados na Cisjordânia, que ficarão sem segurança quando Israel perder o controle político da área;

- a construção de um muro para definição de uma fronteira, com todas as implicações de efeito internacional, de retificação obrigatória de pontos críticos, da defesa problemática da Grande Jerusalém;

- a possível reação de Israel a incursões terroristas partindo da Faixa de Gaza, que será provavelmente uma base segura para essas ações, sem o controle judaico do espaço aéreo, da costa marítima e das fronteiras terrestres. Há previsão de pressão demográfica pelo aumento de refugiados; facilidade de recrutamento para o terrorismo, pelo desemprego e pela pobreza da área;

- com a criação de um Estado Palestino, a fronteira terrestre (com muro ou sem muro) é uma fronteira “política” entre dois Estados soberanos. A perseguição e a retaliação da tropa israelense terminam na fronteira, porque a sua transposição por tropa de Israel será um ato de guerra, e as conseqüências, imprevisíveis.

6) Por isso, as hipóteses de criação de um Estado Palestino, poderiam ser resumidas nas seguintes: 1ª) com o terrorismo, na situação atual; 2ª) sem o terrorismo.

Para a primeira hipótese, a nossa perspectiva é de possibilidade *zero*. Não acreditamos que Israel concorde, mesmo sob forte pressão internacional.

Para a segunda hipótese, que podemos prever também com a *nuance* de “terrorismo sob controle”, admitimos uma tênue possibilidade, que poderia adquirir consistência com a conjunção dos seguintes fatores:

- um evento inesperado aleatório, nos campos militar, político, ou em outro campo qualquer, que enfraquecesse decisivamente o terrorismo na Palestina. Acontecimentos desse tipo têm mudado o rumo da História;

- uma substancial preparação das Forças de Segurança Palestinas, com o decidi-

do apoio material e diplomático das democracias ocidentais, que se empenhariam junto com países árabes moderados para o convencimento da comunidade árabe, em geral, da inutilidade da continuação do terrorismo na Palestina, tirando qualquer perspectiva de paz naquela região;

- uma firme decisão da liderança religiosa islâmica, fundamentalista (tanto sunita quanto xiita), nos meios de comunicação e nas mesquitas, convencendo a grande e fiel comunidade árabe – muçulmana, ainda em maioria – que a doutrina de Maomé não admite e condena essas ações de violência que estão matando preferentemente inocentes árabes-muçulmanos.

Mas para isso, como já dissemos em artigo anterior, é necessário que os líderes religiosos, os guardadores fiéis dos ensinamentos da mais pura essência moral, não deixem que sejam adulterados os textos do Corão.

Urge, com personalidade, enfrentarem os mandantes terroristas, que estão utilizando o Islã para a criação de uma imagem de “Guerra Santa” ou de “civilizações”, cujo desfecho pode ser uma ameaça maior à humanidade.

Julgamos que o papel da liderança islâmica conservadora é fundamental no combate ao terrorismo, papel que só pode ser assumido com mudanças de atitudes, que só serão efetivas se reformuladas com a vontade firme e o desejo sincero de melhorar o tumultuado ambiente global.

Os judeus “aparentemente” deram um passo a frente, com a iniciativa unilateral de abandonar a Faixa de Gaza. Também sabemos que há um contingente expressivo da “nova geração” com pensamento menos radical e até mais flexível para solução dos problemas, o que já é considerado um obstáculo para o pessoal da linha dura.

Os cristãos, finalmente, estão tomando o devido lugar de mediadores, função que sempre foi postergada pela acomodação aos designios escatológicos.

Já no nosso artigo “Palestina II”, sugerimos algumas reformulações de atitudes de

dirigentes de todos os continentes para que o pior seja evitado. Mas é preciso mais do que isso.

O mundo está precisando é de uma reciclagem de base espiritual, que presida a fusão das filosofias no sentido do humanismo e da concórdia global.

Não acreditamos que essa enxurrada de Tsunamis, terremotos, furacões, vulcões em erupção, tempestades, juntamente com as guerras e os conflitos localizados sejam, como alguns pensam, prenúncios apocalípticos. Na verdade, esses fenômenos naturais são avisos aos poderosos do mundo que basta uma Tsunami isolada para acabar, num instante, com qualquer instalação artificial por mais sólida que pareça. Também aos donos da inteligência científica estão as novas doenças alertando para que, em vez de se desgastarem tanto com os problemas da engenharia genética, que tem seus aspectos positivos, mas também seus efeitos hipotéticos, dêem a sua colaboração preciosa à produção de vacinas eficientes contra a Ebola, a SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome) e a Gripe do Frango, que desafiam a medicina moderna e ameaçam tornar-se, especialmente a última, uma pandemia em vários continentes, já iniciada.

A preservação da pessoa humana com seus defeitos e seus direitos, em todos os quadrantes do mundo, e, qualquer que seja a sua filosofia de pensamento, é o que urge alcançarmos.

As igrejas cristãs estão marchando ou sadamente para esse idealismo humanitário, com a busca do ecumenismo religioso, apesar das dificuldades nas mútuas concessões dogmáticas. A igreja Católica, pela ação de João Paulo II, tomou atitudes edificantes com relação à superação de obstáculos entre as três grandes filosofias monoteístas – o Judaísmo, o Cristianismo e o Islamismo –, tendo deixado um verdadeiro testamento de moral cristã para o seu seguidor o Papa Bento XVI.

Não há dúvida, é o caminho para a compreensão universal, que todas as religiões

pregam, mas cuja bandeira foi desfraldada, em primeiro lugar, pelo Cristianismo.

Quando o objetivo primordial for atingido – “a globalização da fraternidade humana” –, então, sim, os cristãos particularmente, pela missão cumprida, e como apóstolos do Novo Mandamento, devem estar preparados, com tranqüilidade, para uma manifestação verdadeira de proximidade do final dos tempos, que julgamos não ocorrerá nos nossos dias.

A não ser que dirigentes dos países chamados de “Eixo do Mal” e daqueles que, com atitudes dúbias, os favorecem, queiram abreviar o processo; convencidos de que os atuais conflitos no Oriente Médio façam parte de um contexto de “guerra santa” ou “de civilizações”, possam transferir os conhecimentos da Tecnologia Nuclear, pela qual tanto batalham na mesa de negociações, aos grupos terroristas.

De posse de artefatos obtidos dessa fonte poderosa de energia, os terroristas podem empregá-los em ações devastadoras, especialmente contra países que fazem campanha contra o terrorismo.

A resposta dos países atingidos, provavelmente tradicionais democracias ocidentais, que possuem um arsenal atômico muito mais poderoso e eficaz, será implacável e catastrófica, porque os potenciais objetivos não são mais ninhos de terroristas ou depósitos clandestinos de armas e munição, mas, sim, áreas, regiões, países inteiros que já estão catalogados desde já, por darem abrigo e apoio material ao terrorismo. Não tenhamos dúvida a respeito.

Quando os eventos dramáticos começarem a ocorrer, para infelicidade geral, não somente a cristandade, mas toda a humanidade deve estar preparada, porque tais eventos não mais constituirão sinais precursores de um final que se aproxima, mas serão, eles próprios, o fim da civilização que já estará em andamento.

Notas

¹ Reino de Israel: era a concretização da tríade mística em que está baseada a Lei, a unidade do povo judeu (O Estado soberano – Israel; a capital mística: Jerusalém; e o templo – centro espiritual).

² Nazaré: ignorada até nos relatos de Flavius Josephus, já existem duas provas substanciais de sua existência, no tempo de Jesus. A 1ª um achado arqueológico romano bastante recente, citando a cidade da baixa Galiléia. A 2ª Dar Bahat, eminente arqueologista judaico, mostra que Nazaré acolheu um grupo de judeus fugidos de Jerusalém logo com a destruição do templo, 30 anos após a morte de Jesus, o que confirma já ter sido importante há algum tempo (Veinte Siglos da Vida Judia, pág. 8)

³ Ramlé: de significado “areia”, está próxima de Lida, quase no litoral. Não confundir com Ramalah, na Cisjordânia.

⁴ Cruzados: quando perderam Acre, sua capital na Palestina, terminou o domínio cristão, em 1291 dC.

⁵ Período Turco-Otomano: foi extraordinário o progresso dos feitos judaicos nesse período, embora o regime dominante fosse muçumano.

⁶ Aliá: palavra de raiz hebraica que significa “subida”; como Jerusalém está a 830m de altitude, o imigrante judeu que chegava subia à Capital. Em massa, é o contrário de “diáspora”. (A RIL nº 164 explica melhor. Página 330).

⁷ Palestina: a área é muito reduzida e não há espaço físico para os dois povos. É um aspecto especial.

⁸ Liderança: os palestinos não têm liderança civil e os judeus, que a possuem de sobra, vão enfrentar agora a ausência de Ariel Sharon.

⁹ Pontos críticos: (além dos ressaltados no item 3.2.5); há pelo menos uma dezena a mais. Assim

com a situação atual, com essa fronteira artificial (com muro ou sem muro) e o terrorismo fora de controle, é inconcebível a criação de um Estado Palestino. Seria um perfeito desastre político.

Referências

AGUIAR, Hugo Hortêncio. Globalização e nacionalismo. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 255-269, jul./set. 2005.

_____. Islamismo e estado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 38, n. 152, p. 269-299, out./dez. 2001.

_____. Israel: Estado e religião. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 38, n. 153, p. 277-301, jan./mar. 2002.

_____. Palestina: parte I. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, p. 347-359, jul./set. 2004.

_____. Palestina: antes e depois de Cristo: parte II. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, p. 317-330, out./dez. 2004.

GIORDANI, Mário Curtis. História do mundo medieval. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

Lands of the Bible Today. Edição 1956 – The National Geographic Magazine

Israel and Adjoining Countries – Edição 1975 – Kimerly & Frey

Jerusalém – Edição 1969 – E. Pikovsky Ltda

As eleições de 2006 e a reforma política

Caetano Ernesto Pereira de Araújo

Sumário

1. Introdução. 2. Propostas de reforma. 3. Argumentos reformistas. 4. As eleições de 2006.

1. Introdução

O intervalo entre as eleições e a posse dos eleitos costuma ser propício para a produção de análises e prognósticos sobre a política. Os resultados são conhecidos, mas os eleitos ainda não começaram a exercer seus mandatos. Governadores, deputados e parte dos senadores trabalham ainda em função da vontade passada dos eleitores, mas os movimentos da política já obedecem à lógica que saiu das urnas. De certa maneira, o novo já está decidido, mas ainda não realizado. Nesse vácuo, proliferam as reflexões e especulações de analistas e atores, na imprensa, na academia e nos partidos políticos. Procuram, normalmente, de um lado, comparar os resultados com as previsões anteriores e explicar as discrepâncias. De outro, indagar os rumos que se apresentam, para situação e oposição.

O objetivo deste artigo é ir além dessa análise das eleições fundada na perspectiva da conjuntura imediata. Procura-se pensar o resultado eleitoral a partir da discussão, antiga entre nós, da reforma política. Afinal, há mais de uma década que as supostas mazelas do nosso sistema político são apontadas, discutidas, num processo que desemboca na apresentação de propos-

Caetano Ernesto Pereira de Araújo é Consultor Legislativo do Senado Federal.

tas de alteração das regras do jogo. Após disputas acirradas, as propostas encaixam em algum ponto de sua tramitação. Nas proximidades da eleição seguinte, a discussão retorna e propostas iguais ou semelhantes às anteriores retomam o centro da agenda.

É certo que há uma controvérsia não resolvida sobre a matéria. A persistência da questão aponta para a existência de problemas reais no sistema político a demandar soluções, assim como para a existência de atores importantes interessados nessas soluções. Ao mesmo tempo, a inércia poderosa que a regra atual revela mostra que interesses igualmente importantes são atingidos pelas propostas de mudança.

Mas afinal, qual o cerne da controvérsia? Quais os argumentos em jogo? Em que medida os resultados eleitorais podem ser utilizados para abonar as razões de cada uma das partes ou para lançar dúvida sobre eles? Essas as questões que este artigo procura analisar. Para tanto, o primeiro passo será o exame das principais propostas apresentadas na última década, com os argumentos que fundamentaram sua apresentação. Em seguida, a lógica das reformas será discutida, assim como os argumentos contrários a elas. Finalmente, os resultados das eleições de 2006 serão lidos a partir dos argumentos contrastantes de ambas as posições.

2. Propostas de reforma

Vimos que o tema da reforma política é recorrente na agenda do Congresso Nacional, na vigência da Constituição de 1988. Na Legislatura 1995-1999, por inspiração da bancada governista, foram criadas comissões especiais, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, para apreciar a matéria. A Comissão da Câmara não concluiu seus trabalhos. A do Senado, após inúmeros debates, nos quais foram ouvidos representantes do Poder Executivo, da Justiça Eleitoral e de partidos políticos, concluiu, em 1998, pela apresentação de uma série de

propostas, na forma de Propostas de Emendas à Constituição e Projetos de Lei do Senado.

As alterações mais importantes propostas pela Comissão eram: a substituição do sistema de voto proporcional em listas abertas pelo sistema conhecido como distrital misto; a proibição de coligações nas eleições proporcionais; a instituição da fidelidade partidária, ou seja, a previsão de perda de mandato para o parlamentar que mudasse de partido ou incorresse em falta disciplinar grave; o estabelecimento de prazos mais dilatados para a filiação e o domicílio eleitoral de candidatos; o voto facultativo; o financiamento público exclusivo de campanha; e a cláusula de barreira, regra que estipulava a exclusão dos partidos que não atingissem o desempenho mínimo do rateio do tempo de propaganda no rádio e na televisão.

O diagnóstico da Comissão, que fundamentava esse conjunto de propostas, tinha como foco a constatação da “fragilidade da vida partidária brasileira”, fruto de uma legislação que enfraqueceria os partidos, de um lado, e, de outro, reforçaria a atuação individual de personalidades, personalidades que tenderiam a uma situação de independência diante dos partidos.

O exame do conjunto de propostas revela três problemas distintos cuja solução era procurada, todos eles derivados da fraqueza dos partidos e da excessiva personalização das eleições. Em primeiro lugar, a regra produziria, na avaliação da Comissão, um problema de representatividade. Haveria uma separação radical entre o período de campanha e eleição e o período posterior à posse dos eleitos, ao ponto de as ações dos representantes ganharem autonomia absoluta ante as intenções dos representados. Em outras palavras, os votos do eleitor seriam capazes de levar a conseqüências por ele não previstas e até mesmo indesejadas.

O exemplo mais claro de distorção da vontade do eleitor é a migração de cerca de um terço dos deputados para outras legen-

das no decorrer de seus mandatos. O movimento ocorre, basicamente, de partidos da oposição para partidos da situação e ganha em intensidade nos meses posteriores à eleição de um novo presidente. Esse fato ganha em significação quando constatamos que muito poucos deputados conseguem sua eleição exclusivamente com os próprios votos. Quase todos dependem dos votos dados a seus partidos e coligações. A mudança de partido afeta, portanto, não apenas os eleitores do deputado migrante, mas todos os eleitores do seu partido. Todos contribuiriam para a eleição do deputado, numa campanha articulada com as siglas e candidaturas identificadas com a oposição e todos serão representados nos quatro anos seguintes por um deputado da situação.

A liberdade de coligação no sistema de voto proporcional com listas abertas é vista como um mecanismo adicional de distorção da vontade do eleitor. Nesse sistema, o cidadão sabe em quem vota, mas não sabe a quem elegerá. Pode ser outro candidato menos votado do mesmo partido, mas a liberdade de coligação permite que seja um candidato de outro partido, até mesmo de um partido situado em campo oposto na política nacional, embora coligado no plano local. Para citar um exemplo extremo: votos dados a uma campanha “pacifista”, centrada no controle da circulação e do uso de armas de fogo, podem, a depender do arranjo da coligação local, eleger um candidato “belicista”, defensor do direito irrestrito ao porte de armas, da redução da maioria penal, da pena de morte.

Para enfrentar o problema da representatividade, a Comissão propôs a mudança do sistema eleitoral, a proibição de coligações nas eleições proporcionais e a instituição da fidelidade partidária, para impedir a mobilidade de parlamentares entre os partidos.

Em segundo lugar, a regra teria o efeito de criar condições de competição desigual entre os candidatos. No ambiente de eleições por ela criado, o peso do poder econô-

mico estaria livre para atuar e influir decisivamente no resultado das eleições. Haveria necessidade de uma nova regra que assegurasse, ao mesmo tempo, equidade e transparência no financiamento das campanhas. A Comissão terminou, como vimos, por propor o financiamento público exclusivo de campanha.

O terceiro problema alvo das propostas da Comissão refere-se à governabilidade, ou seja, às possibilidades de o Executivo construir uma sólida maioria no Congresso, capaz de garantir o apoio indispensável à consecução de sua agenda. Na situação presente, a governabilidade seria ameaçada, simultaneamente, pelo excesso de partidos e por sua fraqueza. Muitos partidos tornam as negociações para a formação da maioria complicadas. Partidos fracos tornam-nas insuficientes, uma vez que frações e grupos intrapartidários têm a capacidade de reivindicar uma negociação adicional em separado. Na visão da Comissão, a redução do número de partidos seria obtida com a cláusula de barreira, e seu fortalecimento, com a mudança do sistema eleitoral e com a fidelidade partidária.

Ao final da legislatura, em 31 de janeiro de 1999, todas as proposições originadas da Comissão foram arquivadas. Na legislatura seguinte, as lideranças dos partidos da base governista decidiram alterar sua estratégia. Como a mudança radical, em bloco, havia-se revelado de difícil aceitação, o caminho adequado seria a mudança paulatina, com ênfase nas mudanças passíveis de serem apresentadas na forma de projeto de lei. Como resultado dessa estratégia, diversos projetos foram aprovados pelo Senado Federal e encaminhados à Câmara dos Deputados. Os mais importantes foram: a proibição de coligações nas eleições proporcionais, a cláusula de barreira, a criação da federação de partidos, o voto proporcional em listas fechadas e o financiamento público exclusivo de campanhas.

No início de 2002, a reforma política voltou à pauta do Congresso Nacional, mais

uma vez por inspiração dos partidos governistas. Nova Comissão com essa finalidade foi formada na Câmara dos Deputados, e seu relatório foi apresentado pela Comissão ao final do ano. Os projetos aprovados pelo Senado na legislatura anterior tiveram influência significativa nas conclusões da Comissão.

O diagnóstico, de início, foi em tudo semelhante. Os problemas cruciais do sistema eleitoral brasileiro foram assim apresentados no relatório:

“a deturpação do sistema eleitoral causada pelas coligações partidárias nas eleições proporcionais; a extrema personalização do voto nas eleições proporcionais, da qual resulta o enfraquecimento das agremiações partidárias; os crescentes custos das campanhas eleitorais, que tornam seu financiamento dependente do poder econômico; a excessiva fragmentação do quadro partidário; e as intensas migrações entre as legendas, cujas bancadas no Legislativo oscilam substancialmente ao longo das legislaturas”.

As principais propostas de mudança contemplavam a instituição do voto em listas partidárias pré-ordenadas, a criação das federações partidárias, o financiamento público exclusivo de campanha e a cláusula de barreira. As principais diferenças em relação à proposta original do Senado foram a opção pelo voto em listas fechadas e a criação da figura da federação partidária, como meio de atenuar a proibição de coligações nas eleições proporcionais. Com a federação, a coligação eleitoral deve ser mantida após as eleições por um período mínimo de três anos. Mesmo essas diferenças, no entanto, constavam de projetos encaminhados anteriormente pelo Senado.

O projeto da Comissão enfrentou forte resistência, principalmente entre partidos da base governista. Pronto para ir a plenário, foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cuja manifesta-

ção foi solicitada por requerimento assinado pelos líderes do PTB, PP, PL e PMDB, aos quais se somou, no último momento, o líder do PT. A manobra protelatória foi resultado evidente da pressão dos demais partidos sobre o governo. Nessa situação, a opção foi sacrificar os esperados benefícios futuros da reforma em prol da manutenção da base de apoio presente na Câmara e no Senado.

Ao final de 2005, num esforço de alterar algumas regras antes da eleição, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 275, do Senador Jorge Bornhausen. Aprovado em 2006, vigorou para as eleições desse ano, graças à interpretação favorável da Justiça Eleitoral. Seu foco foi o gasto de campanha e a prestação de contas de candidatos e partidos, e seus objetivos declarados, o aumento do controle e da transparência, assim como a redução dos gastos de campanha.

Entre as alterações têm destaque, do lado da transparência e controle, a apresentação das contas, durante a campanha, pela *Internet*. Do lado dos gastos, a proibição simples de *showmícios*; de *outdoors*; da distribuição de camisetas e outros brindes; além da vedação do uso de bens de uso comum para fixação de propaganda, na forma de cartaz, placa, estandarte, faixas e pichação. Ou seja, foram excluídos da campanha aqueles meios considerados mais caros, capazes, portanto, de fazer valer a diferença do dinheiro em benefício dos candidatos apoiados pelo poder econômico.

3. Argumentos reformistas e anti-reformistas

Na última década, a discussão da reforma política nas duas Casas do Congresso Nacional apresentou uma continuidade clara, em termos de diagnóstico, argumentos e propostas de mudança. Apesar disso, as propostas não prosperaram. É preciso, portanto, qualificar os campos políticos separados pelas propostas de reforma. Quem apoiou a reforma, reiteradamente, na década que passou? Quem a ela se opôs?

Parece claro, de início, o interesse do Poder Executivo na promoção das mudanças. Vimos que essa foi uma preocupação constante das lideranças do governo Fernando Henrique Cardoso, assim como do Presidente Lula, no primeiro ano de seu governo. Em segundo lugar, parece igualmente claro que as iniciativas reformistas conseguem aprovação nas Comissões criadas para esse fim e fracassam na tentativa de chegar ao plenário. Ou seja, as forças da conservação da regra fazem-se ouvir no momento da decisão final.

Qual o critério a dividir os partidos nessa questão? A dicotomia situação/oposição não parece útil, uma vez que, no atual governo e no anterior, havia situacionistas e oposicionistas nos dois lados da questão. Uma suposta polarização ideológica tampouco parece eficiente para compreender a situação, pois partidos e parlamentares de direita e de esquerda, qualquer que seja a definição utilizada, encontram-se igualmente entre os apoiadores e os opositores da reforma.

A posição dos partidos no episódio do requerimento que evitou a votação em plenário do projeto de reforma da Câmara é um bom indicador da divisão que vigora nessa questão. No primeiro momento, fora do requerimento, ou seja, favoráveis à reforma, estavam PSDB, PT, PFL, PSB, PDT e PPS. Assinavam o requerimento, ou seja, pretendiam obstruir a reforma, PMDB, PTB, PP e PL. Qual o traço comum a esses partidos em cada um dos campos? A meu ver, a relação com o Poder Executivo. Partidos favoráveis à reforma haviam apresentado ou trabalhado, nas eleições anteriores, candidaturas a Presidente da República. Partidos contrários à reforma não haviam cogitado em candidatos próprios a Presidente. No máximo ofereceram candidaturas a Vice-Presidente. Um grupo de partidos, portanto, argumentava a partir da perspectiva de Executivo, ou seja, da posição de quem demanda apoio no Legislativo. Outro grupo descartava essa perspectiva e encarava a questão do ponto

de vista de quem oferta esse apoio. As mesmas propostas eram vistas por um grupo como fortalecimento dos partidos e avanços democráticos; para outros, como a ditadura ilegítima de burocracias partidárias sobre mulheres e homens “bons de voto”.

Uma segunda questão diz respeito ao peso dos argumentos que cada lado levanta. É digno de nota o fato de diagnóstico, argumentos e propostas de mudança, tal como formulados no âmbito do Congresso Nacional, serem objeto de polêmica também acirrada fora dele. Cientistas políticos, assim como outros acadêmicos e analistas, divergem sobre todas as propostas aqui relatadas. As divergências não se restringem à oportunidade das medidas ou à transição para elas: diverge-se sobre o diagnóstico dos problemas, a necessidade das medidas e até sobre seu caráter democrático ou autoritário. Vale, portanto, recapitular sucintamente os argumentos de cada parte.

Os três grandes problemas do sistema, tal como apontados pelos reformistas, valem como roteiro dessa discussão, uma vez que todas as propostas partem desse diagnóstico: representatividade, equidade na competição eleitoral e governabilidade.

Há um problema de representatividade no sistema político brasileiro? A migração partidária ao sabor da conveniência eleitoral de cada parlamentar resulta, como visto, numa Câmara dos Deputados muito diferente daquela que saiu das urnas. Na prática, a intenção de voto oposicionista de milhões de eleitores é convertida, sem consentimento ou aviso prévio, em apoio ao governo. Defensores da regra, por sua vez, podem argumentar que a troca de partidos é feita às claras, sob as vistas dos eleitores, que, ao cabo de quatro anos, irão avaliar esses parlamentares e punir com a recusa do voto aqueles que não tenham correspondido a suas expectativas.

Na verdade, mais importante que discutir as opiniões e posições favoráveis e contrárias seria tentar verificar o que pensam

os próprios eleitores acerca do sistema. Poucas pesquisas de opinião perguntam especificamente sobre a troca de partidos e a questão do pertencimento do mandato. Muitas, inclusive aquelas produzidas e divulgadas pelo Latinobarómetro, registram, ano a ano, a avaliação desfavorável dos eleitores brasileiros sobre a política e seus representantes. De modo geral, a política é malvista e, no seu mundo, a visão sobre Legislativo, partidos e parlamentares é ainda mais negativa que aquela sobre o Executivo. É difícil deixar de levantar a hipótese de que essa percepção amplamente majoritária tem forte relação com as evidências cotidianas de inconseqüência do voto dado.

Há um problema de equidade nas condições de competição eleitoral? Em outras palavras, o peso do poder econômico, seria entre nós, muito superior ao verificado em outros países? Há evidência forte nesse sentido. O cientista político David Samuels comparou os gastos eleitorais declarados no Brasil e nos Estados Unidos, na década de 1990. A soma dos gastos de todos os candidatos foi igual ou superior no Brasil, em torno dos US\$ 3,5 bilhões. A leitura desse dado exige algumas considerações. Em primeiro lugar, vivia-se na época uma quase paridade entre as moedas real e dólar, paridade que pode ter inflacionado os gastos brasileiros. No entanto, é preciso ver que os gastos americanos incorporavam a compra de tempo de televisão, assegurado gratuitamente no Brasil, além da campanha nas prévias, mecanismo que não existe entre nós. O desconto desses dois fatores nos gastos americanos faria aumentar em muito a diferença em favor do Brasil. Finalmente, se o gasto for relacionado à população, ao número de eleitores ou ao montante do PIB, muito menores no Brasil, nossa vantagem aumentaria ainda mais.

Tudo isso com relação aos gastos declarados. Sabemos, no entanto, que a prática da subnotificação de gastos é comum nas eleições brasileiras, em que é conhecida como

caixa 2. Variam muito as estimativas dos gastos não declarados no Brasil, entre duas e oito vezes o montante dos gastos declarados. Os poucos indícios que vêm a público apontam em favor da diferença maior. Vimos recentemente a divulgação na imprensa de gravações telefônicas em que um deputado recém-eleito declarava gastos de R\$ 5 milhões, apenas 8 % da quantia oficialmente assumida. Em todo caso, é razoável supor que o caixa 2 no Brasil seja superior ao norte-americano, o que faria pender a comparação dos gastos ainda mais a nosso favor.

Quais as razões de as eleições no Brasil serem tão caras? A primeira delas deriva diretamente da regra eleitoral. No sistema de voto proporcional em listas abertas, cada candidato torna-se o centro de uma campanha autônoma, em competição aberta com candidatos de partidos adversários e, principalmente, com candidatos do próprio partido, com quem disputa o voto na mesma faixa de opinião. Cada candidato, portanto, é um centro de arrecadação de recursos e gastos de campanha. Os partidos, por sua vez, são estimulados pela regra a lançarem o maior número de candidatos possível, para aumentar o percentual de votos a conseguir e, com ele, o número de cadeiras. Temos cerca de 20 partidos registrados, e cada qual pode apresentar um número de candidatos igual a 1,5 vezes o número de vagas em disputa. As coligações diminuem esse número, mas, em compensação, podem apresentar ainda mais candidatos. Para simplificar, vamos supor que não se formem coligações. O número total máximo de candidatos à Câmara dos Deputados seria, nessa situação, de $513 \times 1,5 \times 20$, ou seja, de 15.390 candidatos.

A segunda razão é o tamanho das circunscrições eleitorais. Um número grande de candidatos compete em circunscrições (as unidades da Federação) extensas e populosas. Qualquer unidade adicional de recursos de campanha permite a ampliação da campanha para um município novo e

pode produzir os votos determinantes para a vitória.

Sistemas eleitorais alternativos, por comparação, tendem a produzir eleições mais baratas. No voto proporcional com listas fechadas, a unidade da campanha, de arrecadação de recursos, portanto, é o partido, não o candidato. No nosso caso teríamos, no máximo, 20 listas por estado. No voto distrital, as circunscrições são menores e há, também, apenas um candidato por partido.

A relação entre custos de campanha e sistema eleitoral levou as Comissões da Câmara e do Senado a proporem o financiamento público com a mudança da regra eleitoral. Na vigência da regra atual, o financiamento público seria insuficiente e tenderiam a ser eleitos aqueles candidatos que aceitassem o expediente do caixa 2.

Finalmente, vamos ao problema da governabilidade. Neste ponto, a polêmica é ainda mais acirrada. Afinal, o Presidente da República encontra ou não problemas na formação e manutenção de sua base de apoio no Congresso Nacional?

Há todo um leque de respostas a essa pergunta. Nos pólos, os argumentos extremos que afirmam, de um lado, a virtual impossibilidade de formação de maioria a um custo aceitável, na linha das conclusões das diversas Comissões encarregadas da questão da reforma política, e, de outro, a eficiência do sistema, do ponto de vista da formação da maioria governista, em função dos poderes do Presidente da República combinados com as regras de funcionamento das Casas do Congresso Nacional.

No meio acadêmico, Barry Ames (apud RENNÓ, 2006) representaria a posição de crítica mais contundente ao sistema político brasileiro, sob esse aspecto. Na sua visão, Poder Executivo e líderes dos partidos governistas encontram-se na posição de procurar, constantemente, o apoio dos parlamentares para a agenda do governo. Esse apoio é obtido pontualmente, muitas vezes caso a caso, em troca de liberação de emen-

das orçamentárias e de cargos no governo. O sistema consumiria um esforço significativo para apresentar resultados pífios em termos de mudança. O grande exemplo seria o governo de Fernando Henrique Cardoso, que, a despeito de contar com uma base de apoio formal de até 70 % da Câmara dos Deputados, teve enorme dificuldade na aprovação de sua agenda de reformas.

No outro extremo encontra-se a posição de diversos cientistas políticos brasileiros de peso (LIMONGI, 2006). Para eles, os dados disponíveis mostram que o Congresso Nacional não constitui empecilho algum para a aprovação da agenda do governo. A grande maioria da legislação aprovada é de iniciativa do Executivo e cerca de 70 % de suas propostas são aprovadas. Raros são os casos de rejeição pelo legislativo de propostas do Executivo. Conclusão: as coalizões partidárias de apoio ao governo existem e funcionam; os parlamentares seguem disciplinadamente as orientações de seus líderes; o sistema assemelha-se ao parlamentarismo e funciona tão bem quanto os melhores de seus exemplos; a reforma política, portanto, não é necessária.

As duas posições dão ênfase, como assinala Rennó (2006), a elementos diferentes do sistema político. Os críticos assinalam os elementos descentralizadores, a multiplicação de atores dotados de capacidade de veto, o custo do apoio conseguido, a necessidade de renovar esse apoio em diferentes momentos, o poder dos parlamentares de direcionar o conteúdo das propostas originadas do Executivo e de impor sobre ele seu poder de veto. Aqueles que afirmam o bom funcionamento do presidencialismo no Brasil, por sua vez, enfatizam seus elementos centralizadores, os poderes do Presidente, a centralização na organização dos trabalhos das Casas do Congresso, ou seja, o poder da Mesa e dos líderes na formação da pauta. Observam o resultado e não questionam os meios utilizados para chegar a eles. Nas palavras de Limongi (2006): “A aprovação dos projetos presidenciais é fruto do

apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária”, uma vez que “parlamentares seguem as orientações de seus líderes”.

4. As eleições de 2006

Vamos examinar os resultados das eleições de 2006 à luz dos problemas levantados na discussão anterior. Em que medida esses resultados trazem evidência para os argumentos contrários e favoráveis à reforma, em particular no que se refere aos três problemas principais apontados pelos críticos do sistema?

No que diz respeito à representatividade, não teve início ainda o movimento de parlamentares em direção às legendas de apoio ao governo, como ocorrido nos anos de Fernando Henrique Cardoso e no começo do governo Lula. No quadro de mais um mandato de Lula, é provável que esse movimento não tenha a intensidade dos momentos de mudança no Poder Executivo, mudança que estimulava o realinhamento em torno da nova situação. Pouco há a comentar sobre esse aspecto.

Por outro lado, os resultados das eleições permitem algumas conclusões provisórias a respeito da questão que denominamos equidade nas condições de competição eleitoral, ou seja, o custo das eleições e o peso do poder econômico. Afinal, as únicas alterações aprovadas na regra com impacto sobre as eleições tinham como foco a diminuição dos gastos eleitorais, bem como o aumento do controle e da transparência.

As primeiras informações divulgadas na imprensa dão conta de um gasto total de cerca de R\$ 1,5 bilhão. Ou seja, não houve redução significativa em relação aos gastos da eleição anterior, embora não tenha havido despesa com *outdoors*, contratação de artistas, confecção de cartazes e faixas, distribuição de camisetas e brindes. Em outras palavras, a vedação dos gastos que pareciam mais pesados não foi suficiente para tornar a eleição significativamente mais barata. Duas hipóteses podem ser propostas. Conforme a primeira, com a nova regra teria havido apenas a migração de recursos do caixa 2 para o caixa 1. Ou seja, teria havido redução de gastos, concentrada nos recursos antes não declarados. A hipótese é de difícil verificação, mas os indícios disponíveis apontam para a persistência do dinheiro ilegal nas campanhas, como indicam as gravações telefônicas acima mencionadas.

A segunda hipótese afirma a ligação entre os custos das eleições e a regra eleitoral. Uma regra que produz eleições de custo cada vez maior teria sido capaz de resistir às tentativas de barateamento por meio da vedação simples de certos tipos de gastos.

Finalmente, a questão da governabilidade. Vamos examiná-la a partir de dois aspectos: de um lado, o resultado das urnas nas eleições para a Câmara dos Deputados; de outro, os movimentos iniciais do governo diante da nova situação.

A tabela abaixo mostra o número de votos e de cadeiras obtidas pelos quatro maiores partidos nas três últimas eleições.

Votos e cadeiras dos quatro maiores partidos (1998/2006)

Partidos	1998		2002		2006	
	Votos	Cadeiras	Votos	Cadeiras	Votos	Cadeiras
PT	8.786.528	59	16.094.080	91	13.989.859	83
PMDB	10.105.896	83	11.691.526	76	13.580.517	89
PSDB	11.681.939	99	12.473.743	70	12.691.043	65
PFL	11.525.100	105	11.706.253	84	10.182.308	65
Total	42.099.463	346	51.965.602	321	50.443.727	302
Total Brasil	66.599.875	513	87.474.543	513	93.184.830	513
%	63,21	67,44	59,40	62,57	54,13	58,86

É clara a queda dos quatro maiores partidos tanto em percentual de votos quanto em percentual de cadeiras na Câmara dos Deputados. Nesse sentido, a eleição de 2006 representou a continuidade de uma tendência já verificada em 2002. Entre 1998 e 2006, os quatro maiores partidos passaram de 63,21 % dos votos válidos para 54,13 % e de 67,44 % das cadeiras para 58,86 %. Nas discussões sobre reforma, é afirmada a relação inversa entre governabilidade e número de partidos. A redução dos quatro maiores partidos em termos de voto sinaliza a dispersão do eleitorado entre as siglas disponíveis. A redução do percentual de cadeiras por eles ocupadas sinaliza, por sua vez, o aumento do percentual conquistado por partidos pequenos e médios, ou seja, em tese, o aumento do número de interlocutores partidários necessário para obter o mesmo resultado em termos de apoio. Em suma, os dados apontam para uma situação de governabilidade mais difícil.

Para a mesma conclusão aponta o exame dos resultados por partido. Entre os quatro grandes, o melhor desempenho no período foi obtido pelo PMDB, ou seja, pelo partido historicamente mais dividido entre governo e oposição, aquele com dificuldade maior de obter posições unificadas de suas bancadas. Ou seja, não apenas aumenta o número de atores relevantes para a negociação, como cresce o peso relativo daqueles atores com menor grau de coesão interna, aparentemente beneficiados pela regra eleitoral.

No que se refere à posição do governo, é instrutivo comparar a situação de hoje com a de quatro anos atrás. No início do primeiro mandato de Lula, as decisões fundamentais foram excluir o PSDB do rol de aliados possíveis, contrariando a expectativa embrionária de Fernando Henrique Cardoso, e recusar uma aliança formal com o PMDB. Ou seja, o comando político do governo acreditava piamente na possibilidade de construir sua base de apoio com partidos díspares, sem a consolidação de um programa comum, nem a partilha proporcional das res-

pensabilidades de governo. Tanto assim foi que, no primeiro Ministério Lula, quase dois terços das pastas ficaram nas mãos do PT.

A crise política que eclodiu na segunda metade do mandato demonstrou a insuficiência quantitativa e qualitativa de uma base de apoio construída dessa maneira. Hoje, o governo tenta uma aliança formal com o PMDB, numa negociação que envolve participação importante no Ministério, em pastas de “porteira fechada”, soberanas, portanto, quanto à distribuição de cargos e posições. Tenta, além disso, retomar o diálogo com partidos que terminaram o ano na oposição, como o PV e o PDT.

Diante desse esforço do governo, a resistência do sistema transparece. É duvidoso que seja obtido o apoio integral do PMDB, para não mencionar o PV e o PDT. O mais provável é que esses partidos permaneçam divididos entre situação e oposição. Mais revelador ainda é o resultado das últimas decisões no Congresso Nacional, com um saldo de derrotas do governo. Tanto os resultados das eleições quanto o resultado dos primeiros movimentos do governo apontam para um período de dificuldades para a construção da maioria na Câmara dos Deputados. A confirmação desse prognóstico levaria água ao moinho dos críticos do sistema, e a reforma política voltaria, uma vez mais, ao centro da agenda do Congresso Nacional.

Referências

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e governo de coalizão. In: ANASTÁSIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MACHADO, Sérgio. *Reforma político-partidária: relatório final da comissão temporária interna encarregada de estudar a reforma político-partidária*. Brasília: Senado Federal, 1998.

RENNÓ, Lúcio. Críticas ao presidencialismo de coalizão no Brasil: processos institucionalmente constritos ou individualmente dirigidos?. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTÁSIA, Fátima. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

História do cerco de Lisboa

Estrutura e aplicações da revisão analítica em auditoria

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Introdução. 2. Estrutura conceitual. 2.1. Fundamentos básicos. 2.2. Modelo operacional. 2.3. Inserção da revisão analítica no modelo geral de auditoria. 3. Tipos de testes de revisão analítica. 3.1. Testes de comparação. 3.2. Análises de quocientes ou proporções. 3.3. Séries temporais e regressão. 4. A revisão analítica na Auditoria de Natureza Operacional. 4.1. Desafios. 4.2. Possibilidades e oportunidades.

“Indo mais longe, com temerário risco, sustentam os ditos autores que todas as causas hoje visíveis e reconhecíveis já produziram os seus efeitos, não tendo nós senão esperar que eles se manifestem, e também, que todos os efeitos, manifestados ou por manifestar, têm suas inelutáveis causalidades, embora as múltiplas insuficiências de que padecemos nos tenham impedido de identificá-las em termos de com eles fazer a respectiva relação, nem sempre linear, nem sempre explícita, como começou por ser dito.”
(SARAMAGO, 2003, p. 107)

1. Introdução

A auditoria é um dos mecanismos mais importantes para o exercício do controle externo encomendado ao Congresso Nacional pelos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. Para melhor utilizá-la, a instituição parlamentar e suas unidades de assessoramento técnico (particularmente a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) muito podem contribuir com o aprofundamento do conheci-

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

mento em modalidades e técnicas de auditoria.

No estudo tradicional da auditoria contábil, o leitor interessado toma conhecimento de que existe a possibilidade de realizar comparações entre os números do balanço (inclusive mediante o uso de índices contábeis) e, dessa maneira, verificar a razoabilidade de alguns desses números apresentados ao auditor (ALMEIDA, 1996, p. 363-379; FERREIRA, 2004, p. 137; JUND, 2002, p. 239-241). Esta técnica é, então, denominada “revisão analítica”.

Essa técnica fica usualmente relegada na literatura a alguma definição genérica, com alguns exemplos de aplicação e, na melhor das hipóteses, com a apresentação de alguns índices contábeis tradicionais. Alguns autores da maior relevância na literatura de auditoria sequer a mencionam (FRANCO; MARRA, 1995; LIMA; CASTRO, 2003), e tampouco está mencionada na recente literatura publicada sobre auditoria operacional (ARAÚJO, 2001).

A revisão analítica, porém, tem potencialidades muito maiores que algumas poucas observações genéricas. É um instrumento poderoso de observação em mãos do auditor (e não só daquele envolvido com as demonstrações contábeis). Só que, para isso, precisa ser compreendida em sua concepção lógica e em seu mecanismo operacional, o que exige que se chegue um passo mais à frente das apresentações ligeiras habituais desse procedimento.

Neste trabalho, apresentamos o modelo conceitual-operacional básico da revisão analítica em auditoria, a partir de fontes técnicas que estenderam a abrangência e profundidade do tratamento do tema¹, e em seguida são apresentados os testes quantitativos mais usuais para aplicação em auditoria.

Em razão da maior extensão da prática e da doutrina na área contábil-financeira, a maior parte dos exemplos é trazida desse universo. Essa circunstância é, inclusive, positiva para o uso do texto com fins de pre-

paração de auditores, já que esse universo é o *background* mais comum e familiar à maioria daqueles que iniciam o estudo das modalidades de auditoria. No entanto, não deixamos de mencionar aspectos de outras modalidades de auditoria. Ao final do trabalho, sublinhamos os desafios colocados ao uso desse instrumento na Auditoria de Natureza Operacional.

2. Estrutura conceitual

2.1. Fundamentos básicos

“Financial statements tell a story’, says accounting professor W. Steve Albrecht, ‘and the story should make sense’. If not, it’s possible the story is a fake.”
(WELLS, 2001, p. 1)

A revisão analítica não é composta de comparações indiscriminadas. Um fundamento lógico essencial preside a sua utilização: existem relações quantitativas na realidade auditada que são esperáveis, pela natureza intrínseca das realidades que esses números medem. Se alguns aspectos quantitativos dessa realidade não coincidem substancialmente com essas relações esperadas, o auditor está sempre diante de um indicador de risco que exigirá trabalhos adicionais de esclarecimento, e – em alguns casos – já pode deduzir diretamente dessa não-coincidência um achado de auditoria. A revisão analítica, em essência, envolve essencialmente a comparação de dados medidos da realidade auditada (ou de relações desenvolvidas a partir deles) com expectativas desenvolvidas pelo auditor sobre os mesmos aspectos². Tomemos a definição mais precisa desenvolvida para a auditoria financeira:

“Os números nos demonstrativos são freqüentemente relacionados entre si de maneira preditível ou consistente. Do mesmo modo, podem estar relacionados a números externos à entidade auditada ou a informações não-financeiras que guardam correlação com eles. Os procedimentos de revisão analítica trabalham sobre a premissa de que a ausência de varia-

ções significativas frente a essas relações previstas ou esperadas oferece alguma segurança sobre a razoabilidade dos valores. Se ocorre uma variação significativa, ela pode ser causada por fatores legítimos que não haviam sido levados em conta ao determinar a relação esperada, ou então por erro nos demonstrativos financeiros” (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 1, tradução nossa).³

Ao contrário de outros testes de auditoria, a razão de ser da revisão analítica não é “refazer” as transações que estão sendo objeto de exame, mas desenvolver modelos de previsão de determinados valores, para então comparar os seus resultados com os números observados. Por conseguinte, esse procedimento implica que o auditor monte um modelo próprio para descrever quantitativamente alguns aspectos da realidade, projete a partir desse modelo os valores esperados desses aspectos, compare-os com os valores diretamente observados e investigue as diferenças entre uns e outros quando sejam superiores a uma certa proporção predefinida. Merece ser reparado, aqui, que a natureza dos dados envolvidos não sofre qualquer restrição: podem ser utilizados dados financeiros e não-financeiros, isoladamente ou em conjunto, sempre que o auditor consiga estabelecer relações confiáveis entre eles.

Esse raciocínio por vezes é criticado porque teria uma visão excessivamente pragmática da continuidade, projetando para o futuro, indistintamente, dados históricos. De fato, essa é uma inclinação às vezes encontrada na literatura técnica (“Uma premissa subjacente à utilização de procedimentos de revisão analítica em auditoria é que se espera que as relações observadas no passado continuem no futuro, na ausência de condições conhecidas que indiquem o contrário.” BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 258). Essa crítica pode ser dirigida a um certo hábito dos auditores ao utilizar esta ferramenta, não à sua natureza: em primeiro

lugar, não existe de forma alguma a obrigatoriedade de se utilizar apenas projeções de séries temporais para revisão analítica, sendo perfeitamente válidas as relações sincrônicas entre variáveis ocorridas no mesmo instante de tempo. Além disso, o modelo do auditor pode incorporar – mesmo na análise de séries temporais – qualquer tipo de tendência ou modificação previsível ao longo do tempo. Assim, o conservadorismo básico de supor a continuidade de realidades anteriormente observadas (ex: relações observadas entre contas do balanço do exercício anterior) é limitado pela ressalva essencial de que devem ser pesquisadas “condições conhecidas que indiquem o contrário”.

2.2. Modelo operacional

Apresentamos em seguida a seqüência de passos que, desdobrando a filosofia básica da revisão analítica expressa na seção anterior, permite que o auditor a utilize para conclusões acerca do objeto de seu exame (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 6)⁴. Para facilidade de leitura, vamos apresentar e usar algumas definições que serão usadas para as informações tratadas na revisão analítica:

Valores-objeto: os dados ou condições da realidade que se quer avaliar por meio da revisão analítica

Dados-fonte: os dados que se utilizam para projetar os valores dos dados-objeto

Modelo: a organização e tratamento dos dados-fonte

Valores projetados: os valores obtidos pelo modelo, a partir dos dados-fonte, como estimativa dos valores-objeto

Como aplicar, então, a técnica da revisão analítica numa auditoria em que vamos atuar ?

2.2.1. Determinar os principais fatores que se espera tenham influência sobre os valores-objeto (sua natureza, formato e fontes)

Primeiro, é preciso identificar, com base no conhecimento que se obtenha do negócio do cliente ou da realidade auditada, os

fatores que se espera influenciem significativamente os valores-objeto (aí também incluídas as medidas históricas dos valores-objeto ou as medidas dos mesmos valores em organizações similares, por exemplo). Ao identificar, é claro que não se trata de apontar apenas a natureza genérica do fator de influência, mas os aspectos materiais do mesmo (a fonte da informação a respeito desse fator, o seu formato e possibilidade de tratamento, etc.)

Podem ser usados como fontes de dados para a revisão analítica, por exemplo, os dados históricos (em que o auditor deposite confiança razoável), os próprios dados que são objeto de auditoria (em sua relação entre si ou com outras informações externas)⁵ ou o mesmo tipo de dados proveniente de outra organização ou programa.

2.2.2. Determinar as relações aproximadas entre esses fatores e os valores-objeto (construir o modelo)

Encontrar os fatores de influência de nada adiantará se o auditor não formular a sua estimativa de como esses fatores influenciarão quantitativamente os valores-objeto. Por exemplo, numa organização que tenha por missão o transporte rodoviário ou ferroviário de carga, se as tarifas permanecem constantes, o aumento no faturamento tende a ser proporcional aos custos de operação dos veículos utilizados.

No caso do uso de dados históricos, o modelo deve descrever quantitativamente a tendência dos valores-fonte ao longo do tempo; no caso de dados comparativos com outras organizações, o modelo tratará da relação entre as medidas dos valores-objeto sendo auditados e as medidas das demais fontes utilizadas para comparação.

Em qualquer dos testes, principalmente quando envolvem dados de natureza econômica e financeira, o auditor deverá ter em conta alguns fatores de ajuste que possivelmente impactam o modelo:

a) a comparação intertemporal de valores financeiros pode exigir o deflacionamento de um deles, para tomar em conta

o efeito da desvalorização geral da moeda sobre os valores registrados em períodos diferentes;

b) alguns dados de base contábil sofrem ajustes automáticos (ex: depreciação, amortização e exaustão) que podem influenciar os resultados entre períodos e devem ser levados em conta na comparação;

c) também quando a fonte dos dados é a contabilidade da organização, o auditor deve verificar a eventual ocorrência de alterações nas políticas contábeis e nos critérios de aplicação dos princípios contábeis de um período a outro ou entre organizações distintas; assim, busca assegurar-se de que medidas diferentes dos valores correspondem a realidades econômicas diferentes, e não a procedimentos diferentes de medição.

Também aqui a observação atenta da realidade de negócio do cliente auditado é indispensável, para a montagem do modelo que seja realmente verossímil na descrição das relações entre os valores envolvidos – e as possibilidades de equívoco aqui são realmente muitas. Um exemplo ajuda a compreender a sutileza dessa distinção: um auditor contábil pode simplesmente projetar o desempenho do ano anterior de uma empresa cliente para o exercício atual e descobrir que não houve variação significativa, atribuindo assim maior confiabilidade aos dados verificados por esse procedimento. No entanto, caso tenham ocorrido alterações relevantes na situação da economia em geral, ou do mercado em que o cliente atua, *deveriam ter ocorrido também mudanças relevantes nos dados financeiros do cliente*, e neste caso é a ausência de variação que representaria um fator de risco (BELL; WRIGHT, 1997, p. 2). Essa circunstância somente seria captada a partir de um esforço intenso do auditor em compreender o contexto de mercado do cliente auditado.

2.2.3. Localizar e validar os dados-fonte

Identificados os fatores de influência sobre os valores-objeto, e a forma quantitativa dessa influência, o auditor passa a loca-

lizar em detalhe as fontes de dados de que dispõe para comparação. Essa localização passa também por uma avaliação da qualidade dos dados-fonte: de nada adianta aplicar modelos cujos dados de entrada sejam inconsistentes ou nos quais os auditores não possam confiar. Ao examinar a relação entre duas séries de dados, isso implica que uma delas necessariamente deve estar reforçada por outros testes ou elementos de convicção do auditor. Para dados gerados internamente à entidade ou programa auditado, pode-se examinar o sistema que produziu os dados (a confiança na revisão analítica vai ser diretamente relacionada à confiança nos controles internos). As fontes de dados externos ao auditado devem ser especificamente avaliadas para o fim de servirem de referência para comparações de revisão analítica.

De fato, jamais dois dados podem ser considerados válidos apenas porque a relação entre eles parece razoável. Aqui reside um cuidado essencial, indispensável para a validade de todo procedimento da revisão analítica: a independência dos dados-fonte. Se o objeto da auditoria for uma determinada afirmação de natureza quantitativa de um terceiro responsável (por exemplo, os demonstrativos financeiros preparados pela administração da empresa cliente), *essas afirmações não podem ser o ponto de partida (dados-fonte) da revisão analítica* (BELL; WRIGHT, 1997, p. 2-3). O auditor deve comparar o objeto da auditoria com valores ou expectativas que ele próprio formulou a partir de outras fontes independentes (ou dos próprios testes que aplicou diretamente). Isso se dá porque, se a revisão ficar restrita a comparações entre os próprios dados sendo auditados, a perspectiva do auditor tem grande probabilidade de resultar enviesada pelas próprias afirmações do auditado.

No caso dos demonstrativos contábeis, existe uma particular preferência das empresas cotizadas em mercados de capitais por demonstrar números de crescimento estável e pouco volátil que atraem investi-

dores, analistas e credores (BELL; WRIGHT, 1997, p. 2), razão pela qual são freqüentes os esforços da administração de demonstrar nos livros (e convencer disso o auditor) um “alisamento da curva de resultados” ao longo do tempo:

“Por último, mediante o ‘alisamento do lucro’ procura-se diminuir a dispersão dos resultados através do tempo. Sob esta técnica jaz a idéia de que existe um nível ‘normal’ de lucro para a empresa, ao redor do qual oscila aleatoriamente o verdadeiro resultado obtido. Mediante o alisamento deseja-se reduzir esta aleatoriedade, diminuindo a variância dos mesmos ao longo do tempo. Desta forma, consegue-se apresentar uma série histórica de resultados mais estável, parecendo inferior o perfil de risco da empresa. Para levar adiante este objetivo, seriam empregadas políticas contábeis conservadoras quando o resultado real resulte excessivamente superior ao nível ‘normal’, e agressivas se o resultado antes da manipulação fosse demasiado inferior ao nível ‘normal’”. (RODRÍGUEZ, 2001, p. 6, tradução nossa).⁶

Esse cuidado não deve ser entendido como a vedação de se tomar comparações ou relações entre os componentes dos dados-objeto (por exemplo, os índices de liquidez do balanço sendo auditado). O que é obrigatório é confrontar esses dados ou construtos com outros similares (os índices do balanço anterior auditado⁷ ou os padrões da indústria), para a partir daí formar opinião. E também deve o auditor precaver-se de idéias que possam ser-lhe sugeridas exclusivamente a partir da correlação entre dados-objeto: neste caso, existe realmente o risco de que o raciocínio do auditor seja influenciado por ações do cliente ao formatar ou apresentar os dados-objeto.

Alguns outros parâmetros devem ainda ser considerados na validação dos dados-fonte. Um deles é a freqüência e quantidade

de medidas oferecidas pelos dados-fonte – quanto menores os intervalos de tempo de medição dos dados-fonte (ex: projetar a partir de séries mensais, em lugar de anuais, gera um valor maior dos dados-fonte); por outro lado, quanto maior o número de medidas ou valores disponíveis, mais sólida será a conclusão a partir deles⁸.

Quanto à agregação dos dados, tanto para os dados-objeto como para os dados-fonte quanto maior for o nível de desagregação dos dados (isto é, quanto menor o número de unidades ou atividades contidas nos dados utilizados), maior utilidade se pode derivar da revisão analítica para fins de auditoria. Por exemplo, é melhor aplicar um procedimento separado para as operações de cada supermercado de uma grande rede do que aplicar um só procedimento sobre os dados agregados de todos os supermercados. Isso ocorre porque nos números agregados as tendências e flutuações de algumas unidades menores tendem a ser compensadas pelas variações de outras unidades em sentido contrário⁹.

Outros fatores relacionados diretamente ao ambiente de negócios do cliente também têm de ser levados em conta na validação dos dados-fonte:

“Dados auditados do ano anterior são considerados mais confiáveis que dados não auditados. A confiabilidade de dados de orçamentos depende de as premissas utilizadas em sua preparação continuarem válidas e do cuidado utilizado na compilação de quantias orçadas. A utilidade de dados da indústria depende do grau de semelhança entre as operações e métodos contábeis da entidade e os da indústria” (BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 259).

2.2.4. Fixar o nível de tolerância para o teste

A tolerância, fixada antes de ser realizado o teste, é a máxima diferença aceitável entre os valores esperados (projetados pelo modelo) e os valores reais que forem observa-

dos. Ultrapassado esse limiar, considera-se não explicada a variação, demandando explicações e testes adicionais. Essa tolerância pode ser especificada como um determinado valor monetário, um percentual predeterminado, uma combinação de ambos ou, mais raramente, mediante o resultado de modelos estatísticos mais sofisticados (BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 260)¹⁰.

2.2.5. Calcular os valores projetados (utilizando o modelo e os dados-fonte)

Identificadas as fontes de dados e o modelo relevante, será hora então de o auditor desenvolver as suas próprias expectativas para os valores-objeto, por meio da aplicação aos dados-fonte do modelo desenvolvido.

2.2.6. Comparar os valores projetados e os valores-objeto, levando em conta a margem de tolerância previamente fixada

Obtidos os valores projetados, o auditor irá compará-los com os valores-objeto observados na realidade auditada. A comparação aqui deve ser feita individualmente no teste de cada valor. Mas o auditor não deve esquecer-se de procurar identificar padrões de variação em conjuntos de valores, uma vez que os dados-objeto escolhidos para teste têm, provavelmente, vinculação estreita entre si, dado que representam aspectos de uma mesma organização, programa ou ação administrativa (BELL; WRIGHT, 1997, p. 3).

Por exemplo, a constatação de discrepâncias entre a evolução temporal da margem bruta e da margem líquida de uma empresa comercial pode sugerir problemas de alocação de *overhead* ou despesas gerais. Para essa observação do conjunto, não existirão regras rígidas: como em tantos outros momentos do processo de auditoria, tem de entrar em cena o insubstituível juízo profissional do auditor, concretizado nas “regras da arte” que – ao menos no momento presente – são insuscetíveis de codificação exaustiva.

2.2.7. Investigar, mediante outros testes, as razões para as diferenças entre valores projetados e valores-objeto que excedam o nível de tolerância fixado

Constatadas variações significativas (variações acima do limiar de tolerância) na comparação entre valores projetados e valores-objeto, cabe ao auditor localizar as razões para essa diferença. Ainda que a constatação de variações significativas seja em si algo significativo, a exploração das explicações e razões para essas variações é o valor agregado, por excelência, da revisão analítica¹¹. Repare que aqui se usa, não por acaso, a palavra “investigar”, que em auditoria tem o sentido de uma verificação em profundidade e exaustiva de um determinado tema (LIMA; CASTRO, 2003, p. 37).

A primeira e mais comum rota de investigação é o questionamento direto aos responsáveis pela gestão ou registro dos valores objeto¹² (ex: questionar a administração de uma companhia em relação a variações não explicadas nos dados de vendas ou estoques). Em todos os casos, ainda, o auditor deve elaborar procedimentos independentes de busca e confirmação dessas informações (ex: uma elevação muito grande na proporção entre as contas de “Clientes” e “Vendas” pode sugerir ao auditor ampliar a confirmação, mediante circularização, do valor das contas a receber). A explicação das variações pode também fazer o auditor reavaliar os próprios dados-fonte e a construção do modelo, que podem não ter sido adequadamente utilizados.

No entanto, o auditor não pode deixar sem identificar as fontes de variação nem deixar de confirmar, por outros testes, as razões possíveis. É neste ponto que a revisão analítica mostra seu maior valor metodológico: aponta fatores anormais ou de risco e força o auditor a analisar tais anormalidades até exaurir o seu potencial explicativo.

2.2.8. Documentar todos os passos

Como em qualquer etapa do processo de auditoria, os procedimentos de revisão ana-

lítica devem ser integralmente registrados nos papéis de trabalho. Neles devem constar o tipo de teste a ser feito; a tolerância fixada; as fontes de informação utilizadas; os cálculos e resultados; os responsáveis pelo teste; as explicações encontradas para as variações que excedam à tolerância; as conclusões extraídas dos procedimentos e as ações adotadas. No Anexo III, apresentamos modelos simplificados de papéis de trabalho para procedimentos de revisão analítica, resumizando os elementos aqui descritos.

2.3. Inserção da revisão analítica no modelo geral de auditoria

Ainda que o tratamento da revisão analítica não seja minucioso na maioria dos guias didáticos sobre auditoria (contábil ou operacional), alguns trabalhos que desenvolvem abordagens formais mais rigorosas da auditoria baseados na “teoria do risco de auditoria” já incorporam essa prática como uma fonte complementar de evidência a ser somada aos testes substantivos (na auditoria contábil, com a finalidade básica de reduzir o volume de testes necessários).

Alguns autores chegam a acrescentar explicitamente ao modelo clássico do risco de auditoria da AICPA o “risco de revisão analítica”:

$RA = RI * RC * RD = RI * RC * (\text{“Risco de Revisão Analítica”} * \text{“Risco de Provas de Detalhe”})$ ¹³

RA = Risco de Auditoria

RI = Risco Inerente

RC = Risco de Controle

RD = Risco de detecção

Dentro das etapas do processo de auditoria, a revisão analítica pode ser contemplada :

a) no planejamento da auditoria

Nesta etapa, sua aplicação principal é a de avaliar os grandes números, as principais grandezas envolvidas na auditoria, de forma a detectar em grandes linhas os pontos que mostrem maior variação em relação aos valores esperados e, portanto, sinalizem

maior risco e mereçam exame mais extenso. Ex: numa empresa, uma queda significativa na margem de lucro bruto pode apontar uma diminuição na eficiência produtiva, uma redução significativa no nível de atividade do mercado em que a empresa atua ou simplesmente um registro contábil incorreto do lucro; o conhecimento de que um investimento foi posto em operação e elevou a capacidade produtiva no período deve ocasionar a expectativa de uma elevação no volume de vendas.

b) na execução – fase de coleta de dados

Na execução, os testes tornam-se mais focados, buscando cada um verificar itens mais pontuais (é neste ponto que se aplica com mais ênfase a máxima desagregação possível dos dados, já vista acima). Como os valores projetados na revisão analítica são gerados de forma independente em relação aos números sendo testados, a consistência entre uns e outros reduz o risco de erros em relatórios trazidos pelo auditado (a exemplo dos demonstrativos contábeis).

No entanto, a evidência gerada por revisões analíticas é circunstancial, dificilmente fundamentando por si só uma conclusão de auditoria – por isso, são normalmente usadas para complementar, e não substituir, outras técnicas. Podem existir casos, no entanto, em que a simples inconsistência entre dois valores auditados é indicativo suficiente de que existe alguma incorreção em pelo menos um deles (por exemplo, variações na proporção entre vendas e comissão sobre vendas, ou entre folha de pagamento e recolhimentos previdenciários, quando tais proporções são fixas por norma da empresa ou dispositivo legal)¹⁴.

c) na execução – fase de análise dos dados¹⁵

Nesta etapa, supostamente, não se deveria encontrar mais discrepâncias diante de valores esperados, uma vez que todas as verificações já foram concluídas. É possível, porém, que tenham ocorrido, ao longo da auditoria, falhas de diversas naturezas (coleta inadequada de dados, modelos ou cri-

térios mal construídos). A aplicação de revisões analíticas sobre os resultados finais representa mais um ponto de controle sobre os dados levantados.

Além disso, o próprio órgão ou programa auditado pode fazer, por contra própria, procedimentos de tratamento de dados para fins gerenciais, similares à revisão analítica. O auditor não está impedido de usar esses resultados como complemento de seu trabalho, mas deve necessariamente submetê-los aos mesmos critérios de crítica de dados e metodológica que aplica aos seus próprios procedimentos.

3. Tipos de testes de revisão analítica

Em um texto de natureza metodológica, que o leitor legitimamente espera tenha natureza aplicada, o estudo de uma técnica de auditoria implica o oferecimento não só da lógica conceitual, mas também dos métodos práticos de organização e tratamento dos dados. Realizamos aqui uma compilação dos tipos mais comuns de teste, aqueles que podem ser aplicados diretamente por auditores em circunstâncias as mais variadas, sem necessidade de especial tratamento matemático. Para aquelas técnicas que exigem maior sofisticação estatística, apresentamos as referências apropriadas para o aprofundamento da leitura.

3.1. Testes de comparação

3.1.1. Revisão crítica dos resultados (critical review of outturn)¹⁶

Esse procedimento é a simples estimativa da razoabilidade dos valores-objeto, comparando-os diretamente com os valores de períodos anteriores ou com os valores estimados ou orçados pela entidade ou por terceiros.

Numa auditoria contábil, pode-se simplesmente comparar os valores de uma determinada conta do balanço do período anterior com os valores do exercício sendo auditado¹⁷, ou os valores alcançados por determinada grandeza empresarial (ex: total

do faturamento) com os valores constantes no orçamento da própria empresa.

Trata-se de teste simples, de baixo custo e complexidade, mas que pela sua própria natureza não detecta erros ou problemas recorrentes ao longo do tempo, ou que estejam embutidos no próprio processo gerencial (influenciando também os valores estimados ou orçados pela organização). Normalmente, será usado em etapas iniciais do trabalho (como introdução a procedimentos mais detalhados), mas sempre em um nível bastante desagregado (pouca utilidade haverá em constatar uma variação significativa no faturamento de um grupo empresarial diversificado, para o qual concorrem inúmeras receitas de diferentes tipos; mais útil será verificar as variações de vendas por linha de produtos, ou os custos operacionais em cada fábrica, para os quais se pode buscar com precisão as fontes de variação).

3.1.2. Testes preditivos (predictive tests)¹⁸

Esse tipo de teste é o mais típico modelo da revisão analítica: procura prever um determinado valor a partir de outros valores independentes. Assim, partindo-se por exemplo do quadro de pessoal de um órgão ou empresa e das tabelas salariais e de benefícios (dados não-contábeis), procura-se calcular o valor da folha de pagamentos mensal. Segundo a metodologia geral acima mencionada, vai-se definir e montar as relações entre esses valores-fonte disponíveis (quadro de pessoal e tabelas salariais) e os valores-objeto (valor mensal da folha)¹⁹.

É preciso reconhecer que a elaboração desse modelo de relações é, na maioria dos testes que têm real significado para a auditoria, uma tarefa muito complexa e extensa: as relações entre variáveis no mundo real não são simples proporções ou somas (na melhor das hipóteses, envolvem combinações lineares entre os dados-fonte). No nosso exemplo da folha de pagamento, teriam de ser consideradas férias, ausências, parcelas salariais de natureza pessoal, e uma

grande variedade de outros fatores, para se atingir um cálculo realmente preciso. Isso põe de relevo que existem testes preditivos de maior ou menor confiabilidade, conforme se obtém modelos mais precisos de relacionamento entre dados-fonte e dados-objeto. Em nosso procedimento geral de revisão analítica, essa maior ou menor confiabilidade refletir-se-á em menor ou maior nível de tolerância aos desvios dos dados-objeto em relação aos valores projetados (quanto menor a confiabilidade do teste, maior deverá ser o nível de tolerância que se deverá considerar). Naturalmente, a realização de sucessivas auditorias aplicando testes similares permite o refinamento sucessivo dos modelos.

3.2. Análises de quocientes ou proporções

3.2.1. Análise básica de quocientes (basic ratio analysis)²⁰

Trata-se de calcular relações entre os próprios dados-objeto, mediante o cálculo de quocientes ou índices entre eles, com a finalidade de compará-los com os mesmos quocientes obtidos de períodos anteriores ou de organizações ou programas similares (ou ainda – caso menos comum – com algum valor normativamente definido como razoável por julgamento do próprio auditor). Um exemplo na auditoria contábil são os famosos quocientes ou índices de rentabilidade, liquidez ou giro.

A nosso ver, trata-se de uma versão inicial simplificada, surgida na auditoria contábil-financeira, das técnicas de “Indicadores de desempenho” e “Benchmarking” desenvolvidas e exploradas na Auditoria Operacional (BRASIL, 2000a; BRASIL, 2000b). Do mesmo modo que na técnica de Indicadores de Desempenho, deve-se observar que um quociente isolado tem pouca utilidade: a plena utilidade da análise de quocientes vem do cálculo e avaliação de um grupo de índices ou quocientes relacionados. Competirá ao auditor selecionar entre o vasto universo de índices aqueles que sejam mais

adequados à análise que estiver procedendo.

Esse tipo de teste tem potencialidades especiais no âmbito contábil-financeiro, uma vez que os quocientes mais importantes já estão, em sua grande maioria, definidos na literatura técnica (com o grau de relevância que se lhes deve atribuir)²¹, e existe uma ampla disponibilidade de dados de comparação (nos períodos anteriores, possivelmente a organização auditada também gerou demonstrativos contábeis; em relação a outras entidades como elemento de comparação, existe uma grande base de conhecimento periodicamente atualizada a respeito dos valores observados no mercado, ao menos entre organizações de natureza empresarial).

Na realidade, o desenvolvimento desse tipo de análise não ficou restrito ao campo da auditoria: a construção de índices e quocientes é ferramenta básica dos usuários da informação contábil (analistas de investimento e de crédito, por exemplo), e essa categoria de análise foi desenvolvida principalmente por esses usuários externos. De ressaltar-se, porém, que, enquanto o analista externo toma os dados contábeis como insumo básico, já validado, o auditor compara-os e obtém os índices para questionar a sua razoabilidade e buscar sinais de riscos ou pontos que requeiram maior aprofundamento (os dados contábeis, portanto, não são tomados como válidos, mas como o próprio objeto da validação).

“Ao analisar determinados índices financeiros, usuários de demonstrações contábeis podem obter *insights* valiosos sobre a condição e o desempenho financeiros de uma companhia. Realizada por auditores, a mesma análise lhes propicia melhor entendimento do negócio de um cliente. Além disso, comparação de índices referentes a dados correntes com expectativas desenvolvidas com base em dados do ano anterior, em orçamentos ou em normas da indústria pode trazer *insi-*

ghts sobre áreas em que o risco da presença de distorções é alto” (BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 266).

No âmbito da auditoria contábil, existe um grande número de índices tradicionais (com critérios de interpretação mais estáveis e ampla base publicada para comparações) que são utilizáveis para revisão analítica. Os principais índices já identificados para essa finalidade podem ser classificados em índices de lucratividade, liquidez e giro e estão sumarizados, a título de exemplo, no Anexo I deste texto.

3.2.2. *Análise vertical de quocientes* (common base indexation analysis)²²

Um caso particular da análise de quocientes é a expressão das variáveis do conjunto dos dados-objeto em termos de alguma delas (que passa a ser uma base comum de indexação). O exemplo mais clássico dessa técnica é a expressão das contas do balanço patrimonial como porcentagens do total de ativos, ou das contas do demonstrativo de resultados do exercício como porcentagens do total de receitas ou de despesas.

Isso facilita a comparação entre diferentes tipos de organização, pois toma em conta apenas a proporção entre as diferentes grandezas sob exame (números relativos), permitindo abstrair os valores absolutos e tornar comparáveis organizações ou programas de tamanhos diversos.

Por outro lado, o próprio trabalho analítico da identificação das relações relevantes entre os dados em exame (que é pré-requisito inicial para a escolha da base comum de indexação) permite selecionar e destacar os índices ou quocientes que merecem ser priorizados na análise. Por exemplo, parcela essencial das contas de resultado de uma empresa comercial guarda proporção com o volume de vendas – à medida que as vendas aumentam, pode-se esperar um aumento proporcional da maior parte das contas de despesa (o que destaca o risco quando se constatam mudanças maiores nessa proporção de um ano para outro).

O Anexo II deste trabalho apresenta uma versão exemplificativa de um possível estudo sistemático de análise de quocientes nos demonstrativos financeiros de uma organização.

3.3. Séries temporais e regressão

Alguns tratamentos numéricos são particularmente adequados para identificação de padrões e modelos envolvendo séries históricas de dados, bem como para sublinhar determinadas relações de dependência simples entre duas variáveis.

3.3.1. Plotagem de gráficos²³

A disposição das informações numéricas na forma de gráficos é um mecanismo simples e didático de apresentação das relações entre itens de dados. Frequentemente é mais fácil identificar uma relação entre dados ou flutuações anormais num gráfico que numa tabela numérica.

A contrapartida dessa facilidade de interpretação é o caráter subjetivo e qualitativo das conclusões geradas a partir desses instrumentos: não é possível aplicar, a partir dos gráficos, critérios de tolerância máxima admissível – portanto, a plotagem de gráficos é antes um auxiliar heurístico dos testes do auditor, permitindo-lhe ilustrar as suas conclusões e

levantar áreas em que um teste quantitativo de revisão analítica deva ser realizado.

Também na plotagem de gráficos existem duas grandes formas de organização das informações: a distribuição de um ou mais itens ao longo do tempo e o relacionamento entre itens. No primeiro caso, essencialmente o eixo horizontal do gráfico registra o tempo e o eixo vertical, os valores dos dados (Figura 1). No segundo caso, o eixo horizontal contém os valores de uma variável e o vertical os valores de outro item associados aos valores da variável horizontal.

3.3.2. Regressão e análise de tendências (trend analysis)²⁴

A análise de uma coleção de observações de um mesmo item de dados realizada sequencialmente no tempo pode ser sistematizada estatisticamente com o fim de conferir maior precisão na projeção de valores históricos para o futuro. A complexidade matemática desse tratamento dos dados pode alcançar níveis muito elevados²⁵, a exigir um elevado investimento em pessoal qualificado e em tempo de formulação dos modelos e computação dos resultados. O modelo da regressão linear simples, porém, que parte da hipótese da existência de duas variáveis (no caso de uma série temporal, a

Figura 1 – Gráfico de distribuição de variáveis ao longo do tempo

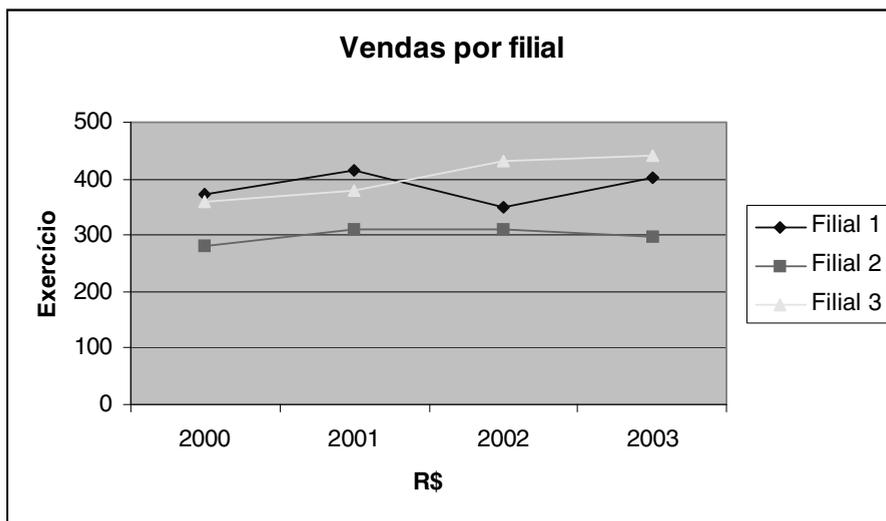
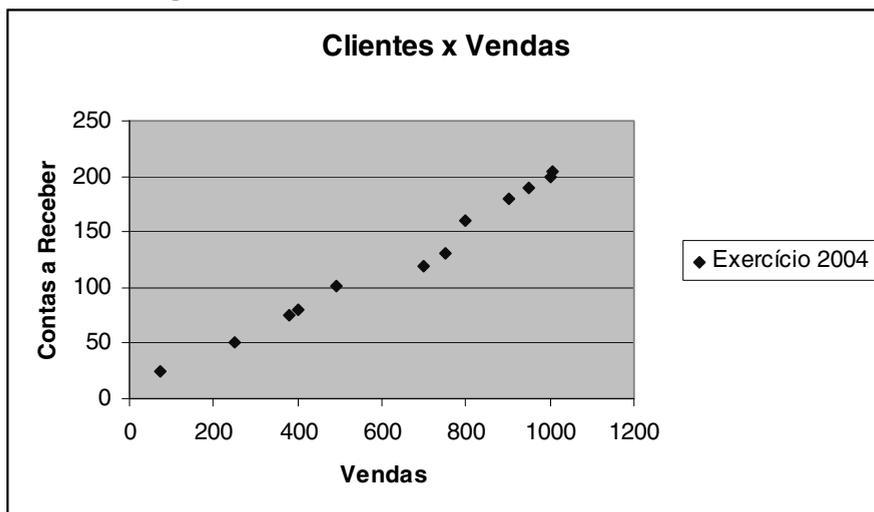


Figura 2 – Gráfico de relacionamento entre variáveis



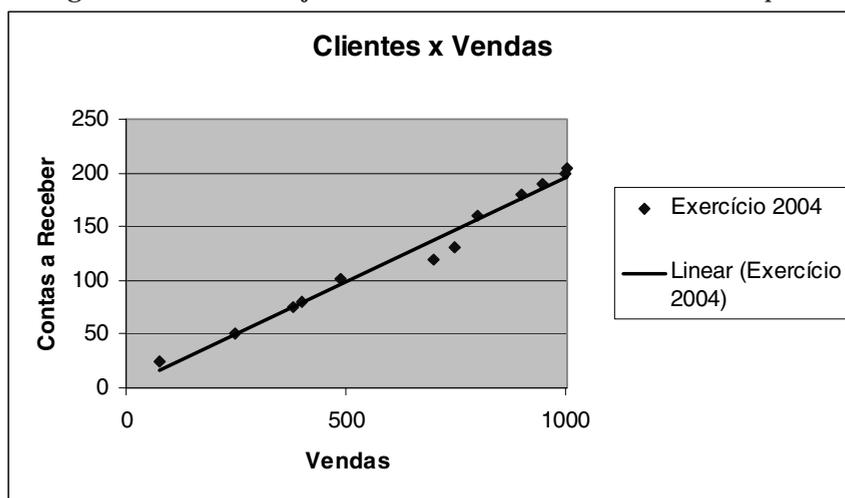
variável independente sendo o tempo) e uma relação linear entre elas, permite um poder preditivo bastante rigoroso para os testes a custos e prazos razoáveis.

Operacionalmente, deve o auditor iniciar pela escolha de um modelo que melhor explique os dados-fonte (históricos) observados. Dada a hipótese já adiantada de uma relação linear, essa escolha significa determinar os coeficientes linear e angular de uma reta cujos valores da variável dependente apresentem o menor erro total em relação aos valores da variável independente (no

caso, simplesmente os períodos de tempo). O método de ajustamento direto considerado quase universalmente como mais adequado para essa aplicação é o da reta de mínimos quadrados ou regressão linear²⁶ (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 41-42). Esse melhor ajustamento de uma reta ao longo dos pontos é visualmente representado na Figura 3 abaixo, ilustrando novamente o caso da relação entre as vendas de uma empresa e o valor das contas a receber, verificados mês a mês (já mostrado na Figura 2).

Tendo presente a idéia do modelo (para

Figura 3 – Gráfico de ajustamento de modelo linear a série temporal



o que a plotagem de um gráfico é um auxílio considerável), o auditor precisará calcular, a partir dos dados da série temporal, os co-

eficientes de reta de ajustamento. Para isso, deverá inicialmente ordenar os dados em ordem cronológica crescente.

Mês	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Clientes	25	50	75	80	101	120	130	160	180	190	199	205
Vendas	75	250	380	400	490	700	750	800	900	950	1000	1005

Em seguida, denotando por X a variável independente (no modelo, “Vendas”) e por Y a variável dependente (“Clientes”), a reta de melhor ajuste terá a equação:²⁷

$$Y = a + (b * X),$$

com

$$b = \{ [n * \sum (X * Y)] - [\sum (X) * \sum (Y)] \} / \{ [n * \sum (X^2)] - [\sum (X)]^2 \},$$

$$a = [\sum (Y) / n] - \{ b * [\sum (X) / n] \},$$

onde n = número de observações, ou número de pares de dados (x,y) observados

No exemplo apresentado, teremos que a= 2,69 e b = 0,19. Assim, o auditor tem uma equação que correlaciona um valor observado de Vendas para o período posterior (por exemplo, 1093) a um valor previsto do saldo de Clientes ou Contas a Receber (aplicando-se a equação, projeta-se o valor de 213,15).

O ajustamento por regressão oferece então, diretamente, a tendência subjacente da série de dados, que permite uma precisão bastante grande no modelo preditivo. Se o auditor desejar entrar em maior profundidade estatística, poderá aplicar procedimentos adicionais que permitem ao modelo captar variações nos dados que não se encaixem na hipótese de dependência linear estrita de uma variável em relação a outra. Será possível, assim, “quebrar” os dados da série temporal em vários componentes de ação relativamente independente, elevando a precisão do modelo em realizar previsões: além da tendência subjacente principal (representada pela reta da regressão linear), pode-se identificar uma variação cíclica de longo prazo (dependendo do número de observações da série), uma variação sazonal dentro da tendência e uma variação residual estocástica (cujos efeitos podem ser minimizados). O alcance desse nosso roteiro metodológico não comporta, porém, o

detalhamento dessa ampliação do modelo, para o que referimos o leitor interessado à bibliografia indicada²⁸. Na prática, o auditor já conta com um modelo de razoável poder preditivo com a projeção por regressão linear. Quando a aplicação dessa metodologia suscitar variações significativas dos valores projetados em relação aos dados-objeto, o auditor poderá considerar o refinamento desse modelo (desde logo, se tiver um número mínimo de observações nos dados-fonte que permita esse tratamento adicional e se não localizar a fonte das variações na própria realidade auditada).

4. A revisão analítica na Auditoria de Natureza Operacional

4.1. Desafios

A maior parte dos exemplos e considerações até agora apresentados vem do campo financeiro e contábil. Isso se deve a várias razões. Primeiro, há a experiência acumulada de várias décadas de desenvolvimento das técnicas de auditoria contábil, que apenas recentemente se vem incorporando às demais modalidades, à medida que essas crescem em relevância.

Essa relativa juventude do tratamento quantitativo da informação na análise de variáveis não diretamente financeiro por parte dos auditores coloca também o problema da escassez de normas ou padrões estabelecidos que orientem o auditor na definição dos enfoques mais produtivos ou significativos (à semelhança do universo de instrumentais que já está à disposição do auditor contábil). Em geral, esses padrões estão dispersos na literatura acadêmica de cada área, ou às vezes existem em várias fontes, nem sempre compatíveis entre si²⁹.

Especialmente no que se refere ao estudo das dimensões econômicas da ação pública, nota-se uma significativa ausência de referências conceituais estandarizadas ou uniformes (em claro contraste com os mecanismos institucionais consolidados de fixação de normas contábeis. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005, p. 24, 30).

Os desafios, no entanto, são maiores que a simples institucionalização. Parte considerável das auditorias de natureza operacional deve tomar em consideração os aspectos econômicos de custos e benefícios das ações auditadas³⁰. Até porque “todo projeto implica custos” (COHEN; FRANCO, 1999, p. 168) e dificilmente uma auditoria operacional terá utilidade para qualquer interessado se ignorar esse sentido de racionalidade econômica.

Pois bem, as tentativas de quantificação de grandezas não-monetárias e o seu tratamento associado às dimensões de custo esbarram na enorme barreira conceitual de formular valores para variáveis-chave nas modelizações de políticas públicas: o “valor estatístico de uma vida”³¹, o valor do tempo economizado em viagens de transporte urbano³², o custo de impactos sobre o meio ambiente (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005, p. 25; RUS, 2001, p. 20; WORTHEN; SANDERS; FITZPATRICK, 2004, p. 490-497); a simples taxa de desconto para comparações intertemporais (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005, p. 25; RUS, 2001).

Por estranha que pareça, essa tentativa de “monetização” de valores evidentemente não-monetários é uma tentativa de obter uma certa ponderação entre múltiplos fatores intrinsecamente diferentes em sua natureza, mas que inevitavelmente representam partes do mesmo *trade off* entre objetivos conflitantes (COHEN; FRANCO, 1999, p. 194). Desse modo, a ausência de padronização (ou de critérios básicos de qualidade) termina por resultar em valores arbitrários a esse tipo de medidas, inviabilizando a

comparabilidade entre diferentes auditorias e suas respectivas conclusões.

Outras variáveis, por sua vez, sequer podem ser monetizadas (a exemplo da ponderação do valor de diferentes graus de equidade ou concentração na distribuição dos benefícios de algum programa social). Nesse caso, existem tentativas de formular “medidas avaliativas multiobjetivos”, comparando os custos de alternativas de projetos com seus benefícios não expressos na mesma unidade de medida³³ ou traduzindo os impactos de um objeto de avaliação em termos de uma média ponderada de valores de diferentes naturezas (portanto, medidos em diferentes unidades) (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005, p. 14; WORTHEN; SANDERS; FITZPATRICK, 2004, p. 490-497). Num exemplo típico (as operações do *Internal Revenue Service*):

“O IRS, como agência governamental, pode usar mais freqüentemente o custo ou tempo do fator trabalho como um insumo único em suas medidas de produtividade, porque ele depende pesadamente desse fator. Entretanto, pode ser particularmente importante para o IRS o uso de uma medida multifatorial que inclua o fator capital ao lado do fator trabalho durante os períodos de modernização que envolvem níveis altos ou elevações de investimento de capital” (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005b, p. 9; tradução nossa)³⁴.

Esse artifício, ainda que em aparência possa satisfazer a alguns pela não-expressão em termos monetários, não resolve o problema axiológico de fundo: qualquer ponderação que se faça terá de usar um conjunto de pesos inevitavelmente arbitrário, que refletirá – inexoravelmente – o juízo de valor de quem os estabelece (e essa atribuição de valores aos pesos associados a cada objetivo tem exatamente o mesmo efeito lógico de monetizar esses objetivos – a “precificação” não é mais que um sistema de pesos). Tampouco o problema básico de

“transformação de conceitos em variáveis” (COHEN; FRANCO, 1999, p. 153), ou de “encontrar referentes empíricos ou indicadores para aquelas dimensões que, a princípio, só tenham sido definidas teoricamente e que constituirão o objeto da pesquisa” (COHEN; FRANCO, 1999, p. 152) torna-se mais preciso conceitualmente apenas pelo fato de a unidade de medida não ser monetária.

4.2. Possibilidades e oportunidades

“Não ter alcançado o pináculo então é uma bela razão para continuar subindo. Como um dever que nasce de dentro e porque o sol ainda vai alto”
(SARAMAGO, 1993, p. 150)

Isso significa, porém, que a Auditoria de Natureza Operacional deve ignorar a revisão analítica sempre que os dados nela tratados não forem estritamente homogêneos em categorias inerentes à produção competitiva de bens e serviços em ambiente de mercado?

De modo algum. As dificuldades que se apresentam são o argumento mais forte em favor da necessidade de atuação do auditor, para evidenciar a racionalidade (ou não) das decisões:

“A utilização da análise custo-benefício convencional, apresentando seus resultados junto à enumeração dos impactos de difícil medição, constitui um avanço notável em países ou regiões onde a decisão política está basicamente conformada pelo peso dos interesses parciais e o benefício a curto prazo.

A avaliação econômica pode lançar luz sobre a idoneidade ou a in-

conveniência de empreender ações e lançar projetos públicos que superam certo umbral de rentabilidade social, competindo ao político decidir que projetos empreende e quais rechaça. Se é movido pelo interesse público, dará o devido valor ao trabalho prévio que o economista oferece, e se seus fins são outros, terá mais dificuldades para antepor interesses parciais aos gerais da sociedade” (RUS, 2001, p. 20, tradução nossa)³⁵.

Tampouco está o auditor desprovido de caminhos a seguir: em que pese suas dificuldades inerentes, os métodos de análise econômica de políticas e programas³⁶ oferecem ao menos um ponto de partida para a formulação de modelos preditivos mais complexos. O auditor também pode recorrer à construção de modelos de revisão analítica utilizando variáveis ou índices que reflitam dimensões exclusivas da atividade produtiva do objeto auditado, como indicadores estritamente educacionais (PESTANA, 1999, p. 60; WORTHEN; SANDERS; FITZPATRICK, 2004, p. 480-482) ou medidas de produtividade física da atividade administrativa (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005b).

Algumas tentativas concretas já podem ser encontradas em várias instituições de auditoria. A Auditoria Geral do Estado do Pará, em seu Programa de Auditoria de 2005 relativo à execução de programas de governo (BRASIL, 2005a), prevê que os auditores procedam às seguintes verificações:

ITEM	PROCEDIMENTOS PRELIMINARES	BASE NORMATIVA	TÉCNICA
Ação de Governo	Selecionar no PPA e Sistemas Corporativos, os programas de governo a serem analisados.	Lei Estadual - PPA	Observação
	Analisar os objetivos, indicadores, ação, produto, espacialização, metas físicas dos programas selecionados.	Lei Estadual - PPA	Análise Documental
	Verificar se a execução orçamentária e financeira do programa ou ação, estão compatíveis com o estabelecido no PPA.	Lei Estadual - PPA	Análise Documental
	Verificar se os valores orçados para o exercício serão suficientes para execução das metas previstas no PPA, considerando o que foi executado no exercício anterior.	Lei Estadual - PPA	Análise Documental

Ora, as verificações destacadas incorporam perfeitamente o raciocínio subjacente à revisão analítica: verificar os valores fixados no PPA para a execução da despesa de um programa de governo, utilizando tais valores como medida de razoabilidade da execução real de um dado programa (tanto como limite máximo, no caso do primeiro item, quanto como montante acumulado, no segundo item). Com base nesses valores do PPA, o auditor atingirá um valor projetado para os valores da execução do programa que estiver examinando, a ser comparado com os valores realmente executados, com a verificação das razões para as discrepâncias.

Também o *Government Accountability Office* tem empregado essa técnica de auditoria na auditoria de desempenho de entidades. Uma de suas análises fortemente baseadas nessa construção de modelos quantitativos sofisticados para projeção de valores esperados é encontrada no acompanhamento da agência tributária federal norte-americana:

“No passado, relatamos queda nos programas de fiscalização do Internal Revenue Service (IRS), incluindo esforços declinantes no exame de processos e na arrecadação. Um fator que citamos ter contribuído para esse declínio é a diminuição da produtivi-

dade da fiscalização medida pelo número de processos encerrados por tempo total de pessoal alocado. Aumentar a produtividade da fiscalização por meio de uma variedade de projetos de melhoria da fiscalização é uma estratégia sendo empreendida pelo IRS, que poderia ajudar a reverter essas quedas. Entretanto, avaliar os benefícios desses diferentes projetos requer boas medidas de produtividade. A capacidade do IRS de medir corretamente sua produtividade tem importantes implicações orçamentárias” (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005b, p. 1, tradução nossa).³⁷

Enfim, os exemplos existem e a potencialidade do instrumento da revisão analítica apela à natureza empreendedora do auditor que envereda pelos caminhos da Auditoria de Natureza Operacional. Enfrentar os desafios que a aplicação da revisão analítica coloca significa, portanto, preciosa oportunidade para ampliar os recursos de que dispõe esse auditor e para tentar reduzir a “defasagem entre a explosão das demandas e expectativas sociais em relação à auditoria e as estórias mais ‘paroquiais’ que se contam sobre sua capacidade operacional real” (POWER, 1999, p. 7).³⁸

Anexo I – Principais índices ou quocientes contábil-financeiros utilizados na auditoria de organizações de natureza empresarial³⁹

A riqueza dos estudos sobre índices financeiros e contábeis de empresas com fins lucrativos no campo da administração financeira e da análise de investimentos permite uma sólida base para o auditor iniciar seus trabalhos de revisão analítica quando atende a clientes dessa natureza⁴⁰. Resumimos em uma tabela simplificada os índices mais utilizados na literatura específica de auditoria, para ilustrar as possibilidades desse tipo de tratamento dos dados financeiros e contábeis e sugerir alguns pontos de partida para a revisão analítica.

<i>Quociente</i>	<i>Cálculo</i>	<i>Interpretação</i>
<i>Índices de lucratividade</i>		
Margem bruta	(Lucro Bruto) / (Vendas)	Parcela das vendas disponível à empresa após cobrir o respectivo custo Obs: Quedas significativas desse indicador de um ano para outro quando combinadas com manutenção ou queda menor da margem líquida, são indicadores típicos de manipulação contábil de receitas (WELLS, 2001, p. 5)
Margem Operacional	(Lucro Operacional) / (Vendas)	Parcela das vendas disponível à empresa após cobrir o respectivo custo e as despesas operacionais
Margem Líquida	(Lucro Líquido) / (Vendas)	Parcela das vendas que fica em poder da empresa após cobrir todos os custos e despesas do período (base para cálculo dos impostos diretos e da distribuição de resultados)
Retorno sobre o Ativo	(Lucro Líquido + Despesas Financeiras) / (Ativo Total)	Parcela do total de recursos aplicados pela empresa no início do exercício que é gerada na forma de lucro pelas suas operações durante o exercício (geração de excedente proporcionada pelas operações da empresa)
Retorno sobre o capital próprio ⁴¹	(Lucro Líquido) / (Patrimônio Líquido)	Proporção entre o lucro gerado pela empresa e o capital aplicado pelos acionistas, já deduzida a remuneração do capital de terceiros (rentabilidade do capital aplicado pelos acionistas) Obs: Este índice pode assumir uma expressão mais complexa para considerar o impacto dos impostos diretos na rentabilidade dos acionistas
<i>Índices de liquidez</i>		
Liquidez Corrente	(Ativo Circulante) / (Passivo Circulante)	Parcela das dívidas e obrigações a curto prazo (exercício corrente) que pode ser coberta com ativos que se considera disponíveis também a curto prazo
Liquidez Seca	(Ativo Circulante – Estoques) / (Passivo Circulante)	Parcela das dívidas e obrigações a curto prazo (exercício corrente) que pode ser coberta com ativos de curto prazo de natureza predominantemente financeira (não incorrendo, portanto, nos riscos da transformação de estoques em dinheiro)
Grau de aplicação do circulante em estoques	(Estoques) / (Ativo Circulante – Passivo Circulante)	Parcela do capital circulante líquido (ativos menos passivos a curto prazo) imobilizada em estoques
Grau de endividamento	(Passivo Total) / (Ativo Total)	Parcela das operações da empresa financiada por capitais de terceiros Obs: Sob um formato ligeiramente diferente mas matematicamente igual (Ativo Total/Patrimônio Líquido), esse índice também é conhecido como Alavancagem da Estrutura de Capital

<i>Quociente</i>	<i>Cálculo</i>	<i>Interpretação</i>
<i>Índices de giro</i>		
Crescimento de contas a receber em relação ao crescimento de vendas	$\frac{[(\text{Clientes/exercício atual}) - (\text{Clientes/exercício anterior})]}{[(\text{Vendas/exercício atual}) - (\text{Vendas/exercício anterior})]}$	Mede a velocidade do crescimento das contas a receber em relação ao crescimento das vendas (valores altos podem indicar problemas de cobrança ou registro de vendas fictícias) Obs: Esse indicador é considerado um típico sinalizador de risco de fraude aberta quando seu valor é muito superior a 1 (WELLS, 2001, p. 4)
Prazo médio de recebimento dos produtos ou rotação das contas a receber	$(\text{Clientes} * 365) / (\text{Vendas})$	Período médio entre a realização das vendas da empresa e o recebimento em tesouraria dos recursos financeiros correspondentes. Números menores representam recebimentos mais rápidos e, portanto, menor custo financeiro de carregamento das vendas a crédito. Esse resultado é calculado em número de dias. Obs: Essa metodologia de cálculo é bastante simplificada e gera apenas uma estimativa geral; existe a possibilidade de calcular esse indicador analiticamente a partir dos dados individuais de cada venda e cada recebimento (<i>duration</i> da carteira de recebíveis), o que proporciona um resultado bem mais preciso
Prazo médio de pagamento dos insumos ou rotação das contas a pagar	$(\text{Fornecedores} * 365) / (\text{Compras})$	Período médio entre a realização das compras da empresa e o desembolso dos recursos financeiros correspondentes. Números maiores representam períodos maiores para pagamento e, portanto, maior ganho financeiro proporcionado pelo crédito concedido pelos fornecedores. Esse resultado é calculado em número de dias. Obs: Essa metodologia de cálculo é bastante simplificada e gera apenas uma estimativa geral; existe a possibilidade de calcular esse indicador analiticamente a partir dos dados individuais de cada compra e cada pagamento (<i>duration</i> da carteira de exigíveis), o que proporciona um resultado bastante mais preciso
Rotação dos estoques ou giro dos estoques	$(\text{Estoques} * 365) / (\text{Custo dos produtos vendidos})$	Período médio em que as mercadorias produzidas permanecem em estoque na empresa. Números menores indicam menores períodos de estocagem. Esse resultado é calculado em número de dias
Ciclo operacional	$(\text{Prazo médio de recebimento das vendas}) - (\text{Rotação dos estoques}) - (\text{Prazo médio de pagamento dos insumos})$	Estimativa do período em dias no qual a empresa necessita de caixa para adquirir insumos e carregar os estoques e ainda não recebeu as vendas realizadas. É um importante componente da necessidade de capital de giro da empresa

<i>Quociente</i>	<i>Cálculo</i>	<i>Interpretação</i>
Giro do ativo fixo	$(\text{Vendas}) / (\text{Ativo Permanente})$	Proporção do valor dos recursos imobilizados que retorna na forma de vendas no exercício (medida de produtividade dos investimentos em capital fixo)
Giro do ativo circulante	$(\text{Vendas}) / (\text{Ativo Circulante})$	Proporção do valor dos recursos mantidos na forma de capital circulante que retorna na forma de vendas no exercício (indicador das necessidades de capital circulante para atendimento às operações) Obs: Essa metodologia de cálculo é bastante simplificada e gera apenas uma estimativa geral; existem índices contábeis bem mais sofisticados e precisos de avaliação das necessidades de capital de giro (BITTENCOURT, 2001)
Giro do ativo total ou Rotação do ativo total	$(\text{Vendas}) / (\text{Ativo Total})$	Proporção do valor do total dos recursos imobilizados aplicados que retorna na forma de vendas no exercício (medida de produtividade do uso da totalidade dos ativos – quanto maior o índice, mais vendas a companhia consegue gerar com seus ativos)
<i>Outros índices</i>		
<i>É possível encontrar ainda outros índices que utilizem também dados não-contábeis</i>		
Salário médio	$(\text{Despesas de salários}) / (\text{Número de empregados})$	Valores médios de remuneração dos empregados (indicativo do custo de pessoal da empresa) Obs: Esse indicador pode e deve ser desagregado por linhas de produção, unidades produtivas ou outras unidades de análise
Vendas por metro quadrado de loja	$(\text{Vendas}) / (\text{Superfície da área de vendas nas lojas})$	Para empresas de comércio varejista, indica o aproveitamento da área do ponto de venda.
Vendas sobre capacidade produtiva	$(\text{Vendas}) / (\text{Valor da produção máxima teórica})$	Indica a razoabilidade da receita contabilizada de vendas Obs: Esse indicador depende de o auditor formular sua própria estimativa da produção máxima teórica, com base, por exemplo, nos preços dos produtos vendidos pela empresa e nos dados físicos sobre a capacidade produtiva
<i>Market share</i>	$(\text{Vendas}) / (\text{Total de vendas do segmento de mercado em que atua a empresa})$	Indica a razoabilidade da receita contabilizada de vendas e/ou variações significativas na capacidade competitiva da empresa
Produtos defeituosos por milhão	$(\text{Número de produtos devolvidos pelos clientes ou rejeitados pela própria empresa}) / 1.000.000$	Indica a eficácia do processo de fabricação, em termos absolutos e quando comparado com médias gerais e setoriais. Obs: Esse indicador pode ser especificado em termos quase absolutos por ser essa definição um padrão comum nos mercados, o que facilita a comparabilidade com outras organizações ou médias gerais. É possível igualmente calculá-lo tendo no denominador o total de produtos fabricados pela própria empresa.

Anexo II – Exemplo simplificado de análise de quocientes ou proporções na auditoria de organizações de natureza empresarial⁴²

Apresentamos abaixo um quadro para visualização de uma possível aplicação das técnicas de análise de quocientes e proporções numa auditoria contábil de organizações de natureza empresarial. Como já visto, o instrumento pode aplicar-se à auditoria contábil (para verificação da razoabilidade dos saldos dos demonstrativos) tanto quanto a auditorias de natureza operacional que avaliem aspectos do desempenho empresarial (eficiência ou lucratividade).

As tabelas são apresentadas aqui de forma simplificada, para fins didáticos, e, em função disso, não observam em todo o seu detalhe a estrutura contábil fixada na Lei 6404/76 e demais normas de contabilidade nacionais. Ao aplicar diretamente essas mesmas tabelas, o auditor deverá considerar eventuais variações e detalhamentos nas classificações das contas que se apliquem nas circunstâncias da organização que estiver auditando.

<i>Demonstração do Resultado do Exercício</i>			<i>Análise vertical de quocientes</i>				
			Ano X	Ano X -1	Ano X	Ano X -1	Variação
			R\$ 1.000	R\$ 1.000	%	%	%
Vendas	35.525,00	32.004,00	100	100	0		
Estoque inicial	5.914,00	5.618,00	16,65	17,55	-5,16		
Compras	21.055,00	18.858,00	59,27	58,92	0,58		
Estoque final	6.007,00	5.914,00	16,91	18,48	-8,49		
(-) Custo de vendas (<i>inclui despesas de mão-de-obra</i>)	20.962,00	18.562,00	59,01	58,00	1,74		
(=) Lucro Bruto	14.563,00	13.442,00	40,99	42,00	-2,40		
Despesas de Salários (<i>exceto as incorporadas no custo de vendas</i>)	4.853,00	4.033,00	13,66	12,60	8,41		
Outras desp. Operacionais	1.894,00	1.728,00	5,33	5,40	-1,26		
(-) Despesas Operacionais	6.747,00	5.761,00	18,99	18,00	5,51		
(=) Lucro operacional	7.816,00	7.681,00	22,00	24,00	-8,33		
(-) Despesas Não-Operacionais	2.487,00	2.560,00	7,00	8,00	-12,48		
(=) Lucro Líquido	5.329,00	5.121,00	15,00	16,00	-6,25		

Balço Patrimonial

			<i>Análise vertical de quocientes</i>		
	Ano X	Ano X -1	Ano X	Ano X -1	Varição
	R\$ 1.000	R\$ 1.000	%	%	%
Ativo Circulante	12.965,00	12.296,00	74,46	101,77	-26,83
Caixa	821,00	742,00	4,72	6,14	-23,22
Clientes	6.137,00	5.640,00	35,25	46,68	-24,49
Estoques	6.007,00	5.914,00	34,50	48,95	-29,52
(+) Ativo Permanente	10.830,00	5.532,00	62,20	45,79	35,85
(=) Ativo Total	23.795,00	17.828,00	136,67	147,56	-7,38
Passivo Circulante	6.384,00	5.746,00	36,67	47,56	-22,90
Fornecedores	6.384,00	5.746,00	36,67	47,56	-22,90
(=) Passivo Total	6.384,00	5.746,00	36,67	47,56	-22,90
Patrimônio Líquido	17.411,00	12.082,00	100,00	100,00	0,00

Análise básica de quocientes

	Ano X	Ano X -1
Índices de rentabilidade		
Margem Bruta	40,99%	42,00%
Margem Líquida	40,99%	42,00%
Retorno sobre o Ativo	22,40%	28,72%
Retorno sobre o Capital Próprio	30,61%	42,39%
Índices de liquidez		
Liquidez Corrente	203,09%	213,99%
Grau de Endividamento	26,83%	32,23%
Índices de giro		
Giro do Ativo	149,30%	179,52%

Anexo III – Modelo simplificado de papel de trabalho para procedimentos de revisão analítica⁴³

# 1	PROCEDIMENTOS DE REVISÃO ANALÍTICA – PAPEL DE TRABALHO MESTRE				
Ponto examinado (dados-objeto)		<i>Ex: Análise vertical das contas do balanço patrimonial da empresa XYZ; Resultados quantitativos do programa de vacinação contra a doença Y promovido pela Prefeitura de ABC</i>			
Fontes de informação para comparação (dados-fonte):			<i>Ex: Balanço patrimonial auditado do exercício anterior; Norma epidemiológica 1.1.1 do Ministério da Saúde</i>	Ref. # 1.1	
Tolerância fixada		19 % de diferença entre os valores dos dados-fonte e dos dados-objeto			
Cálculos realizados		Ref. # 1.2 (planilhas descrevendo os cálculos)			
Execução	<i>Auditor Fulano</i>		Supervisão	<i>Gerente Sicrano</i>	
Ocorrências (diferença entre os dados-fonte e os dados-objeto superiores à tolerância fixada)					
1	Item de dado				
Valor projetado		Valor observado (dados-objeto)		Diferença (%)	
Procedimentos de verificação adotados			Ref. # 1.3.1.1		
Explicação confirmada em função do ambiente sócio-econômico externo (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.1.2	
Explicação confirmada em função do ambiente interno de operações da entidade auditada (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.1.3	
Explicação confirmada em função do ambiente de controle ou registro formal dos dados-objeto (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.1.4	
Ações empreendidas em consequência da constatação (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.1.5	
2	Item de dado				
Valor projetado		Valor observado (dados-objeto)		Diferença (%)	
Procedimentos de verificação adotados			Ref. # 1.3.2.1		
Explicação confirmada em função do ambiente sócio-econômico externo (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.2.2	
Explicação confirmada em função do ambiente interno de operações da entidade auditada (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.2.3	
Explicação confirmada em função do ambiente de controle ou registro formal dos dados-objeto (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.2.4	
Ações empreendidas em consequência da constatação (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.2.5	
N	Item de dado				
Valor projetado		Valor observado (dados-objeto)		Diferença (%)	
Procedimentos de verificação adotados			Ref. # 1.3.n.1		
Explicação confirmada em função do ambiente sócio-econômico externo (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.n.2	
Explicação confirmada em função do ambiente interno de operações da entidade auditada (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.n.3	
Explicação confirmada em função do ambiente de controle ou registro formal dos dados-objeto (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.n.4	
Ações empreendidas em consequência da constatação (síntese)				Detalhamento Ref. # 1.3.n.5	

Notas

¹ Principalmente, NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?] e BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 257-265.

² *Analytical procedures involve comparisons of recorded amounts, or ratios developed from recorded amounts, to expectations developed by the auditor* (BELL; WRIGHT, 1997, p. 1).

³ *Figures in accounts are often related to one another in predictable or consistent ways. They may similarly be related to external figures or associated non-financial information. Analytical review procedures work on the premise that the absence of significant variations from expected relationships gives some assurance as to the reasonableness of the amounts. Where a significant variation occurs, it may either be caused by legitimate factors not already taken into account in determining the expected relationship, or else by misstatement* (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 1)

⁴ A mesma seqüência de procedimentos, de forma mais simplificada, é descrita por Bell e Wright (1997, p. 2) e por Serra e Dalmau (2003, p. 546-554).

⁵ Desde que sejam submetidos a comparação com dados de outra natureza, conforme vai-se apontar adiante.

⁶ *Por último, mediante el alisamiento del beneficio se procura disminuir la dispersión de los resultados a través del tiempo. Bajo esta técnica subyace la idea de que existe un nivel "normal" de beneficio para la empresa, alrededor del cual oscila aleatoriamente el verdadero resultado obtenido. Mediante el alisamiento se desea reducir esta aleatoriedad, disminuyendo la varianza de los mismos a lo largo del tiempo. De esta forma, se consigue presentar una serie histórica de resultados más estable, pareciendo inferior el perfil de riesgo de la empresa. Para llevarlo a cabo, se emplearían políticas contables conservadoras cuando el resultado real resulte excesivamente superior al nivel "normal", y agresivas si el resultado antes de la manipulación fuese demasiado inferior al nivel "normal"* (CANO RODRÍGUEZ, 2001, p. 6).

⁷ O texto original de Bell e Wright (1997) parece condenar qualquer utilização de dados históricos como expectativas "não-independentes". Não nos parece esse o entendimento correto: os dados históricos auditados ou validados independentemente pelo auditor, mesmo que tenham sido produzidos pelo responsável da entidade auditada, não se configuram como dados "não-independentes", mas como dados cuja confiabilidade já foi estabelecida pelo auditor previamente. Naturalmente, se os dados históricos não foram objeto de um procedimento de validação reconhecido pelo auditor, a restrição é correta e esses dados não podem servir como dados-fonte para comparação.

⁸ Devido aos objetivos do trabalho, não nos entenderemos além dessa noção intuitiva. Porém, o leitor atento encontrará uma coerência conceitual

entre essa recomendação da revisão analítica e as noções teóricas de elevação da qualidade da informação com a disponibilidade de mais elementos de dados (melhoria da eficiência dos estimadores e portanto da precisão da estimativa decorrente do aumento do tamanho da amostra, como descreve a Amostragem Estatística).

⁹ Aqui também devemos somente sugerir a similaridade entre esse raciocínio e a redução de riscos de carteira pela diversificação dos ativos, na Teoria de Finanças, e a redução da variância final da amostra de uma amostragem aleatória por conglomerados diante de uma amostragem aleatória simples.

¹⁰ O NAO ([200-?]) propõe, simplificado, tolerâncias entre 2 e 10% para cada tipo de teste (exceto para a plotagem dos dados em gráficos, que tem avaliação necessariamente subjetiva) (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 4).

¹¹ E o menos desenvolvido, habitualmente, pelos auditores (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 6).

¹² Essa posição não é unânime. Bell e Wright (1997, p. 3) previnem o auditor de que buscar primeiro as explicações da administração comprometa a eficácia e efetividade da auditoria, pois uma explicação plausível mas incorreta do cliente pode conduzir a testes desnecessários com o objetivo de corroborá-la, e direcionar os testes para confirmá-la pode exaurir os recursos e o tempo orçados pelo auditor para esse item específico, em detrimento de outras direções de pesquisa igualmente plausíveis que sejam suscitadas pelo próprio auditor.

¹³ O "Risco de Revisão Analítica" está explicitamente mencionado na SAS 39 da AICPA como um dos componentes do Risco de Detecção (MARTÍNEZ GARCÍA, 1986, p. 86; BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 292); o texto básico do NAO ([200-?], p. 1) apresenta uma versão simplificada em que o risco de revisão analítica é simplesmente multiplicado pelos demais fatores ($RA = RI * RC * RD$ = Risco de Revisão Analítica).

¹⁴ Essa verificação "automática" é teste comum na auditoria contábil e por vezes é denominada "prova de total" (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 14).

¹⁵ Estamos utilizando o modelo de processo de auditoria de Bittencourt (2005). NAO ([200-?]) chama essa etapa de "review of financial statements stage" (NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 14), e outros autores poderão empregar diferentes denominações. Trata-se do momento em que toda a informação já foi coletada em campo e o auditor está analisando a evidência coletada para formar a sua opinião.

¹⁶ NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 17-19.

¹⁷ Levando em conta que determinadas contas (tais como Vendas ou Custos) devem ser deflaci-

onadas para uma comparação dessa natureza, e outras têm de levar em conta situações como depreciação (tais como Bens e equipamentos).

¹⁸ NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 20-23.

¹⁹ No exemplo, cabe lembrar que os sistemas administrativos de onde se retiram as tabelas salariais e o quadro de pessoal (ou pelo menos um deles) devem ser independentes do sistema que calcula a folha de pagamento; caso contrário, a previsão a ser obtida, na melhor das hipóteses, reproduziria os resultados cuja validade se quer apurar.

²⁰ NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 25.

²¹ Não pretendemos com isso afirmar que a interpretação das demonstrações financeiras mediante índices ou quocientes seja matéria isenta de controvérsia. Ao contrário, esse campo está em permanente evolução, e dá margem a sucessivas reavaliações dos conceitos por trás de cada quociente. Um exemplo paradigmático dessa discussão é a polêmica sobre a interpretação dos índices de liquidez (HOPP; LEITE, 1989; BITTENCOURT, 2001).

²² NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 25.

²³ NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 32-36.

²⁴ NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 37-45.

²⁵ A exemplo da regressão linear múltipla (CORRAR; THEÓPHILO, 2004, p. 110-126) ou dos diversos modelos de regressão não-lineares (BUSAB, 1988, p. 86-97; CORRAR; THEÓPHILO, 2004, p. 126-133).

²⁶ Para demonstração analítica do melhor ajustamento, vide p. ex. CORRAR; THEÓPHILO, 2004, p. 149-150.

²⁷ As fórmulas são aqui mostradas com o fim de apresentar a lógica do procedimento. Os cálculos são passíveis de solução rápida e simples com qualquer recurso moderno de planilha eletrônica ou mesmo de calculadoras financeiras um pouco mais sofisticadas.

²⁸ Os modelos de ajustamento de séries temporais são tratados de forma simplificada em NATIONAL AUDIT OFFICE,[200-?], p. 42-45, e detalhadamente em CORRAR; THEÓPHILO, 2004, p. 200-229.

²⁹ O *Government Acocuntability Office* relata as dificuldades do governo norte-americano com várias exigências provenientes de vários órgãos diferentes para a avaliação econômica de programas públicos (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005, p. 9, 16).

³⁰ De fato, o monitoramento de qualquer ação mediante indicadores deve idealmente incorporar as dimensões de economicidade e eficiência (BRASIL, 2000a, p. 27), que têm inexoravelmente um conteúdo econômico.

³¹ Ou o valor que a sociedade estaria disposta a

pagar para reduzir os riscos de perda de cada vida humana adicional – em suas avaliações de programa, por exemplo, o *Center for Disease Control and Prevention* estima cada vida em US\$ 940.000,00; o *Department of Transportation*, em US\$ 2.700.000,00; a *Environmental Protection Agency*, em US\$ 6.100.000,00, enquanto o *US Army Corps of Engineers* não considera essa “variável” em suas análises.

³² A título de exemplo, em estudos de engenharia de transportes o tempo de demora de passageiros se estimou em Ptas 1.500 (aproximadamente US\$ 9,04) por hora de atraso (MELIS MAYNAR; GONZALES FERNÁNDEZ, 2002, p. 75); em conceituação genérica, RUS, 2001, p. 20.

³³ Denominada convencionalmente Análise Custo-Efetividade (COHEN; FRANCO, 1999, p. 195).

³⁴ *IRS, as a government agency, may be able more often to use labor costs or hours as a single input in its productivity measures because it relies heavily on labor. However, it may be particularly important for IRS to use a multifactor measure that includes capital along with labor during periods of modernization that involve increased or high levels of capital investment.* (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005a, p. 9); a mesma fonte tem uma discussão mais extensa sobre o cálculo de índices de produtividade quantitativos mono- e multi-fatoriais, não-monetários (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005b, p. 21-24).

³⁵ *La utilización del análisis coste-beneficio convencional, presentando sus resultados junto a la enumeración de los impactos de difícil medición, constituye un avance notable en países o regiones donde la decisión política está básicamente conformada por el peso de los intereses parciales y el beneficio a corto plazo.*

La evaluación económica puede arrojar luz sobre la idoneidad o la inconveniencia de emprender acciones y acometer proyectos públicos que superan cierto umbral de rentabilidad social, correspondiendo al político decidir qué proyectos emprende y cuáles rechaza. Si le mueve el interés público, valorará en su medida el trabajo previo que el economista le ofrece, y si sus fines son otros, tendrá más dificultades de anteponer intereses parciales a los generales de la sociedad (RUS, 2001, p. 20)

³⁶ Que incluem os métodos convencionalmente conhecidos por Análise de Custo-Benefício e Análise de Custo-Efetividade (RUS, 2001; COHEN; FRANCO, 1999).

³⁷ *In the past, we have reported on declines in the Internal Revenue Service's (IRS) enforcement programs, including declining exam and collection efforts. One factor we have cited as contributing to these declines is decreased enforcement productivity as measured by cases closed per staff time. Increasing enforcement productivity through a variety of enforcement improvement projects is one strategy being pursued by IRS that could help reverse the declines. However, evaluating the benefits of these different projects requires good measures of*

productivity. IRS's ability to correctly measure its productivity has important budget implications. Productivity declines may indicate that IRS is not using its resources as efficiently as possible. Increasing the productivity of existing resources might lessen, to some extent, the need for budget increases (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2005b, p. 1)

³⁸ “[...] gap between the explosion of programmatic demands and expectations of auditing and the more ‘local’ stories which are told of its underlying operational capability” (POWER, 1999, p. 7).

³⁹ Elaboração própria, a partir de NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 31; BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002, p. 266-267, 549, 655. Para uma listagem alternativa de índices financeiros sistematizados, proposta como modelo uniforme no setor empresarial espanhol, vide LOPEZ SERRA; GARRETA DALMAU, 2003, p. 544-545

⁴⁰ A tabela apresentada não se aplica a instituições financeiras em geral e bancárias em particular. Embora as idéias gerais relativas a rentabilidade, liquidez e giro sejam as mesmas, a estrutura de seu sistema contábil é bastante diferente da contabilidade das empresas não-financeiras, pelo que a construção dos indicadores necessita de outras metodologias de cálculo.

⁴¹ Sempre que aqui nos referimos a “capital próprio”, tratamos de forma agregada o capital dos acionistas preferenciais e o dos acionistas ordinários. As debêntures, enquanto não convertidas em ações, são consideradas capital de terceiros como qualquer outra obrigação financeira. É possível, no entanto, encontrar na bibliografia referenciada formas mais sofisticadas de cálculo dos índices, que levem em conta individualmente todas essas categorias de capitalistas.

⁴² NATIONAL AUDIT OFFICE, [200-?], p. 30, com pequenas adaptações para a nomenclatura contábil brasileira nos termos da Lei 6404/76.

⁴³ Adaptado de LÓPEZ SERRA; GARRETA DALMAU, 2003, p. 546-554.

Referências

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. *Auditoria: um curso moderno e completo*. São Paulo: Atlas, 1996.

ARAÚJO, Inaldo. *Introdução à auditoria operacional*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

BELL, Timothy; WRIGHT, Arnold. When judgment counts. *Journal of Accountancy*, New York, nov. 1997. Disponível em: <<http://www.aicpa.org/pubs/jofa/nov97/audit.htm>>. Acesso em: [200-?].

BITTENCOURT, Fernando. Novas perspectivas da liquidez financeira na análise de contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 42-53, abr./jun. 2001.

_____. *A jangada de pedra: os caminhos da auditoria*. In: _____. Curso de auditoria operacional na auditoria geral do estado do Pará. [S. l.: s. n.], 2005.

BOYNTON, William; JOHNSON; Raymond; KELL, Walter. *Auditoria*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Auditoria Geral do Estado do Pará. *Programa de auditoria*. Belém: AGE-PA, 2005. Disponível em: <http://www.age.pa.gov.br/webtools/sn_procaudi.jsp>. Acesso em: [200-?].

_____. Tribunal de Contas da União. *Técnicas de auditoria: benchmarking*. Brasília: TCU, 2000a.

_____. _____. *Técnicas de auditoria: indicadores de desempenho e mapa de produtos*. Brasília: TCU, 2000b.

BUSSAB, Wilton de Oliveira. *Análise de variância e regressão*. São Paulo: Atual, 1988.

CANO RODRÍGUEZ, Manuel. *La contabilidad creativa: análisis de la fiabilidad de la información contable*. Madrid: Prentice Hall, 2001.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. *Avaliação de projetos sociais*. Petrópolis: Vozes, 1999.

CORRAR, Luiz J.; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Pesquisa operacional para decisão em contabilidade e administração*. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA, Ricardo. *Auditoria*. São Paulo: Ferreira, 2004.

FRANCO, H.; MARRA, E. *Auditoria contábil*. São Paulo: Atlas, 1995.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Economic performance: Highlights of a workshop on economic performance measures. In: *GAO Workshop*, 2005, Washington. United States Government Accountability Office: GAO Workshop. Washington: Government Accountability Office, 2005a.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *Tax Administration: IRS can improve its productivity measures by using alternative methods*. Washington: Government Accountability Office, 2005b.

HOPP, João Carlos; LEITE, Hélio de Paula. O mito da liquidez. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 63-69, out./dez. 1989.

JUND, Sergio. *Auditoria: conceitos, normas, técnicas e procedimentos*. São Paulo: Impetus, 2002.

LIMA, Diana Vaz; CASTRO, Robison Gonçalves. *Fundamentos da auditoria governamental e empresarial*. São Paulo: Atlas, 2003.

LÓPEZ SERRA, Josep M.; GARRETA DALMAU, Francesc. *Els procediments analítics: la revisió analítica com a part de l'enfocament del treball*

- d'auditoria i com a valor afegit al client. Barcelona: Col·legi de Censors Jurats de Comptes de Catalunya, 2003. (Sèrie Quaderns Tècnics, feb. 2003).
- MARTÍNEZ GARCÍA, Francisco Javier. *Materialidad y riesgo en auditoría*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1986.
- MELIS MAYNAR, Manuel; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier. *Ferrocarriles metropolitanos: tranvías, metros ligeros y metros convencionales*. Madrid: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 2002.
- NATIONAL AUDIT OFFICE. *Analytical review procedures: guidance notes*. Londres: [s. n.], [200-?]. (mimeo.).
- PESTANA, Maria Inês. Avaliação educacional: o sistema nacional de avaliação básica. In: RICO, Elisabeth Melo (Org.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez, 1999.
- POWER, Michael. *The audit society: rituals of verification*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RICO, Elisabeth Melo (Org.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez, 1999.
- RUS, Ginés de. *Análisis coste-beneficio*. Barcelona: Ariel, 2001.
- SARAMAGO, José. *A bagagem do viajante*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- _____. *História do cerco de Lisboa*. Rio de Janeiro: Globo, 2003.
- WELLS, Joseph T. Irrational ratios: the numbers rise a red flag. *Journal of Accountancy*, New York, aug. 2001. Disponível em: <<http://www.aicpa.org/pubs/jofa/aug2001/wells.htm>>. Acesso em: [200-?].
- WORTHEN, Blaine; SANDERS, James; FITZPATRICK, Jody. *Avaliação de programas: concepções e práticas*. São Paulo: Gente, 2004.