

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2008 – Ano 45 – Nº 180



José Ferreira, "Uma tradição que se foi (Palácio Monroe)", 1974. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

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

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

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves
REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Marise de Faria Fiuza,
Paulo Henrique dos Santos e Maria José de Lima Franco
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos Lima
CAPA: Josias Wanzeller
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

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

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



“Uma tradição que se foi (Palácio Monroe)”, de José Ferreira, obra de 1974, é uma pintura em óleo sobre tela de 0,95m x 0,75m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 45 · nº 180 · outubro/dezembro · 2008

José Levi Mello do Amaral Júnior	Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem 7
Vladimir da Rocha França	Limites constitucionais do decreto regulamentar na criação e extinção de órgãos e cargos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte 17
Túlio Lima Vianna	Crítica da razão comunicativa. O direito entre o consenso e o conflito 31
Eduardo Biacchi Gomes	Direitos Fundamentais. A questão dos pneumáticos no Mercosul 47
Cleber Francisco Alves	A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro 65
Aziz Tuffi Saliba	Nacionalidade brasileira e Direito Internacional. Um breve comentário sobre a Emenda Constitucional nº 54/2007 77
Dilvanir José da Costa	Filiação jurídica, biológica e socioafetiva 83
Mônica Sette Lopes	Juristas e jornalistas. Impressões e julgamentos 101
Paulo José Leite Farias	A dimensão econômica do meio ambiente. A riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro 115
Weliton Carvalho	Direito Comparado. Método ou ciência? 139
José Pedro Luchi	Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas 147
Cláudio Araújo Reis e Luiz Eduardo Abreu	Administrando conflitos de interesses. Esforços recentes no Brasil 161
Aroldo Plínio Gonçalves e Ricardo Adriano Massara Brasileiro	Cerceamento de defesa no indeferimento de prova pericial. Violação de direito fundamental da parte e lesão da ordem jurídica constituída 175
Lilia Maia de Moraes Sales e Emanuela Cardoso Onofre de Alencar	Tráfico de seres humanos. Algumas diferenciações 179
Jorge Barrientos-Parra e Elaine Cristina Vilela Borges Melo	O direito à intimidade na sociedade técnica. Rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais 197

João Baptista Herkenhoff e Antonio Côrtes da Paixão	Garantias processuais dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro 215
Marco Aurélio Gumieri Valério	Biodiesel. Combustível para o desenvolvimento social 243
Maria Inês Gandolfo Conceição e Maria Cláudia Santos de Oliveira	A relação adolescente–drogas e as perspectivas da nova legislação sobre drogas 253
Alexandre Marques da Silva Martins	Os valores em Miguel Reale 263
Ricardo Almagro Vitoriano Cunha	Hermenêutica jurídica em Kelsen. Apontamentos críticos 279
Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva	Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely 293
Fabício Bertini Pasquot Polido	O desenvolvimento do novo regionalismo asiático no direito de integração. Notas sobre a ASEAN e APEC 305
Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro	Liberdade religiosa, separação Estado–Igreja e o limite da influência dos movimentos religiosos na adoção de políticas públicas. Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual 347
Paulo Sávio Peixoto Maia	O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”. Observações acerca de um lugar comum do direito constitucional 375

Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

José Levi Mello do Amaral Júnior

Sumário

Explicação preliminar; 1. Destinação constitucional das Forças Armadas; 2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 3. Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 4. Gradação do princípio da subsidiariedade; 5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 6. Abate de aeronaves hostis; 7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas.

Explicação preliminar

O objetivo do presente estudo é analisar o fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, tal como previsto pela Constituição e respectiva legislação regulamentar. Sintetiza estudos que o autor levou a efeito para colaborar com a Assessoria Militar do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República entre 2000 e 2003.

O trabalho busca demonstrar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem não é extraordinário, mas, sim, ordinário, conquanto orientado pelo princípio da subsidiariedade. Disso decorrem importantes conseqüências para a compreensão jurídica da matéria, o que será objeto desta exposição.

Por outro lado, não se deseja, aqui, fazer a apologia do emprego ou não das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. O que se pretende nesta sede é - insista-

José Levi Mello do Amaral Júnior é professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela mesma Universidade. Procurador da Fazenda Nacional, cedido à Casa Civil do Governo do Estado de São Paulo.

se – examinar o fundamento jurídico do eventual emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

1. Destinação constitucional das Forças Armadas

Compete privativamente ao Presidente da República exercer o comando supremo das Forças Armadas, segundo dispõe o inciso XIII do art. 84 da Constituição¹.

Do ponto de vista constitucional², as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica e destinam-se: (1) à defesa da Pátria; (2) à garantia dos poderes constitucionais; e, por iniciativa de qualquer destes, (3) à garantia da lei e da ordem.

As duas primeiras destinações constitucionais das Forças Armadas refletem a missão elementar delas, qual seja, a proteção do próprio Estado e dos respectivos poderes constitucionais, FERREIRA FILHO, 2005, p. 239, (isto é, dos órgãos que comungam da soberania do Estado), proteção essa levada a efeito contra ameaças externas ou internas (ou, como dizia o Direito constitucional brasileiro pretérito, “grave comoção intestina”³).

Nas circunstâncias em causa – ameaças externas ou internas contra o Estado ou contra os respectivos poderes constitucionais –, pode e deve ser posto em prática um regime jurídico excepcional “da defesa do Estado e das instituições democráticas”⁴, ou seja, um estado em que a própria Constituição permite o emprego de recursos

¹ A subordinação das Forças Armadas ao Poder Executivo é uma lição antiga, decorrente da natureza das coisas. Veja-se, por exemplo, a explicação de Montesquieu (1995, p. 124): “O exército, uma vez estabelecido, não deve depender, imediatamente, do corpo legislativo, mas do poder executivo; e isso pela natureza da coisa; seu feito consiste mais na ação do que na deliberação.”

² *Caput* do art. 142 da Constituição.

³ Constituição de 1891, art. 48, nº 15. No mesmo sentido, por exemplo: Constituição de 1946, art. 206, inciso I; Constituição de 1988, art. 137, inciso I.

⁴ Título V da Constituição.

excepcionais para debelar a ameaça. O emprego desses recursos em casos tais enseja, mais cedo ou mais tarde, a decretação: (1) de intervenção federal⁵; (2) de estado de defesa⁶; ou (3) de estado de sítio⁷. Ademais, a depender da gravidade da situação, pode ocorrer, ainda, declaração de guerra ou, ao menos, de mobilização nacional⁸.

Conforme essa caracterização, as duas primeiras destinações das Forças Armadas implicam emprego delas em situações extraordinárias.

Porém, nenhum desses dois casos extremos é o objeto desta exposição. Ela se concentra na terceira destinação constitucional das Forças Armadas – garantia da lei e da ordem – que não se dá, necessariamente, sob circunstâncias extraordinárias. Isso porque, em regra, não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio. Configura, assim, um emprego típico (porque a própria Constituição também o prevê) e ordinário das Forças Armadas, conquanto submetido ao critério da subsidiariedade.

2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

A teor do art. 144 da Constituição, a segurança pública – cujo fim é “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” – é exercida pela Polícia Federal, pela Polícia Rodoviária Federal, pela Polícia Ferroviária Federal, pelas Polícias Civis estaduais, pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estaduais.

Porém, nesta seara – ou seja, na garantia da lei e da ordem –, as Forças Armadas também podem atuar. É o que decorre do

⁵ Incisos I a V do art. 34 da Constituição.

⁶ Art. 136 da Constituição.

⁷ Art. 137 da Constituição.

⁸ Inciso XIX do art. 84 da Constituição. A mobilização nacional é regulamentada pela Lei nº 11.631, de 27 de dezembro de 2007, cujo art. 2º, inciso I, restringe sua execução a caso de agressão estrangeira.

art. 142, *caput*, *in fine*, da Constituição⁹. O critério e a disciplina do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é dado pela Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999¹⁰.

Assim, a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais – solicitação essa que sempre será submetida ao juízo do Presidente da República¹¹ –, poderá dar-se a partir do esgotamento dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição¹².

Importa, portanto, saber quando se configura o esgotamento. A própria Lei Complementar nº 97, de 1999, o explica em seu art. 15, § 3º:

“Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.”¹³

⁹ “Este preceito autoriza claramente que as Forças Armadas sejam empregadas no âmbito interno, não só para garantir os poderes constitucionais quando ameaçados, como também para restabelecer a ordem, ainda quando não houver ameaça para os poderes constituídos. Permite, portanto, que as Forças Armadas sejam utilizadas em missão de polícia, se necessário.” (FERREIRA FILHO, 1990-1994, p. 78).

¹⁰ O art. 144 da Constituição se refere à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal, às Polícias Cíveis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais como “órgãos”. Por sua vez, o § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, a eles se refere como “instrumentos”. Nesta exposição, utilizar-se-á, preferencialmente, a fórmula genérica “órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública”.

¹¹ § 1º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

¹² § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

¹³ § 3º acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004.

Aí estão os princípios fundamentais que norteiam o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem:

(1) a bem da autonomia federativa, como pressuposto elementar do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, o esgotamento há de ser formalmente reconhecido pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”, vale afirmar: (a) o Presidente da República, relativamente à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal e à Polícia Ferroviária Federal; e (b) os Governadores dos Estados, relativamente às Polícias Cíveis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais;

(2) as Forças Armadas atuam, *in casu*, subsidiariamente, ou seja, somente após “esgotados” os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição;

(3) o esgotamento se configura quando os órgãos ou instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição são (ou se tornam) inexistentes, indisponíveis ou insuficientes.

3. *Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*

O princípio da subsidiariedade pode ser tido como inerente às relações democráticas. Dele decorre que um ente “maior” somente interfere nas coisas de um ente “menor” se e quando esse não consegue desempenhar uma dada tarefa sua.

É interessante observar que a Constituição segue essa lógica em diversos aspectos, mormente no que toca à organização federativa. Isso é bastante claro, por exemplo, na organização da educação¹⁴.

Em matéria de segurança pública, o princípio da subsidiariedade exerce influxo

¹⁴ §§ do art. 211 da Constituição.

duplo: (a) um primeiro, inerente ao papel último das Forças Armadas relativamente aos demais órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública; (b) um segundo, inerente às relações federativas entre os entes federados, marcadas que são pela autonomia de cada ente.

Primeiro, as Forças Armadas – na garantia da lei e da ordem – somente podem atuar se e quando esgotados os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública¹⁵. Isso se dá inclusive no plano federal: o Presidente da República somente pode determinar o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, em seara própria às Polícias Federal, Rodoviária Federal ou Ferroviária Federal, se e quando esgotada uma das três polícias federais (e, claro, desde que reconheça o esgotamento).

Segundo, a bem da autonomia federativa, o esgotamento dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública há de ser reconhecido pelo respectivo Governador de Estado que, a seguir, solicitará o emprego das Forças Armadas ao Presidente da República. Somente assim poderá o Presidente da República decidir sobre o emprego ou não das Forças Armadas.

Em caso extremo, de falência dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública – falência essa não reconhecida pelo respectivo Governador de Estado –, ter-se-á, então, caso de intervenção federal, com eventual emprego das Forças Armadas, inclusive na garantia da lei e da ordem.

Ademais, não se pode desprezar a hipótese de o Governador do Estado não determinar a ação dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança

¹⁵ “Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é da competência primária das forças de segurança pública, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal.” (SILVA, 2002, p. 748, grifo do autor).

pública, ou não mobilizá-los em quantidade suficiente para produzir os efeitos necessários para debelar a ameaça à lei e à ordem a que se deva fazer frente. Nestas circunstâncias, o pronto emprego das Forças Armadas fica desde logo autorizado, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federal¹⁶.

4. Gradação do princípio da subsidiariedade

Há evidente gradação entre os critérios da subsidiariedade aplicáveis à espécie: inexistência, indisponibilidade e insuficiência.

São inexistentes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública quando, simplesmente, eles são ausentes ou não existem em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional. Exemplo evidente é a fronteira brasileira na Região Norte, em que a presença do Estado brasileiro se dá, basicamente, por meio de unidades militares de fronteira¹⁷.

Indisponível é a qualidade do que existe, mas com que não se pode contar. São indisponíveis os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma

¹⁶ Brasil (2000), de que se extrai o seguinte excerto: “(...) O emprego das Forças Armadas ‘... é da responsabilidade do Presidente da República’ (LC 97/99, art. 15). Quando a questão disser com a ‘garantia da lei e da ordem’, o emprego das Forças Armadas dar-se-á ‘... após esgotados os instrumentos ... relacionados no art. 144 da Constituição Federal’ (LC 97/99, art. 15, § 2º). A Lei Complementar se refere aos órgãos de segurança pública (Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civil Estadual, Militar Estadual e Corpo de Bombeiros). Ter-se-á como esgotados esses instrumentos, tanto quando a autoridade não determinar a sua utilização, como quando a sua utilização não tiver produzido efeitos. (...)”.

¹⁷ Com efeito, a Lei Complementar nº 97, de 1999, em seu art. 17-A, inciso IV, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, dispõe que “cabe ao Exército atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo”.

determinada região do território nacional quando, por exemplo, eles existem, porém, encontram-se em estado de greve. Esse estado de coisas já se deu na história brasileira recente. Algumas polícias militares estaduais decretaram greve, mas a segurança pública foi garantida – legalmente – com o emprego das Forças Armadas.

Insuficiente é a qualidade do que existe e está disponível, mas sem capacidade de desempenhar a contento – suficientemente – a sua finalidade. Há, aqui, um juízo de valor quantitativo e qualitativo (e, portanto, de oportunidade e conveniência). Nos dois primeiros casos (inexistência e indisponibilidade), o juízo é meramente quantitativo. Neste terceiro caso, não: o juízo também é qualitativo, porque é preciso determinar a medida e a qualidade da insuficiência, vale afirmar, a partir de que nível e de que tipo de insuficiência se tem o esgotamento. Esse juízo é privativo do Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”. São insuficientes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional quando eles existem e estão disponíveis, porém não se mostram capazes de preservar – a contento – a segurança pública. É o que se dá, por exemplo (ao menos teoricamente), em áreas urbanas com “bolsões” conflagrados, isto é, com porções territoriais em que os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública não se fazem efetivos.

Nesse contexto, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem – em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública – não caracteriza um emprego excepcional delas. Isso porque não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade.

Enfim, as Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia. Ora, dado que os órgãos ou instrumentos a que se refere o art. 144 da Constituição possuem poder de polícia e são “forças auxiliares e reserva do Exército”¹⁸, é evidente que o Exército, em particular, e as Forças Armadas, em geral, também possuem igual poder de polícia¹⁹.

5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

O primeiro passo é o reconhecimento do esgotamento pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”²⁰.

A seguir, o Chefe do Poder Executivo interessado solicita, formalmente, ao Presidente da República, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Então, o Presidente da República decidirá sobre o emprego ou não das Forças Armadas²¹.

Em havendo decisão do Presidente da República no sentido de empregar as Forças Armadas, ele encaminhará mensagem ao Ministro de Estado da Defesa para ativar os órgãos operacionais daquelas²², “que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo

¹⁸ § 6º do art. 144 da Constituição.

¹⁹ Portanto, é meramente declaratório o art. 6º da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, quando assegura poder de polícia ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República na “segurança pessoal do Chefe de Estado, do Vice-Presidente da República e respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República, e de outras autoridades ou personalidades quando determinado pelo Presidente da República, bem como pela segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente e Vice-Presidente da República”.

²⁰ § 3º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

²¹ Inciso XIII do art. 84 da Constituição combinado com o art. 15, § 1º, da Lei Complementar nº 97, de 1999.

²² *Caput* do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem”²³.

Se acaso houver meios disponíveis – conquanto insuficientes – da respectiva polícia cujo esgotamento foi reconhecido, o emprego das Forças Armadas pressupõe a transferência “do controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações” (em regra, um militar das Forças Armadas), que deverá constituir um centro de coordenação de operações²⁴. Essa determinação legal é natural e coerente com a natureza das polícias militares e corpos de bombeiros militares estaduais: são “forças auxiliares e reserva do Exército”²⁵.

A legislação esclarece o que seja controle operacional: “poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais”²⁶.

Importa anotar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é atividade militar para o fim de aplicação do Código Penal Militar em tempo de paz relativamente aos crimes militares praticados “por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil”²⁷.

²³ § 4º art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 5º do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

²⁴ § 5º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 4º do Decreto nº 3.897, de 2001.

²⁵ § 6º do art. 144 da Constituição.

²⁶ § 6º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

²⁷ § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de

Enfim, vale destacar que o emprego das Forças Armadas também pode-se dar em atendimento de solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais, federais e estaduais (na garantia desses), hipótese em que a solicitação deve ser feita por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados²⁸. Aqui, o emprego pode ocorrer independentemente da declaração de esgotamento das forças policiais estaduais por parte do Governador do Estado. É o que se dá, por exemplo, no âmbito eleitoral²⁹. No limite, poderá haver, inclusive, decretação de intervenção federal.

6. *Abate de aeronaves hostis*

Hipótese de emprego das Forças Armadas que merece menção e análise específicas é a do abate de aeronaves hostis.

Tem-se, aqui, hipótese de defesa da Pátria em tempo de paz. Portanto, não se trata, *stricto sensu*, de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, mas, sim, de emprego delas na sua missão primeira, a defesa da Pátria³⁰, ainda que a hipótese tenha influxo salutar à garantia da

2004, combinado com o art. 9º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.

²⁸ § 1º, *in fine*, do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

²⁹ Inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “(...) A decisão sobre o emprego das Forças Armadas, em qualquer ponto do território nacional, é da competência do Presidente da República, como seu comandante supremo (CF, art. 84, XIII). Tal decisão não se submete ao juízo de outras autoridades, inclusive as dos Estados Federados. Aliás, é o que se passa na Justiça Eleitoral. É da competência do Tribunal Superior Eleitoral ‘requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração’ (Código Eleitoral, art. 23, XIV). A decisão sobre a requisição compete ao TSE, sem consulta necessária às autoridades estaduais. É esse o modelo brasileiro.” (BRASIL, 2000).

³⁰ *Caput* do art. 142 da Constituição.

lei e da ordem, mormente no que toca à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes.

O tiro de abate foi permitido pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, que incluiu a hipótese de destruição de aeronave hostil no Código Brasileiro de Aeronáutica:

“Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.”³¹

A sua regulamentação veio após seis anos de longa e bem conduzida negociação no plano diplomático, para que o país não sofresse nenhum tipo de embargo ou restrição eventualmente decorrente de uma má compreensão da medida por parte de personagens da comunidade internacional³².

Não há nenhuma inconstitucionalidade na medida. Não configura uma pena de morte. Configura, isso, sim, reação própria à defesa da Pátria, ameaçada pela invasão do respectivo espaço aéreo. Ademais, o tiro de abate é a última medida após longo e exaustivo rol de medidas coercitivas de averiguação (tentativa de contato³³), intervenção (modificação de rota e pouso coercitivos³⁴) e persuasão (tiro de aviso, com munição traçante³⁵). Dá-se como última e excepcional medida – cercada de diversas cautelas³⁶ – como reação contra quem, deliberadamente, se coloca à margem do Direito brasileiro.

A consequência prática mais importante da regulamentação do tiro de abate é o seu efeito dissuasório. Reportagem de título “Sistema identifica tráfego aéreo desconhecido”, da Folha de São Paulo, do dia

³¹ § 2º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, acrescentado pela Lei nº 9.614, de 1998.

³² Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

³³ § 1º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

³⁴ § 2º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

³⁵ § 3º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

³⁶ Art. 6º do Decreto nº 5.144, de 2004.

13 de junho de 2005, informava que, desde a regulamentação do tiro de abate, a Força Aérea Brasileira não precisou disparar nem sequer tiro de aviso. Ao que consta, o tráfico ilícito de entorpecentes passou a contornar o espaço aéreo nacional.

Enfim, ações militares para a defesa da Pátria não se dão somente após a declaração de guerra. A defesa da Pátria pode e deve-se dar de pronto contra ações hostis iminentes ou atuais, sejam elas perpetradas por outros Estados ou por organizações criminosas. Entre elas está o tiro de abate, haja ou não iminência de guerra. O importante, *in casu*, é permitir que a Pátria possa resguardar – a si e aos seus – com efetividade. Daí a legitimidade constitucional do tiro de abate.

7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas

Seguindo a tendência natural das democracias contemporâneas, as Forças Armadas brasileiras exercem papel essencialmente de defesa. Portanto, importa dotá-las de meios dissuasórios mínimos. É a esse propósito que o Governo brasileiro de há muito cogita a compra de caças de interceptação, a construção de submarino com propulsão nuclear, etc.

Porém, além da defesa da Pátria, às Forças Armadas também cabe a defesa da própria ordem democrática (“garantia dos poderes constitucionais”) e a garantia da lei e da ordem.

Assim, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública possui, como visto, sólido e explícito fundamento constitucional. Não se trata de um uso excepcional. Não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade.

dade. As Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia.

Não se diga que as Forças Armadas não são aptas ao policiamento ordinário e ostensivo. Isso porque é a própria Constituição que confia às Forças Armadas – ainda que subsidiariamente – a garantia da lei e da ordem. Assim, elas também devem estar preparadas para essa missão que a Constituição lhes confia. De fato, o Exército Brasileiro, por exemplo, mantém toda uma Brigada dotada de adestramento e equipamentos específicos à garantia da lei e da ordem (11ª Brigada de Infantaria Leve – Garantia da Lei e da Ordem, sediada em Campinas-SP³⁷). Ademais, as Forças Armadas brasileiras conduzem, com reconhecido sucesso, missões de paz no exterior que, não raro, implicam ações típicas de garantia da lei e da ordem. É o caso, por exemplo, da Missão das Nações Unidas para Estabilização no Haiti – MINUSTAH.

Excepcional é o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, mormente quando se dê em função de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio (ainda que não necessariamente, como no caso do abate de aeronaves).

Giorgio Agamben (2004, p. 23), partindo de Thomas Hobbes e Carl Schmitt, sustenta que “soberano” é aquele que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, é aquele que decide sobre o estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 19), isto é, a situação em que a norma se aplica desaplicando-se, retirando-se da exceção (AGAMBEN, 2004, p. 25). É o soberano quem define as situações e sujeitos que ficam dentro ou fora do ordenamento. As situações e os sujeitos postos de fora do ordenamento ficam ao abandono da lei (AGAMBEN, 2004, p. 36). Nesse sentido, o estado de natureza hobbesiano sobrevive na pessoa do soberano (AGAMBEN, 2004, p. 41). Fora do ordenamento, o sujeito fica

³⁷ Cf. art. 1º do Decreto nº 5.261, de 3 de novembro de 2004.

relegado ao estado de exceção, ao estado de natureza, e não goza da proteção do Direito³⁸. Portanto, o estado de exceção – em um Estado Democrático de Direito – deve ser exatamente isso: uma exceção. Os espaços não alcançados pelo Direito devem ser muito poucos, raros. Não se deve banalizar o estado de exceção, sob pena de tudo se tornar possível (AGAMBEN, 2004, p. 44). Do contrário, pode-se resvalar num estado de exceção permanente³⁹.

Por outro lado, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas, no Direito constitucional brasileiro, não se situa no âmbito da exceção, mas, sim, no âmbito da normalidade (e para manter a normalidade).

Robert Dahl (2001, p. 165) menciona como condição para o desenvolvimento do regime democrático que “as forças militares e a Polícia estejam sob pleno controle de funcionários democraticamente eleitos”. Para debelar qualquer risco à democracia, a Costa Rica, em 1950, deu um exemplo extremo: aboliu os militares (DAHL, 2001, p. 165). Porém, essa não parece ser uma solução boa para a grande maioria dos países. Veja-se, por exemplo, o caso do Haiti, que também abriu mão de suas Forças Armadas. No entanto, em 2004, o Presidente Jean Bertrand Aristide ficou indefeso quando foi cercado por milícias armadas. Daí o acerto da lição dos “homens sábios”, lembrada por Maquiavel (1997, p. 92): nada é tão fraco quanto a fama do poder não apoiado nos próprios exércitos.

Vocacionadas, sobretudo, à defesa, as Forças Armadas devem zelar pela defesa da Pátria e das instituições democráticas, bem assim pela garantia da lei e da ordem, sempre que, para tanto, não bastem os órgãos

³⁸ A argumentação é extrema. Tanto é assim que Agamben (2004, p. 79-81) prossegue explicando que aquele que está fora do ordenamento vive, por isso, uma “vida nua”, passível, inclusive, no limite, de morte, mas sem que isso configure homicídio.

³⁹ Bruce Ackerman (2004, p. 1045) registra que o Estado de Israel, desde a sua criação, vive sob permanente estado de emergência.

ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública. Porém, porque são a última reserva de força do Estado, devem ser manejadas para ganhar. Não podem ser desmoralizadas. Logo, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem deve ser decidido com extrema prudência, para que não haja banalização do recurso e, em especial, para que não seja preciso – em momento imediatamente subsequente – recorrer a mecanismo excepcional, como a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, n. 8, p. 1029-1091, 1 jun. 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.766/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 18 de setembro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 set. 2000.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990-1994. 3 v.

_____. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Limites constitucionais do decreto regulamentar na criação e extinção de órgãos e cargos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Introdução. 2. Previsão da competência regulamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989. 3. Criação e extinção de órgãos públicos. 4. A criação e a extinção de cargo público. 5. Conclusão.

1. Introdução

Na implantação ou mudança de modelos para a gestão pública estadual, é freqüente a demanda pela criação e extinção de órgãos e cargos de provimento em comissão no âmbito da Administração. Por diversas razões, os compromissos partidários e as reivindicações legítimas dos grupos que partilham o poder político esbarram nos limites jurídicos impostos pelo sistema do direito positivo.

Como nem sempre o regime constitucional do processo legislativo é compatível com a celeridade que se deseja impor nesse escopo organizacional, o Governador do Estado pode-se sentir tentado a dispor sobre a matéria mediante a expedição de decretos. No caso do Estado do Rio Grande do Norte, isso não encontraria maiores obstáculos em razão do disposto no art. 11 da Lei Complementar Norte-rio-grandense nº 163, de 5.2.1999.

Nesse dispositivo, reconhece-se a competência do Governador do Estado para regulamentar a estrutura e o funcionamento

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

de cada uma das unidades da administração direta, das autarquias e fundações públicas por meio de decreto.¹ Todavia, nenhum preceito legal deve ser compreendido com desprezo às demais normas que compõem o ordenamento jurídico vigente.

O objetivo do presente ensaio é justamente aferir que limites devem ser observados pelo Governador do Estado no uso de decretos para a criação e extinção de órgãos públicos e de cargos de provimento em comissão, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989.

2. Previsão da competência regulamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989

A Administração Brasileira, por injunção do princípio da legalidade administrativa, encontra-se subordinada à lei. Enquanto o particular pode realizar tudo o que lei não proíbe, a Administração somente tem legitimidade para agir quando a lei lhe autoriza, conforme da lição clássica de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 82-83).

O princípio da legalidade administrativa constitui um dos alicerces fundamentais do regime jurídico-administrativo. Não há como se conceber um Estado de Direito sem essa noção crucial. Entretanto, além de garantia do cidadão contra eventuais arbítrios do Estado, a legalidade serve como instrumento que viabiliza a ação da Administração na concretização do interesse público.

Não obstante, a expedição de normas gerais não é atributo exclusivo do legislador. Entre os instrumentos introdutórios de normas gerais no ordenamento jurídico, há os decretos.

Os decretos são os veículos previstos pelo direito positivo para as manifestações do Chefe do Poder Executivo (Cf. DI PIETRO, 2002, p. 222). Podem introduzir normas individuais (como um decreto de desapropriação) ou normas gerais (quando dão forma aos regulamentos) no ordenamento jurídico.

Os regulamentos são atos jurídicos expedidos pelo Chefe do Executivo que inserem, no sistema do direito positivo, normas gerais que têm por finalidade a complementação da lei ou da própria Constituição, quando exigido o desenvolvimento de atividade administrativa (Cf. ATALIBA, 1998, p. 135).

Como se sabe, cada Estado Federado tem os poderes de auto-organização e de autolegislação, sendo-lhes conferido o direito de se reger por sua Constituição e pelas leis que editar na esfera de sua competência, respeitados os preceitos da Constituição Federal (Cf. CLÈVE, 1993, p. 56-83; HORTA, 2003, p. 361-448; SILVA, 2002, p. 589-598)². Na ordenação dos poderes do Estado Federado na respectiva Constituição, é preciso que se observe o modelo de Poder Executivo previsto na Constituição Federal para a União (Cf. SILVA, 2002, p. 609, 624-625).

No Estado do Rio Grande do Norte, a competência privativa do Governador do Estado para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei tem arrimo no art. 64, inciso V, da Constituição Estadual³.

Para a compreensão do sentido e do alcance do regulamento, perante o ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível entender a sua relação com a legalidade e com a teoria da “separação dos poderes”.

O direito positivo brasileiro consagrou, como próprio de qualquer ordenamento ju-

¹ “Art. 11. O Governador do Estado regulamentará, por decreto, a estrutura e o funcionamento de cada uma das unidades da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, indicadas neste Título e constante do Anexo I, parte integrante desta Lei”.

² Vide art. 28 da Constituição Federal.

³ “Art. 64. Compete privativamente ao Governador do Estado: (...) V – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

rídico de base republicana e democrática, o princípio da separação funcional do poder. No art. 2º, da Constituição Estadual, temos o seguinte enunciado:

“Art. 2º São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nos dias atuais, não há rigor na expressão “separação dos poderes”, haja vista a divisão de trabalho que os ordenamentos jurídicos modernos adotam para as funções jurídicas do Estado, identificando no povo a legitimidade do poder do Estado⁴. É evidente que, consoante a dogmática jurídica, o perfil do princípio da separação funcional do poder será delineado pelo direito positivo.

Tal delineamento é identificado mediante a compreensão do regime jurídico que orienta a estática e a dinâmica de cada função estatal. As funções do Estado, no direito positivo brasileiro, são essencialmente três: a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional.

A função legislativa corresponde à atividade de expedição de normas jurídicas que inovam originariamente o direito positivo, uma vez que goza de fundamento direto na Constituição. Esses preceitos jurídicos devem-se subordinar às normas constitucionais e somente podem ser validamente expedidos segundo os imperativos regentes do processo legislativo.

No art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, enuncia-se que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e do art. 26, *caput*, da Constituição Estadual⁵, a Administração se encontra subordinada ao princípio da legalidade.

⁴ Ver art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

⁵ “Art. 26. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (...)”.

A função administrativa compreende a expedição de normas complementares à lei, expedidas por quem esteja numa posição de autoridade e supremacia e sujeitas ao controle jurisdicional, com a finalidade de concretizar o interesse público. A atividade administrativa, como toda a atividade estatal, encontra-se subordinada ao ordenamento jurídico como um todo. Daí a existência de acertada opinião doutrinária que prefere denominar juridicidade administrativa essa necessária sujeição entre a Administração e o direito positivo (Cf. FRANÇA, 2000, p. 52-68).

Outra característica própria da função administrativa é o princípio da hierarquia, inexistente nas demais funções do Estado.

Todavia, conforme o perfil constitucional da legalidade no direito positivo brasileiro, a atividade administrativa é uma atividade infralegal, que se encontra especialmente subordinada à lei. Lei, aqui e no texto constitucional, deve ser entendida como o veículo introdutor empregado pelo Poder Legislativo para a exercer sua função típica, qual seja: a função legislativa.

Sobre o assunto, calha transcrever o seguinte ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 311, grifo do autor):

“(…) é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia

dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento”.

A Constituição Estadual, em seu art. 64, inciso VII, confere ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir normas gerais para disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Estadual, na forma da lei⁶.

Diante do enunciado do art. 5º, inciso II, da Lei Maior, há duas situações que devem ser levadas em consideração: a vinculação da Administração às definições da lei; e a vinculação da Administração às definições fixadas em virtude da lei (GRAU, 1996, p. 183). No primeiro caso, esclarece Eros Roberto Grau (1996, p. 183), está-se diante da reserva da lei; no segundo, da reserva da “norma”, entendida esta como preceito abstrato e geral.

Não há necessariamente ofensa ao princípio da legalidade quando a lei confere ao Poder Executivo a competência para expedir normas gerais, como bem esclarece Eros Roberto Grau (1996, p. 184):

“Voltando ao art. 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários”.

Lembra ainda Eros Roberto Grau (1996, p. 184) que:

“(…) se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição

⁶ “Art. 64. Compete privativamente ao Governador do Estado: (...) VII – dispor sobre a organização e funcionamento da administração estadual, na forma da lei”.

do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional tivesse disposição despicienda – *verba cum effectu sunt accipienda*”.

Entretanto, Geraldo Ataliba (1998) apresenta um temperamento que deve ser observado na questão. Os regulamentos existem justamente para dar concreção às leis administrativas, ou seja, àqueles diplomas legais que demandam a ação administrativa para a materialização de suas finalidades. Cabe ao regulamento estabelecer que órgãos, em que condições e quais os instrumentos que deverão ser utilizados pela Administração na concretização da lei (ATALIBA, 1998, p. 139).

Explica ainda Geraldo Ataliba (1998, p. 140) que a responsabilidade última pela fiel observância das leis administrativas é do Chefe do Poder Executivo e, portanto, as responsabilidades dos servidores públicos a ele subordinados se coordenam com a responsabilidade daquele.

Tal consideração encontra eco no sistema constitucional em vigor. Afinal, cabe ao Governador do Estado “exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual”⁷, devendo responder pelos crimes de responsabilidade que praticar na forma da legislação pertinente⁸.

Como bem assevera Geraldo Ataliba (1998, p. 140):

“(…) o regulamento pode ser inovador; pode criar deveres e obrigações para os subordinados ao editor (funcionários, servidores, agentes públicos) ou para os órgãos sujeitos à sua

⁷ Vide art. 64, inciso III, da Constituição Estadual.

⁸ Vide o art. 65, *caput*, da Constituição Estadual: “Art. 65. São crimes de responsabilidade do Governador os definidos em lei federal, que estabelece normas de processo e julgamento”.

tutela (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e até concessionárias), desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentos do fiel cumprimento das leis.

(...) o administrado investido num direito por uma lei, ao dirigir-se a uma repartição, somente poderá tratar, no horário fixado por regulamento, com o órgão também nele previsto, na pessoa dos servidores escalados, usando os formulários regularmente prescritos. Na medida em que os agentes públicos – pela subordinação hierárquica – são constrangidos por essas regras o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar”.

Diante dos preceitos constitucionais expostos, visualizam-se três espécies de regulamento no direito positivo pátrio: os (i) regulamentos de execução, os (ii) regulamentos autorizados e os (iii) regulamentos autônomos. O regulamento de execução e o regulamento autorizado se apresentam sob a forma de decreto regulamentar; os regulamentos autônomos, sob a forma de decreto autônomo.

Os regulamentos de execução são aqueles que se limitam a viabilizar a aplicação de normas veiculadas pela lei, que exigem a atuação da Administração. Procuram conferir uma melhor densidade à aplicação da lei no âmbito administrativo.

Mediante os regulamentos de execução há: (i) o estabelecimento de aspectos procedimentais relevantes para a implementação dos mandamentos legais; (ii) a disciplina do exercício das competências discricionárias que a lei reconhece à Administração; e (iii) a outorga de uma maior densidade aos termos jurídicos fluidos empregados no texto legal.

Essa espécie de regulamentos destina-se à regulação das relações de supremacia geral da Administração. São vínculos jurídico-administrativos que envolvem a generalidade dos administrados, por disci-

plinarem diretamente a liberdade e a propriedade dos mesmos. Impõe o princípio da legalidade que toda e qualquer restrição à liberdade e à propriedade do cidadão somente tem legitimidade se instituída e regulada por lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 317) explica que o regulamento não pode inserir, no sistema do direito positivo, qualquer direito ou dever desprovido de previsão em lei:

“Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”.

O ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello tem plena aplicabilidade, desde que se trate de relação de supremacia geral da Administração. Realmente, haveria uma delegação legislativa disfarçada se a lei autorizasse ao Chefe do Poder Executivo a expedição de regulamentos instituidores de restrições ou benefícios à liberdade e à propriedade do administrado. Sem sombra de dúvida, uma séria violação à juridicidade.

Entretanto, tal postura não se pode estender a todas as relações jurídicas mantidas pela Administração.

Os regulamentos autorizados decorrem da atribuição legal expressa ou implícita de competência para expedir normas gerais que envolvam relações de supremacia especial da Administração.

As relações de supremacia especial da Administração são vínculos específicos entre o Estado e determinados administrados. São vínculos que não envolvem a generalidade dos administrados, seja porque escolheram o regime de sujeição especial, seja porque se exige uma regulação interna mais detalhada. Elas demandam prerrogativas especiais para a Administração, tais como a de instituir direitos e deveres para aqueles que estejam envolvidos numa relação de sujeição especial. São exemplos clássicos: os servidores públicos; os contratados pela Administração sob o regime dos contratos administrativos; os matriculados em instituições públicas de ensino; os internados em hospitais públicos, entre outros.

Como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 701-702), essas interações demandam uma disciplina interna, que impõe a necessidade da instituição de restrições e benefícios aos administrados para viabilizar o bom desenvolvimento das atividades delas decorrentes. E adverte ainda que é impossível, impróprio e inadequado que a lei seja considerada o único instrumento para regular as relações de sujeição especial, sob pena de se criarem disposições legislativas excessivamente minuciosas ou de se paralisar atividades administrativas essenciais diante da ausência da norma legal.

No que diz respeito ao regulamento incidente sobre as relações de supremacia especial, é imprescindível que haja previsão expressa de sua admissibilidade na lei. Bem como de que seja expedido na medida do que for razoável e proporcional ao interesse público que justifica a existência do vínculo de sujeição especial. Também parece claro que esse regulamento deverá restringir-se ao âmbito da relação de supremacia especial, sendo vedado ao Chefe do Poder Executivo empregar tal ato para atingir a liberdade e a propriedade de terceiros. E, por fim, é inadmissível que o regulamento autorizado afronte norma legal ou constitucional, ou que prevaleça diante da superveniência destes comandos.

Ademais, os regulamentos autorizados mantêm uma relação de dependência com a lei e a ela se encontram subordinados. E, de modo algum, apresentam uma quebra da juridicidade administrativa.

Os regulamentos autônomos obtêm fundamento direto na norma constitucional. Em vez da lei, existem para complementar a própria Lei Maior. São vias lícitas, inclusive, para instituir direitos e deveres, quando evidentemente admitidos pelo ordenamento jurídico em vigor.

O regulamento autônomo não é da tradição do direito positivo pátrio. Porém, a sua inserção no ordenamento jurídico é bastante recente.

O direito positivo vigente somente admite o regulamento autônomo em uma única situação: aquela prevista no art. 84, inciso VI, "a", da Lei Maior (com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001) (DI PIETRO, 2002, p. 89)⁹. A Administração Federal tem, por conseguinte, a competência para expedir regulamentos sobre a sua organização e funcionamento, desde que não impliquem aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos.

A Constituição Estadual não admitiu os regulamentos autônomos. Eles somente seriam juridicamente viáveis se houvesse emenda constitucional que os instituisse.

Depois desse breve panorama sobre a competência regulamentar, procurar-se-á desvendar melhor a questão que se propôs elucidar no presente ensaio.

3. Criação e extinção de órgãos públicos

Guiando-se pela definição jurídico-positiva posta no art. 1º, § 2º, da Lei Federal nº 9.784/1999, os órgãos públicos compreendem as unidades de atuação que integram

⁹ Esclarece ainda Di Pietro (2002, p. 89) que a hipótese prevista no art. 84, inciso VI, alínea "b", não compreende regulamento, haja vista se tratar ato de efeito concreto e individual. Pela persistência da vedação aos regulamentos autônomos, ver José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 44-46).

a estrutura da Administração Direta e da estrutura da Administração Indireta. São compostos de atribuições do Estado que devem ser exercidas pelos agentes que o integram, dentro de uma pessoa jurídica.

Os órgãos públicos são desprovidos de personalidade jurídica (Cf. MELLO, 2002, p. 122; DI PIETRO, 2002, p. 426). Na verdade, são simples repartições de competências na intimidade da pessoa jurídica estatal. Consoante a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 122):

“Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: o Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição como veículos da expressão do Estado”.

E como bem leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 427):

“A existência de órgãos públicos, com estrutura e atribuições definidas em lei, corresponde a uma necessidade de se distribuir racionalmente as inúmeras e complexas atribuições que incumbem ao Estado nos dias de hoje. A existência de uma organização e de uma distribuição de competências são atualmente inseparáveis da idéia de pessoas jurídicas estatais”.

Quanto à posição no Estado, os órgãos públicos se classificam em: (i) órgãos in-

dependentes; (ii) órgãos autônomos; (iii) órgãos superiores; e, (iv) órgãos subalternos (Cf. MEIRELLES, 2001, p. 65-9).

Os órgãos independentes são aqueles previstos diretamente pela Constituição e que representam os três Poderes do Estado. Não se submetem à subordinação hierárquica ou funcional e têm como titulares os agentes políticos. A Assembléia Legislativa é um bom exemplo de órgão independente.

Os órgãos autônomos localizam-se na cúpula da Administração, estando diretamente subordinados aos órgãos independentes. Esses órgãos dispõem de autonomias administrativa, financeira e técnica e participam das decisões de Governo. As Secretarias de Estado são órgãos autônomos.

Os órgãos superiores são órgãos de direção, controle e comando, mas que se encontram subordinados e sob o controle de uma chefia, carecendo de autonomia administrativa e financeira. Como exemplo, o Gabinete do Secretário de Estado.

E, por fim, os órgãos subalternos estão subordinados aos órgãos superiores e se limitam a funções de execução. As unidades instrumentais de planejamento e finanças são exemplos precisos desses entes.

O art. 46, §1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Estadual, estabelece que é de iniciativa do Governador do Estado a lei que disponha sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública¹⁰.

No art. 37, inciso XV, da Constituição Estadual, prescreve-se que cabe à Assem-

¹⁰ “Art. 46. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Deputado ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça e de Contas, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) c) criação, estruturação e atribuições das Secretarias, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública”.

bléia Legislativa, com a sanção do Chefe do Poder Executivo, dispor sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado, Procuradorias Gerais, Defensoria Pública, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da administração pública¹¹.

Em seu art. 48, parágrafo único, inciso I, a Constituição Estadual impõe que depende de lei complementar a organização do Poder Executivo¹².

No art. 67 da Constituição Estadual, determina-se peremptoriamente que a lei deve dispor sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias¹³.

E, no art. 64, inciso VII, a Constituição Estadual confere ao Governador do Estado dispor sobre a organização e funcionamento da administração estadual, na forma da lei, como já foi visto.

Numa interpretação literal, o direito positivo pátrio aparentemente colocaria, sob a reserva da lei, a criação e extinção de todo e qualquer órgão da administração estadual. Todavia, tal posicionamento fere os princípios que regem a atividade administrativa.

Entre as técnicas jurídico-administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, há a desconcentração. Mediante a desconcentração, as pessoas jurídicas estatais fazem uma redistribuição de competências administrativas em sua intimidade, estando relacionada à hierarquia (MELLO, 2002, p. 132; DI PIETRO, 2002, p. 349).

A hierarquia constitui um complexo de relações de coordenação e subordinação

¹¹ “Art. 37. Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 35, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: (...) XV – criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado, Procuradorias Gerais, Defensoria Pública, Polícia Militar, Polícia Civil e órgãos da Administração Pública;”

¹² “Art. 48. (...) Parágrafo único: Além daquelas previstas na Constituição Federal e nesta Constituição, dependem de lei complementar as seguintes matérias: (...) I – organização do Poder Executivo”.

¹³ “Art. 67. A lei dispõe sobre a criação, estruturação e atribuições das secretarias”.

que orientam a ação dos órgãos e agentes públicos. O agente hierarquicamente superior encontra-se investido dos seguintes poderes: (i) o poder de comando, que lhe autoriza expedir normas gerais ou individuais para os subalternos no interesse da ação administrativa; (ii) o poder de fiscalização das atividades dos subordinados; (iii) o poder de revisão, abrangendo as competências de invalidação e de revogação; (iv) o poder disciplinar sobre a conduta dos subordinados; (v) o poder de resolver conflitos de competência entre os subordinados; (vi) o poder de delegar ou avocar competências nos termos da lei.

A palavra “órgãos”, nos dispositivos constitucionais citados, abrange apenas os órgãos autônomos da Administração que gozam, ao lado dos órgãos independentes, de individualidade própria (Cf. DI PIETRO, 2002, p. 195)¹⁴. Em outras palavras, a criação e a extinção desses órgãos públicos é matéria subordinada à reserva da lei.

Inclusive, somente a lei complementar é veículo legítimo para criar e conferir atribuições aos órgãos autônomos da Administração direta, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso I, e do art. 67 da Constituição Estadual¹⁵. As autonomias administrativa, financeira e técnica de que gozam precisam ser predeterminadas pela lei, até por exigência da responsabilidade fiscal.

Todavia, esses órgãos administrativos podem sofrer, sem maiores riscos para a liberdade e a propriedade do administrador, um processo de desconcentração, se a lei complementar assim autorizar. Em outras palavras, a lei complementar – a que se faz referência no art. 48, parágrafo único, inciso I, e no art. 67 da Constituição Estadual – pode remeter para regulação

¹⁴ O que não significa reconhecer-lhes personalidade jurídica, alerte-se.

¹⁵ Como também para a sua extinção, por questão de simetria. Se há exigência de lei complementar para criar o órgão, e não havendo qualquer dispositivo constitucional expreso em contrário, deve-se presumir que a mesma via é exigida para a sua extinção.

a estruturação das Secretarias sem haver quebra à jurisdição administrativa. Veja-se ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 196), ao se referir aos órgãos que detêm individualidade própria, após comentar os enunciados do art. 61, §1º, inciso II, e do art. 84, inciso VI, ambos da Constituição Federal:

“Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada, em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente, subdivisão dos órgãos criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho”.

O regulamento expedido para realizar tal desconcentração tem natureza autorizadora. Afinal, permite-se que o Governador do Estado possa dispor sobre a organização e funcionamento da Administração estadual, desde que na forma da lei. E, sem dúvida, essa matéria se insere dentro da supremacia especial da Administração.

E, se a desconcentração sob análise é viável, por simetria, a concentração de atribuições na intimidade dos órgãos autônomos também o será.

O regulamento autorizado, contudo, não pode validamente inserir, no ordenamento jurídico, dispositivo que vá de encontro aos preceitos constitucionais e legais. Se a lei define as competências do órgão autônomo, o regulamento, ainda que autorizado, tem que se limitar a desdobrar tais atribuições e respeitar aquelas que foram conferidas a outros órgãos. Embora esse regulamento tenha fundamento direto na lei, esta deve naturalmente prevalecer.

No caso das pessoas administrativas – autarquias e fundações públicas¹⁶ –, deve

¹⁶ As fundações públicas se encontram subordinadas ao mesmo regime jurídico das autarquias, com algumas peculiaridades (art. 5º, inciso II, e § 3º, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967) (Cf. MELLO, 2002, p. 160-164).

ser observado que, apesar da sua criação e extinção estar subordinada à reserva da lei¹⁷, a sua organização e funcionamento podem ser realizados mediante decreto regulamentar. Explica Hely Lopes Meirelles (2001, p. 327, grifo do autor):

“(…) a *instituição das autarquias*, ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX), mas a organização se opera por *decreto*, que aprova o *regulamento* ou *estatuto* da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos” (Cf. GASPARINI, 2002, p. 283-284).

E, para corroborar, merece transcrição mais um ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1979, p. 66-67):

“Só por lei se criam autarquias. Com efeito, por se tratar de um desdobramento do próprio Estado, de uma fragmentação de seu corpo administrativo e, simultaneamente, da ereção de um novo sujeito de ‘direitos e deveres públicos’, nenhum ato inferior poderia instaurá-la. Uma vez que a organização do Estado é decidida em nível constitucional ou legal, não seria admissível que ato menor pudesse alterar um esquema formulado no plano legal.

Ocorre que, freqüentemente, para dar cumprimento ao mandamento da lei, o Executivo expede decreto instituindo a autarquia. No caso, tal ato não significa criação, mas determinação administrativa de afetar os meios necessários ao efetivo funcionamento de um ser que juridicamente ganhou existência com a lei criadora.

Assim, como só por lei se criam, só por lei se extinguem entidades

¹⁷ Vide o art. 26, inciso XIX, da Constituição Estadual: “Art. 26. (...) XIX – somente por lei específica pode ser criada empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública”.

autárquicas. A razão é óbvia: o que no plano legal foi construído só no mesmo nível pode ser destruído. Se o Executivo, por decreto, as extinguisse – ou lhes modificasse a natureza – estaria simplesmente violando a lei em que se originaram. O decreto é ato subalterno à lei e da alçada de um Poder cuja missão é cumprir a lei, obedecer aos mandamentos do Poder Legislativo”.

Há um último aspecto a ser enfrentado. O art. 51 da Constituição Estadual, que dispõe sobre as leis delegadas, prescreve em seu § 1º que não pode ser objeto de “delegação” matéria reservada à lei complementar¹⁸. Como já se viu, a Constituição Estadual – art. 48, parágrafo único, inciso I – coloca sob a reserva da lei complementar a organização do Poder Executivo.

O que se veda é a previsão legal de regulamentação que crie, modifique ou extinga um órgão autônomo, bem como que estabeleça ou amplie o respectivo rol de atribuições. A desconcentração realizada na intimidade dessa espécie de órgão, desde que obedecidos os pertinentes limites constitucionais e legais, não atenta contra a liberdade e propriedade do cidadão nem atinge o disposto no art. 51, § 1º, da Constituição Estadual.

Entretanto, isso não significa conferir uma prerrogativa arbitrária para o Chefe do Poder Executivo. Os decretos regulamentares não podem ser validamente empregados para suprir, direta ou indiretamente, lacunas indevidamente deixadas na lei. Noutro giro: os decretos regulamentares não convalidam situações jurídicas ilegais em virtude da omissão legislativa. Ou, caso se prefira: somente a lei complementar tem o condão de sanear um órgão inválido, em prol do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa e da continuidade do serviço público.

¹⁸ “Art. 51. (...) § 1º Não podem ser objeto de delegação os atos de competência exclusiva da Assembléia Legislativa, matéria reservada a lei complementar (...)”.

Assim, caso uma Secretaria de Estado tenha sido criada por lei complementar sem que esta lhe confira qualquer poder, fica vedada a expedição de decreto regulamentar para fazê-lo a fim de convalidá-la. A lei complementar, por sua vez, será o instrumento hábil para regularizá-la.

4. A criação e a extinção de cargo público

Os cargos públicos, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 226-227, grifo do autor),

“(...) são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”.

No art. 2º, inciso II e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 122, de 30.6.1994, têm-se os seguintes enunciados:

“Art. 2º Para os fins desta Lei:

(...)

II – cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, sob denominação própria, previstas na estrutura organizacional e a serem exercidas por um servidor.

(...)

§ 1º Os cargos públicos, criados por Lei e acessíveis a todos os brasileiros, são retribuídos mediante vencimento, pago pelos cofres públicos, e se classificam em:

(...)

c) de provimento efetivo, quando comportam a aquisição de estabilidade pelos respectivos titulares;

d) de provimento em comissão, quando declarados em lei de livre nomeação e exoneração, respeitadas

as limitações da Constituição nos casos que especifica”.

E, no art. 3º do mesmo diploma legal, encontra-se:

“Art. 3º. São vedados:

I - a prestação de serviço gratuito, salvo quando declarado relevante e nos casos previstos em lei;

II - o desvio do servidor para o exercício de atribuições diversas das inerentes ao seu cargo efetivo, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade administrativa e civil da autoridade que o autorizar”.

Ao se voltar para o texto constitucional, no art. 46, §1º, inciso II, “a”, vê-se a iniciativa privativa do Governador do Estado para as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica ou aumento de sua remuneração¹⁹.

O seu art. 37, inciso VI, determina que cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, dispor sobre a criação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e a fixação dos respectivos vencimentos, salários e vantagens²⁰.

E, no art. 48, parágrafo único, inciso I, exige-se lei complementar para se definir originariamente as competências a serem exercidas pelo Poder Executivo.

No art. 169, § 1º, da Constituição Federal, proíbe-se a criação de cargo, emprego ou função, bem como a estruturação de

carreiras, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, sem prévia e hábil dotação orçamentária e sem autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Diante da doutrina e legislação citadas, identificam-se os seguintes elementos para a criação de cargo público: (i) uma denominação própria; (ii) a estipulação de um rol de competências; (iii) previsão de sua quantidade; (iv) o estabelecimento de remuneração para o seu eventual titular; e, (v) a fixação do modo de seu provimento (Cf. GASPARINI, 2002, p. 235). Portanto, emanda-se lei para a sua válida criação no campo da Administração.

Para enfrentar a questão proposta, é preciso antes delinear duas situações jurídicas: (i) a que envolve os cargos públicos de provimento efetivo; e, (ii) a que abrange os cargos públicos de provimento em comissão.

Os cargos públicos de provimento efetivo demandam concurso público para o seu preenchimento e ensejam, para o seu titular, o direito à estabilidade, após três anos de efetivo exercício e aprovação em processo de avaliação especial de desempenho, como determinam o art. 37, inciso II, e o art. 41, *caput* e §4º, ambos da Constituição Federal. Estável o seu titular, este somente poderá ser desligado do serviço público nas hipóteses que compõem o rol do art. 41, §1º, da Lei Maior.

A criação de cargo público de provimento efetivo, diante dessas exigências constitucionais, fica submetida à reserva da lei complementar, por força do art. 48, parágrafo único, inciso I, da Constituição Estadual. Como a criação de cargo público implica a definição de competências para o seu eventual titular, há clara pertinência entre essa matéria e a organização do Poder Executivo. Recorde-se que o cargo público, ao lado do órgão público, representa uma unidade de competência.

Portanto, a lei complementar deve integralmente fixar todos os elementos es-

¹⁹ “Art. 46. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Deputado ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça e de Contas, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que: (...) II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumentem a sua remuneração”.

²⁰ “Art. 37. Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 35, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: (...) VI - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e fixação dos respectivos vencimentos, salários e vantagens”.

senciais para a sua criação. Se a lei complementar silencia sobre qualquer um desses elementos, fica prejudicada tal instituição. Raciocínio contrário ensejaria a admissão de uma previsão implícita de regulamento delegado em matéria sujeita à reserva da lei complementar.

E, se a criação de cargo público de provimento efetivo demanda lei complementar, por simetria é exigido o mesmo instrumento para a sua transformação ou extinção.

O que significa dizer, também, que apenas regulamentos de execução são válidos para a disciplina da matéria. A expedição de regulamentos que instituam, modifiquem ou extingam o elenco de atribuições do cargo público de provimento efetivo representa um abuso de poder.

Há um vínculo entre o concurso público e o cargo ao qual se destina. Prescreve a Lei Maior, em seu art. 37, inciso II, que aquele deve ser realizado segundo a natureza e a complexidade deste.

Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 233):

“Com o início do exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro”.

O poder hierárquico não afasta a reserva da lei complementar na criação de cargo público de provimento efetivo, devendo ser exercido dentro dos limites constitucionais e legais. Entendimento contrário seria admitir um desvio de função, quebrando o princípio do concurso público e a própria legalidade estrita. Ilícito que, aliás, encontra-se bem definido no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 122/1994.

Em outras palavras, não é válida a designação de titular de cargo efetivo para

exercer atribuições que sejam estranhas ao rol de competências que a lei lhe atribuiu. Se omissa a lei nesse aspecto, repita-se, o cargo efetivo não existe de modo válido.

Os cargos públicos de provimento em comissão estão submetidos às mesmas regras.

A lei não deve remeter, expressa ou implicitamente, para a competência regulamentar da Administração, a fixação das atribuições do cargo comissionado, ainda que de livre nomeação e exoneração da autoridade competente. O titular de cargo de provimento em comissão pode ser validamente designado para dirigir órgãos superiores e subalternos que forem estruturados mediante regulamentos autorizados, se a lei (única e exclusivamente) assim determinar.

Sobre o assunto, leciona Diógenes Gasparini (2006, p. 268-269):

“(…) Os cargos de provimento em comissão são próprios para direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que, sobre ser de confiança da autoridade nomeante, se disponha a seguir a sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, V, da CF)”.

É certo que os cargos de provimento em comissão abrangem funções de direção, chefia e assessoramento. Todavia, a lei deve expressamente delinear, ainda que em termos genéricos, as atribuições a serem exercidas pelo titular do cargo comissionado.

Ainda que os titulares de cargo comissionado tenham um maior compromisso com as diretrizes políticas e governamentais de quem tem a competência para nomeá-los, isso não serve para justificar regulamentos que determinem as respectivas atribuições nas omissões da lei.

É evidente que esses regulamentos devem observar as normas constitucionais e legais que fixam as atribuições e

responsabilidades desses cargos²¹. Assim, tal regulamento não tem legitimidade para estabelecer os demais elementos (denominação própria, estipêndio, quantidade de unidades e modo de provimento), pois entendemo-los inteiramente afastados da discricionariedade administrativa: os cargos de provimento em comissão devem existir de modo excepcional na Administração, em respeito ao princípio do concurso público. Também haverá abuso do poder regulamentar se os titulares de cargos comissionados forem designados para exercer funções legalmente conferidas a servidores titulares de cargo efetivo ou empregados.

Portanto, verifica-se que a criação e a extinção de cargo de provimento em comissão deve ser igualmente efetivada mediante lei complementar.

Tal como na hipótese dos órgãos públicos, os decretos regulamentares não podem ser validamente empregados para sanear cargos públicos irregularmente criados. Havendo omissão da lei instituidora do cargo, fica vedada a expedição de infralegal para restaurar a legalidade.

É certo que o Chefe do Poder Executivo tem a competência regulamentar para desconcentrar a intimidade dos órgãos públicos autônomos. Se essa desconcentração for realizada com a finalidade de distribuir competências entre cargos de provimento em comissão, quando a lei silencia quanto à fixação dessas atribuições, estar-se-á diante de um desvio de poder. Afinal, a desconcentração administrativa tem por escopo assegurar uma prestação mais eficiente e

²¹ Como o art. 66, parágrafo único da Constituição Estadual, por exemplo: "Art. 66. (...) Parágrafo único. Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado, na área de sua competência; II - expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Governador do Estado relatório anual de sua gestão na Secretaria; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas pelo Governador do Estado".

dinâmica do serviço público, e não, o fim de convalidar situações jurídicas ilegais.

Como se sabe, o desvio de poder constitui um ilícito que compreende o uso da competência para atingir finalidade diversa da que justificou a sua outorga para a autoridade administrativa. A lição clássica de Caio Tácito (1997, p. 52) é imprescindível para o deslinde da questão:

"Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos".

Nesse diapasão, a expedição de decreto que suprisse indevidamente as lacunas deixadas pela lei na criação de cargos comissionados configuraria desvio de poder no exercício de sua competência regulamentar, ao ter por meta a convalidação de cargos públicos inválidos por via infralegal.

Como dito, somente a lei complementar estadual pode ser empregada para restaurar a legalidade diante de cargos públicos inválidos no âmbito da Administração Norte-rio-grandense. Aliás, os princípios da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa e da continuidade do serviço público demandam urgentemente a regularização de toda a falha estrutura de cargos públicos que a gestão que assume herda da gestão pretérita.

Entendimento contrário, inclusive, não é privilegiar a continuidade e a estabilidade das atividades desempenhadas pela Admi-

nistração Estadual. Significa, na realidade, manter a continuidade de situações jurídicas inválidas e tornar vulneráveis os atos emitidos pelos titulares de cargos inválidos a uma eficiente contestação judicial, nos termos do art. 2^ª, alínea “a”, e parágrafo único, alínea “a”, da Lei Federal n. 4.717, de 29.6.1965.

5. Conclusão

Diante do exposto, chega-se às seguintes conclusões:

(i) no ordenamento jurídico do Estado do Rio Grande do Norte, são válidos os decretos, autorizados por lei complementar estadual, que regulamentem a estrutura e o funcionamento das unidades da Administração Direta, criando órgãos que vão compor a intimidade das Secretarias e órgãos de regime especial, desde que respeitadas as respectivas atribuições constitucionais e legais;

(ii) são válidos os decretos, se previstos em lei complementar, que regulamentem a estrutura e o funcionamento das autarquias e fundações públicas, observados os preceitos constitucionais e legais que as regem;

(iii) é proibida a extinção de autarquia ou de fundação pública por decreto;

(iv) a criação e a extinção de cargos públicos somente podem ser legitimamente realizadas por lei complementar;

(v) constitui desvio de poder o uso da competência regulamentar para convalidar órgãos ou cargos ilegalmente criados;

(vi) Somente a lei complementar estadual representa um instrumento hábil para a convalidação de órgãos e cargos públicos irregularmente criados.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal*: coletânea de legislação administrativa. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Norte*. Natal: [s. n.], 1989. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/legislacao/constituicao_estadual/constituicaoestadual.pdf>. Acesso em: 11 set. 2007.

_____. Rio Grande do Norte. *Lei Complementar nº 122, de 30.6.1994*: dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado e das autarquias e fundações públicas estaduais, institui o respectivo estatuto e dá outras providências. Natal: [s. n.], 1994. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/legislacao/leiscomplementares/anterior1995/lc122.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2007.

_____. Rio Grande do Norte. *Lei Complementar nº 163, de 5.3.1999*: dispõe sobre a organização do poder executivo do Estado Rio Grande do Norte e dá outras providências. Natal: [s. n.], 1999. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/legislacao/leiscomplementares/1999/lc163.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1 v.

Crítica da razão comunicativa

O direito entre o consenso e o conflito

Túlio Lima Vianna

Sumário

1. Razão. 2. Crise da razão. 3. Giro lingüístico. 4. Ação comunicativa. 5. Dominação comunicativa. 6. Direito. 7. À guisa de conclusão.

1. Razão

A razão humana como elemento distintivo entre o ser humano e os demais animais é certamente um dos pressupostos mais importantes da filosofia. É a razão que orienta adequadamente as ações humanas e possibilita ao ser humano a aquisição de conhecimento.

Por vários séculos, a razão filosófica foi concebida a partir de um paradigma representacionista, no qual um sujeito do conhecimento criava representações mentais de seu objeto de estudo.

A filosofia antiga e medieval tinha como objetos primordiais a busca da essência das coisas e a descrição de relações de causa e efeito. A razão era um instrumento de descrição da realidade.

Descartes (1996) foi o primeiro filósofo moderno a questionar os limites da razão humana.

“Assim, porque os nossos sentidos às vezes nos enganam, quis supor que não havia coisa alguma que fosse tal como eles nos levam a imaginar. E porque há homens que se enganam ao raciocinar, mesmo sobre os mais

Túlio Lima Vianna é Professor Adjunto da PUC Minas. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

simples temas de geometria, e neles cometem paralogismos, julgando que eu era tão sujeito ao erro quanto qualquer outro, rejeitei como falsas todas as razões que antes tomara como demonstrações. E, finalmente, considerando que todos os pensamentos que temos quando acordados também nos podem ocorrer quando dormimos, sem que nenhum seja então verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que haviam entrado em meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo depois atentei que, enquanto queria pensar assim que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade – penso, logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava.” (DESCARTES, 1996, p. 37-38).

Ao se indagar sobre as possibilidades de certeza da razão humana, Descartes deslocou a dúvida filosófica do objeto para o próprio sujeito do conhecimento. O *cogito, ergo sum* [penso, logo existo] é o fundamento de uma nova filosofia que questiona não somente a essência das coisas, mas principalmente as possibilidades de a razão humana conhecer tais coisas.

Kant afirmou a impossibilidade do sujeito de conhecer a essência das coisas. Para ele a estrutura da razão é inata e, portanto, não é influenciada pela experiência, mas os conteúdos conhecidos e pensados pela razão são obtidos pela experiência.

Assim, para Kant a razão é constituída por três estruturas: a estrutura da percepção sensorial, a estrutura do entendimento e a estrutura da razão propriamente dita.

A estrutura da percepção sensorial nos permite perceber as coisas no espaço (fi-

gura, dimensões e grandeza) e no tempo. Espaço e tempo são formas apriorísticas da sensibilidade que existem em nossa razão antes da experiência e sem experiência.

A estrutura do entendimento organiza as percepções (conteúdos empíricos) por meio de elementos apriorísticos chamados categorias.

“As categorias organizam os dados da experiência segundo a qualidade, a quantidade, a causalidade, a finalidade, a verdade, a falsidade, a universalidade, a particularidade. Assim, longe de a causalidade, a qualidade e a quantidade serem resultados de hábitos psicológicos associativos, elas são os instrumentos racionais com os quais o sujeito do conhecimento organiza a realidade e a conhece. As categorias, estruturas vazias, são as mesmas em toda época e em todo lugar, para todos os seres racionais.” (CHAUI, 2000, p. 79).

A estrutura da razão propriamente dita, por fim, tem a função de regular e controlar a sensibilidade e o entendimento.

Vê-se, pois, que para Kant (apud CHAUI, 2000) a razão jamais conhecerá a realidade como ela é em si mesma, mas, sim, o conteúdo empírico que recebeu as formas e as categorias do sujeito do conhecimento. A razão kantiana é, pois, uma razão subjetiva.

“Kant afirma que a realidade que conhecemos filosoficamente e cientificamente não é a realidade em si das coisas, mas a realidade tal como é estruturada por nossa razão, tal como é organizada, explicada e interpretada pelas estruturas *a priori* do sujeito do conhecimento. A realidade são nossas idéias verdadeiras e o kantismo é um idealismo.” (CHAUI, 2000, p. 104).

Kant chamou essa realidade que conhecemos filosoficamente e cientificamente de *fenômeno* e a realidade em si das coisas de *númeno*. Ao negar a possibilidade de a razão humana conhecer o númeno (que só seria

acessível por um hipotético pensamento puro), Kant colocou em xeque a metafísica clássica que pretendia descrever a essência dos entes. Eis aqui o giro do pensamento kantiano: a filosofia deixa de ocupar-se prioritariamente em definir “o que é a realidade?” e passa a dedicar-se ao estudo de “como podemos conhecer a realidade?”. O centro da dúvida filosófica deixa de ser a realidade objetiva (o objeto do conhecimento) e passa a ser a razão (o sujeito do conhecimento).

A razão, como objeto central da filosofia kantiana, passa a ser estudada então sob dois aspectos: razão pura (teórica) e razão prática.

“A diferença entre razão teórica e prática encontra-se em seus objetos. A razão teórica ou especulativa tem como matéria ou conteúdo a realidade exterior a nós, um sistema de objetos que opera segundo leis necessárias de causa e efeito, independentes de nossa invenção; a razão prática não contempla uma causalidade externa necessária, mas cria sua própria realidade, na qual se exerce. Essa diferença decorre da distinção entre necessidade e finalidade/liberdade.” (CHAUI, 2000, p. 345).

Enquanto a razão pura ocupa-se da descrição da natureza em suas relações de causa e efeito (Física, Química, Biologia, etc.), a razão prática não se ocupa de uma mera descrição de relações de causa e efeito, mas da criação de normas de comportamento.

Kant indaga-se sobre qual seria a lei moral que deveria reger a vida em sociedade e chega à conclusão de que o dever é uma forma que deve valer para toda e qualquer ação moral. Para ele essa forma não seria meramente indicativa, mas imperativa, pois ordena incondicionalmente. Kant (apud CHAUI, 2000) denominou esse dever imperativo categórico.

“O imperativo categórico exprime-se numa fórmula geral: age em conformidade apenas com a máxima que

possas querer que se torne uma lei universal. Em outras palavras, o ato moral é aquele que se realiza como acordo entre a vontade e as leis universais que ela dá a si mesma.” (CHAUI, 2000, p. 346).

O imperativo categórico é o fundamento da razão prática kantiana e enuncia não um conteúdo particular de uma ação, mas a forma geral das ações morais. É uma norma válida para um sujeito transcendental, independentemente das circunstâncias de tempo e lugar.

Hegel afastou a idéia de uma razão prática transcendente e postulou uma razão dialética fruto de um processo histórico no qual teses são opostas a antíteses, originando sínteses. Para Hegel (apud CHAUI, 2000), além da vontade individual subjetiva (a razão prática kantiana), há ainda uma vontade objetiva, inscrita nas instituições ou na cultura. A vida ética seria então a síntese entre a vontade subjetiva individual e a vontade objetiva cultural.

“O imperativo categórico não poderá ser uma forma universal desprovida de conteúdo determinado, como afirma Kant, mas terá, em cada época, em cada sociedade e para cada cultura, conteúdos determinados, válidos apenas para aquela formação histórica e cultural. Assim cada sociedade, em cada época de sua História, define os valores positivos e negativos, os atos permitidos e proibidos para seus membros, o conteúdo dos deveres e do imperativo moral. Ser ético e livre será, portanto, pôr-se de acordo com as regras morais de nossa sociedade.” (CHAUI, 2000, p. 347-348).

No idealismo espiritualista hegeliano, a História é movida pela força da Idéia, do Espírito, da Consciência. Marx, opondo-se a esse idealismo, procura construir uma dialética materialista que exprima as relações sociais de produção econômica.

“A produção das idéias, das representações e da consciência está, a

princípio, direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanção direta de seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual tal como se apresenta na linguagem da política, na das leis, da moral, da religião, da metafísica etc. de todo o povo. São os homens que produzem suas representações, suas idéias etc., mas os homens reais, atuantes, tais como são condicionados por um determinado desenvolvimento de suas forças produtivas e das relações que a elas correspondem, inclusive as mais amplas formas que estas podem tomar. A consciência nunca pode ser mais que o ser consciente; e o ser dos homens é o seu processo de vida real.” (MARX, ENGELS, 1998, p. 18-19).

O materialismo histórico inverte a teoria hegeliana de que a consciência determina o ser social do homem: é o ser social do homem que determina a sua consciência (ABBAGNANO, 2000, p. 652). A razão humana é condicionada pelas relações econômicas, sendo, portanto, produto da luta de classes.

“A História não é um progresso linear e contínuo, uma seqüência de causas e efeitos, mas um processo de transformações sociais determinadas pelas contradições entre os meios de produção (a forma da propriedade) e as forças produtivas (o trabalho, seus instrumentos, as técnicas). A luta de classes exprime tais contradições e é o motor da História. Por afirmar que o processo histórico é movido por contradições sociais, o materialismo histórico é dialético.” (CHAUI, 2000, p. 415).

Marx (2003) rompe com uma filosofia meramente descritiva da realidade. O ho-

mem é produto de seu tempo e a filosofia não é mero instrumento de descrição da realidade, mas de criação de uma nova realidade.

“Os seres humanos, escrevem Marx e Engels, distinguem-se dos animais não porque sejam dotados de consciência – animais racionais –, nem porque sejam naturalmente sociáveis e políticos – animais políticos –, mas porque são capazes de produzir as condições de sua existência material e intelectual. Os seres humanos são produtores: são o que produzem e são como produzem. A produção das condições materiais e intelectuais da existência não são escolhidas livremente pelos seres humanos, mas estão dadas objetivamente, independentemente de nossa vontade. Eis por que Marx diz que os homens fazem sua própria História, mas não a fazem em condições escolhidas por eles. São historicamente determinados pelas condições em que produzem suas vidas.” (CHAUI, 2000, p. 412).

Marx (2003) afasta a razão da posição central da filosofia e a substitui por uma nova categoria: o trabalho. O homem, com sua razão, não cria meras representações da realidade, mas produz sua própria realidade com seu trabalho.

“Pressupomos o trabalho sob forma exclusivamente humana. Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha supera mais de um arquiteto ao construir sua colméia. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor abelha é que ele figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo do trabalho, aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador.” (MARX, 2003, p. 211-212).

A cooperação social de diversos indivíduos com as mesmas finalidades de produção caracteriza o trabalho socialmente

organizado, que é a forma específica pela qual os homens, de forma diversa dos animais, reproduzem suas vidas. O produto desse trabalho social é repartido por meio de regras de distribuição, que variam de acordo com o tempo e o espaço, como, por exemplo, os modos de produção escravocrata, feudal e capitalista. A essência humana não seria então algo abstrato, imanente ao indivíduo, mas um conjunto de relações sociais (HABERMAS, 1990a, p. 113-114).

2. Crise da razão

A longa tradição filosófica desde os antigos gregos, passando por Descartes, Kant, Hegel e Marx, concebeu a razão como uma faculdade caracterizada pelo poder de discernimento entre o verdadeiro e o falso, ou o bem e o mal. A soberba da ciência e da ética racionalista encontrou em Nietzsche o seu mais implacável crítico.

Nietzsche (2001) questionou a razão científica como instrumento infalível de determinação do que é verdadeiro ou falso. A razão científica não seria um instrumento de identificação da verdade, mas de criação da verdade.

“Somente enquanto criadores! – Eis algo que me exigiu e sempre continua a exigir um grande esforço: compreender que importa muito mais como as coisas se chamam do que aquilo que são. A reputação, o nome e a aparência, o peso e a medida habituais de uma coisa, o modo como é vista – quase sempre uma arbitrariedade e um erro em sua origem, jogados sobre as coisas como uma roupagem totalmente estranha à sua natureza e mesmo à sua pele –, mediante crença que as pessoas neles tiveram, incrementada de geração em geração, gradualmente e enraizaram e encravaram na coisa, por assim dizer, tornando-se o seu próprio corpo: a aparência inicial termina quase sempre por tornar-se essência e atua como essência! Que tolo

acharia que basta apontar essa origem e esse nebuloso manto de ilusão para destruir o mundo tido por essencial, a chamada ‘realidade’? Somente enquanto criadores podemos destruir! – Mas não esqueçamos também isto: basta criar novos nomes, avaliações e probabilidades para, a longo prazo, criar novas ‘coisas’.” (NIETZSCHE, 2001, p. 96).

A verdade, segundo Nietzsche (1992, 2001), não é uma simples relação de conformidade de um enunciado com os fatos ou a realidade. A verdade é criada pelo ser humano, a partir de uma ciência reducionista, que se revela útil aos interesses de indivíduos, grupos ou, eventualmente, da humanidade. É o ser humano que define o que será considerado verdadeiro ou falso.

De forma análoga, também a moral é uma criação humana e não uma descoberta da razão. Nietzsche (1992, 2001) considera que a moral racionalista foi inventada pelos fracos para controlar e dominar os fortes, reprimindo-lhes seus desejos e seus instintos naturais e transformando-os em vício, falta e culpa. (CHAUI, 2000, p. 352-353)

“Não existem fenômenos morais, apenas uma interpretação moral dos fenômenos...” (NIETZSCHE, 1992, p. 73).

O pensamento de Nietzsche foi retomado no século XX por Foucault, que o tomou como marco teórico de sua genealogia do poder. Tal como Marx, Foucault é uma das grandes referências do pensamento político de esquerda, mas suas bases epistemológicas são bem distintas do materialismo histórico.

Marx criticou Hegel e o idealismo alemão, mas fundou seu pensamento na razão dialética e na confiança de que o homem poderia se emancipar por meio do trabalho e da luta de classes. O grande obstáculo a ser superado, na filosofia marxista, é o poder econômico que uma classe dominante exerce sobre uma classe dominada. Esse poder é materializado pelo Estado burguês.

Foucault, em contrapartida, renunciou à crença em uma razão emancipatória. A criação do conhecimento humano, segundo ele, está sujeita inevitavelmente à influência de micropoderes em sua formação, e a ciência e a moral são frutos dessas relações de saber – poder. Foucault reconhece a extrema relevância do poder econômico, mas ao lado dele nota a existência de micropoderes em todas as relações sociais, nas quais há sempre elementos de dominação e resistência: homem – mulher, pai – filho, nacional – estrangeiro, branco – negro, etc. Ainda que houvesse a completa superação das desigualdades sociais, persistiriam esses micropoderes inerentes às relações humanas.

Marx sustenta a existência de uma razão emancipatória, tanto que opõe à verdade uma noção pejorativa de ideologia. Para Foucault (2003a), toda verdade é invenção do ser humano e, portanto, ideológica.

“As condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito do conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certos ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade. Só se desembaraçando destes grandes temas do sujeito de conhecimento, ao mesmo tempo originário e absoluto, utilizando eventualmente o modelo nietzscheano, poderemos fazer uma história da verdade.” (FOUCAULT, 2003a, p. 27).

As diferenças epistemológicas entre as filosofias de Marx e Foucault, no entanto, longe de conduzi-los a pensamentos antagônicos, apresentam-se como complementares. Marx acredita em uma razão histórica que conduzirá inevitavelmente

à sociedade sem classes. A ideologia seria uma falsa percepção dos observadores que dificultaria a visão dessa realidade. Foucault não crê nessa razão emancipatória, mas em diversas racionalidades tomadas segundo interesses políticos. Não há uma realidade a ser contraposta a uma ideologia. Todo pensamento é ideológico; toda verdade é política. Ambos, no entanto, têm como centro de suas pesquisas as relações de poder: o macropoder econômico em Marx e os micropoderes em Foucault. É o estudo crítico dessas relações de poder e dominação que os mantém fundamentalmente unidos, não obstante seus diferentes paradigmas epistemológicos comuns a suas respectivas épocas.

3. Giro lingüístico

Herdeiro da tradição filosófica hegeliana, Habermas considera as filosofias de Nietzsche e Foucault niilistas, mas reconhece a impossibilidade de fundamentar a defesa da razão humana em um paradigma representacionista sujeito-objeto.

Propõe então uma “reconstrução do materialismo histórico”, com novas bases epistemológicas, que substituiria o paradigma do sujeito – objeto pelo paradigma do sujeito – sujeito. A realidade seria concebida, então, como uma construção intersubjetiva de uma razão comunicativa. O “giro lingüístico” (*linguistic turn*) da filosofia habermasiana substitui a centralidade do “trabalho” da teoria marxista por um novo fundamento: a “linguagem”.

Habermas (1990a) afirma que o trabalho social é anterior ao surgimento da espécie humana, buscando assim desconstruir o materialismo histórico e fundamentar antropologicamente sua teoria.

“Não só os homens, mas já os homínidas se distinguem dos macacos antropóides pelo fato de se orientarem para a reprodução através do trabalho social e de construírem uma economia. Os homínidas adultos for-

mam hordas dedicadas à caça que: a) dispõem de armas e de instrumentos (técnica); b) cooperam segundo uma certa divisão do trabalho (organização cooperativa); e c) repartem a presa no interior da coletividade (regras de distribuição). A fabricação de meios de produção e a organização social – tanto do trabalho quanto da distribuição dos produtos do trabalho – satisfazem as condições de uma forma econômica de reprodução da vida.” (HABERMAS, 1990a, p. 115).

A divisão social do trabalho pressupõe uma mínima comunicação entre os trabalhadores, seja por gestos ou sinais de advertência. Habermas chama esses primitivos métodos de comunicação de “protolinguagem”, mas não a diferencia expressamente da linguagem.

Habermas procura visivelmente privilegiar a categoria da linguagem em detrimento do trabalho, mas não consegue explicar convincentemente porque os homínidas, que não são suficientemente “evoluídos” para se expressarem por uma linguagem propriamente dita, já realizam trabalho e não um mero “prototrabalho”.

Habermas (1990a) admite, no entanto, que trabalho e linguagem são anteriores ao surgimento da espécie humana.

“Podemos assumir que somente nas estruturas de trabalho e linguagem complementaram-se os desenvolvimentos que levaram à forma de reprodução da vida especificamente humana e, com isso, à condição que serve como ponto de partida da evolução social. Trabalho e linguagem são anteriores ao homem e à sociedade.” (HABERMAS, 1990a, p. 118).

Ainda que ambas as categorias sejam anteriores ao aparecimento do *Homo sapiens*, Habermas (1990a) postula a linguagem como o pressuposto do surgimento da nossa espécie.

“Podemos falar de reprodução da vida humana, a que se chegou o

homo sapiens, somente quando a economia de caça é complementada por uma estrutura social familiar. Esse processo durou muitos milhões de anos; ele equivale a uma substituição, de nenhum modo insignificante, do sistema animal de *status* – que já entre os macacos antropóides se funda em interações mediatizadas simbolicamente (no sentido de G. H. Mead) – por um sistema de normas sociais que pressupõe a linguagem.” (HABERMAS, 1990a, p. 116-117).

A linguagem permite a formação de consensos quanto aos “papéis sociais” que cada indivíduo representa na sociedade. É com base nesse reconhecimento intersubjetivo que surge a estrutura familiar que será a base da estruturação de normas de comportamento. É a moralização dos motivos de ação.

O surgimento da linguagem permite a consolidação de normas sociais de comportamento. O poder que antes era exercido pelo respeito imposto pela possibilidade de sanção passa a ser exercido por um *status* adquirido pelo indivíduo na sociedade por meio do consenso.

Os pressupostos antropológicos de Habermas, no entanto, não passam de suposições impossíveis de serem comprovadas no estágio atual da ciência.

“O que se sabe sobre os homínidas, ou os *Australopithecus*, são conclusões referentes tão-somente àqueles dos registros fósseis, que revelam pouca coisa acerca do comportamento e quase nada sobre a vida gregária destas criaturas – para saber sobre essas coisas, seria necessário haver registros arqueológicos; e estes não existem. De acordo com o paleoantropólogo Richard Leakey, o início do registro arqueológico só passa a ocorrer, na história evolutiva, há uns 2,5 milhões de anos, período que coincide com o surgimento do gênero *Homo*: anterior a isso, não há

registro arqueológico; portanto, não é possível conjecturar qualquer idéia sobre aspectos comportamentais e sociais das criaturas pré-humanas.” (BONFIM, 2002, p. 14).

A tentativa de Habermas de fundamentar antropologicamente sua teoria da ação comunicativa baseia-se em conjecturas. A ciência pode até ser capaz de responder à clássica indagação: “quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha?”, mas, em seu atual estágio, não pode solucionar a dúvida habermasiana: “quem integrou os homens em sociedade: o trabalho ou a linguagem?”.

Diante desse impasse científico, Habermas postula que o pressuposto da integração social humana não é o trabalho, mas a linguagem e a partir daí procura fundamentar filosoficamente sua teoria, até então impossível de ser coerentemente fundada em bases antropológicas.

4. Ação comunicativa

A ação humana é um ato de vontade. Não de uma vontade passiva (um desejo), mas de uma vontade ativa (um querer). O desejo de ganhar na loteria só se torna um querer com a ação de apostar. As ações são expressões da vontade humana.

Toda vontade humana é voltada a um fim. Não se pode conceber uma vontade sem finalidade. Quem tem vontade tem vontade de algo e esse algo é a finalidade da ação humana. Por ser impossível cogitar em uma ação sem vontade e em uma vontade sem finalidade, conclui-se que toda ação humana visa sempre a uma finalidade. (ZAFFARONI, 2002, p. 414).

Habermas distingue, com base nas finalidades das ações, duas categorias fundamentais: a ação comunicativa e a ação estratégica.

A base dessa dicotomia é a idéia de que a finalidade primária de toda comunicação é alcançar um consenso entre os interlocutores sobre o significado do que é dito. Se alguém grita “fogo!”, é fundamental que

haja um mínimo consenso sobre o significado da palavra “fogo” para que a frase seja inteligível e possa despertar reações. Ainda que essa frase possa ter a finalidade de alertar quanto à existência de um incêndio e conseqüentemente à vontade de que todos fujam do recinto, para que essa finalidade última seja alcançada, é imprescindível que os interlocutores entrem em um consenso quanto ao significado do enunciado “fogo”.

Haveria assim uma finalidade de consenso inerente a todo discurso. Habermas (1990b) postula então que, em determinadas circunstâncias, poder-se-ia cogitar em um discurso cuja única finalidade dos interlocutores seria a busca desse entendimento.

“Como todo agir, também o agir comunicativo é uma atividade que visa um fim. Porém, aqui se interrompe a teleologia dos planos individuais de ação e das operações realizadoras, através do mecanismo de entendimento, que é o coordenador da ação. O ‘engate’ comunicativo através de atos ilocucionários realizados sem nenhuma reserva submete as orientações e o desenrolar das ações – talhadas inicialmente de modo egocêntrico, conforme o respectivo ator – às limitações estruturais de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente”. (HABERMAS, 1990b, p. 130).

A ação comunicativa tem como única finalidade alcançar um consenso entre os interlocutores. Quando uma mãe aponta para si própria e fala com seu filho recém-nascido “mamãe”, sua única finalidade é alcançar um consenso com o bebê de que a palavra “mamãe” doravante será utilizada para referências a ela.

Para que se possa cogitar em uma ação comunicativa, é necessário que as ações satisfaçam a condições de entendimento e cooperação próprias dessa modalidade de ação:

“a) os atores participantes comportam-se cooperativamente e tentam colocar seus planos (no horizonte de um mundo da vida compartilhado) em sintonia uns com os outros na base de interpretações comuns da situação;

b) os atores envolvidos estão dispostos a atingir os objetivos mediatos da definição comum da situação e da coordenação da ação assumindo os papéis de falantes e ouvintes em processos de entendimento, portanto, pelo caminho da busca sincera ou sem reservas de fins ilocucionários.” (HABERMAS, 1990b, p. 129).

A cooperação com a finalidade de se alcançar o entendimento mútuo é inerente à ação comunicativa. Descarta-se, assim, a possibilidade de que algum dos agentes tenha fins egoísticos, o que caracteriza a segunda categoria de ação descrita por Habermas (1990b): a ação estratégica.

“O agir comunicativo distingue-se, pois, do estratégico, uma vez que a coordenação bem sucedida da ação não está apoiada na racionalidade teleológica dos planos individuais de ação, mas na força racionalmente motivadora de atos de entendimento, portanto, numa racionalidade que se manifesta nas condições requeridas para um acordo obtido comunicativamente.” (HABERMAS, 1990b, p. 72).

A ação estratégica tem como finalidade não o consenso, mas fins egoísticos do agente. Se ao gritar “fogo!” o agente pretende tão-somente provocar um susto nas pessoas, para se deleitar com o pânico alheio, não há falar em ação comunicativa, mas em ação estratégica.

Se, na ação comunicativa, o discurso é um instrumento na busca de um entendimento, na ação estratégica, o discurso é tomado como instrumento de exercício de um poder sobre outrem. A finalidade da ação comunicativa é o consenso intersub-

jetivo; a finalidade da ação estratégica é o exercício de um poder.

Com base nesses conceitos, Habermas relaciona a categoria “trabalho” às ações estratégicas e a “linguagem” às ações comunicativas.

O trabalho é sempre uma ação de um sujeito sobre um objeto e, como tal, um mero exercício de poder. A fala (linguagem), por outro lado, pode-se comportar de duas formas: 1) como ação estratégica, quando um dos sujeitos toma seu interlocutor como mero objeto e procura exercer um poder em relação a ele; 2) como ação comunicativa, quando os interlocutores se reconhecem como sujeito e buscam o consenso.

Ainda que Habermas admita que as ações de fala estratégicas são muito mais frequentes que as ações de fala comunicativas, não descarta a existência destas no mundo fático, pois toda ação estratégica pressupõe um entendimento mútuo. Para que as pessoas se apavorem com o grito de “fogo!”, necessário é que inicialmente haja um consenso sobre a palavra fogo. É esse consenso, inerente à linguagem e, conseqüentemente, às ações humanas, que fundamenta toda a Teoria da Ação Comunicativa.

5. *Dominação comunicativa*

Habermas pressupõe uma ação comunicativa asséptica, pela qual não se exerce poder sobre o interlocutor, mas tão-somente busca-se o entendimento.

A linguagem, porém, é um instrumento de exercício de poder. As relações humanas se dão através da linguagem e, como bem demonstrou Foucault, o exercício de micropoderes é inerente a toda relação humana.

“Nas relações humanas, quaisquer que sejam elas – quer se trate de comunicar verbalmente, como o fazemos agora, ou se trate de relações amorosas, institucionais ou econômicas –, o poder está sempre presente:

quero dizer, a relação em que cada um procura dirigir a conduta do outro. São, portanto, relações que se podem encontrar em diferentes níveis, sob diferentes formas; essas relações de poder são móveis, ou seja, podem se modificar, não são dadas de uma vez por todas. O fato, por exemplo, de eu ser mais velho e de que no início os senhores tenham ficado intimidados pode se inverter durante a conversa, e serei eu quem poderá ficar intimidado diante de alguém, precisamente por ser ele mais jovem. Essas relações de poder são, portanto, móveis, reversíveis e instáveis.” (FOUCAULT, 2004, p. 276-277).

Qual ação poderia ter finalidade menos egoística do que a mãe que aponta para si própria e diz ao bebê: “mamãe”? Qual ação poderia ser mais voltada ao entendimento? Não seria esse um exemplo ideal de cooperação na busca de um consenso?

Não é difícil, no entanto, perceber que, mesmo em uma ação comunicativa como essa, surge uma inevitável relação de poder entre a mãe e o filho. O entendimento é sempre a imposição de uma verdade sobre outra; é sempre o exercício de um poder.

“Uma criança nasce, então, num lugar preestabelecido dentro do universo lingüístico dos pais, um espaço muitas vezes preparado muitos meses, se não anos, antes que ela veja a luz do dia. E a maioria das crianças é obrigada a aprender a língua falada pelos pais, o que significa dizer que, a fim de expressar seus desejos, elas são virtualmente obrigadas a irem além do estágio do choro – um estágio no qual os pais são forçados a adivinhar o que seus filhos desejam ou precisam – e tentar dizer o que querem em palavras, isto é, de uma forma que seja compreensível aos principais responsáveis por elas. No entanto, seus desejos são moldados naquele

mesmo processo, já que as palavras que são obrigadas a usar não são suas e não correspondem necessariamente às suas demandas específicas: seus desejos são moldados na fôrma da língua ou línguas que aprendem.” (FINK, 1998, p. 22).

Por mais altruística que seja a finalidade da mãe em ensinar a criança uma língua, essas lições trazem consigo inevitavelmente o exercício de um poder sobre a criança. Ainda que o exercício desse poder não seja uma finalidade consciente da ação da mãe, é inerente à relação com a criança.

Frise-se que não se trata aqui de valorar o exercício desse poder como algo bom ou mau, por si mesmo, mas simplesmente de demonstrar que, mesmo nas ações comunicativas, há o exercício de um poder muitas vezes inconsciente que leva o agente a alcançar finalidades não expressamente previstas.

“A idéia de que poderia haver um tal estado de comunicação no qual os jogos de verdade poderiam circular sem obstáculos, sem restrições e sem efeitos coercitivos me parece da ordem da utopia. Trata-se precisamente de não ver que as relações de poder não são alguma coisa má em si mesmas, das quais seria necessário se libertar; acredito que não pode haver sociedade sem relações de poder, se elas forem entendidas como estratégias através das quais os indivíduos tentam conduzir, determinar a conduta dos outros.” (FOUCAULT, 2004, p. 284).

A “Teoria da Ação Comunicativa” desconsidera a característica da linguagem como instrumento de exercício do poder. A linguagem não é mero meio de expressão de idéias, mas de imposição de idéias.

“Embora considerada, em geral, inócua e puramente utilitária por natureza, a linguagem traz com ela uma forma fundamental de alienação que é um aspecto essencial da

aprendizagem da língua materna do indivíduo. A própria expressão que usamos para falar a respeito dela – ‘linguagem materna’ – é indicativa do fato de que é a língua de algum Outro antes, a língua do Outro materno, isto é, a linguagem da mãeOutro, [no original, ‘mOther’. O autor joga com as palavras mãe e Outro, ‘mother’ e ‘Other’] e ao falar da experiência da infância, Lacan, muitas vezes, como que iguala o Outro à mãe.” (FINK, 1998, p. 23-24).

Ao descartar esse aspecto da linguagem descoberto por Lacan, Habermas cria uma teoria asséptica do discurso, só aplicável a uma sociedade formada por indivíduos absolutamente iguais, em que não haveria relações de poder.

“Na verdade, a ‘ação comunicativa pura’ de Habermas é pura ficção. É uma noção cercada por uma variedade de válvulas de escape, como as de ‘fala possível’, em vez de fala realmente ouvida ou produzida; ‘nós procedemos contrafactualmente como se assim fosse’, em tal ‘fala possível’; ‘falantes competentes’ (ou seja, os falantes que amavelmente se conformam às suposições definidoras de Habermas), em contraposição aos verdadeiros falantes; e ‘a cláusula de idealização: se a discussão pudesse ser conduzida de modo suficientemente aberto e se prolongasse o bastante’, etc., etc. E não se torna menos fictícia por ser chamada, como o faz Habermas, de ‘ficção inevitável’. E ainda menos porque os poderosos no mundo histórico real (que está longe de ser ‘simetricamente’ estruturado e orientado para o ‘reconhecimento recíproco’), que têm à sua disposição grandes riquezas e também as armas de ‘reserva atômica’, não têm nenhuma dificuldade em evitar e ignorar todas as implicações emancipatórias ‘possíveis’ da comunidade ideal de

comunicação contrafactualmente possível” de Habermas.” (MÉSZÁROS, 2004, p. 90).

Habermas constrói todo seu arcabouço teórico com base em hipóteses contrafactuais e a partir delas procura demonstrar inferências práticas. Pretende uma reconstrução do “materialismo histórico”, mas parte de uma base idealista. Acaba, assim, por aproximar seu pensamento dos teóricos do contratualismo, fundamentando mais uma vez o poder político em um consenso hipotético e anistórico da espécie humana.

6. Direito

As posições de Habermas e Foucault em relação ao Direito se contrapõem. Habermas postula o Direito como um instrumento cujo *télos* é o consenso. Foucault, por outro lado, concebe o Direito como uma maneira regulamentada de fazer a guerra.

O uso da linguagem pressupõe uma relação entre indivíduos. Como não há indivíduos exatamente iguais, dessas diferenças surgem inevitavelmente relações de poder que são exercidas ora conscientemente, ora inconscientemente. O consenso visado por ações comunicativas não passa da imposição de uma verdade em detrimento de outras. A palavra é a arma da modernidade e o discurso é um campo de batalha.

“Se o poder é mesmo, em si, emprego e manifestação de uma relação de força, em vez de analisá-lo em termos de cessão, contrato, alienação, em vez mesmo de analisá-lo em termos funcionais de recondução das relações de produção, não se deve analisá-lo antes e acima de tudo em termos de combate, de enfrentamento ou de guerra? Teríamos, pois, diante da primeira hipótese – que é: o mecanismo do poder é, fundamental e essencialmente, a repressão –, uma segunda hipótese que seria: o poder é a guerra, é a guerra continuada por outros meios. E, neste momento,

inverteríamos a proposição de Clausewitz e diríamos que a política é a guerra continuada por outros meios.” (FOUCAULT, 1999, p. 23).

A política, o Direito e o Estado são instrumentos de legitimação do poder que têm por finalidade substituir a guerra por uma paz social. As lutas políticas na sociedade são manifestações desse desequilíbrio de forças manifestado na guerra. O Direito não é instrumento de resolução de conflito e de consagração de consenso, mas um meio diferente de se praticar a guerra.

“O [antigo] Direito Germânico não opõe a guerra à justiça, não identifica justiça e paz. Mas, ao contrário, supõe que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra.” (FOUCAULT, 2003a, p. 56-57).

A Teoria da Ação Comunicativa ostenta seu caráter conservador ao velar o caráter belicoso do Direito. Sob a ideologia da busca do consenso, legitima-se o poder político e o Estado como instrumento de dominação e de manutenção do *status quo*.

“Que os juristas tenham sido os servidores do rei ou tenham sido seus adversários, de qualquer modo sempre se trata do poder régio nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídicos. E, do poder régio, trata-se de duas maneiras: seja para mostrar em que armadura jurídica o poder real se investia, como o monarca era efetivamente o corpo vivo da soberania, como seu poder, mesmo absoluto, era exatamente adequado a um direito fundamental; seja, ao contrário, para mostrar como se devia limitar esse poder do soberano, a quais regras de direito ele devia submeter-se, segundo e no interior de que limites ele deveria exercer seu poder para que esse po-

der conservasse sua legitimidade. O papel essencial da teoria do direito, desde a Idade Média, é o de fixar a legitimidade do poder: o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania. Dizer que o problema da soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência. O sistema do direito é inteiramente centrado no rei, o que quer dizer que é, em última análise, a evicção do fato da dominação e de suas conseqüências.” (FOUCAULT, 1999, p. 30-31).

A concepção de Direito como instrumento de consenso só se justificaria em sociedades de indivíduos absolutamente iguais, nas quais as relações humanas não fossem inevitavelmente marcadas por relações de poder.

“Habermas precisa negligenciar o fato desconcertante de que as sólidas relações de poder socioeconômicas e políticas no interior das quais ocorreria seu ‘diálogo’ idealizado, nas sociedades de classe, ridicularizam todas as pretensões de considerar esta modalidade de comunicação tão fortemente condicionada como um genuíno diálogo. Tendo em vista que as respectivas margens de ação dos membros das classes que participam desse modelo – incluindo as margens de sua ‘ação comunicativa’ – são estruturalmente preconcebidas em favor da ordem dominante, o resultado provável dos intercâmbios comunicativos de todos

os indivíduos não pode estar sujeito ao mesmo modelo e reduzido a um denominador comum apriorístico.” (MÉSZÁROS, 2004, p. 83).

No atual cenário político mundial, uma teoria que desconsidere essas relações de poder e dominação equivale a uma teoria de legitimação do *status quo*, da dominação e das desigualdades sociais. Nas sociedades reais, nas quais há marcantes relações de poder condicionadas às diferenças de classe, gênero, raça, orientação sexual, etc., o consenso imposto pela linguagem jurídica é a paz imposta pelos vencedores aos vencidos: a sujeição, a subserviência, a escravidão.

7. À guisa de conclusão

O questionamento filosófico da razão tornou-se o marco divisório de duas correntes epistemológicas deste início de século: os modernos e pós-modernos.

A marca da modernidade é a crença em uma razão iluminista, emancipadora da espécie humana. Habermas arvorou-se de paladino da modernidade e, como tal, atém-se à defesa da razão.

“Ao investigar o fundamento da autoridade do direito no conteúdo ilocucionário da comunicação, Habermas tenta construir uma teoria racional de fundamentação do direito e afastar a idéia segundo a qual o direito seria, pura e simplesmente, uma forma de agir estratégico” (GALLUPPO, 2002, p. 114).

Em sua ânsia de legitimar racionalmente o Direito, Habermas constrói uma teoria transcendental do Estado, relegando a segundo plano o difícil problema da dominação – subordinação.

Habermas propõe a “reconstrução do materialismo histórico” com base em novos pressupostos epistemológicos, mas, na prática, a teoria da ação comunicativa consagra um pensamento conservador que nega os propósitos marxistas de transformação

social e mantém-se ancorado em uma hipotética possibilidade de diálogo e consenso entre opressores e oprimidos.

“Naturalmente, os ‘agentes emancipatórios’ engajados na produção de tal ‘consenso verdadeiro’ só poderiam ser da elite privilegiada – os vários *experts* e automeados especialistas em comunicação – que continuaria ‘por tempo suficiente’ seu discurso ideal (enquanto outros estariam trabalhando por tempo também suficiente para seu benefício), de modo a conhecer e transcender (isto é, dissolver e ‘explicar satisfatoriamente’, no espírito da filosofia lingüística) as diferenças identificadas.” (MÉSZÁROS, 2004, p. 194).

A filosofia pós-moderna, por outro lado, insiste na crítica da razão e, nesse contexto, o pensamento de Foucault consagra-se como marco teórico de pensadores preocupados com as relações de poder na sociedade contemporânea.

Foucault vê no Direito não um meio capaz de alcançar uma paz consensual, mas um instrumento de disciplina da guerra, de gestão de conflitos.

“O problema não é, portanto, tentar dissolvê-las [as relações de poder] na utopia de uma comunicação perfeitamente transparente, mas se imporem regras de direito, técnicas de gestão e também a moral, o *ethos*, a prática de si, que permitirão, nesses jogos de poder, jogar com o mínimo possível de dominação.” (FOUCAULT, 2004, p. 284).

O antagonismo dos pensamentos de Habermas e Foucault, que marcou a filosofia nesta virada de século, é próprio de um tempo de incertezas que não se reconhece como moderno ou pós-moderno.

Mais do que uma simples controvérsia epistemológica, há entre esses dois filósofos uma divergência política. O pensamento consensualista de Habermas, distante da realidade fática da maioria da população

mundial, acaba por legitimar o poder político dos setores hegemônicos da sociedade, sob o argumento de um consenso tácito da espécie humana. Por outro lado, a filosofia conflitivista de Foucault consolida-se como a base filosófica para uma resistência efetiva à dominação não só econômica, mas cultural e política, que mantém a esmagadora maioria da população mundial subjugada aos caprichos de uma elite privilegiada de bem-aventurados capazes de imporem aos demais a sua visão de consenso.

Habermas não reconstruiu o materialismo histórico; ele o demoliu e em seu lugar ergueu sua antítese: uma teoria idealista do Direito que o legitima mesmo diante das mais visíveis contradições sociais com base em uma ideal competência comunicativa da espécie humana. A ação comunicativa habermasiana é uma ficção que encobre as onipresentes relações de poder facilmente perceptíveis a quem quer que se dê ao trabalho de estudar a sociedade como ela é e não como deveria ser.

Parafraseando a famosa anedota de Paul Samuelson ([200-?]), as posturas epistemológicas de Foucault e Habermas podem ser assim provocativamente sintetizadas: Foucault e Habermas foram abandonados em uma ilha deserta. Famintos, só havia sopas enlatadas como alimento, mas não dispunham de um abridor de latas. Foucault pensou em tentar abri-las com uma pedra, mas Habermas sugeriu: “Vamos imaginar que tivéssemos um abridor de latas!”.

A ação comunicativa é o abridor de latas imaginário de Habermas. Como toda teoria, é uma invenção humana que se presta a determinado fim. Não é verdadeira ou falsa em essência, mas cumpre um papel político na sociedade em que é colocada. A questão não é “como abrir a lata?”, pois é evidente que não se pode abrir uma lata com uma abstração. A questão crucial é “a quem interessa abrir a lata?”.

O abridor imaginário de latas só adia a fome. É uma teoria que mantém o *status quo* – a lata fechada – enquanto se acredita

nela. Só interessa àqueles que não querem abrir a lata. Aos que interessam abrir a lata – aos que têm fome –, a ação comunicativa não passa de ideologia.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 4 ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: UFPR, 2001.

BONFIM, Antonio Carlos Ferreira. Habermas: trabalho, linguagem e forma de vida humana. In: REUNIÃO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO (ANPED), 25, 2002, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: ANPED, 2002. Disponível em: <<http://www.ppgte.cefetpr.br/gtteeanped/trabalhos/antonio-carlos-bonfimt09.rtf>>. Acesso em: 17 jan. 2005.

CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito. São Paulo: LTR, 1998.

CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 12 ed. São Paulo: Ática, 2000.

DESCARTES, René. Discurso do método. São Paulo: M. Fontes, 1996.

FINK, Bruce. O sujeito laciano: entre a linguagem e o gozo. Rio de Janeiro: J. Zahar 1998.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003a.

_____. Em defesa da sociedade. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. Estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003b. (Ditos e escritos; IV).

_____. Ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. (Ditos e escritos; V).

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 1 v.

_____. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 2 v.

_____. O discurso filosófico da modernidade: doze lições. São Paulo: M. Fontes, 2000.

_____. Para a reconstrução do materialismo histórico. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990a.

_____. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990b.

LESSA, Sérgio. Mundo dos homens: trabalho e ser social. São Paulo: Boitempo, 2002.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro I. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____; ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. São Paulo: M. Fontes, 1998.

MÉSZÁROS, István. O poder da ideologia. São Paulo: Boitempo, 2004.

MIRANDA, Igor Costa de. Democracia à luz do princípio do discurso. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 216, 7 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4794>>. Acesso em: 23 fev. 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SAMUELSON, Paul. Joke. Economics: fun and miscellaneous, [S. l.], [200-?]. Disponível em: <http://users.ox.ac.uk/~ball1024/economics_fun_and_misc.htm>. Acesso em: 14 abr. 2005.

TALLAFERRO, Alberto. Curso básico de psicanálise. 2 ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ŽIŽEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do Real!: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. São Paulo: Boitempo, 2003.

Direitos Fundamentais

A questão dos pneumáticos no Mercosul

Eduardo Biacchi Gomes

Sumário

1. Introdução. 2. Proteção ao meio ambiente enquanto direito fundamental nos Estados-partes do Mercosul. 3. A questão dos pneumáticos na OMC. 4. Considerações finais. Anexo.

1. Introdução

Na década de 90, principalmente com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, com o final da Rodada Uruguai, o comércio internacional se intensificou em grandes proporções, notadamente em virtude da queda das fronteiras e do avanço tecnológico.

O novo marco jurídico internacional, criado por meio da OMC, tem por finalidade regulamentar as relações comerciais no plano internacional (multilateralismo econômico), no qual todos os países-membros negociam com todos em condições de igualdade.

Trata-se do princípio basilar do comércio internacional (a Cláusula da Nação Mais Favorecida)¹, no qual toda e qualquer

¹ ARTIGO I GATT/94: Trato general de la nación más favorecida

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutorado em Cultura Contemporânea pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Internacional e Direito de Integração da UniBrasil (Graduação e Pós-Graduação, Especialização e Mestrado), PUC/PR e FACINTER.

vantagem concedida para um país-membro da OMC deverá ser estendida aos demais, configurando a regra principal dessa Organização Internacional.

Transparência e igualdade também são princípios do comércio internacional.

A aplicação dos referidos princípios pode ser assim sintetizada:

“Com a aplicação do princípio da transparência, procura-se eliminar qualquer prática comercial que venha a distorcer o comércio internacional. Ela leva em consideração a necessidade de os países negociarem as políticas comerciais sempre de forma clara, transparente e de boa-fé.

(...)

Finalmente, pela aplicação do princípio da igualdade, as negociações entre os países devem ocorrer em condições de equidade, ou seja, sem privilégios.

(...)” (GOMES, 2007, p. 148-149)

Excetuando-se o princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida, o artigo XXIV da OMC² estabelece o Princípio da Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida, por meio do qual os respectivos países-membros podem associar-se em uniões tarifárias, de forma a que haja a concessão recíproca de vantagens, sem que essas sejam estendidas aos demais Estados integrantes da OMC.

Trata-se de uma política comercial diferenciada, que fundamenta a criação dos blocos econômicos e busca uma maior inserção na economia globalizada, como é o caso do Mercado Comum do Sul (Mercosul), criado em 26 de março de 1991.

No Mercosul, enquanto bloco econômico em regime de União Aduaneira Im-

perfeita³, as vantagens concedidas entre os seus Estados-partes não são estendidas aos demais países-membros da OMC, isto é, os países dessa Organização Internacional, tendo em vista a aplicação do Princípio da Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida, não podem exigir um tratamento recíproco e isonômico em relação aos benefícios concedidos no contexto desse bloco econômico.

Nesta seara, têm-se as políticas comerciais adotadas pelo multilateralismo econômico (OMC) e pelo regionalismo econômico (blocos regionais). Ditas políticas, representadas pelos princípios acima mencionados, não se excluem, mas se complementam, pois a Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida está compreendida dentro do próprio regramento jurídico da OMC, sendo uma exceção à regra geral, que está contemplada no artigo I do GATT/94.

Não obstante a OMC pregue o livre comércio, existe a possibilidade de os Países-membros adotarem barreiras não tarifárias com a finalidade de, em determinadas circunstâncias, proibir a entrada de produtos em seus mercados, principalmente quando essas mercadorias forem nocivas ao interesse público, por exemplo, ao meio ambiente.⁴

Mencione-se que, dentro da integração sul-americana, o Mercosul é classificado como um processo de natureza sub-regional, celebrado dentro da ALADI (Associação Latino-Americana da Integração), artigo 7º do Tratado de Montevidéu.

O disposto no artigo 50 do Tratado de Montevidéu, igualmente, assegura a faculdade de os países-membros estabelecerem barreiras não tarifárias quando as mercadorias importadas de outros mercados sejam nocivas ao interesse público.⁵ Há que se

con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

² Vide anexo, Artigo XXIV, GATT/94: Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida.

³ Tendo em vista a existência da lista de exceção e do regime de adequação, no que diz respeito à TEC, Tarifa Externa Comum.

⁴ Vide anexo, Artigo XX, GATT/94.

⁵ Artículo 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la

destacar, consoante reconhecido em outras oportunidades, que o Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul não reconheceu a aplicação do referido dispositivo no âmbito do bloco econômico, tendo em vista a falta de norma específica (a constante do Tratado de Montevidéu aplica-se somente para ele), conforme será visto adiante.

Se, por um lado, o comércio internacional privilegia o livre trânsito de mercadorias, esse mesmo regramento, como visto acima, estabelece determinadas restrições quando as mercadorias são nocivas e violam o interesse nacional de um Estado.

Exemplo claro e atual dessa polêmica diz respeito à questão dos pneumáticos (usados e remoldados), exportados pelo Uruguai para a Argentina e para o Brasil. Em duas oportunidades distintas, conforme será visto adiante, ambos os países foram obrigados a alterar as suas legislações, de forma a receberem, em seus mercados, os pneus usados e remoldados provenientes do Uruguai, não obstante todo o passivo ambiental que dito material produz.

A Comunidade Européia, no tocante à OMC, entendendo estar sendo discriminada multilateralmente, acionou a República Federativa do Brasil, por meio do Órgão de Solução de Controvérsias, a fim de que fosse alterada a nossa legislação para que passássemos a receber os pneus usados e remoldados.

A principal argumentação brasileira, como mencionado acima, diz respeito à violação ao meio-ambiente, pois há que se

adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

entender o referido valor como uma norma de ordem constitucional, que é elevada à categoria dos direitos fundamentais, tendo em vista a existência de vários tratados e acordos internacionais que asseguram dita proteção sob a ótica dos direitos humanos, no plano internacional.

Como o Brasil é signatário dos principais tratados sobre o tema⁶, conseqüentemente, no plano interno, por força do § 2º, artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, possui grau de hierarquia de direitos fundamentais, conforme será visto adiante, o mesmo ocorrendo nos demais Estados-partes do Mercosul.

Assim, o presente artigo tem por finalidade abordar a proteção ao meio ambiente, enquanto norma de direitos fundamentais, utilizando-se como estudo de caso a questão dos pneumáticos.

2. Proteção ao meio ambiente enquanto direito fundamental nos Estados-partes do Mercosul

O direito dos cidadãos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é resguardado em várias convenções internacionais. A matéria começou a ganhar destaque no plano internacional a partir da ECO/92, tendo em vista a celebração de vários atos internacionais⁷, que possuem como finalidade proteger o meio ambiente, preservando-o para as futuras gerações.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, 1992, afirma, em seu preâmbulo, essa preocupação ao asseverar que as mudanças climáticas, que ocorrem em nível global,

⁶ Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972, Convenção de Viena sobre Proteção da Camada de Ozônio, 1985, Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1992; Convenção sobre Diversidade Biológica, 1992, Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Protocolo de Quioto à Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1997.

⁷ Vide nota de rodapé de nº 5.

requerem uma maior cooperação de todos os Estados, bem como a própria soberania dos Estados em explorar tais recursos, mas preservando-os, isto é, desde que não causem danos ao meio ambiente e, finalmente, reconhecendo que todos os países, e principalmente os em desenvolvimento, devem ter acesso aos recursos naturais para que possam se desenvolver, elevando tais direitos ao patamar de direitos humanos.

Vale lembrar que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental a todo cidadão, a fim de que possa ter condições dignas de vida. Assim, para que referido Direito seja observado, os Estados deverão ter acesso a todas as formas e possibilidades de desenvolvimento, inclusive no comércio internacional.

A proteção ao meio ambiente e a sua exploração, mediante o exercício da atividade econômica equilibrada, é instrumento importante ao Estado, para que possa atingir o seu desenvolvimento e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente para futuras gerações.

Os Estados-partes do Mercosul, conscientes da relevância do tema e preocupados com a proteção ao meio ambiente, adotam, em suas constituições, normas com a finalidade de proteger os direitos fundamentais e o próprio meio ambiente. Vale destacar, conforme mencionado anteriormente, que neste tópico a proteção ao meio ambiente é elevada à norma de caráter de direitos fundamentais, tendo em vista a ratificação, por parte dos Estados, dos principais atos internacionais sobre o tema e considerando-se, ademais, que todos os povos têm o direito ao desenvolvimento e à proteção e preservação do meio ambiente para as futuras gerações.⁸

A República Federativa do Brasil estabelece no artigo 4º da Constituição os princípios que a República deverá observar:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações

internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;”

Os §§ 2º e 3º, artigo 5º, da Constituição Federal asseguram aos tratados de direitos humanos o grau de hierarquia constitucional:

“§ 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.

§ 3º 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.”

Muito embora o entendimento doutrinário de que, segundo o disposto no § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal, todos os tratados decorrentes de direitos humanos tenham grau de hierarquia constitucional, tendo em vista a aplicação do princípio da máxima efetividade da norma de proteção aos direitos humanos, até agora esse não é o entendimento adotado pelas Cortes Superiores.

Como forma de tentar dirimir a controvérsia à Emenda Constitucional 45/04, inseriu-se a redação do § 3º no artigo 5º da Constituição, de forma a estabelecer que somente os tratados, decorrentes de direitos humanos, que venham a ser aprovados por 3/5 e em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso é que passam a ter força de emenda constitucional.

Assim, em tese, os tratados celebrados anteriormente não possuem grau de hierarquia constitucional, e os que venham a ser celebrados posteriormente somente terão a referida hierarquia desde que observem os procedimentos estabelecidos naquele § 3º.

⁸ Para alguns doutrinadores, esse Direito Fundamental é chamado de Quarta Geração.

Visando eliminar qualquer controvérsia e defendendo a noção da máxima efetividade da norma protetiva de direitos humanos, entende-se que a melhor opção é a disposta anteriormente em nossa Constituição, aquela disposta no § 2º do artigo 5º.

Relativamente ao meio ambiente, a Constituição brasileira assim prevê:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a

conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Interessante observar que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a proteção ao meio ambiente como um direito fundamental ao cidadão:

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (BRASIL, 1995a;1995b)

“A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade

do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 2006)

A Constituição da República da Argentina, por sua vez, adota o mesmo posicionamento ao proteger, constitucionalmente, o meio ambiente:

“Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado

o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

Já o artigo 75.22 da Constituição argentina eleva ao grau de hierarquia constitucional determinados tratados de direitos humanos, ao prever um rol taxativo de atos internacionais, dispondo que os mesmos complementam as normas, decorrentes dos direitos fundamentais, estabelecidas naquela Constituição.

“Artículo 75. Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Quanto aos demais tratados de direitos humanos e, por exemplo, os relativos ao meio ambiente, estabeleceu a Constituição a necessidade de aprovação mediante voto

de 3/5 da totalidade dos membros de cada Câmara. Portanto, a exemplo da Constituição brasileira, a Constituição da Argentina estabeleceu um tratamento diferenciado para os tratados já ratificados, referentes ao meio ambiente e, fazendo-se uma interpretação normativa, esses tratados não possuem grau de hierarquia constitucional.

A Constituição da República Oriental do Uruguai, no seu particular, não possui qualquer posicionamento constitucional relativamente ao grau de hierarquia entre tratado de direitos humanos e a Constituição; possuem, portanto, grau de hierarquia infraconstitucional. Destaque-se que o ordenamento constitucional uruguaio estabelece como direito fundamental o acesso ao saneamento básico e à água tratada, como forma de manter a qualidade de vida dos cidadãos, uma vez que a água é um elemento essencial para a vida humana.

No que diz respeito à proteção ao meio ambiente, assim estabelece a Constituição uruguaia:

“Artículo 6 - DE LA CALIDAD DE VIDA

La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad.

El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes.

SECCIÓN II. DEL AMBIENTE

Artículo 7 - DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE

Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así

como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

Artículo 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos.

La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Artículo 47 - La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.”

A Constituição da República do Paraguai, por seu turno, assegura, em sua Constituição, o Direito a todos os cidadãos de conviverem em um ambiente saudável e equilibrado e prevê sanções para as atividades que tenham por finalidade degradar o meio ambiente.

No que diz respeito aos tratados de Direitos Humanos, tais normas possuem grau de hierarquia superior à lei.

Portanto, a Constituição paraguaia não possui maior preocupação em relação à proteção do meio ambiente, tanto é que, no Capítulo específico sobre o tema, não assegura maiores garantias aos cidadãos.

“Artículo 7 - DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE

Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

Artículo 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerar-

quía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

Artículo 141 - DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.

Artículo 142 - DE LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS

Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.”

Finalmente, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela assegura a construção de um Estado Democrático de Direito, o qual deve observar o bem-estar social e o meio ambiente. A sociedade é construída com a observância dos tratados de direitos humanos, que possuem grau de hierarquia constitucional e são complementar às normas de direitos fundamentais, estabelecidos naquela Constituição.

No que diz respeito à proteção ao meio ambiente, a Constituição venezuelana estabelece, de forma taxativa, que todos os cidadãos possuem o dever de manter, agora e para as futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado e,

para tanto, o Estado deverá atuar com a finalidade de buscar o seu desenvolvimento sustentável.

“Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por

esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.

Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así

como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.”

Uma vez examinados os ordenamentos constitucionais dos Estados-Partes do Mercosul, passa-se a estudar as hipóteses em que as barreiras não tarifárias são lícitas, tanto no contexto da OMC como no da Comunidade Européia e do Mercosul.

3. *A questão dos pneumáticos na OMC*

Por meio dos precedentes emanados pelo sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, tanto a República Federativa do Brasil como a República da Argentina foram obrigadas a adequar as suas legislações, de forma a aceitar a importação dos pneumáticos remoldados oriundos da República Oriental do Uruguai⁹.

A Comunidade Européia sentiu-se prejudicada com a falta de isonomia no caso em questão, visto que, com o Laudo Arbitral 6, que envolveu o Uruguai e o Brasil, fomos obrigados a aceitar os pneumáticos remoldados oriundos do Uruguai, ao passo que as proibições, referentes aos bens oriundos do mercado europeu, foram mantidas, e se acionou o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC.

⁹ Laudo Arbitral 6 do sistema do Protocolo de Brasília e Laudo 1 do Sistema do Protocolo de Olivos.

Com base na aplicação do Princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida e da Reciprocidade, o bloco econômico europeu solicitou que o OSC declarasse ilegais as normativas brasileiras que proíbem o ingresso desses produtos no mercado brasileiro.

O Relatório da controvérsia foi publicado em 12 de junho do ano de 2007 e o objeto da controvérsia teve por finalidade questionar a proibição, interposta pelo Brasil, dos pneus usados, remoldados e recauchutados oriundos do mercado europeu, tendo em vista a existência, desde o ano de 1991, de legislação¹⁰ que proíbe o ingresso dos referidos produtos no mercado brasileiro¹¹.

Em sua defesa, a República Federativa do Brasil invocou a aplicação do artigo XX, alínea *b*, do GATT/94, para justificar a inexistência de discriminação arbitrária ou injustificável, ao aduzir que os pneus remoldados acarretam danos ao meio ambiente.

Relativamente à entrada dos bens oriundos do Uruguai, alegou que a exceção, adotada pela legislação brasileira, teve como fundamentação a decisão emanada pelo Órgão de Solução de Controvérsias do Mercosul e que, portanto, não haveria qualquer violação aos princípios do comércio internacional.

¹⁰ Portaria nº 14 de 17.11.2004 (Secretaria do Comércio Exterior); Portaria nº 8 de 13.5.91 (DECEX), Portarias nº 18 de 19.7.92 (DECEX), Portaria nº 138-N de 22.12.92 (IBAMA), Portaria nº 370 de 28.11.94 (MICT), Portaria Interministerial nº 3 de 12.9.1995 do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo e do Ministério da Economia, Resolução nº 23 de 12.12.1996 (CONAMA), Resolução nº 235 de 7.1.1998 (CONAMA), Decreto Presidencial 3.919 de 14.9.2001, que estabelece multa no valor de R\$ 400,00 para cada unidade de pneu importado ou comercializado, armazenado ou conservado, medida adotada pelo estado do Rio Grande do Sul, Lei estadual de nº 12.114/2004, que proíbe a comercialização de pneus usados, bem como a exceção, regulamentada por meio da Portaria nº 14 de 17.11.2004, que permite a importação de pneus usados oriundos dos Países do Mercosul.

¹¹ Não obstante a existência da referida legislação, mediante a concessão de medidas liminares, inúmeros pneus ingressaram no mercado brasileiro.

A República Federativa do Brasil procura defender a relação entre os artigos XX e XXIV do GATT/94, ao defender que o Princípio da Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida poderia estar, implicitamente, inserido entre as exceções do artigo XX, no sentido de justificar a imposição de uma barreira não tarifária.

Quanto à proteção ao meio ambiente, a justificativa da referida alegação se dá com base na alínea *b* do artigo XX do GATT/94, tendo em vista que a entrada de grande quantidade de pneus remoldados, oriundos do mercado europeu, poderia acarretar danos à saúde das pessoas, dos vegetais e dos animais.

Incontroverso, no Relatório, que grande existência de depósitos de pneus pode ser um risco para a proliferação do foco de dengue, doença tropical, sendo um dos principais problemas de saúde pública internacional, segundo a própria Organização Mundial da Saúde (OMS)¹².

O Relatório constatou, portanto, que a existência de depósitos de pneus, os quais não são destinados corretamente, pode ser uma grande ameaça para a saúde pública.

A seguir, o Grupo Especial passa a examinar se a medida adotada pelo Brasil justifica-se de acordo com o disposto no artigo XX, alínea *b*, do GATT/94.

Como forma de demonstrar a inaplicabilidade do referido dispositivo do GATT/94, a Comunidade Européia alega que o Brasil poderia adotar programas ecológicos com a finalidade de dar a destinação correta aos pneus usados, como, por exemplo, recolhê-los ou utilizá-los para a fabricação de asfalto de borracha.

Comprovou, ainda, que a República Federativa do Brasil não adotou as medidas com a finalidade de impedir a entrada de elevado número de pneus remoldados em território brasileiro, tendo em vista a concessão de inúmeras liminares, por parte do

¹² Além da ameaça de outras doenças tropicais, como a febre amarela e o paludismo (malária).

Poder Judiciário, que permitem a entrada desses produtos no mercado brasileiro.

O Grupo Especial concluiu ter o Brasil demonstrado que as medidas adotadas podem contribuir para o combate das doenças acima mencionadas e proteger o meio ambiente; entretanto, não se justifica a proibição de importação dos pneus, posto que o risco pode ser menor quando os pneus são devidamente armazenados e acondicionados.

Concluiu, também, que, devido às importações autorizadas pelo Poder Judiciário, a proibição imposta por lei é incongruente com o contexto atual, uma vez que a legislação é ineficaz e, portanto, trata-se de uma medida injustificada e uma restrição encoberta ao comércio internacional, o que se caracteriza como uma verdadeira discriminação.

Objetivamente, o OSC entendeu que o Brasil agiu de maneira incompatível com as regras e os princípios do comércio internacional ao proibir o ingresso dos referidos pneus, violando o disposto no parágrafo 1º, artigo XI, do GATT/94¹³, ao estabelecer outras exigências, no que diz respeito aos direitos de aduana, como, por exemplo, a necessidade de obtenção de licença de importação dos produtos oriundos de outro país-membro, além da própria imposição de multas. Ademais, as referidas medidas, adotadas pelo governo brasileiro, não estão justificadas pelo artigo XX do GATT/94.

Por outro lado, a Resolução 23/1996 do CONAMA não é incompatível com o parágrafo 1º, artigo XI, do GATT/94.

O OSC entendeu ser lícita a importação, por parte do Brasil, em relação aos pneumáticos oriundos do Mercosul, tendo em vista que as importações foram determinadas pelo Tribunal Arbitral do bloco econômico, fazendo-se referência ao regionalismo

¹³ Article XI: Payments and Transfers 1. Except under the circumstances envisaged in Article XII, a Member shall not apply restrictions on international transfers and payments for current transactions relating to its specific commitments.

econômico, uma vez que o Relatório concluiu pela existência de uma discriminação justificada.

Como condição essencial para que o Brasil possa proibir o ingresso dos remolcados, deverá tornar efetiva as medidas, no sentido de proibir a importação dos pneus usados que ingressam no mercado brasileiro mediante a concessão de liminares. Assim, torna-se necessário que o governo adote legislação, visando a regulamentar a proibição dos referidos pneus, bem como buscar um entendimento político perante o Supremo Tribunal Federal, instância jurisdicional máxima, a fim de que se evidencie um entendimento, para que não sejam deferidas as liminares que possibilitam o ingresso dos referidos bens no mercado brasileiro.

4. Considerações finais

As barreiras não-tarifárias são medidas adotadas pelo Estado, sob a justificativa da existência de interesse público e que têm por finalidade restringir o ingresso das mercadorias em território nacional. A proteção ao interesse público é conceito volátil, uma vez que não existem parâmetros para defini-lo com precisão.

A imprecisão deve-se ao motivo de que, muitas vezes, as barreiras não-tarifárias são utilizadas de forma abusiva, com a finalidade de desvirtuar o comércio internacional. Aqui cabe a distinção entre barreiras tarifárias lícitas, aquelas inseridas no artigo XX do Acordo GATT/94, e as ilícitas, aquelas que, em princípio, estão inseridas nas justificativas do artigo da referida norma internacional, mas que têm por finalidade causar obstáculos ao livre comércio.

A alínea *b*, artigo XX, do Acordo GATT/94, em relação à aplicação de barreiras não-tarifárias, referente aos produtos que possam causar danos ao meio ambiente, assim estabelece:

“Excepciones generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación

en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;”

A proteção ao meio ambiente, enquanto valor tutelado, tanto no plano internacional, por meio dos tratados (neste ponto entendidos como tratados de Direitos Humanos), como no plano constitucional, mediante os dispositivos expressos nos referidos instrumentos (neste ponto entendidos como normas de Direitos Fundamentais), sem dúvida merece um tratamento diferenciado no cenário do comércio internacional, pois qualquer dano causado a ele afeta toda a humanidade.

O Tratado de Montevideu de 1980, artigo 50, também contempla dispositivo semelhante, especialmente em relação à adoção de barreiras não-tarifárias, com a finalidade de proteger o meio ambiente:

“Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción el cumplimiento de medidas destinadas a la: (...)

d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;”

Portanto, o interesse público, no sentido de adotar barreiras não-tarifárias em relação aos produtos que causem danos ao meio ambiente, é mais do que justificado. A questão está em indagar quando o referido *interesse público* é utilizado como uma justificativa com a finalidade de desvirtuar o livre comércio.

Verifica-se, finalmente, que comércio internacional, proteção ao meio ambiente

e direitos fundamentais caminham juntos, tendo em vista que um comércio equilibrado somente é possível se o meio ambiente for protegido, sendo que o referido valor é protegido, como mencionado acima, no plano constitucional, se for equiparado no âmbito dos direitos fundamentais.

Anexo

ARTIGO XXIV GATT/94: Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida

1. Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán a los territorios aduaneros metropolitanos de las partes contratantes, así como a cualquier otro territorio aduanero con respecto al cual se haya aceptado el presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXVI o se aplique en virtud del artículo XXXIII o de conformidad con el Protocolo de aplicación provisional. Cada uno de dichos territorios aduaneros será considerado como si fuera parte contratante, exclusivamente a los efectos de la aplicación territorial del presente Acuerdo, a reserva de que las disposiciones de este párrafo no se interpreten en el sentido de que crean derechos ni obligaciones entre dos o más territorios aduaneros respecto de los cuales haya sido aceptado el presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXVI o se aplique en virtud del artículo XXXIII o de conformidad con el Protocolo de aplicación provisional por una sola parte contratante.

2. A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá por territorio aduanero todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte substancial de su comercio con los demás territorios.

3. Las disposiciones del presente Acuerdo no deberán interpretarse en el sentido de obstaculizar:

a) las ventajas concedidas por una parte contratante a países limítrofes con el fin de facilitar el tráfico fronterizo;

b) las ventajas concedidas al comercio con el Territorio Libre de Trieste por países limítrofes de este Territorio, a condición de que tales ventajas no sean incompatibles con las disposiciones de los tratados de paz resultantes de la segunda guerra mundial.

4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:

a) en el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concierte el acuerdo provisional no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;

b) en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comer-

cio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y

c) todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados a) y b) anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.

6. Si, al cumplir las condiciones estipuladas en el apartado a) del párrafo 5, una parte contratante tiene el propósito de aumentar un derecho de manera incompatible con las disposiciones del artículo II, será aplicable el procedimiento establecido en el artículo XXVIII. Al determinar el ajuste compensatorio, se tendrá debidamente en cuenta la compensación que resulte ya de las reducciones efectuadas en el derecho correspondiente de los demás territorios constitutivos de la unión.

7. a) Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las PARTES CONTRATANTES, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes.

b) Si, después de haber estudiado el plan y el programa comprendidos en un acuerdo provisional a que se refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta

las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado a) de este párrafo, las PARTES CONTRATANTES lleguen a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar por resultado el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las PARTES CONTRATANTES formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo. Estas no lo mantendrán o no lo pondrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones.

c) Toda modificación substancial del plan o del programa a que se refiere el apartado c) del párrafo 5, deberá ser comunicada a las PARTES CONTRATANTES, las cuales podrán solicitar de las partes contratantes interesadas que inicien consultas con ellas, si la modificación parece que puede comprometer o diferir indebidamente el establecimiento de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.

8. A los efectos de aplicación del presente Acuerdo,

a) se entenderá por unión aduanera, la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera:

i) que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y

ii) que, a reserva de las disposiciones del párrafo 9, cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamen-

taciones del comercio que, en substancia, sean idénticos;

b) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.

*Artigo XX, GATT/94:
Excepciones generales*

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

a) necesarias para proteger la moral pública;

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;

d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;

e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;

f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas;

i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación;

j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y las medidas que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo serán suprimidas tan pronto como desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado. Las PARTES CONTRATANTES examinarán, lo más tarde el 30 de junio de 1960, si es necesario mantener la disposición de este apartado.

Referências

GOMES, Eduardo Biacchi. *Comércio internacional e comunidades sul-americana de nações: o projeto democrático da integração*. Porto Alegre: S. Fabris, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.540/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1 set. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 fev. 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2007.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 22.164/SP. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 30 out. 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 nov. 1995a. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2007.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 134.297/SP. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 13 jun. 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 set. 1995b. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2007.

A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro

Cleber Francisco Alves

Sumário

1. Introdução. 2. As conquistas do pensamento político liberal. 3. Retrospectiva histórica da formação do Estado Imperial Brasileiro. 4. Influência do pensamento de Benjamin Constant no constitucionalismo do Brasil Império. 4.1. A criação do poder moderador. 4.2. Outras questões constitucionais que revelam influência das idéias de Benjamin Constant. 5. Conclusão.

1. Introdução

Os acontecimentos que marcaram a história da França, e de toda a humanidade, no final do século XVIII suscitaram inúmeras reflexões e debates acerca dos caminhos concretos em que se deveriam lançar as políticas para contornar os antagonismos e mazelas que atemorizavam a sociedade da época. As vicissitudes do Antigo Regime, ainda não completamente exorcizadas, e o ímpeto dos revolucionários, que, invocando uma investidura e representatividade de soberania popular ilimitada, cometeram as mais abomináveis atrocidades e violências, assustavam os espíritos mais equilibrados que aspiravam a construção de uma sociedade política harmônica e pacífica, em que se pudesse realmente alcançar o bem-comum.

Nesse contexto, destaca-se o pensamento de Benjamin Constant, célebre autor liberal suíço-francês que pretendeu conciliar o anseio de expansão das esferas de liberdades

Cleber Francisco Alves é Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica - RJ. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Gama Filho e da graduação em Direito na Universidade Católica de Petrópolis. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

individuais sem perder de vista os valores provenientes da tradição cultural e política que assegurariam a necessária estabilidade do Estado e do Poder Político. Exatamente por isso, foi muito incompreendido pelos que estudaram sua obra¹.

Neste trabalho, pretendemos desenvolver algumas reflexões, sem pretensão de ineditismo, com o objetivo de resgatar a influência exercida pelo pensamento de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro, no início do século XIX. Após tecer considerações visando recordar as conquistas do pensamento político liberal, seguiremos contextualizando historicamente os acontecimentos desse período na realidade brasileira e, por fim, traçaremos um paralelo entre as instituições políticas implantadas pela Constituição do Império do Brasil e sua correlação com as propostas teorizadas por Benjamin Constant.

Em suma, ainda que de forma perfunctória, poderemos perceber a significativa contribuição haurida pelo Direito Constitucional Brasileiro proveniente da obra de Constant, que tornou o Estatuto Político do Brasil Imperial como verdadeira referência no concerto geral das Constituições da primeira metade do século XIX. A instituição do Poder Moderador, o caráter híbrido de rigidez e flexibilidade, a questão da responsabilidade dos ministros, entre outras, são características peculiares da Constituição de 1824, que refletem toda essa contribuição teórica de Benjamin Constant na positiva-

¹ A respeito dessa incompreensão do pensamento político benjaminiano, o Prof. José Ribas Vieira (1989, p. 49) procura resgatar seu verdadeiro posicionamento, quando ensina que: "ao contrário de imaginar um autor muito vinculado aos interesses políticos do momento, há um outro quadro mais nítido de pensamento de Constant. Apesar de suas inconstâncias de posição política, esse estudioso francês esteve intimamente ligado à crítica a todas as formas de matizes de despotismo, desde o denominado período do terror revolucionário francês (1793/94), passando pelo militarismo napoleônico e ao retrocesso conservador da Restauração. Para ele, era fundamental diante dos governos despóticos preservar o que era mais caro ao indivíduo: a liberdade."

ção jurídica da organização estatal do Brasil recém-emancipado de Portugal.

2. *As conquistas do pensamento político liberal*

As idéias liberais modernas têm suas raízes nas guerras religiosas ocorridas na Europa do século XVII, em que se proclamava o direito de liberdade religiosa, tendo sido acolhidas especialmente na Inglaterra, para fundamentar as pretensões de maior liberdade econômica, e limitação do Poder Real, sobretudo no que se refere aos direitos de propriedade e à tributação, bandeiras essas empunhadas pela burguesia mercantil e industrial ascendente.

A contribuição teórica do inglês John Locke, em especial no seu "Segundo Tratado sobre o Governo" (1690), e, posteriormente, do Barão de Montesquieu, com seu célebre "Do Espírito das Leis", fizeram solidificar na Inglaterra essa ideologia política, com reflexos para toda a Europa, abalando os regimes monárquicos absolutistas que vigoravam na maioria dos países do Velho Mundo. Locke inspirou-se no pensamento de Thomas Hobbes, ao fundamentar seu pensamento político, partindo da distinção do estágio primitivo de natureza, pré-estatal, quando os homens essencialmente iguais e livres resolvem firmar um pacto social, constituindo o Estado, no intuito de melhor resguardarem seus interesses e sua segurança. Porém, entendia, diversamente de Hobbes, que esse poder estatal soberano não era ilimitado, mas estava submetido aos postulados do direito natural, que poderia ser racionalmente conhecido pelo homem.

O liberalismo lockeano tem um cunho eminentemente individualista, sendo que a propriedade é o instrumento fundamental de defesa das liberdades individuais. O Poder Político, assim, ficava concentrado nas mãos dos proprietários, mantendo-se, destarte, uma dimensão aristocrática na estrutura orgânico-política da sociedade.

Mais adiante, já na segunda metade do século XVIII, e sob a nítida influência desses pensadores do século anterior, surgem as obras dos iluministas franceses, com destaque para Jean Jacques Rousseau, que consagra definitivamente a teoria do contrato social, estabelecendo a doutrina da soberania absoluta do corpo político resultante desse pacto social, soberania essa que se manifesta na chamada “vontade geral”. Aqui percebe-se a introdução de uma dimensão democrática, visto que o contexto histórico e social da França no século XVIII era de uma sociedade extremamente aristocrática, marcada por privilégios e distorções no exercício do poder político que destoavam da realidade alcançada na vizinha Inglaterra.

Paralelamente, o processo de emancipação das colônias inglesas na América, situando-se num contexto social e histórico bastante distinto daquele experimentado nas sociedades européias, mas sem se afastar das influências teóricas dos pensadores ingleses e franceses, trouxe uma importante contribuição prática, que, ao final, tornou-se característica intrínseca do liberalismo político. Trata-se da adoção de Constituição escrita, como estatuto político fundamental e inaugural de uma nova modalidade de Estado, que se convencionou chamar de Estado Moderno. Tem-se aí o fenômeno político denominado “Constitucionalismo”, que se alastrou por toda a Europa e chegou à América Latina, onde se deflagrava, nesse período, o processo de separação política das metrópoles européias.

De se notar, outrossim, que o liberalismo que chegou à América Latina, e, portanto, ao Brasil, assumiu contornos distintos daquele vigente na Europa, posto que aqui se pretendia, acima do propósito de alcançar as liberdades individuais e eliminar os entraves da Monarquia absoluta, viabilizar a própria fundação da personalidade nacional.

Concluindo, podemos afirmar, em síntese, que as grandes contribuições desse

pensamento político liberal podem ser enumeradas como sendo: a proclamação dos direitos e garantias individuais em face do poder estatal, a separação e limitação dos Poderes do Estado, a representação da vontade popular na elaboração das leis e fixação dos tributos e o Constitucionalismo.

3. Retrospectiva histórica da formação do Estado Imperial Brasileiro

Os ideais liberais chegaram ao Brasil no século XVIII, dando origem a diversos movimentos emancipacionistas que tendiam expressamente para a formação de um Estado nacional inspirado na experiência republicana estadunidense. Assim foi a Inconfidência Mineira, cujos líderes receberam grande influência dos patriarcas de Filadélfia, sendo que, nesse período, a luta pela Independência confundia-se com uma mentalidade antimonárquica. Entretanto, a transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil, em 1808, alterou profundamente o curso da história. Os movimentos separatistas praticamente se dissiparam enquanto o Rio de Janeiro permaneceu como sede da Monarquia lusa. Com a elevação formal do Brasil ao *status* de Reino Unido ao de Portugal, em 1815, um significativo passo foi dado na direção da emancipação política da antiga colônia, que teria caráter irreversível. O Brasil já ganhara uma efetiva infraestrutura administrativa, desde a transferência da Corte metropolitana para cá, e a expectativa dos brasileiros era a de que o Rei não mais retornasse a Portugal, governando daqui todo o seu Reino. Todavia, Dom João VI viu-se na contingência de retornar a Lisboa, para acompanhar mais de perto a elaboração da Constituição que vinha sendo reclamada pelo povo português. E aqui deixou, como Príncipe Regente, seu filho Dom Pedro de Alcântara, preparando, destarte, a futura separação do Brasil de Portugal, que acabou por se consumir em 1822. Dom Pedro era

adepto das idéias do constitucionalismo liberal e, tão logo foi aclamado Imperador, comprometeu-se a convocar uma Assembleia Constituinte. Todos esses fatos explicam, pois, a peculiar característica da formação do Estado Brasileiro sob a forma monárquica, diferentemente dos demais países latino-americanos.

Com efeito, as elites brasileiras do início do século XIX, mesmo aqueles que tiveram oportunidade de se aprofundar no estudo dos mais destacados pensadores políticos daquela época, refutavam o modelo liberal rousseauiano francês, assim como os ideais republicanos da América do Norte, pois consideravam que o regime monárquico era realmente fundamental para assegurar o futuro da nação recém-emancipada de Portugal. Preferiam filiar-se ao modelo liberal inglês, inspirando-se também na experiência continental pós-napoleônica, quando as propostas teóricas de Benjamin Constant alcançaram significativo destaque na tentativa da sociedade francesa de superar os fracassos e mazelas na esfera político-institucional que tanto afligiam seu povo, nos anos iniciais que se seguiram à Revolução Francesa.

Aliás, o grande temor era exatamente o de que nos assemelhassemos às colônias hispano-americanas, que se fragmentaram ao alcançarem sua independência da Espanha, mergulhando em sangrentas lutas intestinas que retardaram em muito o processo de pacificação e unificação nacional, necessário para a consolidação de sua autonomia. A propósito, o discurso proferido por José Bonifácio (*Apud* MELO FRANCO, 1957, p. 231-323) em Sessão da Assembleia Constituinte de 1823, no dia 5 de maio, explícita tal pensamento. Eis o que disse o “Patriarca da Independência”:

“Queremos uma Constituição que nos dê aquela liberdade² de que so-

² A respeito dessa noção de liberdade aspirada por José Bonifácio, é também inequívoca a influência de Benjamin Constant, que tratou dessa matéria no célebre discurso proferido no Ateneu Real de Paris, em 1818, cujo texto está publicado na Revista “Filosofia

mos capazes, aquela liberdade que faz a felicidade do Estado e não a liberdade que dura momentos e que é sempre a causa e fim de terríveis desordens. Que quadro nos apresenta a desgraçada América! Há 14 anos que se dilaceram os povos que, tendo saído de um governo monárquico, pretendem estabelecer uma licenciosa liberdade e, depois de terem nadado em sangue, não são mais do que vítimas da desordem, da pobreza e da miséria. Que temos visto na Europa, todas as vezes que homens alucinados por princípios metafísicos e sem conhecimento da natureza humana quiseram criar poderes impossíveis de sustentar? Vimos os horrores da França; as suas Constituições apenas feitas e logo destruídas, e por fim Bourbon, que os franceses tinham execrado, trazer-lhes a paz e a concórdia...”

Pode-se concluir, portanto, que a opção pela monarquia constitucional representativa, como forma de governo adotada pelo Brasil, traduziu uma opção pela estabilidade e unidade do novo país, ideais que foram a tônica fundamental do pensamento de Benjamin Constant.

É importante assinalar a preocupação marcante desses primeiros momentos do Brasil Independente no sentido de dotar o país de uma Constituição. O Imperador Dom Pedro I tinha verdadeira obsessão pela constitucionalização do Império, revelando-se partidário das idéias liberais que dominavam a Europa nessa época³.

Política” (nº 2), sob o título “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”.

³ Esse propósito fica patente no discurso do Imperador, na abertura da Assembleia Constituinte, em 3 de maio de 1823, em cujas palavras se nota claramente a influência desse pensamento liberal europeu, *verbis*: “Ratifico hoje mui solenemente perante vós esta promessa e espero que me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma Constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão e não pelo capricho, que tenha em vista tão-somente a felicidade geral, que nunca pode ser grande, sem que esta Constituição

Contudo, seu temperamento arrebatado e voluntarioso, e os preconceitos de sua formação dinástica absolutista faziam latentes em sua personalidade alguns traços antiliberais que afloravam muito frequentemente. Isso preocupava as lideranças políticas nacionais, tendo causado inúmeros conflitos, que somente cessaram com a Abdicação ao Trono, ocorrida em 1831.

Inúmeras iniciativas e atos governamentais de Dom Pedro, ainda como Príncipe Regente, ressaltaram a dimensão liberal de sua personalidade. No seu “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, o Prof. Afonso Arinos de Melo Franco (1960) menciona vários fatos que confirmam essa assertiva, como, por exemplo, os Decretos que fixavam garantias à liberdade pessoal⁴, à propriedade privada⁵, o que criava um

tenha bases sólidas, bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos... uma Constituição em que os três poderes sejam bem divididos, de forma que não possam arrogar direitos que lhes não compitam, mas que sejam de tal modo organizados e harmonizados que lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. Afinal, uma Constituição que, pondo barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer aristocrático, quer democrático, afugente a anarquia e plante a árvore daquela liberdade a cuja sombra deva crescer a união, a tranqüilidade e independência deste Império, que será o sombro do mundo novo e velho”. Não há como negar, nesse contexto, a expressiva influência das idéias de Benjamin Constant.

⁴ Assim dispunha o Decreto datado de 23 de maio de 1821: “nenhuma pessoa livre no Brasil pode jamais ser presa sem ordem, por escrito, do juiz ou magistrado criminal”, salvo caso de “flagrante delito”, e que nenhum juiz poderia expedir tal ordem “sem preceder a culpa formada pela inquirição sumária de três testemunhas” (MELO FRANCO, 1960, p. 37).

⁵ A propriedade era, na época, “o símbolo da liberdade individual, porque representava um limite sério ao arbítrio da Monarquia Absoluta”. Daí a significação importantíssima do Decreto datado de 21 de maio de 1821, em que o Príncipe Regente deixa clara essa perspectiva liberal, vedando que o Estado se apoderasse arbitrariamente da propriedade do súdito, *verbis*: “sendo uma das principais bases do pacto social entre os homens a segurança de seus bens; e constando-me que, com horrenda infração do sagrado direito de propriedade se cometem os atentados de tomar-se, a

órgão local de controle do Poder Executivo e ainda atos oficiais mais triviais, como a denominação de logradouros públicos⁶. Mas seus vestígios absolutistas também se fizeram presentes nas diversas proclamações dirigidas à Assembléia Constituinte, quando condicionava a aceitação da Carta Política a que fosse considerada digna de si. Essa postura do Imperador gerou descontentamento entre os Constituintes, acirrando as animosidades, que acabaram por desaguar na dissolução da Assembléia, acontecimento esse que representou inequívoco retrocesso na fase de consolidação do Estado liberal brasileiro.

Imediatamente após dissolvida a Constituinte, e a fim de evitar um agravamento da crise, e, ainda, no intuito de dar testemunho de sua postura constitucional, Dom Pedro criou um Conselho de Estado – composto de dez membros entre os quais sete haviam sido constituintes – e conferiu a esse órgão a atribuição de elaborar o projeto da futura Constituição. Desse grupo, destacavam-se Maciel da Costa (Marquês de Queluz), que tinha sido o Presidente da Assembléia dissolvida, e a figura de Carneiro de Campos (Marquês de Caravelas), jurista de escol, a quem coube a tarefa de redigir o texto constitucional. O Projeto elaborado pelo Conselho de Estado, que mantinha em muito as contribuições do

pretexto de necessidades do Estado e Real Fazenda, efeitos particulares, contra a vontade destes e muitas vezes se locupletarem aqueles que mandam violentamente tomar... determino que, da data deste em diante, a ninguém possa tomar-se, contra sua vontade, coisa alguma de que for possuidor ou proprietário... sem que primeiro, de comum acordo, se ajuste o preço que lhe deve pela Real Fazenda ser pago no momento da entrega” (MELO FRANCO, 1960, p. 36).

⁶ Dom Pedro, em 2 de março de 1821, alterou a denominação do largo do Rocio, no Rio de Janeiro, determinando que passasse a se chamar “Praça da Constituição”. Em visita a Minas Gerais, exige que lhe reconheçam a autoridade de ‘regente constitucional’, sendo que, ao entrar na capital mineira, expede uma proclamação que diz ao povo: “Sois livres. Sois constitucionais. Uni-vos comigo e marchareis constitucionalmente...”. Outros exemplos podem ser recolhidos na obra citada do Prof. Melo Franco.

Projeto anterior da Assembléia Constituinte, foi submetido ao Parecer das Câmaras Municipais, que se manifestaram, em sua maioria, favoravelmente à imediata adoção desse texto, o que foi feito pelo Imperador em 25 de março de 1824. Estava, pois, juridicamente consolidado o Estado Brasileiro, com uma Constituição que, apesar do vício de origem, revelava-se bastante avançada para os padrões da época, cuja importância fica patente pelo fato de ter sido o Estatuto Político que permaneceu vigendo por maior tempo na história constitucional do país até a presente data.

4. Influência do pensamento de Benjamin Constant no constitucionalismo do Brasil Império

O Pensamento de Benjamin Constant situa-se numa perspectiva de crítica aos excessos da Revolução Francesa, especialmente ao período do Terror. Mas nem por isso admite ele que se dispense a contribuição das propostas reformistas de 1789, na direção da construção de uma nova sociedade. Partindo de um método comparativo, espelhando-se especialmente nas instituições inglesas e na experiência e tradição da França pré-revolucionária, Constant assume uma postura que se afasta dos postulados racionalistas e iluministas de seus predecessores, adotando uma perspectiva historicista e experimentalista na formulação de seus princípios políticos.

Procura, assim, conciliar as conquistas revolucionárias ligadas às liberdades individuais, e à afirmação da cidadania e da representação política na formação dos governos, sem contudo dispensar o modelo monárquico, num processo de acomodação das instituições políticas e sociais que a história havia colocado em rivalidade. Fica patente a influência da experiência inglesa, em que a evolução das instituições políticas ocorreu de forma muito menos abrupta comparativamente à situação vivenciada na França.

Esse modelo revelava-se sobremaneira conveniente para a realidade brasileira, em que, como visto acima, a presença da Família Real Portuguesa evitou que os movimentos emancipacionistas nacionais partissem para alternativas mais radicais de ruptura com o passado monárquico da metrópole, proporcionando uma gradual e orgânica construção do Estado sobre bases já assentadas pela Monarquia Lusa.

Daí que a influência teórica de Benjamin Constant tornou-se muito importante, posto que seu pensamento correspondia perfeitamente à realidade histórica que se processava no Brasil. Com efeito, como nos lembra Afonso Arinos, o prestígio intelectual de Constant entre os membros da Assembléia Constituinte de 1823 se manifesta em diversas páginas dos “Anais” daquelas reuniões e também em outros documentos, valendo citar a declaração do deputado Cruz Gouveia ao divergir do Projeto elaborado por Antônio Carlos de Andrada e Silva, quando afirma: “Eu sigo a opinião do célebre Benjamin Constant, publicista muito elogiado pelos mais ilustres deputados desta Assembléia” (MELO FRANCO, 1960, p. 57). Essa passagem, por si só, é suficiente para revelar a importância do pensamento constantino nesses primeiros atos de formulação jurídico-constitucional do Estado Imperial Brasileiro.

Mas, passemos desde logo ao cerne desta exposição, em que procuraremos destacar concretamente os pontos de mais expressiva co-relação entre as propostas teóricas de Benjamin Constant e os institutos jurídico-políticos da Constituição Brasileira de 1824.

4.1. A criação do Poder Moderador

A contribuição mais relevante do pensamento de Benjamin Constant para as instituições políticas do Brasil Império foi a idéia de previsão constitucional de um Poder Moderador, que na dicção do autor francês era chamado de Poder Real. Aliás, como alerta Afonso Arinos, o próprio

Constant reconhece que a originalidade da propositura desse instituto não lhe pertencia; ele se inspirara nos escritos de Clermont TANNERRE, deputado aos Estados-Gerais, que fora morto no período revolucionário francês (MELO FRANCO, 1960, p. 56).

O Poder Moderador traduziu-se em importante inovação que se veio acrescentar à clássica tripartição dos poderes como fora proposta por Montesquieu, tendo decorrido da observação do funcionamento da monarquia parlamentar inglesa. Igualmente, há quem afirme que esse Poder Real ou Moderador tenha recebido inspiração também do modelo norte-americano, no que se refere ao papel exercido pela Suprema Corte do Estados Unidos, especialmente quando Benjamin Constant ensina que esse poder seria uma espécie de Poder Judiciário entre os demais Poderes. Mais uma vez, fica explícito o cunho historicista e experimentalista das doutrinas de Constant, que, a partir da análise das instituições já existentes, teorizava os princípios constitucionais objeto de sua obra política.

Vale notar que esse Poder Moderador ou Real proposto por Constant, apesar de já ter-se revelado presente na prática constitucional inglesa e nas entrelinhas da Constituição francesa de 1814, não chegara a ser previsto expressamente em nenhuma outra Constituição escrita anterior. Na Inglaterra, isso sequer era cogitado, em razão de sua Constituição de caráter consuetudinário. Na França, essa doutrina foi implicitamente adotada, na medida em que a Constituição estabeleceu as responsabilidades dos ministros, afirmando a inviolabilidade do monarca; daí concluiu Benjamin Constant que o poder ministerial, ainda que emanasse do poder real, tinha, não obstante, uma existência verdadeiramente independente. Portanto, coube à Constituição Brasileira de 1824 a iniciativa pioneira de implantar expressamente essa inovação haurida no pensamento Benjaminiano.

Trazemos à colação, neste momento, algumas passagens da obra “Princípios

Políticos Constitucionais” (título adotado na edição vernácula editada pela Ed. Liber Juris, do Rio de Janeiro, em 1989), com os ensinamentos de Benjamin Constant (1989) sobre o Poder Real, para depois confrontar com os dispositivos constantes da Carta Política do Império. Senão, vejamos:

“ O poder real (refiro-me ao do chefe de Estado, qualquer que seja seu título) é poder neutro e o dos ministros é um poder ativo. (...) O poder real precisa estar situado acima dos fatos, e que, sob certo aspecto, seja neutro, a fim de que sua ação se estenda a todos os pontos que se necessite e o faça com um critério preservador, reparador, não hostil. A monarquia constitucional tem esse poder neutro na pessoa do Chefe do Estado. O verdadeiro interesse deste poder é evitar que um dos poderes destrua o outro, e permitir que todos se apóiem, compreendam-se e que atinem comumente”.

“O caráter neutro e puramente preservador do poder real é indiscutível. Comparando o poder real e o ministerial, é evidente que somente o segundo é ativo, já que, se não quisesse fazer o primeiro, não encontraria nenhum meio de obrigá-lo, mas também nenhuma possibilidade de atuar sem ele”.

“Essa posição do poder real só tem vantagens e nunca inconvenientes, porque, do mesmo modo que o Rei da Inglaterra encontraria na negativa de seu governo um obstáculo intransponível para propor leis contrárias ao espírito do século e à liberdade religiosa, a oposição ministerial, da mesma forma, seria impotente se quisesse impedir o poder real de propor leis de acordo com o espírito do século e favoráveis à liberdade religiosa. Ao rei lhe bastaria trocar de ministros; mas ninguém se apresentaria para desafiar a opinião e enfrentar abertamente as ‘luzes’, apareceriam muitos

para tomar as medidas populares que a nação subscrevesse com sua aprovação e concordância”.

(...)

“Muitas coisas que admiramos e que nos pareciam significativas em outras épocas são agora inadmissíveis. Representemos os Reis da França fazendo justiça ao pé de uma colina. Emocionar-nos-á esse espetáculo e reverenciaremos esse exercício augusto e simples de uma autoridade paterna. Mas, hoje, o que nos pareceria um juízo celebrado por um rei sem a ajuda dos tribunais? A violação de todos os princípios, a confusão de todos os poderes, a destruição da independência judicial tão energicamente desejada por todas as classes. Não se faz uma monarquia constitucional com recordações e poesia”.

“Numa Constituição livre, ficam para os monarcas nobres, formosas e sublimes prerrogativas. Compete-lhes o direito de conceder graça, direito de uma natureza quase divina, que repara os erros da justiça humana ou seus rigores demasiado inflexíveis, que também são erros; compete-lhes o direito de investidura, elevando cidadãos distintos e de ilustração duradoura à magistratura hereditária que reúne o brilho do passado e a solenidade das mais altas funções políticas; compete-lhes o direito de criar os órgãos legislativos e de assegurar o gozo da ordem pública e a segurança; compete-lhes o direito de criar os órgãos legislativos e de assegurar à sociedade o gozo da ordem pública e a inocência da segurança; compete-lhes o direito de dissolver as assembléias representativas e preservar, assim, a nação dos desvios de seus mandatários, convocando novas eleições; compete-lhes a nomeação dos ministros, o que proporciona ao monarca a gratidão nacional quan-

do os ministros se desincumbem dignamente da missão que lhes foi confiada; compete-lhes, enfim, a distribuição de graças, favores, recompensas, a prerrogativa de pagar com um olhar ou com uma palavra os serviços prestados ao Estado, prerrogativa essa que dá à monarquia um tesouro inesgotável, de tal forma que faz de cada vaidoso um servidor e de cada ambicioso um devedor”⁷.

Para deixar patente a influência do pensamento de Constant na gênese jurídico-política de nossas instituições imperiais, basta confrontar esses trechos acima transcritos com o teor dos Arts. 99, 101, 132 e 135, da Constituição de 1824, que assim dispunham:

“Art. 99. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

(...)

Art. 101. O Imperador exerce o poder moderador:

1º Nomeando os senadores na forma do Art. 43.

2º Convocando a assembléia geral extraordinária nos intervalos das sessões, quando assim o pede o bem do Império.

3º Sancionando os decretos e resoluções da assembléia geral, para que tenham força de lei.

4º Aprovando e suspendendo interinamente as resoluções dos conselhos provinciais.

5º Prorrogando ou adiando a assembléia geral e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra que a substitua.

6º Nomeando e demitindo livremente os ministros de Estado.

7º Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

⁷ Trechos extraídos do capítulo 2.

8º Perdoando ou moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.

9º Concedendo anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade e o bem do Estado.

(...)

Art. 132. Os ministros de Estado referendarão ou assinarão todos os atos do poder Executivo, sem o qual não poderão ter execução.

(...)

Art. 135. Não salva aos ministros de responsabilidade, a ordem do Imperador, vocal ou por escrito.”

Enfim, utilizou-se textualmente no Art. 98 da Constituição de 1824 uma expressão que era tradução literal daquela adotada por Benjamin Constant para definir o Poder Real: “O Poder Moderador é a chave de toda organização política...”, que corresponde, na expressão em francês, a: “*la clef de toute organisation politique*” (MELLO FRANCO, 1960, p.56).

A temática da extensão e dos limites do Poder Moderador foi a principal questão jurídico-constitucional debatida durante todo o período monárquico, sendo célebres os posicionamentos antagônicos de dois eminentes juristas que externaram seu pensamento em obras que se tornaram clássicas no Direito Constitucional pátrio.⁸

4.2. Outras questões constitucionais que revelam influência das idéias de Benjamin Constant

Uma outra característica marcante da Constituição do Império, também resultante de expressiva influência de Benjamin Constant, foi sua natureza semi-rígida. Esse pensador entendia que, no texto de

⁸ Trata-se das seguintes obras, que são consideradas clássicas no pensamento político-jurídico do Brasil Imperial: GOIS E VASCONCELOS, Zacarias de. *Da Natureza e dos Limites do Poder Moderador* (1862) e PIMENTA BUENO (Marquês de São Vicente), *Direito Público Brasileiro* (1857).

uma Constituição, nem toda matéria devia ser considerada juridicamente constitucional. Daí se seguia, logicamente, que certos capítulos ou artigos da Constituição exigiam cautelas especiais para sua reforma, enquanto outros não (MELLO FRANCO, 1960, p. 105). Assim dispunha o Art. 178 da Constituição Imperial de 1824:

“Só é constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições específicas 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.”

Também a questão do voto censitário, introduzida na Constituição Imperial, guarda certa coerência com o pensamento de Benjamin Constant, na medida em que esse pensador entendia que a propriedade era condição para o exercício dos direitos políticos. É o que se vê na sua obra, sob comentário, quando diz que: “nas sociedades atuais, o nascimento no país e a maturidade não bastam para o exercício dos direitos de cidadania. Aqueles a quem a indigência mantém numa eterna dependência e condena a trabalhos diários não têm maior informação que as crianças sobre os assuntos públicos, nem têm maior interesse do que os estrangeiros na prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e de cujos benefícios só participam indiretamente”. (...) “Somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos” (CONSTANT, 1989, cap. 6).

Também parece-nos possível traçar um paralelo de sintonia entre o pensamento de Benjamin Constant (1989, cap. 12) e a questão da atribuição de uma esfera de poder no âmbito local, que o constitucionalista suíço-francês considerava essencial, valendo transcrever a seguinte lição: “Os municípios, por sua vez, têm interesses que somente os afetam e outros que poderão ser comuns a um distrito. Os primeiros serão de competência puramente

municipal; os segundos, da competência distrital e assim sucessivamente, até chegar aos interesses gerais, comuns a cada um dos indivíduos que formam o milhão de pessoas que integram a população”.⁹ Aqui cabe reportarmos, ainda uma vez, à Constituição Imperial, quando confirma a autonomia das Câmaras Municipais, nos arts. 167-169, e quando garante “o direito” de intervir todo o cidadão nos negócios de sua Província, e que são imediatamente relativos a seus interesses peculiares” (Art. 71). Esses dispositivos, ao lado da divisão do território em Províncias “na forma em que atualmente se acha, as quais poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado” (Art. 2º), se bem interpretados, poderiam ter-se tornado a senda de um federalismo orgânico que teria feito muito bem ao futuro da nação. Porém, se muitas das instituições concebidas pela Constituição Imperial lograram contínuo aperfeiçoamento e adequação às mudanças ocorridas na realidade política, social e econômica do século XIX, tal êxito não foi alcançado quanto a esse desejado federalismo, o que representou importante fator na decadência do regime monárquico.

5. Conclusão

A partir do enfoque específico da realidade histórica brasileira, cremos ter sido possível, com este trabalho, apontar algumas contribuições do liberalismo europeu para a consolidação do Estado Nacional Brasileiro, especialmente no que se refere às influências provenientes do pensamento de Benjamin Constant.

Esse autor, que já foi estigmatizado por muitos estudiosos da ciência política, deve ser resgatado na sua verdadeira perspectiva de um homem marcado pelas contradições de seu tempo, que soube dar respostas ade-

quadas para a problemática enfrentada no período pós-revolucionário. Alguém que compreendeu profundamente o valor da liberdade e que percebeu a necessidade de trilhar caminhos menos tormentosos de modo a assegurar um mínimo de convivência pacífica entre os membros da sociedade política.

Talvez tenha sido exatamente essa capacidade de compreender o mundo e escapar de uma perspectiva meramente romântica e idealista para buscar a concretização dos anseios que se revelavam efetivamente possíveis e realizáveis no contexto histórico em que vivia que fizeram de Benjamin Constant um pensador tão admirado cá entre nós, chegando mesmo a ter suas doutrinas transportadas do campo das idéias para a vida real, na construção e posituação jurídica das normas fundamentais da Império recém-fundado neste vasto Continente Americano.

Referências

- BARRETO, Vicente. Primórdios do liberalismo e o liberalismo e representação política: o período imperial. In: *Curso de introdução ao pensamento político brasileiro*. Unidades 1 e 2. Brasília: Editora UnB, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- CONSTANT de Rebecque, Henri Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*. Organizado por Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. n.18. São Paulo: Abril, 1973. Coleção Os Pensadores.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- _____. *Curso de direito constitucional brasileiro*. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: *Curso de introdução ao pensamento político brasileiro*. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982.

⁹De se notar que o Distrito, na França, corresponde a uma fração territorial que abrange vários municípios, diferentemente do Brasil, em que os Distritos são subdivisões dos municípios.

VIEIRA, José Ribas. Introdução. In: CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*. Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

GOES E VASCONCELLOS, Zacarias de. *Da natureza e limites do poder moderador*. Brasília: Senado Federal, 1978.

Nacionalidade brasileira e Direito Internacional

Um breve comentário sobre a Emenda Constitucional nº 54/2007

Aziz Tuffi Saliba

Sumário

1. A Nacionalidade em Direito Internacional.
2. Nacionalidade no Brasil. 3. Considerações finais.

Com a Emenda Constitucional nº 54, chegamos à terceira redação do artigo que trata da atribuição de nacionalidade a filhos de brasileiros nascidos no exterior – o artigo 12, I, “c”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88, BRASIL, 2007)¹. Neste sucinto comentário, buscaremos analisar as modificações promovidas pela referida emenda, à luz do Direito Internacional.

1. A nacionalidade em Direito Internacional

Em célebre voto na Suprema Corte Americana, o ministro Earl Warren afirmou

¹ A Emenda Constitucional nº 54, de 20 de setembro de 2007, promoveu a alteração da alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescentou o art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A nova redação do art. 12, I, “c”, assevera serem brasileiros natos: “os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.” (grifo nosso). Já o artigo 95 do ADCT estabelece: “Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil”.

Aziz Tuffi Saliba é Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela University of Arizona, Estados Unidos. Professor da Universidade de Itaúna, MG.

que a nacionalidade constitui “o direito humano básico, pois é o direito a ter direitos” (SUPREMA..., 1958)². Um exame perfunctório já é suficiente para revelar a importância prática da nacionalidade para o Direito Internacional e para o próprio indivíduo. Um primeiro exemplo disso é a proteção diplomática, instituto descrito pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) como a situação “na qual o Estado adota uma causa de um nacional seu, cujos direitos se alega que foram desconhecidos por outro Estado em violação do Direito Internacional” (CORTE..., 1959)³. Normas (em sua maioria, costumeiras) atinentes à guerra e neutralidade acarretam para o Estado o dever de prevenir ou punir, diante de atos ou omissões de seus *nacionais* (BROWNLIE, 1963, p. 290). Não se deporta ou expulsa e, em regra, também não se extradita um nacional, enquanto os *não nacionais* (termo que aqui utilizaremos para nos referir a estrangeiros e apátridas) podem ser deportados, expulsos e extraditados; além disso, o Estado tem o dever de acolher os seus respectivos *nacionais* (BROWNLIE, 1963, p. 290). A nacionalidade pode ser,

² O texto completo e original é “[...] is man’s basic right for it is nothing less than the right to have rights. Remove this priceless possession and there remains a stateless person, disgraced and degraded in the eyes of his countrymen. He has no lawful claim to protection from any nation, and no nation may assert rights on his behalf. His very existence is at the sufferance of the state within whose borders he happens to be. In this country the expatriate would presumably enjoy, at most, only the limited rights and privileges of aliens, and like the alien he might even be subject to deportation and thereby deprived of the right to assert any rights”.

³ O texto em inglês é “[...] in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law”. Registra-se que o predecessor da CIJ – o Tribunal Permanente de Justiça Internacional – já havia observado, no caso *Mavrommatis*, ser a proteção diplomática “um princípio elementar de Direito Internacional aquele que autoriza o Estado a proteger seus nacionais lesados por atos contrários ao Direito Internacional cometidos por um outro Estado, contra os quais eles não puderam obter reparação pelas vias ordinárias” (TRIBUNAL..., 1924, p. 12).

também, base para exercício de jurisdição cível ou penal.⁴

A outorga de nacionalidade originária (natos) se dá, em regra, pelo nascimento no território do Estado (*jus solis*) ou pela descendência de nacionais (*jus sanguinis*), enquanto a concessão de nacionalidade derivada (naturalização) pode ocorrer em razão de uma miríade de fatores (matrimônio, trabalho, residência, etc.) (BROWNLIE, 1998, p. 391).

Embora a atribuição de nacionalidade tenha consideráveis desdobramentos no plano externo, para doutrina jusinternacionalista clássica, a decisão de quem seria um nacional seria exclusivamente do Estado, como se infere de célebre assertiva de Oppenheim (1905, p. 382): “Não é o Direito Internacional e sim o direito interno que determina quem deve e quem não deve ser considerado um nacional”⁵. Também o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (1923, p. 19) afirmou ser “verdade que um Estado soberano tem o direito de decidir quais pessoas devem ser consideradas seus nacionais”⁶. Entretanto, no caso *Nottebohm*, a Corte Internacional de Justiça trouxe a lume o que constitui a mais contundente limitação ao poder de conferir nacionalidade – o princípio da efetividade.

Friedrich Nottebohm nasceu em Hamburgo, Alemanha, em 16 de setembro de 1881. Em 1905, Nottebohm se mudou para a Guatemala, onde estabeleceu residência e o centro de suas atividades empresariais. Em 1939, um mês depois da invasão da Polônia pela Alemanha, Nottebohm requereu e obteve a nacionalidade lichtensteinense (CORTE..., 1955, p. 13). Em 1943, autoridades policiais guatemaltecas prenderam Nottebohm e extraditaram-no para os Es-

⁴ Nesse sentido, ver o artigo 7º do Código Penal brasileiro.

⁵ O texto original é: “It is not for International Law, but for Municipal Law, to determine who is and who is not to be considered a subject”.

⁶ O texto original é: “It is true that a sovereign State has the right to decide what persons shall be regarded as its nationals [...]”.

tados Unidos, onde permaneceu preso até 1946, como “inimigo estrangeiro”. Ao ser libertado, tentou retornar para a Guatemala. Todavia, o governo guatemalteco, que já havia expropriado os bens de Nottebohm, impediu sua entrada. Nottebohm se dirigiu, então, para Lichtenstein, onde passou a residir. Em dezembro de 1951, o governo lichtensteinense propôs ação contra a Guatemala em Haia, na qual requereu à Corte Internacional de Justiça (1955, p. 6) que declarasse que: “O governo da Guatemala, ao prender, deter, expulsar e recusar-se a readmitir a entrada do Sr. Nottebohm, bem como ao apreender e reter os bens deste, sem ressarcir-lo, violou suas obrigações sob o Direito Internacional e, conseqüentemente, deve pagar indenização”⁷.

No caso Nottebohm, a nacionalidade foi conceituada como “um laço jurídico que tem como fundamento um fato social de ligação, uma solidariedade efetiva de existência, interesses e sentimentos, juntamente com direitos e deveres recíprocos” (CORTE..., 1955, p. 23).

Na visão da Corte, para ser aceita por outros Estados, a nacionalidade deve ser *efetiva e real*, o que se verifica a partir de fatores distintos, cuja importância pode variar em cada caso: “residência habitual do indivíduo, seu centro de interesses, seus laços familiares, sua participação na vida pública, afeição demonstrada pelo indivíduo a um Estado e inculcada aos seus filhos, etc.” (CORTE..., 1955, p. 22). Assim, a CIJ formulou a seguinte indagação: “À época da sua naturalização, estava Nottebohm mais intimamente ligado pela sua história, estabelecimento, interesses, atividades, laços familiares e intenções quanto ao futuro próximo, a Liechtenstein do que a qualquer outro Estado?”.

⁷ O texto original é: “The government of Guatemala in arresting, detaining, expelling, and refusing to re-admit Mr. Nottebohm and in seizing his property without compensation acted in breach of their obligations under international law and consequently in a manner requiring the payment of reparation”.

A Corte concluiu que os fatos evidenciavam “a ausência de um laço de ligação entre Nottebohm e o Liechtenstein e, por outro lado, a existência de uma conexão longa e íntima entre ele e a Guatemala”. Faltava, na concepção da Corte, “o requisito da genuidade necessária para que um ato de tal importância pudesse ser respeitado por um Estado na posição da Guatemala”. Conseqüentemente, a Guatemala não teria “qualquer obrigação de reconhecer uma nacionalidade que foi conferida nestas circunstâncias” e, conseqüentemente, Liechtenstein não teria o direito de proteger Nottebohm.

2. Nacionalidade no Brasil

No Brasil, os princípios normatizadores da concessão de nacionalidade, desde a época do império, estão estabelecidos no texto constitucional (POSENATO, 2002, p. 211-245; BERNARDES, 1996). A aquisição pelo nascimento em solo brasileiro sempre foi a regra, enquanto o *jus sanguinis* era a exceção.

Num histórico sem grandes sobressaltos, uma das precípuas inovações foi o artigo 140 da Constituição de 1967, que vigorou por apenas dois anos e foi então modificado pela emenda constitucional 1/69, e que permitia que o filho de brasileiro nascido no exterior fosse considerado nacional pelo mero registro em consulado brasileiro.

Essa possibilidade também foi contemplada na primeira redação do artigo 12, I, “c” da CF/88, que dispunha serem brasileiros natos “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira”.

A aceitação do registro no exterior como suficiente para obtenção de nacionalidade foi objeto de crítica de doutrinadores de escol, como Barroso (1987, p. 47), que pon-

derou: “Com efeito, parece insustentável que uma providência tão anódina como um registro burocrático pudesse projetar-se tão agudamente na esfera jurídica de um indivíduo a ponto de vinculá-lo a um Estado diverso daquele de seu nascimento. Relembre-se que o critério adotado no Brasil é o do *ius solis* que, só em via de exceção, é atenuado pelo *ius sanguinis*”.

Também a incongruidade de critérios era repudiada pela doutrina. Nesse sentido, indagava Dolinger (2000, p. 47): “Por que [...] o registro realizado no exterior é suficiente para caracterizar o *status* de brasileiro nato, enquanto a residência no país, acrescida de registro, não é suficiente e pede a opção pela nacionalidade brasileira?”.

De fato, havia certa disparidade nas exigências contidas na mesma alínea constitucional. Na primeira hipótese, para que adquirisse a nacionalidade, bastava o registro em “repartição brasileira competente”; no segundo caso, seria necessário que o indivíduo viesse residir, fizesse um “registro provisório” e se submetesse a um procedimento judicial perante a justiça federal (BRASIL, 1988, Art. 109, X).

Em revisão constitucional efetuada em 1994, o legislador constituinte suprimiu a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira pelo simples registro perante autoridade diplomática ou consular (BRASIL, 1994)⁸. Para cerca de 200 mil filhos de brasileiros que nasceram em países cujo único critério para atribuição originária de nacionalidade é o *ius sanguinis* (GALVÃO, 2007, p. C1), como é o caso da Suíça ou do Japão, isso significaria a apatridia.

Isso só não ocorreu porque o Executivo e, posteriormente, o Judiciário, consideraram que tais indivíduos seriam brasileiros até a maioridade; a partir de então, sua condição de brasileiro nato ficaria suspensa, até que se fizesse a opção (JOBIM, 1994, p. 36).

⁸ Obviamente, nos termos do art. 12, I, “b”, da CF/88, tal exigência não se aplicava e nem se aplica aos filhos de brasileiros que estejam no exterior a serviço da República Federativa do Brasil.

O problema da apatridia foi, dessa forma, postergado para 2012, quando se tornariam maiores esses filhos de brasileiros nascidos após a mudança do artigo 12, I, “c”.

Antes, porém, um pequeno mas vigoroso grupo de pressão se mobilizou e conseguiu fazer com que o Congresso modificasse novamente o texto constitucional. Essa alteração – consubstanciada na emenda constitucional nº 54 – combinou o que havia de mais favorável nos textos anteriores. Além de novamente se permitir a concessão de nacionalidade por meio do registro em “repartição brasileira competente”, manteve-se a possibilidade de outorga de nacionalidade “a qualquer tempo”, sem a exigência que constou da primeira redação de “residência no Brasil antes da maioridade”.

Podem parecer contraditória a exigência de que a opção seja feita depois da maioridade com a expressão “a qualquer tempo”. Trata-se, na verdade, de incorporação à norma de posicionamento que já estava consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): a aquisição de nacionalidade é uma decisão personalíssima, que não poderia dar-se por meio da assistência ou da representação, mas apenas depois de alcançada a maioridade.⁹

Tal exigência leva a uma indagação: não é uma incoerência que se possa fazer o registro de um menor e assim atribuir-lhe a nacionalidade brasileira, mas que não se possa fazer a opção, por meio de assistência ou representação, perante juiz federal, para se obter o mesmo resultado?

⁹ Nesse sentido, ver, por exemplo, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 418.096-1/RS, no qual se afirma: “A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade” (SUPREMO..., 2007). Ver ainda Recurso extraordinário nº 415.957/RS (2005). Essas decisões estão disponíveis em: <<http://www.stf.org.br>>.

A Emenda Constitucional nº 54 não repetiu, simplesmente, o problema que se observou na primeira redação da CF/88, de dar ao registro no exterior um valor maior do que ao mesmo ato no Brasil; agravou-lhe, ao adicionar mais uma imposição.

O último ponto que analisaremos é a adequação do critério de atribuição de nacionalidade aos filhos de brasileiros pelo simples registro em repartição consular. Seria tal solução a mais apropriada ou a mais conveniente? Estaríamos, aqui também, nos distanciando do princípio da efetividade?

Iniciaremos a resposta pela segunda indagação, com a descrição de uma situação hipotética: João, filho de brasileiros, nascido na Suíça, onde foi registrado em repartição consular, casa-se com Maria, que se encontra em idêntica situação. João e Maria nunca vieram ao Brasil; não falam português; vivem e trabalham na Suíça. Parafraseando a Corte no caso *Nottebohm*, poderíamos perguntar: estaria João (ou Maria) mais intimamente ligado, pela sua história, estabelecimento, interesses, atividades, laços familiares e intenções quanto ao futuro próximo, ao Brasil do que a qualquer outro Estado? Deve-se considerar ainda que, se Maria e João continuarem a residir na Suíça e ali tiverem filhos, eles terão também de obter a nacionalidade brasileira, para não serem apátridas. Estarão os filhos de João e Maria, em princípio, mais ligados ao Brasil do que a qualquer outro Estado?

A resposta negativa implica o reconhecimento de que a saída adotada pelo legislador brasileiro preconizou o formalismo em detrimento da efetividade. Uma solução que privilegiasse a efetividade não dependeria do Brasil, mas sim de alterações legislativas em alguns poucos Estados que adotam apenas *jus sanguinis*, de forma que se contemplasse, ainda que apenas em caráter excepcional, a aquisição de nacionalidade através do *jus solis*.

O problema é que o que seria a solução mais lógica e coerente não é factível. A doutrina jusinternacionalista considera a

adoção do critério de *jus sanguinis* (e apenas dele), para aquisição de nacionalidade, perfeitamente compatível com o Direito Internacional (BROWNLIE, 1963, p. 302-303). A adoção de *jus solis* em países que, na atualidade, não o fazem perpassaria por uma (improvável) superação de tradições, nacionalismo e até xenofobia.

Nesse contexto, a solução adotada pelo legislador brasileiro é a que melhor garantirá o “direito à nacionalidade” estabelecido no artigo 15¹⁰ da Declaração Universal de Direitos Humanos, para considerável número de filhos de emigrantes brasileiros.

3. Considerações finais

Em suma, a Emenda Constitucional nº 54 trouxe um ponto positivo e outro negativo. Esperamos que uma quarta redação do artigo 12 da CF/88 extirpe a exigência de opção, tornando o registro no Brasil tão valioso quanto o registro, no exterior, em “repartição brasileira competente”.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Duas questões controvertidas sobre o direito brasileiro da nacionalidade. In: DOLINGER, Jacob (Org.). A nova constituição e o direito internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. A nacionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 109, X. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2008.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 3, de 7 de junho de 1994. Altera a alínea “c” do inciso I, a alínea “b” do inciso II, o § 1º e o inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/ecr3.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

¹⁰ Dispõe o artigo 15(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução nº 217 da AGONU): “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 54, de 20 de setembro de 2007. Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc54.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

BROWNLIE, Ian. Principles of public international law. 5 ed. Oxford: OUP, 1998.

_____. The Relations of nationality in Public International Law. British Yearbook of International Law. v. 39, p. 284-364. Londres, jan. 1963.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Interhandel case: judgement of March 21, 1959. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

_____. Nottebohm case: (second phase). Haia: I.C.J. Reports, 1955. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALVÃO, Vinícius Queiroz. Lei deixa 200 mil filhos de brasileiros no exterior sem pátria. Folha de São Paulo. 20 maio 2007. p. C1.

JOBIM, Nelson. Relatoria da revisão constitucional. Brasília: Senado Federal, 1994. t. 1.

OPPENHEIM, Lassa. International law: a treatise. (Peace, v. I). Londres: Longmans, Green and Co, 1905.

POSENATO, Naiara. A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais. Ijuí: Unijuí, 2002.

SUPREMA Corte Americana. Perez v. Brownell, 356 U.S. 44. 1958. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=356&invol=44>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

SUPREMO Tribunal federal. Recurso extraordinário nº 415.957/RS. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.org.br>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

_____. Recurso extraordinário nº 418.096-1/RS. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.org.br>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

TRIBUNAL Permanente de Justiça Internacional. Acquisition of polish nationality. Leiden: Sijthoff, 1923. Série B.

_____. Mavrommatis palestine concessions: preliminary objections. Leiden: Sijthoff, 1924. Série A-2.

Filiação jurídica, biológica e socioafetiva

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. O Supremo Tribunal Federal. 2. Os tribunais estaduais. 3. O Superior Tribunal de Justiça na primeira década de sua existência. 4. Evolução do STJ e suas influências. 5. O respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. 6. A nova era da socioafetividade: A) Introdução; B) Doutrina; C) Jurisprudência: I - Tribunais estaduais; II - Consagração pelo STJ. 7. Conclusões: A) Filiação jurídica e filiação biológica; B) Filiação socioafetiva.

1. O Supremo Tribunal Federal

Na época que precedeu à criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência para julgamento de matéria infraconstitucional, proferiu reiteradas decisões reconhecendo a decadência do direito exclusivo do marido de contestar a paternidade do filho de sua mulher. Reconheceu o caráter exclusivo do marido e a decadência desse direito em curtíssimo prazo, nos termos dos artigos 344 e 178, §§ 3º e 4º, do Código Civil de 1916. Tudo em homenagem ao instituto do casamento civil e em defesa da honra da mulher casada, que não poderia sofrer tal constrangimento senão por iniciativa do próprio marido. A única abertura admitida pela Suprema Corte à tese da decadência foi a ocorrência de separação de fato do casal, durante o tempo em que tornasse notória a impossibilidade de o filho ser do marido.

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil (UFMG).

O STF consagrou, pois, a prevalência da filiação jurídica, legítima ou presumida, na esteira do Código Civil referido.

Eis alguns exemplares desses julgados, nas décadas de 1950 a 1980:

“Deixa de ser investigável pelo filho a paternidade ainda em frente ao DL 4.737, conforme decidiu este Tribunal em vários arestos. A presunção *pater est* cessa se o marido lograr êxito na negatória de paternidade, nos termos dos artigos 344, 345 e 178, §§ 3º e 4º, do CCB. O artigo 1º da Lei 883 não revogou o Código e não podia contrariar a sistemática consagrada, dadas as concepções em torno do conceito legal de família. A presunção é homenagem constitucional à constituição do casamento (Josserand)” (RE 36.814, de 8.05.55, 1ª Turma).

“Muitas vezes sentenciou o STF que continua em vigor o artigo 344 do Código Civil (só o marido pode contestar a legitimidade do filho de sua mulher)” (Repert. Jurispr. CC, Max Limonad, 2ª Turma, 27.06.58, art. 344).

“O artigo 6º da Lei 883 dispôs: ‘Esta lei não altera os Caps. II, III e IV do Livro I, parte especial, do CC (337 a 367), salvo o art. 358’. Logo, não alterou o artigo 344. Jamais se pensou em tamanho abalo à instituição da família e que a honra das mulheres casadas ficasse exposta ao aventureirismo e ganância dos inescrupulosos, empenhados em arrebanhar uma herança polpuda. A família legítima é o centro ético da sociedade (Caió Mário, com remissão à doutrina de grandes civilistas). A tese da imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade vigorou no tempo de Lafayette, porque não tínhamos lei a respeito; não após o CC (art. 178, § 3º). Não se confunde a ação de investigação de paternidade, realmente imprescritível, com a ação negatória,

típica do pai que se insurge contra a paternidade que lhe é atribuída. A ação foi proposta em agosto de 1973, enquanto a filha cuja paternidade é contestada nasceu em 1946. Caso típico de decadência, que tem por fim limitar no tempo o exercício de um direito, diante de um interesse superior. Não conheço do recurso.” (RE 88.370-3, 2ª T., unânime, em 23.04.79. RT 527/244).

“O Sr. Min. Moreira Alves: Pelo Código Civil, nem o pai, se deixar escoar o prazo de decadência, poderá contestar a paternidade. O STF tem admitido tal tese, quando fica demonstrado que houve separação absoluta de fato durante todo o período que vai da concepção ao nascimento.” (RE 80.805-PR, RTJ 78/534).

“O STF tem admitido a investigação, quando o pai presumido, embora sem propor a ação específica, repudia a paternidade por forma inequívoca; e, ainda, quando a concepção teve lugar durante a efetiva separação do casal.” (RE 80.751-RJ, 1ª T. 2.12.75, RTJ 80/565).

“A jurisprudência se consolidou neste STF, no sentido de que, em casos excepcionais, é de admitir investigação de paternidade de filho de concubina que, conquanto casada, estava separada de fato do marido havia muitos anos.” (RE 46.135, 51.269, 55.696, Agr. 29.411, AR 608).

2. Os tribunais estaduais

No mesmo período e até posteriormente, os tribunais estaduais decidiram conforme os ditames do STF, resguardando os interesses superiores do casamento civil, da família legítima e da mulher casada. Preservaram o que consideraram os fundamentos éticos do artigo 344 do Código Civil até mesmo contra a verdade biológica, nos primeiros tempos desta. Vejamos essa jurisprudência:

TJSP:

“Na espécie, a lei ordinária está em inteira consonância com a regra constitucional, que coloca a família constituída pelo casamento sob a proteção dos Poderes Públicos (art. 167, CF). Como observa Clóvis, contestar a legitimidade do filho envolve a acusação de adultério por parte da mulher, e não permite a ética jurídica que alguém atire essa nódoa à honra da mulher casada, senão o seu próprio consorte.” (CCRR., Rec. Revista 143.816, RJCC, Max Limonad, n. 1583).

“Mulher separada do marido por muitos anos. Filhos havidos em concubinato com outro homem. Situações que conduzem à convicção de que os filhos nascidos da mulher separada não são evidentemente do marido.” (4ª CC, Ap. 197.795, RT 436/87).

“Negatória de paternidade. Ilegitimidade *ad causam*. Ação privativa do marido. Hipótese em que este não contestou a legitimidade do filho em vida. Carência decretada. É ato privativo do marido a contestação da legitimidade do filho em vida. Aplicação do art. 344 e inteligência do art. 348 do CC. É ato privativo do marido a contestação da legitimidade dos filhos havidos por sua mulher.” (4ª C., Ap. 101.166-1, 25.08.88, RT 637/63).

“Ilegitimidade de parte. Investigação de paternidade. Contestação de filiação legítima por quem não é marido. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 344 do CC.” (5ª C., Ap. 177.512-1, 22.10.92, RTJESP 140/66).

“Ação de investigação de paternidade – Filho legítimo de outro casal. Reconhecimento de outra filiação paterna, baseada em nulidade de registro civil. Necessidade de prévia impugnação desse registro até quatro anos após a

maioridade ou emancipação. Art. 348 do CC c/c o art. 362 do mesmo diploma. Prescrição ocorrente. Carência da ação investigatória. Processo extinto. Recurso provido para esse fim.” (AI 90.051-1, 3ª C., rel. des. Toledo César, RJ 141/180).

TJMG:

“Sendo indubitosa a separação de fato dos cônjuges à época da concepção, viável a ação investigatória de paternidade *a matre*.” (1ª CC, Ap. 42.735, 16.02.76, RF 258/275)

“Investigação de paternidade – Filiação adulterina *a matre* – Precedentes jurisprudenciais – Hermenêutica – Deve-se admitir a investigação da paternidade mesmo em se tratando de mulher casada, com dispensa de prévia ação negatória de paternidade, desde que o pai presumido tenha repudiado de forma inequívoca a paternidade, ou quando o esteja efetivamente separado. Ao julgador incumbe dar à lei interpretação valorativa e construtiva, ajustada à multifária realidade da vida.” (Ap. 68.829, rel. des. Sálvio Figueiredo, RJM 31/87).

“Negatória de paternidade. Coabitação do casal à época da concepção. Presunção da paternidade do marido. Adultério da mulher. Não elisão. O adultério da mulher não elide a presunção da paternidade se, à época da concepção do filho, o casal vivia sob o mesmo teto.” (Ap. 37.703-6, 3ª CC, rel. des. Lúcio Urbano, 30.03.95, JM 134/153).

“Paternidade – Desconstituição de registro civil. Impossibilidade jurídica do pedido. A legitimidade do filho havido na constância do casamento torna-se incontestável, ainda que não o seja na realidade, se à época do casamento o marido tinha conhecimento do estado de gravidez da mulher e se, pessoalmente, assistiu à lavratura

do termo de nascimento da criança, pois o contrário significaria revogar a declaração de paternidade efetuada quando do nascimento e lavratura do respectivo termo. A paternidade jurídica é imposta independentemente da biológica, não importando, para o direito, se o marido é o responsável pela geração do filho, desprezando-se a verdade real para que se atenda à necessidade de estabilização da sociedade e à segurança das relações jurídicas." (AI 22.172-1, rel. des. Bady Curi, 13.08.91, JM 115/119).

TJRJ:

"A verdade legal, informada por superiores propósitos de proteção à família, sobrepõe-se à verdade real. O fundamento ético do art. 344 do CC." (1º Gr. CC, Embargos Infrings, na Ap. 1.658, RT 509/239).

3. O Superior Tribunal de Justiça na primeira década de sua existência

Sobreveio o Superior Tribunal de Justiça, com a competência soberana infraconstitucional, como Tribunal da Federação. Para comemorar sua primeira década de existência (1989/1999), essa Corte Superior publicou uma seleção de julgados sob o título "10 anos a serviço da Justiça", v. IV, Jurisprudência, com referência a quatro decisões sobre filiação e investigação de paternidade. No acórdão publicado nessa seleção, às fls. 234/244 do v. IV, no REsp 83.685/MG, constam as seguintes partes que mais interessam ao tema em debate:

"Ementa: No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei nº 8.069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade – legitimado que fora quando do casamento de sua mãe – não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem. Precedentes do STJ. Voto: o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar (Relator):

O Superior Tribunal de Justiça já em três oportunidades manifestou-se, através das duas Turmas da egrégia Segunda Seção, a respeito da prescristibilidade da ação de impugnação de reconhecimento de filho menor, sempre exigindo a propositura da ação no prazo de quatro anos, a contar da maioridade do perfilhado:

"A ação para impugnar o reconhecimento filial é prescristível, *ex vi* do disposto nos artigos 178, § 9º, inciso IV, e 362 do Código Civil, exceção legal ao princípio da imprescristibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas" (REsp nº 1.380/RJ, 3ª T., Rel. Min. Gueiros Leite, j. em 6.03.90).

"A norma do artigo 178, § 9º, VI, do Código Civil implicou exceção ao princípio da imprescristibilidade das ações relativas ao estado das pessoas." (REsp n. 19.244/PR, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 3.03.93).

"O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro de quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso *in albis* – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido." (REsp n. 38.856/RS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 21.06.94).

A ementa do acórdão supra fala em regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei 8.069/90 (ECA). *Quid juris*, se se considera que o art. 362 do Código de 1916 veio a ser repetido, literalmente, pelo art. 1614 do Código de 2002?

No mesmo ano de 1997, o STJ reconheceu outro tipo de decadência do direito de contestar a paternidade, nestes termos:

“Ementa: Ação negatória de paternidade cumulada com cancelamento de registro civil – prazo de decadência. I – Prescreve em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 178, § 3º, do Código Civil). Consoante a melhor doutrina, se o marido, antes de se casar, tinha ciência da gravidez da mulher e, apesar disso, contraiu casamento, o seu ato deve ser interpretado como uma tácita confissão de que o filho é seu e, portanto, legítimo para todos os efeitos. II – Recurso não conhecido. Acórdão: Por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial.” (REsp 89606/SP, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14.04.97 e publ. DJ 09.06.97 p. 25534).

A ação referida só veio a ser considerada imprescritível pelo artigo 1601 do novo Código Civil, em 2002, com críticas gerais.

4. Evolução do STJ e suas influências

Em 1998, no REsp 140579, o STJ evoluiu para admitir a ação declaratória de inexistência de filiação legítima (subterfúgio encontrado para acolher a negatória de paternidade por via inversa), por comprovada falsidade ideológica, por meio do DNA. A presunção de filiação legítima seria *relativa*.

Em 1999, no REsp 194.866/RS, a egrégia 3ª Turma, sob o relatório e voto condutor do Min. Eduardo Ribeiro, proferiu decisão unânime com a seguinte ementa:

“Paternidade. Contestação. As normas jurídicas hão de ser entendidas

tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, restrinja-se às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, artigo 178, § 3º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa.”

Em 2002, no REsp 139.590, a mesma Corte Superior decidiu que o marido pode propor a ação negatória de paternidade ainda que ultrapassado o prazo do art. 178, § 3º, do CC se, realizado o exame de DNA, a inexistência do vínculo genético restou comprovada.

Ainda em 2002, no REsp 435.868, sendo relatora a Min. Nancy Andrighi, a mesma Corte proclamou, com suporte em precedentes, ser “imprescritível o direito ao reconhecimento do estado filial exercido com fundamento em falsidade do registro”. Acrescentou, em seu voto, que: “antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, vigorava em nosso ordenamento jurídico exceção à regra da *imprescritibilidade* desse direito, positivada nos arts. 178, § 9º, VI, e 362 do CC”. Resalva, porém, com suporte em precedentes, que os textos se aplicam tão-somente ao *filho natural*, no exercício de seu direito a

impugnação por mero *ato de vontade*. Não alcança as ações intentadas pelo filho legítimo ou natural com fulcro na *falsidade* do registro.

No mesmo sentido foi a decisão proferida no REsp 440.119, relator o Min. Castro Filho.

Também em 2002, no REsp 440.394, houve decisão afastando a decadência, com duas novidades que merecem registro: a) tratava-se de ação negatória movida pelo companheiro em união estável; b) a negatória somente foi acolhida diante da inexistência de pressupostos que justificassem a preservação dos laços afetivos. Foi a socioafetividade aflorando na jurisprudência do STJ, como caráter essencial da filiação.

As decisões posteriores seguiram a mesma trilha: em 2003, no REsp.139.118 e no REsp 208.788; em 2005, no REsp 485.511; em 2006, no REsp 765.479; e em 2007, no REsp 878.954 – nos quais se liberou a negatória, a contestatória ou a investigatória de paternidade por vício do consentimento ou falsidade ideológica, sob as influências progressivas das separações de fato do casal, das comprovações pelo exame de DNA, dos princípios da dignidade e da igualdade consagrados pela Constituição cidadã de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 27), que passou a considerar o reconhecimento do estado de filiação direito imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição. Finalmente, o art. 1.601 do novo Código Civil considerou imprescritível a ação do marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, de forma ampla e sem ressalva, pondo em conflito, tantas vezes, filhos biológicos e socioafetivos e gerando debates, até nas novelas, sobre a filiação real, diante das circunstâncias da vida familiar. O novo texto fez renascer a polêmica, na doutrina e na jurisprudência, sobre o caráter essencial da filiação, que resulta da convivência e dos laços afetivos e sentimentais impostergáveis.

5. O respeito ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito

Não obstante a evolução legal e jurisprudencial ocorridas no âmbito da filiação e seus efeitos, não podem passar despercebidas as consequências do conflito de leis no tempo. O efeito imediato das leis não se confunde com a retroatividade das mesmas. As leis novas não podem regular o passado. Devem respeitar as situações jurídicas constituídas e estabilizadas sob o império das leis vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição federal e ao artigo 6º e parágrafos da LICC. Os direitos decaídos não podem renascer como cadáveres ressuscitados. A propósito, decidiu o TJSP:

“Direito adquirido, decorrente de ato jurídico praticado sob lei anterior – Irretroatividade da lei nova. O ato de registro de nascimento datava de 1934, quando a ninguém era lícito vindicar estado contrário ao resultante do registro. E, posteriormente, com a alteração do texto do art. 348 CC, não se reabria o ensejo de fazê-lo aos já registrados, que gozavam, nesse tempo, da posse de estado de filho, como observa o Des. Prado Fraga, em acórdão do egr. 2º Grupo de Câmaras Cíveis deste Tribunal (RT 205/146), tendo em conta o direito adquirido, resguardado pelo dispositivo anterior. Não seria admissível alterá-lo por lei subsequente, “sem que haja retroatividade” (ROUBIER, *Les conflits des lois*, v 1º, p. 453)” (Ac. da 3ª CC TJSP, Ap. 79.058, RT 262/268).

6. A nova era da socioafetividade

A) Introdução

A filiação passou por três fases ou etapas: filiação jurídica, legal ou presumida do Código Civil de 1916; filiação biológica, científica ou instrumental decorrente da

evolução tecnológica; e filiação socioafetiva, cultural e finalística moderna. Esta última é que abriga a verdade real ou psico-sócio-afetiva. Filiação sem cultivo, convivência e assistência, sem afeto e amor é como casamento formal ou registral sem união estável. A afetividade é tão substancial à filiação que a adoção ou filiação civil tem nela seu fundamento, suporte e objetivo.

Pode ocorrer, eventualmente, que a filiação biológica identifique uma criança arrebatada criminosamente de seus pais, inclusive na maternidade, causando-lhes sofrimento e angústia, como no rumoroso “caso Pedrinho”, em que o próprio filho, já adolescente, reconheceu o ato insano de sua mãe registral (condenada pelo seqüestro) e optou pela paternidade biológica, com a cobertura legal.

Pode ocorrer, ainda, como na hipótese julgada pelo STJ em 17.05.2007, no REsp 833.712/RS, em que “o investigado, de tradicional família da região, manteve relações sexuais com a investigada, que trabalhava para os pais dele, do que resultou a gravidez e o nascimento do investigante. Para evitar boatos a respeito do ocorrido, foi a investigada obrigada a afastar-se da família do investigado, sendo levada a entregar a criança para o casal que a acolheu e a registrou como se filha fosse”. E prossegue o julgador: “O vínculo sócioafetivo deve advir de ato voluntário dos pais que registraram a criança. Na espécie houve um ‘arranjo’ ao ser a investigante enviada aos pais registrais, para que não fosse maculada a imagem de ‘bom moço’ do investigado, pertencente a família de relevo na sociedade local, tendo sido a mãe acuada e obrigada a entregar a filha.” O caso é semelhante à famosa novela “o direito de nascer”, que emocionou a todos nós e provocou reação generalizada. E concluiu o colendo STJ:

“Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar

conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura.”

E ainda lançou uma regra de hermenêutica:

“Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.”

(REsp 833712/RS, ac. un. da 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 04.06.2007).

Não menor é o choque e a dor moral dos pais e irmãos afetivos que, após longa convivência com um “filho e irmão”, este, sem ter sido vítima de ato ilícito como o de Pedrinho, ou de orgulho e usurpação como na novela e no precedente *supra*, arrisque-se na aventura de procurar outro pai fora do lar, discriminando e repudiando seus pais e irmãos, com desprezo do afeto e da gratidão e somente por ambição de herança, desde que já nem careça de alimentos.

B) Doutrina

A filiação socioafetiva ou desbiologização da paternidade tem por defensores eminentes juristas e filósofos do direito, como se pode conferir.

Rosana Fachin (2002, p. 63), desembargadora e doutora em Direito de Família no Paraná, adverte:

“A paternidade dos laudos. Inicialmente ressalto a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade por meio do exame de DNA. Sem embargo dessa importante contribuição, é preciso equilibrar a verdade sócio-afetiva com a verdade de sangue, pois o filho é mais que um descendente genético, devendo revelar uma relação construída no

afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica deve dar lugar à verdade do coração; na construção de uma nova família, deve-se procurar equilibrar estas duas vertentes: a relação biológica e a relação sócio-afetiva.”

Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p. 245-253), da Universidade de São Paulo, pontifica:

“Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade (...) A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares (...) A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética (...) O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto (...) O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macro-princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) (...) O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.”

Luiz Edson Fachin (2004, p. 74), professor titular de Direito Civil da UFPr, em seus “Comentários ao novo Código Civil”, com a autoridade e experiência de civilista, proclama:

“... como bem se reconhece, a paternidade, mais do que ato de procriação, é fato cultural. A procura pelo vínculo biológico é um meio de melhor alcançar a dignidade humana do filho, uma vez que não existam vínculos socioafetivos suficientes para superar o dado genético em razão do amor. Não há, a rigor, fórmula geral e abs-

trata capaz de compreender a gama de situações humanas que se vertem em demandas sobre a paternidade e litígios concernentes aos filhos na separação e no divórcio. O Direito administra possibilidades num campo recheado de complexidade.”

E prossegue:

“A aplicação do art. 1.604 sofre correta adequação jurisprudencial, do que se toma como exemplo o seguinte pronunciamento: ‘Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como *adoção à brasileira*, não é admissível que, passados mais de 50 anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia. Se a declaração foi, como se alega, inverídica em relação ao fato da geração, não o foi quanto à manifestação da vontade de criar com a pessoa registrada um vínculo de parentesco, que é, no caso, o parentesco civil de fato, cuja natureza nem mesmo a inobservância dos ritos legais poderia descaracterizar.’ (TJRJ – 14ª C. Cív. – Rel. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira). Eis aí exemplar correto e elogiável dessa nova direção”,

comenta o professor, na página 95 de seu livro citado. E nós acrescentamos que, no caso, não houve crime de seqüestro de criança, nem “arranjo” para “preservar a honra” de um filho que engravidou a empregada. O registro foi ato voluntário, sem prejuízo para qualquer das partes ou de terceiro. Antes beneficiou a todos.

E completa o douto professor Fachin (2004, p. 97):

“A paternidade deve, portanto, ser vista como algo que é construído,

como a relação que se estabelece entre dois seres humanos que aos poucos vão-se conhecendo, criando liames de identidade, admiração e reconhecimento. É este, pois, o vínculo que deve ser prestigiado para se estabelecer a verdadeira paternidade (Juíza da 1ª Vara de Família de Petrópolis)“.

E que *reconhecimento* é esse, de uma filha adotada que procura outro pai, depois de conviver com um por meio século! Deve ter sido à procura de herança de pais biológicos, como se fora um prêmio de loteria...

Poderíamos prolongar nas citações. Mas vamos encerrar com Maria Christina de Almeida (2002), professora e autora de Direito Civil no Paraná, em duas eloqüentes passagens de sua publicação:

“A Constituição Federal de 1988 foi, efetivamente, um divisor de águas no que concerne aos valores da família contemporânea brasileira. A iniciar pelo art. 1º, III, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, somado ao art. 3º, I, do mesmo diploma legal, que consagra o princípio da solidariedade, parte-se rumo ao fenômeno da repersonalização das relações entre pais e filhos, deixando para trás o ranço da patrimonialização que sempre os ligou para dar espaço a uma nova ordem axiológica, a um novo sujeito de direito nas relações familiares e, até mesmo, a uma nova face da paternidade: o vínculo socioafetivo que une pais e filhos, independentemente de vínculos biológicos.”

E conclui:

“É fato que o elo biológico entre pais e filhos não é suficiente para construir uma verdadeira relação afetiva paterno-filial. Basta verificar nas demandas de paternidade que, muitas vezes, o filho *conhece* seu pai por meio do DNA, mas não é *reconhecido*

por ele por meio do afeto. Em outras palavras, a filiação não é um dado ou um determinismo biológico, ainda que seja da natureza do homem o ato de procriar. Em geral, a filiação e a paternidade sociais ou afetivas derivam de uma ligação genética, mas esta não é suficiente para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais. É necessário construir o elo, cultural e afetivo, de forma permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo cultivo dos sentimentos, dia após dia.

Tais reflexões demonstram que se vive hoje, no Direito de Família contemporâneo, um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais de um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade não seja, *antes de tudo*, biológica.

No entanto, o elo entre pais e filhos é, *principalmente*, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o elo biológico.

Disso resulta que, neste terceiro Milênio, quando a família assume o perfil de núcleo de afetividade e realização pessoal de todos os seus membros, paralelamente à paternidade biológica sem afeto, a posição de pai é assumida mesmo na ausência de filhos biológicos.”

A doutrina aponta três requisitos da paternidade socioafetiva: *o nome, o trato e a fama*. O filho que usa o nome do seu pai socioafetivo por longo tempo já tem no seu registro a marca da sua identidade familiar. O tratamento recíproco entre pai e filho socioafetivos, dando e recebendo afeto, assistência, convivência prolongada e exclusiva, com transmissão de valores, constitui a exteriorização dessa paterni-

dade real e efetiva. E a fama consiste na aparência e notoriedade desse estado de filiação-paternidade perante os familiares, amigos, vizinhos e a comunidade.

C) *Jurisprudência*
I – *Tribunais estaduais*

TJRS

“A verdade biológica não se sobrepõe à relação paterno-filial havida por 28 anos, entre o investigante e seu pai registral. A paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como um fato biológico. Reconhecimento da filiação socioafetiva.” (Apel. 70008792087, 8ª CC, rel. Catarina Rita Kriegear Martins, j. em 23/09/2004).

“Se a parte já contava mais de trinta anos de idade ao ajuizar a ação e sempre soube da inexistência do liame biológico com os pais registrais, mas manteve com eles e com o irmão proveniente dessa relação estreito liame social e afetivo, descabe buscar a desconstituição do vínculo, tendo ocorrido de forma indelével a decadência do seu direito. Inteligência do art. 362 do Código Civil de 1916.” (Apel. 70011110327, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 04.05.2005).

“Caso em que, ao registrarem a investigante, os pais registrais fizeram uma ‘adoção à brasileira’. Ao depois, os pais registrais foram os pais socioafetivos da investigante. Verdade socioafetiva que prevalece sobre a verdade genética.” (Apel. 70010973402, 8ª CC, rel. Rui Portanova, j. em 04.08.2005).

“Não restou demonstrada a alegação de erro substancial no momento em que a paternidade foi registrada. Ademais, com o tempo, restou configurada a paternidade socioafetiva, que prevalece mesmo na ausência de vínculo biológico.”

(Apel. 70012504874, 8ª CC, rel. Rui Portanova, j. em 20.10.2005).

“Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível.” (Apel. 70012613139, 7ª CC, rel. Maria Benedita Dias, j. em 16.11.2005).

“EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação, transcorreram mais de onze anos. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível.” (Apel. 70012665444, 7ª CC, rel. Maria Benedita Dias, j. em 14/12/2005).

“EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO ACOLHIDA. HIPÓTESE DE DECADÊNCIA. É de ser acolhida a preliminar de extinção do processo em face da decadência. Decaiu o requerente do direito que possuía de impugnar a paternidade registral e ver reconhecida a paternidade biológica em 28.03.1988, quatro anos após atingir a maioridade. Assim, o ajuizamento da ação vinte anos depois de decorrido o prazo legal previsto para impugnar

a paternidade registral não pode ser admitido.” (Agravo de Instrumento 70015624828, 7ª CC, rel. Ricardo Rau-pp Ruschel, j. em 06/09/2006).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL QUE É MARIDO DA MÃE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. Cuida-se de parentalidade ficta, estabelecida a partir da presunção de paternidade do marido da mãe (*pater is est*), hipótese prevista no art. 1.597 do CCB. 2. Não há falar em erro como vício de consentimento se a relação de parentesco se forja por força de imperativo legal e ao longo de 25 anos houve a convivência da autora com o pai registral, encontrando-se o marido e mulher ainda casados. No caso concreto, coincidem a filiação noticiada no registro civil e aquela que se firmou na posse do estado de filho.”

(Apel. 70015797301, 7ª CC, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 13.09.2006).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO. PREPONDERÂNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA ESTABELECIDADA ENTRE A MENOR E O PAI REGISTRAL. 1. A moderna noção de família, fundada no afeto, não admite a preponderância absoluta da verdade biológica sobre a situação socioafetiva consolidada entre a investigante e o pai registral, o único que ela conhece e que muito a ama, que tem a sua guarda e é responsável exclusivo por todos os cuidados dispensados à menina desde os oito meses de vida. 2. Não há nenhuma vantagem em alterar o registro civil da menor para desconstituir a filiação socioafetiva, tirando dela um pai que, mesmo sabendo não possuir vínculo biológico, segue lhe amando, cuidando e protegendo, para atribuí-la

ao pai biológico, que, mesmo ciente do vínculo genético, já manifestou que não a quer como filha, tampouco desejando assumir as obrigações inerentes à paternidade.” (Apel. 70016894719, 7ª CC, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 29/11/2006).

“EMENTA. PEDIDOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO CUMULATIVAMENTE COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. OPOSIÇÃO DO PAI REGISTRAL. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. 1. Cabe apenas ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Inteligência do art. 1601 do CCB. 2. O filho maior pode impugnar o reconhecimento da sua filiação apenas dentro de quatro anos que se seguirem à maioridade civil, sendo totalmente descabida a ação se proposta quando o filho já contava 38 anos, é casado e inclusive já possui filho. Art. 1.614, CCB. 3. A anulação do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico, ou seja, coação, erro, dolo, simulação ou fraude, o que não se verifica quando se trata de uma declaração de paternidade feita pelo marido da mãe em relação a filho que foi concebido e nasceu na constância do casamento. 4. Mesmo que esteja ausente o liame biológico, pelo fato de a mãe do autor ter sido infiel ao pai registral, induzindo-o a erro, descabe desconstituir a relação jurídica de paternidade quando resta incontroversa a existência da filiação socioafetiva e o pai registral (e socioafetivo) não concorda com a desconstituição do registro civil.” (Apel. 70018883215, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 27/06/2007).

“EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DESCABIMENTO.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONSOLIDADA. 1. Embora a lei aponte o prazo decadencial no quadriênio, existe maciça orientação jurisprudencial afastando tal limitação temporal, motivo pelo qual, tendo sido enfrentado o mérito, cabia a extinção do processo com julgamento do mérito, superando-se a prefacial. 2. *Mostra-se flagrantemente descabida a investigação de paternidade com o propósito manifesto de obter herança do pai biológico, quando resta consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral há mais de 50 anos e que ainda persiste.*”(destaque nosso).

“VOTOS: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELOS CHAVES (Relator):

“... Assim, o efetivo exercício da posse de estado de filho resulta, primeiro, da declaração de paternidade e, segundo, do exercício dessa paternidade, o que conduz à indelével confirmação desse estado de família, que, como estado de família, tende à estabilidade e à universalidade. Ou seja, a relação parental estabelecida entre a autora e Vivaldino, que perdura há cinquenta anos, e se estendeu aos próprios descendentes da autora, deve-se perpetuar. É preciso ter em mira que a família é protegida de forma especial pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o Estado para que, dentro dela, as pessoas se mantenham protegidas na sua dignidade, recebendo as primeiras e mais importantes noções de vida social e também os preceitos morais que devem nortear as suas vidas. E admitir, nesse contexto, a investigação de paternidade pretendida implica valorizar mais do que o fato social, mais do que a afetividade, o ténue liame biológico, que de nada valeu durante toda a vida, para se justificar na troca de uma mera

vantagem econômica, resultante da herança. Para a autora, parece claro que, se o seu pai biológico de nada valeu enquanto vivo, talvez lhe sirva depois de morto, nem que, para isso, precise desconsiderar a figura daquele que foi sempre o seu verdadeiro pai, que lhe deu o amparo material e moral, bem como o suporte afetivo ao longo de mais de cinquenta anos... Se, enfim, são esses os valores cultuados pela autora, não podem ser os valores que a sociedade e o Estado devem tutelar.” (Apel. 70018890285, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 07/11/2007).

TJMG

“Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai.” (Apel. Cível 1.0512.04.023554-5/001, ac. un. da 7ª CC, de 06.03.2007, rel. Heloisa Combat, com suporte no REsp 440394, j. em 25.11.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Ementa: Ação de investigação de paternidade – Exame de DNA – Paternidade socioafetiva. Apesar do resultado do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter socioafetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem.” (Ac. un. na Apel 1.0105.02.060668-4/001, j. em 26.04.07, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

II – Consagração pelo STJ

RECURSO ESPECIAL Nº 878.941 – DF
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

“EMENTA: “RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELE-

VÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

– Merece reforma...

– O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência do vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

– OSTJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.” (Acórdão unânime da 3ª Turma, por decisão de 21/08/2007).

DO VOTO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

“... Buscando amparo em jurisprudência dissonante, a recorrente pretende que a relação sócio-afetiva mantida com aquele que acreditava ser seu pai, ou, em outras palavras, a posse do estado de filha produza efeitos jurídicos.

“... Assim como ocorreu na hipótese *sub judice*, a paternidade sócio-afetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta rea-

lidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos.

“É importante observar que o próprio ordenamento reconhece, em algumas hipóteses, a existência de vínculo jurídico de filiação mesmo quando ausentes quaisquer laços biológicos ou sanguíneos. Tome-se, por exemplo, a hipótese do art. 1.597, V, CC/2002. Foi estabelecido ali que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tal fato tenha contado com a expressa anuência do marido...

“A doutrina de Luiz Edson Fachin (1992, p. 169) com muita acuidade observa, nesse sentido, que ‘a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social’.

“Onde há dissociação entre as verdades biológica e sócio-afetiva, o direito haverá de optar por uma ou outra. Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Essa, me parece, foi a conclusão a que che-

gou o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o REsp 440.394/RS, 4ª T, DJ 10.02.2003:

‘Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai...’

“Não se pode olvidar que a relação *construída* ao longo dos anos entre pais e filhos permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família sócio-afetiva, o homem realiza-se com dignidade e plenamente.

“Por isso, se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato. Tomar como falsa a declaração de paternidade que não coincide com testes biológicos, sem maiores ponderações, é ver a realidade sob o prisma estritamente tecnicista, voltando-se as costas ao que interessa de fato para que as pessoas existam dignamente...”

“O reconhecimento da filiação sócio-afetiva pressupõe a ausência de vínculo biológico entre as partes que constroem uma relação familiar e se reconhecem como pais e filhos. Nesse sentido, os efeitos da decisão que reconhece a ausência de paternidade biológica não jogam uma pá de cal sobre a questão da filiação sócio-afetiva.”

CONCLUSÃO DO VOTO-VISTA DO MINISTRO CASTRO FILHO:

“De fato, o estado de filiação reconhecido merece prevalecer no caso concreto, uma vez que a relação como se de paternidade fosse existiu e se consolidou durante os vários anos de

convívio entre o declarante e a declarada. Tanto que, à falta de qualquer impedimento, poderia tê-la adotado. Com essas considerações, acompanhamento integralmente o voto-condutor e, para os fins nele consignados, dou provimento ao recurso especial.” (REsp 878941/DF, 3ª T., rel. Min Nancy Andrichi, j. em 21.08.2007).

Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 234.833-MG
RELATOR: MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, *IN CASU*, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1...

2...

3. *Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro status familiar, na medida em que o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o MP sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera ‘questão de conveniência’ do pai registral, como anotado na sentença primeva.*

4. 'O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...) Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos'.

CONCLUSÕES DO VOTO DO RELATOR:

"4. Por fim, ainda que os argumentos até aqui apresentados digam, tão-somente, com a validade, ou não, do ato de reconhecimento de paternidade, não se desconhece, por óbvio, a precedência dos princípios constitucionais da personalidade e da dignidade da pessoa humana, além da proteção conferida, pela Carta Maior da República, à família, à criança e ao adolescente, especialmente no que tange às questões ligadas à identidade afetiva entre pais e filhos, mesmo que não originada de descendência biológica.

"Apenas para ilustrar o atual estágio da doutrina nacional, traz-se a lume o magistério de Mauro Nicolau Júnior, que, em monografia voltada ao estudo do direito ao reconhecimento da paternidade em confronto com o instituto processual da coisa julgada, revela as profundas modificações, pelas quais vem passando a Ciência Jurídica, em face de novos paradigmas; *in ipsius verbis*:"

"Numa sensível progressão, vem o Direito, um tanto a reboque de outras ciências que lhe são afins, como a Sociologia e a Psicologia, resgatar o valor da relação afetiva entre as pessoas – e, no que interessa a esta pesquisa, de pessoas que se caracterizam como

pais e filhos. Para isso, há necessidade de se renunciar a uma situação até então considerada como necessária em prol da propalada "segurança jurídica" e da estabilidade das relações pessoais, consubstanciadas na certeza (ainda que não condizente com a realidade, por mais paradoxal que possa parecer) resultante do vínculo genético que conduz à afirmação da existência da filiação e da paternidade.

Esse desenvolvimento vem também sendo experimentado pelo incremento do estudo dos direitos da personalidade, propiciando a revisão do próprio Direito de Família, por tanto tempo relegado à condição de subdireito, agora voltado à tutela de cada pessoa humana que de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda (1971, p. 6) denominou 'um dos cimões da dimensão jurídica'. São dois universos distintos, pois o Direito de Família volta-se aos direitos e deveres das pessoas, hauridos do grupo familiar, e aos direitos da personalidade aos que dizem com a pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra pessoa ou com grupo. A origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas.

O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...) Daí é de se repetir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio exercido pelos avan-

ços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro, sem que com isso se pretenda minimizar ou retirar o enorme avanço que representou, para o Direito de Família, a possibilidade de se perquirir, com relativa certeza, sobre vínculos genéticos e biológicos, mas, de qualquer forma, sem que também possa ser elevado o exame de DNA ao status de determinante ou mesmo preponderante no estabelecimento e reconhecimento da própria existência de tais relacionamentos. Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos” (in *Paternidade e Coisa Julgada*. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2006, págs 118/119.)” (grifos do Relator)
(REsp 234833/MG, 4ª Turma, decisão unânime de 25/09/2007. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Relator).

7. Conclusões

A) Filiação jurídica e filiação biológica

Pelo Código Civil de 1916, os filhos eram legítimos (havidos sob o casamento civil e dentro dos prazos estabelecidos), legitimados (resultantes do casamento dos pais, após concebidos ou nascidos), ilegítimos (havidos fora do casamento), simplesmente naturais (havidos de pais solteiros ou equiparados), adulterinos (resultantes de adultério de um dos pais ou de ambos) e adotivos (filiação civil, não consanguínea ou socioafetiva).

Em função dessa variedade de relações de filiação, os problemas e conflitos daí resultantes foram variados e complexos: a) o reconhecimento voluntário e litigioso de filiação, suas restrições e conseqüências; b) as contestações de paternidade, suas causas, requisitos e efeitos; c) as adoções formais, informais ou registrais apenas.

A evolução científica abriu duas vertentes novas na filiação. Por um lado, ampliou as fontes da filiação e da própria vida humana, por meio da fecundação artificial homóloga e heteróloga, inclusive a criação de embriões humanos *in vitro* nos laboratórios, com aproveitamento imediato ou futuro, gerando grave polêmica filosófico-religiosa sobre a sua natureza, dignidade e proteção. A outra vertente foi a descoberta do DNA ou do código genético dos filhos, possibilitando o acesso à identidade científica de seus pais.

Evoluímos da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada. O conflito entre ambas tem gerado muitas disputas nas famílias e nos tribunais. O Código Civil de 1916, em defesa da honra e da paz familiar, consagrou a presunção absoluta de filiação legítima do filho concebido na constância do casamento (art. 338), atribuindo ao marido, privativamente, o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadencial de 2 a 3 meses, contados do nascimento (art. 178, §§ 3º e 4º). O STF sempre reconheceu a decadência desse direito, se não exercido pelo pai no prazo fatal. O STJ, nos primeiros 10 anos de sua existência, confirmou essa interpretação e só foi admitindo, gradativamente, o caráter relativo da presunção de filiação legítima diante de novos fatos e circunstâncias familiares, sociais, legais e até constitucionais, como foram: a) as separações de fato de casais e as novas uniões daí resultantes, gerando filhos notoriamente não legítimos do casamento civil apenas formal; b) a igualdade dos filhos de qualquer condição, proclamada pela Constituição de 1988 (art. 227, § 6º); c) a nova legislação que liberou a

ação investigatória de paternidade, com caráter imprescritível (ECA, 1990, art. 27); d) o próprio Código Civil de 2002, que, numa mudança de 180 graus, veio permitir ao marido contestar a paternidade dos filhos de sua mulher, em qualquer tempo (art. 1601). Deve ser ressalvada, contudo, a tese do ato jurídico perfeito ou consumado, decorrente dos filhos nascidos e não contestados na plena vigência do Código de 1916, sem a presença de qualquer das circunstâncias *supra*, a qual tem suporte no artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução e no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição, com vários precedentes judiciais. Mas, sobretudo, devem ser destacados, em matéria de negatória e investigatória de paternidade, os novos recursos do DNA ou prova genética de filiação, quando disponíveis. Apesar de sua extraordinária valia na pesquisa da verdade científica da filiação, o DNA não tem valor absoluto e decisivo em todas as circunstâncias, na determinação da verdade real e cultural da filiação, diante de determinadas circunstâncias e dos novos rumos e valores emergentes da filiação socioafetiva na vida moderna. É a nova virada da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Como disse o filósofo: “a verdade depende do homem e de sua circunstância.” (Ortega y Gasset).

B) Filiação socioafetiva

A filiação compreende as espécies jurídica, biológica e socioafetiva, cada qual com o seu conceito e efeitos, em função de variadas circunstâncias que irão ditar o predomínio de uma sobre as outras.

O Código Civil de 1916 valorizava a filiação jurídica ou presumida, que compreendia a legítima e a legitimada, com presunção absoluta de paternidade do marido que não a contestasse logo após o nascimento do filho; havia ainda a ilegítima ou reconhecida por uma das formas legais (voluntária ou litigiosa); e a adotiva ou civil ou não biológica, criadora de um vínculo cultural e socioafetivo.

A doutrina, a jurisprudência e a própria legislação posterior ao código facilitaram as ações negatórias da paternidade presumida e ensejaram as investigações de paternidade, diante de evidências de erros e falsidades ideológicas de registros civis e de provas evidentes de outras identidades biológicas. A evolução científica descobriu o código genético e trouxe a certeza da filiação biológica.

Mas a identidade real, embora parta do código genético e da filiação jurídica, não se resume nesses dois aspectos. Predomina hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças. Bem por isso é que a identidade biológica ou genética deixou de constituir panacéia para se tornar instrumento valioso na pesquisa da identidade real da pessoa, como fator de realização e não de desagregação da família.

O exemplo maior de predomínio da filiação socioafetiva está na adoção, forma de filiação jurídica, civil, artificial, não biológica, produzida, cultivada, construída, valorizada pelos laços de convivência e afetividade.

A tendência hoje dos tribunais, com apoio da doutrina, é supervalorizar a filiação socioafetiva, a ponto de fazê-la predominar no conflito com a biológica. Exemplo clássico de prevalência da biológica é a filiação resultante de crime ou de fraude, sobretudo o seqüestro de criança em maternidade e o seu registro por estranho; ou ainda o produto de concepção indesejada no seio de família orgulhosa, que doa a criança como objeto, para evitar escândalo envolvendo o filho ou a filha geradores, como na novela famosa e em

caso recente julgado pelo STJ (REsp 833712-RS, de 17.05.07), em que se recomendou ao julgador, em caso de conflito entre os vínculos biológico e socioafetivo, “atentar, de forma acurada, para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões”. O mesmo STJ assim julgou mais recentemente: “Como ocorreu na hipótese *sub judice*, a paternidade socioafetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos;” “... se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Essa foi a conclusão a que chegou o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o REsp 440394-RS, 4ª T, 10.02.2003: “Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai.” E conclui a Min. Nancy Andrighi: “Não se pode olvidar que a relação construída ao longo dos anos, entre pais e filhos, permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente

compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família socioafetiva, o homem realiza-se com dignidade e plenamente.” (REsp 878941-DF, j. em 21.08.2007).

Como na frase lapidar e tantas vezes repetida de Saint Exupéry no imortal “O pequeno príncipe”: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.”

Referências

ALMEIDA, Maria Cristina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belém. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. v. 18. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belém. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2. Fortaleza. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidade à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

Juristas e jornalistas

Impressões e julgamentos

Mônica Sette Lopes

“Vou tratar (...) do imenso romance do direito que se escreve ao longo dos séculos, que se enriquece dia a dia até constituir o texto mais extravagante, mais alucinante, mais fabuloso que há, com seus episódios formidáveis, com seus golpes teatrais, com seus retornos imprevisíveis. Romance-folhetim se ele o foi alguma vez, romance interminável que acompanha todas as mutações, todas as utopias, todos os fantasmas, todos os sonhos”.

(EDELMAN, 2007, p. 159)

O trecho acima está no início de um capítulo que se chama *A fábrica da realidade* (*La fabrique de la réalité*). É parte do não menos intrigante livro intitulado *Quando os juristas inventam o real* (*Quand les juristes inventent le réel: la fabulation juridique*). Ilustra um movimento, em relação ao direito, e, por isso, está na porta de entrada deste texto cujo objetivo é fazer um curto vôo por um cenário da titubeante contemporaneidade: aquele em que interagem o direito e o jornalismo. Para transpor esse espaço, é preciso vivenciar o grande romance que acompanha mutações, utopias, sonhos e fantasmas. Um romance-folhetim, cotidiano, interminável.

No mundo em que medos e dúvidas são plausíveis, pode-se começar com uma pergunta: se hoje a plena informação preside as relações humanas, será que os meios de comunicação de massa têm relevância ou interferem quando se trata de compreender ou de explicar os fenômenos

Mônica Sette Lopes é juíza da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG e Doutora em filosofia do direito.

jurídicos? Como se dá a intercomunicação entre esses dois subsistemas sociais que têm linguagem própria e que se apropriam da abertura cognitiva em relação ao sistema social total¹?

A questão central circunscreve-se à notícia, assim entendida a informação veiculada pelos meios de comunicação de massa. Mas refere-se, muito especialmente, a uma parte dela, que é o momento em que o direito impulsiona o noticiário.

A produção dos argumentos, versados na notícia, não é uma operação milagrosa ou automática. Eles são amoldados por pessoas que interpretam a realidade e que são atingidas por ela em campos aleatórios, que vão desde o conhecimento conceitual e/ou operacional do direito (que podem ter ou não) até o interesse e a ideologia. O que conforma o texto certamente abrange uma obviedade: o pensamento humano já foi claramente atingido pela certeza do condicionamento do intérprete dissecada pela hermenêutica do século XX.

Um *outdoor* com propaganda de jornal popular, vendido nos sinais de trânsito a R\$0,25, pode dar o tom do problema: “Notícia todo mundo pode dar. Informação mesmo, só no Aqui”. O jornal, que veicula a notícia ligeira, assume, como um valor seu, a qualidade da informação.

Há um escalonamento entre a notícia, a informação e o conhecimento. Pretende-se que a informação contenha uma análise menos superficial do que a enunciação da notícia, que é mero relato dos fatos². Na informação, haveria uma participação ou adesão mais completa do destinatário aos desdobramentos da mensagem, a um caráter mais analítico. Mas ela não pode se confundir com *conhecimento*. Robert Kurz (2002, p. 12) cuidou do tema em artigo publicado na Folha de São Paulo:

¹ Na raiz dessas colocações está, como se percebe, uma parcela da tônica luhmanniana. Cf. LUHMANN, 1996.

² Sob o prisma da historicidade e sobre as várias etapas da seleção de notícias, cf. KUNCZIK, 2002, p. 219-275 (o capítulo intitula-se A produção de notícias).

“Na verdade o conceito de informação não é, de modo nenhum, abarcado por uma compreensão bem elaborada do conhecimento. O significado de “informação” é tomado num sentido muito mais amplo e refere-se também a procedimentos mecânicos. O som de uma buzina, a mensagem automática da próxima estação do metrô, a campainha de um despertador, o panorama do noticiário na TV, o alto-falante do supermercado, as oscilações da Bolsa, a previsão do tempo... tudo isso são informações, e poderíamos continuar a lista infinitamente.”

A informação, portanto, é também o som jogado para o ouvinte-leitor com o imediatismo que não permite a reflexão. Desse intérprete não se espera mais do que a conduta passiva do recebimento da mensagem. Está a seu critério transformar a informação em conhecimento ou amontoá-la no rol de elementos esparsos que acumula no tempo. Ele posta-se diante da televisão ou do jornal-revista e recebe o que eles têm a oferecer sem o estímulo para se aprofundar. O efeito inicialmente suscitado pela oferta dos dados satisfaz e leva a uma reprodução automatizante, que se espalha pelas ruas.

A difusão da notícia faz com que os valores considerados não sejam necessariamente aqueles que possam levar ao conhecimento. Como dados da realidade do mundo da informação, estão, ainda, a urgência e a transformação da mensagem em produto. Por isso, o canal emissor dispersa-se por esferas de descontrolo. Se, por um lado, há uma presunção ou uma ideologia em torno da participação formadora da mídia, por outro, não se pode desprezar a pressão exercida por seus destinatários na demanda de determinada pauta. Isso se acentua, hoje, pela possibilidade direta do acesso e da emissão da informação-notícia pela *Internet*. Qualquer um pode se transformar num repórter pela facilidade que

a tecnologia oferece, para a construção da imagem pela fotografia e filmagem inclusive com celulares de fácil aquisição.

Formar *opinião*, desde a raiz grega, não significa formar *saber*. Intérprete de intérpretes, o público destinatário recebe os dados com o aporte de seus juízos e pré-juízos a partir de uma intervenção, cujos desdobramentos não são inteiramente mensurados. Há um deslocamento de ordem estética: qual é a notícia que as pessoas querem ouvir? Qual é a notícia que vai vender jornal ou aumentar a audiência dos programas vespertinos e dos noticiários da noite?

A história não é nova. O polêmico Carl Schmitt refere-se a ela ao comentar um livro de Arnold Clapmar de 1605 (*De Arcanis rerumpublicarum*). Ele está tratando dos *arcana* que fazem parte dos processos da ditadura (“no sentido de uma espécie de ordenamento que não depende, por princípio, do assentimento e da compreensão do destinatário e nem espera seu consentimento”) (SCHMITT, 1999, p. 43). Os *arcana* são certos “ardis, inclusive a astúcia e a fraude, para alcançar seu fim. Mas no Estado são sempre necessárias certas manifestações que suscitem a aparência de liberdade para tranquilizar o povo, isto é *simulacra*, instituições decorativas”. (Idem, p. 46)

A leitura de Carl Schmitt é sempre atordoante. Não há como menosprezar o fato de ele haver escrito *O führer protege o direito*³, em 1934, depois de uma fala de Göhring exigindo a adesão dos teóricos do direito aos atos de Hitler. A impressão que fica do exame de seus textos, que partem de uma pesquisa documental profunda, é de que ele constitui um exemplo dos riscos que se corre. Ele é alguém em quem se pode perceber toda a tragicidade das opções cotidianas (a potencialidade de ser ditador), como ele mesmo anunciava em suas obras. Quando se assume uma assimilação *acrítica* do autoritarismo, é difícil recuperar a essência da

³ (SCHMITT apud MACEDO JÚNIOR, 2001, p. 219 e ss.).

liberdade de pensamento e ação como bases da ética. Por isso, há uma meta-avaliação possível e necessária de sua obra.

A propaganda nazista ou a informação divulgada pela imprensa nazista coincidem precisamente com as idéias enunciadas na seqüência do texto acima referido:

“Aos *arcana imperii* pertecem, portanto, os distintos métodos empregados nas distintas formas de Estado (monarquia, aristocracia, democracia) para manter tranqüilo o povo; por exemplo, na monarquia e na aristocracia, uma certa participação nas instituições políticas, mas particularmente uma liberdade de expressão verbal e a liberdade de imprensa, que permitam uma participação ruidosa, mas politicamente insignificante nos acontecimentos estatais, além de uma visão inteligente da vaidade humana etc.” (SCHMITT, 1999, p. 46)

Não há nada de mais importante no exercício democrático do que a participação crítica, a impugnação construtiva das decisões, a manifestação do pensamento individual ou do grupo em relação aos vários temas que se colocam para a discussão pelas comunidades ou em qualquer escala do espaço público. Para isso, a liberdade de imprensa é veículo essencial, porque ela pode difundir conhecimento e instaurar bases sólidas para o processo dialógico da formulação de conceitos e de projeções concretas da diversidade nas práticas públicas.

Quando o Supremo Tribunal Federal abre o caminho para a manifestação direta dos vários setores da sociedade⁴ em relação a temas que comporiam os chamados *hard cases*, possibilitando a defesa de pontos de vista antagônicos, inaugura-se um lugar para a participação ampliada da sociedade no processo das decisões de alcance mais geral. Essa é sem dúvida uma etapa (nova) que merece o acompanhamento dos meios

⁴ Notadamente pela figura do *amicus curiae*.

de comunicação até para desvendar como se chega à decisão judicial na especificidade do conflito.

Não se trata, portanto, de rechaçar ou de limitar a liberdade de expressão, mas exatamente de possibilitar o seu exercício como essência mesmo da *liberdade*. No que concerne ao direito, deve-se, portanto, buscar os meios de acesso a cada detalhe que compõe a sua matéria prima, como um *fazer complexo*, e não apenas tramar uma imagem parcial dele. Isso significa a consciência da responsabilidade de possibilitar às pessoas mais do que a *participação ruidosa e politicamente insignificante*.

O alerta vem em várias passagens das obras de autores importantes do século XX, e entre eles está Umberto Eco (1998, p. 86):

“A informação difunde-se por inumeráveis canais autônomos, o sistema é acéfalo e incontrolável, cada um pode discutir com os outros, e não reage apenas emotivamente à sondagem em tempo real, mas mastiga as mensagens aprofundadas, que vai descobrindo aos poucos, tecendo relações e discussões mais elevadas do que tem sido a dialética parlamentar ou a vetusta polêmica jornalística”.

É aqui que se inicia uma tentativa de resposta às questões trazidas na abertura deste trabalho.

A obra dos juristas⁵ pode destinar-se à apreensão interna de dados instrumentais do direito, criando um subsistema fechado aos leigos. Tem esse caráter funcional. Há, todavia, uma demanda de que a comunicação atinja um auditório mais abrangente, principalmente no que concerne às decisões e às manifestações que interferem nos limites de conduta que lhes são compulsoriamente exigidos. Nele

⁵ O termo é usado em uma versão abrangente que alcança todos aqueles que têm habilitação formal para expressar argumentos em torno do direito de forma escrita ou oral (bacharéis em direito, juízes, advogados, promotores, procuradores, professores, teóricos).

encontram-se as partes ou os interessados diretos numa certa causa e, concomitantemente, toda a sociedade, como receptora potencial da mensagem sobre o que é o direito. Como pano de fundo, está o conflito e sua iminência, que são dados inerentes à humanidade.

O conflito é matéria-prima essencial para o trabalho jornalístico. É fonte de emoção. Atrai o imaginário coletivo. Suscita reação dos que querem construir uma sociedade mais pacífica e dos que não se preocupam com isso.

Talvez o caminho adequado recolha-se na idéia fundante de justiça como um *fazer* que não é de alguns, mas de todos. Pode-se tomar a linha básica da justiça como uma virtude que se realiza na ação cotidiana de cada pessoa em relação a todas as *outras*⁶ (ARISTÓTELES, 2002, p. 53-54). Ela não se exaure; exige cotidianidade e não está a cargo exclusivamente do Estado.

Há uma palavra que une especialmente as atividades de juristas e de jornalistas. Está no *Houaiss*, dividida em duas versões. Na versão de nº 1, a palavra *lide* indica luta, combate, mas tem acepção jurídica de “pleito judicial pelo qual uma das partes faz um pedido e a outra resiste; pendência, litígio”, do latim *litis*. Na versão de nº 2, ela indica “linha ou parágrafo que apresenta os principais tópicos da matéria desenvolvida no texto jornalístico; cabeça” e tem raiz etimológica no inglês com *lead*. As origens são diversas, mas elas se encontram na grafia e na fonética em português como conflitos registrados, condensados em palavras, anunciados em versão reduzida e direta.

Na sociedade da ampla informação, juízes julgam, mas os veículos de imprensa também conduzem sessões de julgamento, na informalidade com que submetem os conflitos à visão da opinião pública. Portanto, jornalistas, apresentadores de

⁶ Um retorno a Aristóteles pode dar a medida exata disso, especialmente no Livro I, em que explica o sentido ativo das virtudes na cidade.

rádio e televisão também fazem justiça. Ou injustiça.

Em uma obra em torno das várias formas de narrativa pelo direito (a das decisões, a das teorias etc.), Alejandro Nieto (2002, p. 288) ressalta o cuidado que devem ter os juristas com o modo como se expressam, dada a relevância que têm para transmitir conhecimento. E aponta os desvios a evitar:

“Hoje segue sendo importante, desde logo, a fanatização dos cidadãos para que suportem a guerra exterior ou o despotismo interno; mas talvez seja ainda mais importante fazê-los receptivos aos interesses dos vendedores, já que o mercado depende tanto da qualidade e do preço da produção como das práticas de *marketing*, e aqui se chegou a extremos inauditos que os clientes nem sequer suspeitam”.

Quando a justiça transforma-se em um objeto ou bem de consumo, é preciso um exercício dialético de confronto para dimensionar e enfrentar a ameaça de ela se submeter integralmente às práticas de *marketing*. Não há como depurar as questões de direito e mantê-las incólumes à força das intempéries de uma sociedade que é insaciável quanto às novidades – cada conflito constitui um manancial delas. Não há como apontar exclusivamente o lado monótono da técnica e dos conceitos como sendo o ponto essencial da atuação funcional do direito. Isso toma corpo na interação concreta da norma com as expectativas sociais construídas para a dinâmica operacional do direito. Juízes, advogados, promotores e procuradores passam para a linha de frente da visibilidade e a técnica jurídica mistura-se a uma outra técnica em que a imagem, formada a partir de uma representação que é instrumentalizada, tem uma importância fundamental.

Ainda que não se possa desprezar, do ponto de vista problemático da ciência do direito, que haja uma faixa de argumentação oral que atua na formulação normativa,

a publicidade, em versão escrita, é um dado inerente na expressão jurídica. Isso significa que ela pode ser vista, pesquisada e analisada em toda a sua extensão. É a lei, são as decisões, os processos, a teoria. Não há, porém, como escalonar e esquematizar todas essas manifestações. Elas caracterizam-se pela variedade e pelo casuismo, versados caótica e simultaneamente com uma tendência à exaustiva repetição. Tornar pública a *coisa jurídica* é diferente, no entanto, de fazer *publicidade* dela. Se a palavra *publicidade* entra para o direito como um princípio⁷, com lastro inafastável na prática democrática, não pode afastar-se de sua conotação para a sociedade de consumo. Aqueles que constroem os fenômenos do direito estão geralmente conscientes da importância da *publicidade* de seus atos, mas não se preocupam ou controlam quaisquer das técnicas de *publicidade*, ou seja, aquelas que criam uma linguagem às vezes artificial para a difusão – venda da informação e para a busca de um maior número de consumidores ou de adeptos num espaço que não pode ficar vazio. O tempo no jornal e na televisão deve ser integralmente preenchido, sem a possibilidade da pausa silenciosa ou do papel em branco.

Pode-se indagar se o direito deve ceder a essa pressão de ser como tudo o mais. Pode-se perquirir que usos o direito pode fazer desses recursos da sociedade em que se vende qualquer coisa. O fato é que a necessidade de se comunicar com o público e de fazê-lo prestar atenção numa mensagem que é a da lei e a da decisão judicial tende a não lograr êxito quando se mantêm os métodos professorais e herméticos de formulação do texto jurídico. A sua linguagem opera não apenas com os termos que funcionalmente denotam os conceitos, mas também como uma construção de sinônimos sem lastro com a técnica. Por que chamar o *mandado de segurança* de *writ of mandamus*, por exemplo, se

⁷ Cf., mesmo que ligeiramente, o *caput* do art. 37 da Constituição.

ele guarda apenas remota similitude com o instituto formado no direito inglês e se esse fato, importante para o conhecimento acadêmico do direito, não tem sentido ou utilidade na sua versão contemporânea mais imediata? Esse é um dos pontos de estrangulamento da comunicação quando estão em pauta a natureza e a dinâmica das soluções jurídicas como matéria para tratamento jornalístico.

O dilema talvez esteja no que se pode chamar de *acúmulo de palavras*:

“A narrativa jurisprudencial é sem dúvida a mais antiga encruzilhada onde se acumula a palavra (antes da historiografia, da sociologia): elabora-se o processo verbal, o testemunho, os gestos registrados pelos homens da lei, o saber comum validado por um saber formal (*régime d’expertise*), uma microhistória que exige uma organização coerente e que compara os eventos específicos com a arquitetura dos conceitos jurídicos”. (LAÉ, 2001, p. 21)

Os processos de visibilidade das palavras, no caso do direito, escapam do seu estrito universo tecnicizado e são absorvidos pelas partes interessadas em cada processo, mas também por modelos de exposição e de seleção como os que armam a realidade reluzente dos veículos de mídia. Não havendo, portanto, como se libertar dessa difusão por um canal incontrolável, por um lado, e sendo esse um veículo essencial para a dispersão da informação (e, forçosamente, do conhecimento) na sociedade contemporânea, carece enfrentar os obstáculos.

Há uma vasta linha de apropriação teórica no enfoque desses temas a socorrer o pesquisador ou o intérprete. Ela pode tocar o Adorno da Indústria Cultural, a capilaridade da análise do poder das instituições com Foucault, a interação dos subsistemas sociais com Luhmann, já referido, os riscos da ação comunicativa e da formulação do consenso com Habermas. No entanto, o ponto fulcral pode estar simplesmente

em assimilar aspectos básicos e em evitar o contingenciamento da teoria como um esconderijo para a face mais ríspida do problema.

A presunção de que as leis sejam conhecidas por todos faz dos meios de comunicação de massa fontes imprescindíveis para emissão de uma pedagogia do direito. Mas não se pode ser ingênuo e imaginar que essa possa ser feita espontânea, isolada ou acriticamente.

Ricoeur (1995, p. 200) situa a *opinião pública* como fonte amplificadora e portavoz de um desejo de vingança. Por isso, segundo ele, a publicidade dada pelos veículos de mídia aos processos de aplicação da sanção deveria essencialmente constituir uma “educação para a equidade, na medida em que disciplinaria o desejo de vingança”. A primeira lição de tal processo educativo seria a indignação. Ela leva à formulação de técnicas para a valorização dos padrões de comportamento fixados nas leis e pela adesão espontânea dos destinatários, independentemente da imposição da sanção como um vetor artificial para seu cumprimento. Ela pode tornar mais participativas as discussões públicas das novas regulamentações e das reformas legislativas, desde que se esclareçam os embaraços que a experiência concreta do direito traz.

Tome-se, ainda que rapidamente, porque este é feixe de múltiplas coordenadas, a execução da sanção (*execução forçada*). Não basta lavrar nas manchetes o problema da impunidade como se ele fosse um espírito abstrato que se resolve pela simples elocução, um dogma de fé que se exaure em si. Punir não é um ato, mas um processo e as dificuldades dele vão desde os limites da apuração (que incluem a má qualidade da gestão judicial e a forma como as lides são postas) até fatores operacionais que envolvem a construção, a manutenção e o controle de sistemas prisionais (que são figuras relativamente recentes na história do direito no que concerne ao volume dos

que ali devem ser albergados), transitando pelo trabalho árduo da transformação da coisa julgada, que condena a pagamentos, em efetividade. Nem sempre o dinheiro se disponibiliza em sua fungibilidade plena. É preciso penhorar e alienar judicialmente, com a certeza da incongruência com o valor de avaliação de mercado do bem.

A narrativa, portanto, tem uma função educadora, porque pode possibilitar a decifração de um quadro mais amplo (e real). Não é necessário ir aos gregos e recuperar o método platônico que narra o acesso ao conhecimento pelo mito da caverna⁸. Os homens agrilhoados que vêm na sombra a realidade só podem olhar para a parede onde as imagens são reproduzidas. A liberdade daquele que sai e percebe a luz é descrita pela ênfase da dor que há em aprender: o conhecimento dói nos olhos como a primeira luz para aquele que nunca a havia experimentado.

Quando se fala do direito e das questões a ele conexas, não se pode referir apenas aos lances factuais que cercam o conflito. O modo de ser do próprio direito se introjeta na cena vivida e dá a ela uma cobertura conotativa, que transmuda os fatos puros para uma versão que é jurídica. Por isso, há sempre o risco da frustração quando a notícia o descreva sem a preocupação com o dado complexo e real que o converte em fenômeno jurídico. De certa forma, essa narrativa livre, que busca conquistar o leitor ou o telespectador, num vínculo imediato, traz o perigo de retomar a idéia ancestral da vingança sem qualquer mediação.

Porque os problemas da prática efetiva do direito existem e devem ser analisados em sua significação mais ampla, os percalços dessa faticidade ultrapassam a vontade de quem apresenta a notícia e demandam a verificação do contexto em que ela se dá. A apropriação imediata e absoluta da cena conflitual, para a narrativa veloz da notí-

cia, pode remeter à idéia da justiça *com as próprias mãos* rejeitada pela racionalidade contemporânea.

O hermetismo da comunicação jurídica tem uma boa dose de culpa nos desdobramentos desse processo. Na medida em que o conhecimento do direito é apresentado como um flanco inacessível aos não versados e cuja malha problemática não se expõe com a necessária clareza, abre-se a perspectiva de se canalizar a frustração para outra dimensão.

O trabalho de jornalistas e de profissionais do direito (juizes, advogados, promotores, delegados etc.) coincide na filtragem de fatos e na narrativa de uma história reconstruída com o essencial respeito ao *contraditório*. É direito das partes, no processo, que cada decisão expresse uma posição sobre as alegações e as provas contrapostas. É direito de quem é citado na notícia ter sua versão ouvida e apurada.

Jornalistas e juizes têm o dever de descobrir o que aconteceu e de se expressarem com argumentos convincentes. As decisões judiciais fazem forçosamente a valoração das ocorrências sob o prisma da legalidade. Elas são necessariamente motivadas e podem não corresponder à expectativa da opinião pública. O juízo de valor das notícias pode ser subliminar e se esconder no jogo de palavras da manchete cujo objetivo principal é, tradicionalmente, atrair a atenção do leitor. Se, de um lado, há o excesso de processos e de leis, de outro lado, está a presunção inverossímil de que jornalistas dominem saberes múltiplos e sintonizados em campos de incisiva complexidade técnica. A mesma dificuldade acentua-se para os juizes que são obrigados a decidir sobre os fatos mais variados, muitos deles de índole técnica, com destaque para a especificidade terminológica que caracteriza as diversas faixas de interesse humano. Um juiz do trabalho pode imaginar que *cavalinho* seja um cavalo pequeno ou muito querido de seu dono. Mas ele não compreenderá o que esse animal estará fazendo numa transpor-

⁸ Edelman (2007, p. 27-28) reforça a montagem arquitetônica dessa caverna de modo a servir precisamente ao fim descritivo a que se destina.

tadora que faz carga de mercadoria pesada. Os dicionários podem não registrar, mas, na linguagem de motoristas de caminhão, *cavalinho* é parte da carreta. O exemplo é certamente prosaico, mas o objetivo é exatamente acentuar a extensão natural ou real do desconhecimento.

Mas as questões processuais de maior envergadura também se apresentam como focos de desacerto no plano do acesso ao conteúdo integral do direito.

Pode-se insistir na afirmação de que ele funciona pela instrumentalidade de técnicas e de conceitos que operam de forma problemática. Sabe-se, para apontar uma área de fissura, que o sistema recursal, que visa à garantia da segurança das partes, constitui, paradoxalmente, *uma* das fontes da morosidade no Poder Judiciário. O que é feito para possibilitar mais justiça leva a menos justiça. A lógica do jornalismo não admite a dilação temporal. A novidade é característica essencial da notícia vendável. A tendência, nefasta, será substituir a verdade pelo impulso do resultado urgente. A pressa, então, sob a aparência de levar a mais justiça, pode desabar em menos justiça.

Essa é uma das searas de ruptura mais interessantes entre os processos de apreciação dos fatos pelos juízes e pelos meios de comunicação de massa. A rapidez com que a notícia deve ser veiculada impede a preocupação com o amadurecimento da informação e com a solidificação do conhecimento, que exigem tempo. Por isso, trabalha-se com a difusão de uma imagem incompleta que se constrói do caso, porque não há como manter o interesse num processo de apreciação que exige tempo.

Essa pode ser uma das razões pelas quais a morosidade é pautada pelos jornalistas com tanta frequência. Problema ancestral e endógeno do direito, sua visibilidade pela mídia é duplicada pela imposição de urgência para a urgência. Quer-se rapidez na resposta, na explicação e na solução. E sabem os que vivem o problema que a morosidade é um tecido de várias teias e pon-

tas que não se entrelaçam ordenadamente. Contar sua história ou solucioná-lo exigirá puxar cada um desses fios⁹ e desvendá-los à vista de sua demanda específica. Assim, não há uma imagem única a fixar, mas uma imagem fragmentada, que será falseada por qualquer redução que procure fazer dela uma síntese uniformizadora. Essa complexidade contrapõe-se à necessidade de congelar os fatos na sua exposição, de fazer deles uma imagem cuja mensagem se disponibilize sem qualquer dubiedade.

Essa dificuldade, não por acaso, reproduz a tônica da versão contemporânea da exposição mais corriqueira da mensagem, como acentuam Gebauer e Wurf (2005, p. 493):

“Não é possível deixar de notar a tendência atual de transformar tudo em imagem. O caráter eletrônico das imagens televisivas favorece sua ubiquidade e sua aceleração. As imagens são mixadas, editadas, trocadas por outras e se referem mimeticamente a outros. Extraem-se delas elementos para fazer uma nova montagem: as imagens fragmentadas fabricadas constituem cada vez mais uma nova entidade. Imagens diferentes se assemelham devido a sua forma unidimensional e ao seu caráter eletrônico e miniaturizado, apesar da distinção de seu conteúdo. Elas participam da profunda transformação mimética dos mundos de imagem de hoje: elas desagregam as coisas e as transpõem para um mundo de aparência”.

Quando se montam os fatos, relacionados a um conflito vivenciado socialmente, faz-se uma escolha deliberada de interpretação com vistas a um fim. A fabricação da

⁹ Para falar de apenas alguns, podem mencionarse, junto com o sistema recursal, as dificuldades estruturais na gestão dos processos, com as características históricas de cada tribunal, os incidentes normais que ocorrem nos processos (a testemunha que não pode comparecer, o perito que não conseguiu concluir o laudo), até os percalços variados da execução.

imagem pode criar uma imitação da realidade e daquilo que nela é relevante.

No pano de fundo, porém, como um cenário talvez, está-se às voltas com uma imagem atávica, que é a da justiça. Trata-se de uma idéia em mobilidade que não se fecha quanto aos fatos que deva alcançar, mas que se forma em ciclos, a partir das demandas por mais justiça, por outra justiça, ou a partir de novas faixas de interesse que passam a ser absorvidos por seus canais ideológicos ou de realização. Por isso, também a justiça tem uma imagem que se movimenta:

“A imagem da justiça social muda tudo ao confrontar a imagem do mundo real ou a imagem do que ele não é. Mas ela não apenas limita o seu outro, o mundo real, como também é reciprocamente limitada por seus próprios outros: especificamente o que é e o que mais possa vir a ser. É essa possibilidade que se opõe ao que é dado na imagem da justiça social, e, portanto, isso, e isso apenas, torna-se o padrão para medir o progresso em direção à justiça”. (WOLCHER, 2004, p. 27)

Os jornalistas, em proporção maior do que os juízes, acabam sendo canais mais próximos ou imediatos desse desejo de *progresso em relação à justiça*. Eles podem ouvir muito mais diretamente do que os juristas onde estão as necessidades e de que modo elas se transformam em conflito, em lesão e, muito especialmente, de que modo elas podem se transformar em direitos a serem exigidos. As demandas ambientais são exemplos muito claros disso. Essa idéia que se capilariza na contingencialidade é sorvida como uma necessidade fundamental da alma humana em todas as coisas. Há, portanto, uma imagem da justiça que se constrói num campo da sociedade e que, com a força de um verbo agonal, se espalha nos espaços da ampla visibilidade.

Os juízes, porém, não lidam com essa justiça propriamente, em sentido bruto,

com um suporte poderoso que se difunde por todas as coisas. Eles não podem fazê-la com as próprias mãos num sentido direto, porque o direito, formalmente composto, acaba impondo amarras que se situam às vezes até mesmo no modo como o pedido é feito, na literalidade como foi deduzido.

Há, ainda, a área mais corriqueira ou residual, que é a da recuperação do fato conflitual que envolve o caso. Para ele, há uma epistemologia própria que atinge sua versão e que se aplica ao direito e ao jornalismo:

“O estatuto epistemológico dos fatos coincide, então, com uma *realidade* que existe por si mesma, sem outra mediação humana além do esforço por oferecer dela uma crônica mnemônica, memoriosamente fiel, que duplique de modo impecável o vivido. Daí, com efeito, o interesse pelo moroso discurso de sentido, de atestado, denotativo e em grande medida deliberadamente autista e anônimo”. (CALVO, 1996, p. 70)

Qualquer um que milite nas salas de audiência sabe quão minucioso e cheio de *nuanças* é o processo de colheita da prova oral. Essa recuperação mnemônica costuma ser lenta e de aparência autista pelo caráter asséptico e indiferente que define a postura do juiz. O rito pode dar a impressão de que ele não se envolve com as perguntas que faz. Esse recolhimento, essa atenção silenciosa ao detalhe, o necessário cotejo dos depoimentos com dados documentais que possam definir o sentido dos fatos não produzem uma imagem suficientemente estimulante para a televisão, por exemplo. Seria preciso um movimento, um acabamento cênico que desafiasse a voz e a palavra, mas que é incompatível com o aprofundamento na recuperação da cena original do conflito pela testemunha. Na maioria das vezes, a revelação bombástica não vem. A história é capturada com lentidão em minúcias sutis e nem sempre esclarecedoras de forma isolada. Tudo só

se resolve pela interpretação do juiz condensada no texto da sentença.

A imitação da cena vivida não tem normalmente as cores ou a dinâmica que poderia atrair e manter a atenção do público.

A própria forma é tediosa. As perguntas propostas ao juiz pelo advogado são repetidas e as respostas dadas são novamente repetidas para o digitador. Há um excesso verbal que seria impensável como linguagem televisiva. Um diretor que se encarregasse dessas cenas certamente impor a pergunta feita diretamente e com uma entonação que tivesse mais dramaticidade do que aquela que a técnica exige.

Há muito a se pesquisar sobre a interferência desses processos de transposição de aparência e de imagem no que concerne às audiências das CPIs. A pessoa que inquirir a testemunha não pode sobrepor sua personalidade ou imagem à dela e as perguntas não podem ser aleatórias. Devem ser o produto de um domínio da prova ou dos indícios até ali construídos e devem conduzir ao aproveitamento de circunstâncias às vezes minúsculas para um descortino dos fatos. A verdade nem sempre se apresenta com nitidez e a contradição pode compor um quadro de indícios em que ela só se revela se houver tranqüilidade para exercitar o que os realistas americanos chamam de *hunch*, que é um somatório do domínio de uma técnica consolidada pela prática do ofício e do *palpite* que vem da intuição voltada para a percepção dos aspectos relevantes. Uma palavra inusitada num certo contexto pode constituir uma gíria, usada para reproduzir uma prática (ilícita) da empresa. Apurou-se, numa certa instrução, o uso do verbo *detonar* para sinalizar a modificação no sistema dos registros de ponto eletrônico. A coincidência do uso da palavra por todas as testemunhas trazidas pelo empregado e o constrangimento da testemunha da empresa (que era o gerente), associados a outras sutilezas da prova, levaram à convicção de que os registros não correspondiam à realidade. Os dados

reais eram destruídos, *detonados*. Tudo isso, porém, deve ser apurado com suavidade, com concentração, para afastar a possibilidade de *assustar* a prova, de fazê-la evanescer-se.

Quem abre os jornais encontra a perplexidade em várias das notícias cujo dilema é definir o que aconteceu. Quando, onde, como, para que, por que aconteceu? As conjecturas que se espalham na imprensa nem sempre partem da visibilidade integral dos dados. E a imaginação pode-se afastar da verdade, porque os meios de se chegar a ela não são dados ou previstos de forma taxativa. Variam a cada circunstância. Não se pode, por isso, esperar que a narrativa do efetivamente ocorrido se resolva sempre pela confissão.

O desejo de que aquele que cometeu o ilícito o declare prolifera-se na idéia de justiça que perpassa as ruas. Não há dúvida de que a confissão é o processo que traz mais alívio à consciência dos que têm que julgar. Ela torna certos os elementos fáticos. No entanto, trata-se de prova apenas esporadicamente presente. E a exposição dos fatos tem que se valer de outros métodos, para os quais a visibilidade da mídia é um ângulo problemático, porque normalmente não se demonstram por inteiro de forma precisa. Cria-se, então, uma versão de verdade que é digerida pelo público como sendo absoluta e inquestionável pelo só fato de sua exposição. Pode dar-se o julgamento e a condenação imediatos e os princípios do contraditório e da ampla defesa transformam-se em palavras ocas.

Edelman fala do mundo posterior à fotografia, em que a imagem parece apropriada e dominada para sempre. Vê os percalços de um direito que registre o sonho ocidental “mais incômodo, mais improvável, mas extravagante”: “fazer do homem a criatura do mundo, o grande demiurgo”. E continua, referindo-se à história que começa com o nascimento da fotografia:

“Nessa história de aparência tão ínfima, minúscula, joga-se, na realidade,

com a apropriação do mundo pela técnica, sua subserviência a uma máquina – a máquina fotográfica – que transformará num prolongamento do sujeito. No fim das contas, a técnica será subjetivada e o sujeito tecnicizado; e é por essa dupla mutação, registrada pelo direito, que o homem se transformará, não em senhor da natureza, mas de sua representação”. (EDELMAN, 2007, p. 162-163)

Annie Leibovitz (apud GUILLOT, 2008, p. 3), conhecida fotógrafa das estrelas, que “imortalizou todos os que contam no planeta, sejam políticos, esportistas, atores, cantores ou empresários”, fala sobre como o trabalho com a fotografia serviu de consolo num momento de sofrimento pessoal:

“Sua emoção é visível mas se recompõe rapidamente. Fotografou celebridades demais para se deixar levar pela ilusão das imagens. ‘Você sabe, são apenas fotos. Fabrico uma história. Mas não é a vida’”.

O problema persiste: como descobrir a vida, a verdadeira vida? Como reduzi-la a uma imagem? Como não fabricar uma história e instrumentalizar a injustiça?

O tema já fora posto por Walter Benjamin (2006, p. 261), a propósito das comparações de fotografias com o local do crime:

“É aí que deve entrar a legenda escrita, que inclui a fotografia no âmbito da literalização de todas as condições de vida, e sem a qual toda a construção fotográfica está condenada a permanecer no limbo impreciso. (...) Mas não será cada canto das nossas cidades um local do crime? Não será cada um de seus transeuntes um criminoso? E não será função do fotógrafo – sucessor de áugures e arúspices – revelar a culpa nas suas fotografias e apontar a dedo os culpados? ‘O analfabeto do futuro’, disse alguém [Baudelaire, no ensaio *O público moderno e a fotografia*], ‘será aquele que não sabe ler as fotografias,

e não o iletrado’. Mas não será praticamente um analfabeto o fotógrafo que não sabe ler as suas próprias fotografias? Não se tornará a legenda parte essencial da fotografia?”

As legendas são interpolações do fato fotografado como as decisões judiciais legendam a perspectiva como os fatos vêm na prova. Não é por outra razão que Jerome Frank (1973, p. 22), o controvertido juiz e pensador americano, diz que juízes são meras testemunhas do testemunho das testemunhas¹⁰. Jornalistas também.

A fotografia e mesmo as expressões em vídeo trouxeram o hábito da imagem reduzida, congelada, segmentada, editada. O que se vê é um corte escolhido pelo intérprete, uma forma como ele quer que o mundo seja visto. O juiz opera o mesmo corte restritivo quando secciona os fatos na redação da sentença. Em ambas as situações, a responsabilidade reside em saber ler, em saber relatar o que ler e, principalmente, em atingir a coincidência entre a imagem e a vida. Em não criar uma ilusão.

Nos romances policiais, os detetives descobrem a verdade silenciosamente¹¹. O criminoso só reconhece a autoria do crime quando confrontado com um quadro de provas e de indícios tão bem engendrado que lhe tira o argumento. O detetive, portanto, não pode ser impaciente. Nem o leitor. Não vale olhar o fim do livro antes de passar pela história toda, página a página. A literatura diz algo sobre a experiência no processo de produção de prova. Na vida real, se o jornalista, o delegado, o promotor ou o juiz não têm paciência na detecção dos

¹⁰ “Trial judges and juries, in trying to get at the past facts through the witness, are themselves witness of what goes in the court-rooms”.

¹¹ O mesmo acontece nos seriados que cuidam da investigação de fatos. Aliás, na sua construção dramática, os paradoxos entre a exibição da mídia e a reconstrução do quadro de fato são elementos constantemente explorados numa interiorização de uma metalinguagem que digere a linguagem do sistema e o devolve em expressão cenográfica, em linha de tensão teatralizada.

fatos, pode fazer mais uma vítima: aquele que é acusado injustamente.

Os jornais andam cheios desses riscos pela necessidade da informação imediata. Os tribunais andam cheios desses riscos pela necessidade de compatibilizar rapidez com certeza e por uma recalcitrância no uso de meios eficazes de gestão dos processos. Não se pode admitir, porém, que o imediatismo e a urgência artificiais cubram de medo a vida das pessoas. Ainda que a omissão e a inércia não devam prevalecer, é preciso a consciência de que os processos para jornalistas e juízes não podem transitar no jogo fácil da superficialidade. A verdade não é apenas o que alguém disse de outrem. Ela implica a análise minuciosa de prova e a prospecção de certeza que, geralmente, não se abre com a facilidade desejável. Implica o relato explícito dos fatos e da técnica que circunscreve a aplicação da lei. A análise é da minúcia, do detalhe, interpretado em seara de sucessivas correlações.

Um dos pontos sensíveis nesse processo na atualidade brasileira diz respeito às escutas telefônicas. A impressão que se tem é de que se estaria diante da prova de máxima qualidade, porque a tecnologia permitiria colher a manifestação da parte em sua espontaneidade absoluta. Na fonte. Por isso, a expressão verbal assim registrada tenderia a superar a fragilidade do depoimento, em que pode haver preparação. A sensação, portanto, é de que essa prova teria a força definidora de um exame de DNA.

Há algo efetivamente em comum entre eles: a existência de um desenvolvimento tecnológico que permite a invasão do que não se mostra a olho nu. Se o exame de DNA invade a história da genética do sujeito, de sua conformação familiar mais remota, a escuta invade sua intimidade e penetra no pensamento exposto sem reserva, na manifestação coberta da naturalidade da fala cotidiana.

No entanto, no exame de DNA, a ciência permite a reconstrução do fato em sua substância e, na escuta telefônica, forma-se

o caminho para o indício, que não basta em si, mas abre a visão de linhas de investigação para pontos mais certos que, com a exploração de documentos, de perícia e mesmo de testemunhas (cuja inquirição já parte de uma composição de vestígio que facilita a montagem das perguntas), podem fixar a certeza de forma mais clara.

Não se pode, porém, imaginar que o resultado das escutas corresponda a uma prova em si, que possa ser isolada do contexto, até porque o excesso pode desqualificar o processo e a sua banalização, sem o aprofundamento da pesquisa probatória (que demanda tempo e cautela), pode levar à injustiça e/ou à ineficiência.

A manchete do jornal pode dar uma idéia da estatura dos fatos:

“País já perdeu o controle dos grampos judiciais: Mais de 33 mil linhas são legalmente grampeadas a cada mês”¹².

Do ponto de vista do jornalismo e de sua expressão, esses meios de prova podem ter um interesse a mais. É fácil reproduzir a conversa telefônica, não só porque ela é mais leve como montagem informativa do que uma pesquisa aprofundada de prova, como porque, do ponto de vista do imaginário coletivo, ela propicia padrões mais imediatos para o entendimento: a idéia de um *reality show* e da pesquisa pela presença direta onde os fatos estão acontecendo constituem atrativos em tempos de sensação de domínio integral da informação.

O perigo é a perda do distanciamento e, principalmente, a perda da dimensão exata dos fatos.

A pesquisa do indício é necessária em relação àquele que fala, mas é uma exigência definitiva quando a conversa versar um terceiro. Sobre ele pode não se estar falando a verdade, apenas para incriminá-lo ou lançar dúvida. Aquele que decodifica a escuta telefônica é também o intérprete. Isso torna assimilável a nota que saiu no jornal. Des-

¹² O *Globo*, domingo, dia 13 de julho de 2008, p. 1.

confiados de uma escuta que falava de uma fábrica de biscoitos, policiais se dirigiram ao local certos de que encontrariam uma instalação para refino de cocaína. Encontraram uma fábrica de biscoitos mesmo. Nem sempre se conversa com códigos. E é isso que faz com que o sigilo nas investigações e o necessário confronto com outros elementos de prova sejam essenciais para a aferição dos fatos com a imprescindível segurança. As razões para isso não se situam no interesse individual dos eventualmente envolvidos. Há um interesse público que abrange a ordem social como um todo, como integrante da visão do processo no Estado de Direito, cujo objetivo, segundo Ricoeur (1995, p. 195), é estabelecer

“uma *justa distância* entre o conflito que libera a cólera privada e pública e a punição infligida pela autoridade judiciária. Enquanto a vingança faz curto-circuito entre dois sofrimentos, aquele a que se submete a vítima e aquele infligido pelo vingador, o processo se interpõe entre os dois, instituindo a justa distância a que nos referimos”.

A técnica visa, então, a compor e impor essa *justa distância* entre as partes, tomando a si a idéia de vingança. Esse alimpamento formal, essa assepsia de efeitos não são vistos com naturalidade na exposição pública do direito. Os meios de comunicação de massa não conseguem, em sua maioria, extrair do detalhamento do processo e de suas irrupções técnicas esse sentido pedagógico em relação à recomposição da paz social.

A dificuldade disso é agravada pelo fato de o processo em si não funcionar como se desejaria. Questões como a morosidade, os entraves de uma burocracia assentada e incompreensível, o uso de uma linguagem técnica e absolutamente hermética são fatores que contribuem para que haja por trás de todas as manifestações da imprensa uma parcela desse desejo de vingar, de superar o conflito a partir do sofrimento imposto

ao outro e da certeza de seu padecimento. Quando os canais formais de construção da sanção não atuam adequadamente, tem-se a contribuição do próprio Estado para a ruptura de seu papel de mediador. A sanção, por isso, passa a ser o foco de atenção dominante para a interação entre o direito e os fatos. E, se ela não funciona adequadamente, a idéia de vingança retorna à cena.

Ricoeur (Idem, p. 199), ainda uma vez, vê nela uma parte de um processo de recuperação da *auto-estima*:

“A punição restabelece a ordem; ela não recupera a vida. Essas observações desabusadas convidam a acentuar o significado moral da sanção (...). A vítima é reconhecida publicamente como o ofendido ou o humilhado, isto é, excluído do regime de reciprocidade por aquele que faz do crime a instauração de uma injusta distância. (...) Pode-se dizer aqui que algo é restaurado sob o nome tão diverso quanto felicidade, boa reputação, o respeito por si próprio e, gostaria de insistir no termo, a auto-estima, ou seja, a dignidade ligada à qualidade moral da pessoa humana”.

A sanção adquiriu, sob a capa protetora do processo, a forma da pena, da indenização, da execução forçada. No entanto, a sociedade da plena informação instala a sanção pela exposição. A visibilidade daquele que se acusa implica, no curso do processo mesmo da acusação, a destruição de toda a dignidade pessoal, pela esgarçamento de sua realidade pessoal e pela banalização de sua imagem. A ausência de dilação temporal entre os efeitos da exposição da imagem de alguém e o esboroamento de sua posição em relação à intensidade da acusação implicam uma imediatidade de efeitos que afasta qualquer seletividade ou identificação de um processo peculiar de execução.

Nada, porém, é simples. Conter os meios de comunicação, cercar ou controlar

a sua tendência à expansão permanente é censurá-los. Estabelecer regras rígidas será agregar mais complexidade ao processo, sendo sabido que qualquer preceito regulador tenderá a uma textura de tal modo aberta ou principiológica que suscitará, ele próprio, a conformação interpretativa.

A saída talvez esteja na insistência em abrir os olhos para a possibilidade de conhecer como um processo infinito. Duvidar, dialogar, criticar, mostrar, expor: com o dedo tocando na ferida, em todas elas.

Em vez da representação, o direito deve buscar ser o que é: na simplicidade dos fundamentos. Isso se aplica aos que o produzem com o domínio da técnica e àqueles que fazem dele notícia. Juízes produzem decisões. Jornalistas produzem notícia. E ambos podem cometer a injustiça se não têm paciência para fazer as perguntas certas ao passado e procurar a resposta para além da impressão imediata ou da representação pura e simples do ser. E ambos podem se transformar em *fábricas de realidade*, podem *inventar a realidade* na composição do romance interminável que acompanha todas as mutações, todas as utopias, todos os fantasmas, todos os sonhos, todos os conflitos. Por trás das decisões e das notícias estão as pessoas e somos fundamentalmente iguais nas rupturas e nos perigos da vida. Temos que cuidar para que ninguém padeça da marca indelével da injustiça. Porque cometê-la é o pior dos vícios, como anteviu Sócrates na ancestralidade do pensamento ocidental.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Monarcômaco*. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

BENJAMIN, Walter. *A modernidade*. João Barrento Tradução e organização de Lisboa: Assírio & Alvim, 2006.

CALVO, José. *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativística del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. Tradução de Eliana Aguiar (Trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

EDELMAN, Bernard. *Quand les juristes inventent le réel: la fabulation juridique*. Paris: Hermann, 2007.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton University, 1973.

GEBAUER, Gunter, WULF, Christoph. *Mimésis: culture, art, société*. Paris : Les édition du Cerf, 2005.

GUILLOT, Claire. São apenas fotos, não a vida. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais! p. 3, 29 jun. 2008.

KUNCZIK, Michael. *Conceitos de jornalismo: norte e sul*. Tradução de Rafael Varela Jr. 2 ed. São Paulo: Edusp, 2002.

KURZ, Robert. O estágio final da evolução intelectual moderna será uma macaqueação de nossas mais triviais ações por máquinas? a ignorância da sociedade do conhecimento. Tradução de Marcelo Rondinelli. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais! p. 12-3, 13 jan. 2002.

LAÉ, Jean-François. *L'ogre du jugement*. Paris: Stock, 2001.

LIPPENS, Ronnie (Org.). *Imaginary boundaries of justice: social and legal Justice across disciplines*. Oxford: Hart, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford University, 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NIETO, Alejandro. *Balada de la justicia y la ley*. Madrid: Trotta, 2002.

RICOUER, Paul. *Le juste 1*. Paris: Esprit, 1995.

SCHMITT, Carl. *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.

A dimensão econômica do meio ambiente

A riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro

Paulo José Leite Farias

Sumário

1. As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais e o fenômeno econômico. 1.1. Dimensões dos direitos fundamentais. 1.2. Direitos fundamentais de terceira dimensão. 2. Correlação entre os sistemas econômicos e as dimensões de direitos fundamentais. 2.1. O liberalismo e os direitos de primeira geração. 2.2. O intervencionismo e os direitos de segunda geração. 2.3. O neoliberalismo, a globalização e os direitos de terceira geração. 3. O meio ambiente e sua vinculação jurídica aos sistemas econômicos. 3.1. O princípio da defesa do meio ambiente como mecanismo conformador da ordem econômica. 3.2. O desenvolvimento sustentável como ética de desenvolvimento com a harmonização do econômico e do ecológico. 4. Economia do meio ambiente: busca da incorporação das externalidades ambientais. 4.1. Crescimento econômico e degradação ambiental: propostas de conciliação. 4.2. Economia ambiental. 5. Uso de instrumentos econômicos nas políticas ambientais: integração do jurídico e do econômico. 5.1. Instrumentos econômicos: introdução. 5.2. Instrumentos econômicos na forma de incentivos estatais. 5.3. Instrumentos econômicos na forma de onerações estatais.

Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça, Mestre em Direito e Estado pela UnB, Doutor em Direito pela UFPE, Pós-Doutor pela Universidade de Boston (EUA). Engenheiro Civil pela UnB. Analista de Sistemas pela UCB. Professor de Direito Ambiental no IDP, IESB e POSEAD.

“Precisamos cuidar do mundo que não veremos”

Bertrand Russel

“Há boas razões para proteger a Terra. É o modo mais seguro e correto de prolongar a lucratividade”

Paul Allaire

1. As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais e o fenômeno econômico

1.1. Dimensões dos direitos fundamentais

Conforme assinala Ingo Sarlet (2001, p. 48), desde que ocorreu a positivação dos direitos humanos nas Constituições, estes passaram por diversas transformações, tanto no que se refere ao conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.¹

Assim, os direitos fundamentais estão marcados por autêntico *devoir*, não obstante se vinculem a núcleo unificador de proteção da dignidade da pessoa humana.

A classificação dos direitos fundamentais, no âmbito da doutrina nacional, retrata a noção de existência das novas facetas da dignidade da pessoa humana, que preocupa renomados autores, na busca de uma classificação dos direitos fundamentais.

Assim, José Luiz Quadros de Magalhães (1992, p. 20-21) classifica os direitos fundamentais em: direitos individuais, sociais, econômicos e políticos.

No contexto doutrinário relativo à classificação dos direitos fundamentais, destaca-se a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek. Essa teoria, para Robert Alexy (1993, p. 261) constitui-se em “el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales”.

Ademais, conforme anota Jorge Miranda (1991, p. 85), a classificação de Jellinek corresponde aproximadamente ao *proceso histórico de afirmación da pessoa humana e de seus direitos*.

¹ “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração”. (SARLET, 2001, p. 48).

Ressaltando o registro histórico na própria conceituação dos direitos humanos, Antônio Enrique Perez Luño (1990, p. 48) ensina que os direitos humanos são:

“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”

No mesmo diapasão, Bobbio (1992, p. 5) defende que os direitos fundamentais são direitos históricos, ao afirmar que:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Segundo Jellinek, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava, ao longo do tempo, com este, pluralidade de relações denominadas “*status*”, razão pela qual a teoria de Jellinek é, também, chamada “Teoria dos Quatro *Status*”.

A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação ao Estado. Essa é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status* passivo.

A segunda relação, o *status negativus*, corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, esfera de liberdade individual, cujas ações são livres porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto sua omissão como sua realização estão permitidas (ALEXY, 1993, p. 251).

A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos, *status positivus*. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado

tem obrigação de exercer determinadas tarefas. No dizer de Paulo Bonavides (1996, p. 518), “dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado (...) Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

A quarta e última relação decorre da circunstância de que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação dos cidadãos.

Assim, com base na exposição de Jellinek, os direitos fundamentais classificam-se em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

Sob esse enfoque, mencionam-se a classificação de Jellinek e a classificação das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, o que ressalta uma certa congruência no agrupamento dos direitos fundamentais ao longo do processo histórico.²

Outro autor que tratou mais recentemente das dimensões temporais da cidadania e dos direitos fundamentais foi o economista inglês T. H. Marshall, que defende vinculação histórica racional e

linear dos direitos civis do século XVIII (direitos de primeira geração, direitos de liberdade), em um primeiro momento; aos direitos políticos do século XIX, em um segundo momento; aos direitos sociais (direitos de segunda geração) no século XX, em um terceiro momento (MARSHALL, 1967, p. 75).

1.2. Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais da terceira dimensão centram-se no fato de os homens estarem ligados entre si. A figura do homem-indivíduo fica em segundo plano ressaltando-se a humanidade (homens vistos como um todo), razão por que são conhecidos como direitos de fraternidade, solidariedade ou direitos de titulariedade difusa ou coletiva.³

A doutrina qualifica-os como *direitos dos povos*. Essa classe de direitos tem por destinatário, mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, o gênero humano mesmo, engendrando o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade.⁴

Para Ingo Sarlet (2001, p. 53), *verbis*:

³“Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”. (SARLET, 2001, p. 52).

⁴“Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestações do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade”. (BONAVIDES, 1996, p. 516-524).

²“Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, encontram-se em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na *realidade social, política, cultural e econômica* no longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos” (SARLET, 2001, p. 49 e 50, grifo nosso).

“A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.”

Trata-se de direitos transindividuais, que não pertencem a uma pessoa determinada⁵ nem a um grupo claramente delimitado, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores que são titulares de direitos coletivos, mas não direitos difundidos, esparramados por toda a sociedade como o direito ao ar puro. Direitos que, não sendo, isoladamente, de um único indivíduo, são de todos, de uma pluralidade de sujeitos.

Para Ricardo Lobo Torres (1999, p. 297), podem ser caracterizados, também, pelo fato de possuírem tanto um *status negativus* como um *status positivus*.

⁵ Como afirma Jorge Miranda (1993, p. 66): “Não pode dizer-se que quem quer que seja possua um único, genérico e indiscriminado direito à proteção do patrimônio monumental, ou ao controle da poluição ou da erosão, ou à salubridade pública, ou a uma rede de transportes, etc”.

Bobbio (1992, p. 6), por sua vez, evita definir o que seja “direito de 3ª geração”, na falta de elementos conceituais seguros que permitam formular uma teoria adequada para sua compreensão:

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”

Por outro lado, Celso Lafer (1988, p. 132) destaca a titularidade como principal elemento diferenciador dessa dimensão de direitos, *verbis*:

“Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade – sejam eles os de primeira ou de segunda geração – têm titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceira e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva – basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, lingüísticas e sexuais.”

Associam-se, também, a esses direitos de terceira geração novas facetas da proteção da vida, em um sentido amplo de qualidade de vida, que se originam dos impactos da sociedade industrial e da tec-

nologia do fim do século XX. Assim, Sarlet (2001, p. 53) assinala:

“Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.”

Mafra Leal (1998, p. 103) busca distinguir os direitos de terceira geração por meio do termo “qualidade de vida” (igualdade vista como direito à integração e da inexistência de um conteúdo patrimonial predominante em contraste com os de primeira e segunda geração):

“Os movimentos sociais da classe trabalhadora visaram a garantir uma maior igualdade econômica ou pelo menos mitigar a desigualdade existente entre o proletariado e os proprietários. Ou seja, também a questão centra-se em aspectos econômicos (melhores salários, prestações gratuitas do Estado nos campos da saúde e educação, direito de aposentadoria, entre outros).”

“O conteúdo dos direitos difusos não garantem propriedade ou liberdade econômica, nem implicam mitigação de desigualdades nesse campo. Os direitos difusos têm conteúdo não-patrimonial e tratam de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social.”

Não obstante a colocação de que tais direitos têm conteúdo não-patrimonial, o próprio autor reconhece que há um envolvimento desses direitos com o elemento econômico na tentativa de sacrificar vantagens econômicas imediatistas, *verbis*:

“Assim, o conteúdo dos direitos difusos são de duas ordens:

I) o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural, espaços culturais (históricos, estéticos, etc.), disponíveis para essas e futuras gerações, e II) o direito à integração social mediante o devido reconhecimento jurídico e político, referindo-se a titularidade a grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isso signifique a afirmação de uma identidade especial não assimilável ao valor de igualdade universal.” (MAFRA LEAL, 1998, p. 104-105)

Logo, fica bem caracterizada nesses direitos a presença marcante do elemento econômico que deverá ser valorado com outro elemento, como ocorre, por exemplo, na preservação ambiental.

A característica de vinculação dos direitos de solidariedade à tecnologia e ao processo de descolonização surgido após a segunda guerra mundial aproxima os direitos de terceira geração do neoliberalismo. Esse sistema econômico se desenvolve graças aos avanços tecnológicos da informática e das telecomunicações, bem como em razão da ampliação de mercados surgida após a segunda guerra mundial e consolidada com o fim da guerra fria.

Outro aspecto relevante desses direitos relaciona-se com a noção de solidariedade intergeracional. Direitos dos povos como o direito à paz e ao desenvolvimento afetam não só as gerações de pessoas presentes, mas também as gerações futuras. Possuem, pois, dimensão temporal que os torna ainda

mais “anônimos”, no que se refere às suas titularidades.

Preocupam-se tais direitos com os que ainda não nasceram e cria-se liame entre seres humanos que transcende o tempo presente. Nesse conceito, encontra-se, por exemplo, a noção de desenvolvimento sustentável.

Por fim, o subsídio legal corporificado na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, alicerça outros caracteres de cunho material com reflexos processuais, bem resumidos na visão de Benjamin (1996, p. 70-151):

“1. ‘a transindividualidade real ou essencial ampla’, quando o número de pessoas ultrapassa a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para levá-la a uma dimensão coletiva. Outrossim, essa transindividualidade real significa dizer que a pluralidade de sujeitos chega ao ponto de se confundir, muitas vezes, com a comunidade;

2. ‘a indeterminabilidade de seus sujeitos’, isto é, as pessoas envolvidas são substancialmente anônimas;

3. ‘a indivisibilidade ampla’, ou seja, uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica a satisfação de todos; assim como a lesão da inteira coletividade;

4. ‘a indisponibilidade no campo relacional jurídico’, por não dispor de titulares determináveis, apresenta dificuldades em transigir de seu objeto no campo jurídico-relacional;

5. ‘ressarcibilidade indireta’, quando não houver a reparabilidade direta aos sujeitos individualmente considerados (levando em conta o caráter ‘anônimo’ dos sujeitos) e, sim, ao fundo, para recuperação dos bens lesados.” (Idem, p. 92-96)

Em resumo, os direitos fundamentais de terceira geração podem ser caracterizados por quatro palavras-chaves, a saber: *homem-humanidade*, *titularidade-anônima*, *existência-transgeracional* e *qualidade-de-vida*. O termo

homem-humanidade ressalta a solidariedade mundial dos direitos de terceira geração, destacando o “homem” como parte de um todo (a humanidade); a *titularidade-anônima* sublinha que “sendo de todos não é de ninguém”; a *existência-transgeracional* mostra-se revolucionária para a ciência jurídica ao permitir a titularidade de seres ainda nem concebidos (que não são “pessoas” juridicamente falando, numa dimensão temporal-prospetiva); a *qualidade-de-vida* vislumbra aspirações humanas que transcendem a existência mínima de subsistência e projetam o homem na infinita espiral de melhoria de seu padrão de existência.

2. Correlação entre os sistemas econômicos e as dimensões de direitos fundamentais

2.1. O liberalismo e os direitos de primeira geração

As revoluções burguesas propiciaram a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era dar àqueles que controlavam a economia (os burgueses) *ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder*. Os liberais pregavam o respeito aos direitos individuais, mas, *quanto ao mercado, este deveria regular-se por si só*.

Macridis (1982, p. 13)⁶, cientista político, ensina-nos, *verbis*:

“O indivíduo – suas experiências e seus interesses – é o conceito básico associado à origem e crescimento do liberalismo e das sociedades liberais. O conhecimento e a verdade derivam do raciocínio do indivíduo que, por

⁶ No prefácio da obra *Ideologias Políticas Contemporâneas*, Macridis (1982) assinala que “as ideologias moldam as nossas motivações, as nossas atitudes e os regimes políticos sob os quais vivemos. Elas dão formas a nossos valores”. Assim, esse autor ressalta algo importantíssimo que se procura demonstrar neste trabalho, qual seja a íntima relação entre “as ideologias” e os valores a serem por ela alcançados, seja na expressão da forma de Estado (unitário e federado), seja na expressão de ideologias políticas como o liberalismo.

sua vez, é formado pelas associações que os seus sentidos fazem a respeito do mundo exterior, pela experiência (...)

O liberalismo é uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais – liberdade e igualdade. Ele está embebido no pensamento moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e a sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. Em sua segunda fase, o liberalismo se baseia numa teoria psicológica segundo a qual a realização do interesse é a principal força que motiva os indivíduos (Idem, p. 37)”.

Nesse sentido, os liberais exaltavam como valores básicos a serem defendidos: *o individualismo e as liberdades individuais* como forma de desafio e limite ao poder político do Estado.

2.2. *O intervencionismo e os direitos de segunda geração*

Assim assinala Fábio Nusdeo (2000, p. 208-209), *verbis*:

“Durante século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 50 anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30, ganha terreno a chamada *social-democracia* ou *intervencionismo*, no mundo ocidental, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas ensaiava-se o regime de índole coletivista-estatal. Já a última década do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de *Estado mínimo*. Privatização e desregulamentação têm-se constituído em balizas

fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-las no plano internacional. (grifo nosso)”

Evidencia-se, pois, que, no plano econômico, podem-se visualizar, claramente, dois sistemas econômicos que se contrapõem ao liberalismo com diferentes graus de intervenção estatal: *o intervencionismo em sentido estrito* (economia de mercado com ajustes) e *o socialismo* (economia em que o Estado é o proprietário exclusivo dos meios de produção).

Assim, ao Estado Social, Estado promotor do bem-estar, já analisado anteriormente, correlacionam-se os sistemas econômicos intervencionistas, enquanto ao Estado Liberal, Estado não intervencionista, correlaciona-se o sistema econômico liberal.

Em resumo, nas duas formas, o Estado intervém na economia, seja direta ou indiretamente.

Na época liberal, as poucas intervenções diretas dos Estados na produção de bens e de serviços restringiam-se aos investimentos em infra-estrutura (SANTOS, GONÇALVES, MARQUES, p. 165).

Assim, as leis de mercado ocasionavam sérios efeitos negativos no campo social e econômico. Não haveria forças automáticas de mercado aptas para ajudar a economia a sair do subemprego e voltar a aproximar-se do pleno emprego.

Ainda na década de 30, Keynes lança a teoria revolucionária do déficit sistemático das contas públicas como mecanismo de estímulo à atividade econômica em períodos recessivos.

Conforme assinala Fábio Nusdeo (2000), Keynes ilustrava a sua idéia com exemplo aparentemente estapafúrdio:

“(…) se o governo numa época de depressão contratar duas equipes de operários, incumbindo a primeira de abrir buracos e a segunda de fechá-los, isto parecerá inócua e absurdo sob o

ponto de vista físico, mas terá um sentido altamente salutar sob o ponto de vista econômico (macroeconômico). Por quê? Pela simples razão de tanto os trabalhadores do primeiro grupo quanto os do segundo passarem a receber algum salário a ser gasto em compras. Estas, por sua vez, estimularão o comércio, que voltará a colocar encomendas junto à indústria, a qual contratará empregados (ou deixará de despedi-los) para atendê-las e, ainda, comprará matérias-primas a serem transportadas e assim, sucessivamente, as engrenagens da produção e do emprego irão se reativando.”

Keynes visualizou que o mercado de forma pura pode ocasionar momentos desconfortáveis para o sistema econômico e social, na noção de “pleno emprego”, “subemprego” e da necessidade de intervenção estatal, inclusive sem lastro econômico (“déficit sistemático das contas públicas”).

A ação estatal de combate à recessão significou a intervenção do Estado na economia, com ênfase, em primeiro momento, na função de Estado-produtor e, também, na de agente regulador (por exemplo: na edição de legislação social garantidora dos direitos trabalhistas e previdenciários). Nesse contexto, os direitos de segunda geração podem ser vistos como reflexo da intervenção estatal na economia.

2.3. O neoliberalismo, a globalização e os direitos de terceira geração

O período pós-guerra presenciou contínua expansão dos mercados mundiais. O comércio internacional, após longo período de retração devido às duas guerras mundiais e à grande crise de 1929, inicia fase de rápida expansão, impulsionada pelo crescimento da renda mundial e pela liberalização comercial negociada no âmbito do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio).⁷ Ao longo

⁷ Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos, consolidando sua liderança nos países capitalistas, e os outros países vencedores do conflito

desse período, o crescimento do comércio mundial suplantou o crescimento da renda mundial, indicando que os países se estão, crescentemente, especializando internacionalmente e utilizando o mercado mundial para aumentar o nível de bem-estar e de crescimento econômico. Isso não significa que a ameaça protecionista tenha sido reduzida. Particularmente a partir dos anos 70, com o aumento da participação dos países em desenvolvimento no comércio internacional, os países ricos passaram a utilizar intensamente as “restrições não tarifárias” para proteger suas indústrias da concorrência com os países emergentes. Intensificou-se a utilização das quotas de importação, de normas (técnicas, fitosanitárias, de qualidade, *meio ambiente* e condições de trabalho), das restrições voluntárias à exportação e de leis comerciais para coibir a entrada de produtos importados (SILVA, 2000, p. 11).

Além disso, a partir dos anos 70, houve rápida transformação do mercado financeiro internacional, em função da desregulamentação das transações financeiras internacionais e pelo aparecimento das tecnologias de informação. À medida que o tempo foi passando, a legislação foi ficando cada vez mais liberal com relação à entrada e saída de recursos financeiros, sendo que hoje praticamente não existem impedimentos legais à movimentação internacional de capitais nos principais mercados financeiros do mundo. O desenvolvimento das tecnologias de infor-

realizam a Conferência Monetária e Financeira Internacional das Nações Unidas em *Bretton Woods*, no Estado de *New Hampshire*, com a finalidade de estruturar a ordem econômica internacional a vigorar no pós-guerra. Três entes foram criados, na ocasião, com a finalidade de implantar a nova ordem econômica internacional e dar-lhe sustentação e viabilidade: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Ao GATT foi atribuída a responsabilidade de estabelecer as normas de controle do comércio mundial de mercadorias, com a função precípua de zelar pelo livre comércio entre as nações. Depois de vários anos de árduas negociações, chegou-se à decisão de extinguir o GATT e substituí-lo, a partir de 1º de Janeiro de 1995, pela Organização Mundial de Comércio (OMC).

mação (telecomunicações e microeletrônica) possibilitou rápida redução dos custos das transações financeiras internacionais e esses elementos contribuíram decisivamente para transformar o mercado financeiro no principal mercado internacional. Estima-se que atualmente o volume de transações cambiais se situe na marca de US\$ 1.5 trilhão por dia, com parcela predominante de aplicações financeiras (PINHO, 1998, p. 479).

A diversificação das aplicações financeiras em escala planetária mudou drasticamente o regime cambial mundial. Até 1973, vigorava o regime “Padrão Dólar” (ou regime de *Bretton Woods*⁸) de câmbio fixo, em que as principais moedas do mundo conviviam em um regime de taxa de câmbio nominal fixo. Com o aparecimento de uma enorme mobilidade internacional, ficou cada vez mais difícil manter o regime de câmbio fixo e os principais países do mundo optaram por regime de taxa de câmbio flutuante (em que a taxa de câmbio é determinada pelo mercado, embora os bancos centrais também intervenham nesse mercado). Dada a mobilidade de capital e a ausência de coordenação macroeconômica entre os países desenvolvidos, tem sido grande a flutuação da taxa de câmbio entre as principais moedas do mundo (CÉSAR SILVA, 2000, p. 35).

Outra mudança importante do mercado mundial é a representada pelo aumento da participação das multinacionais na produção e no comércio internacional. Estima-se que pelo menos um terço da produção mundial seja controlada pelas multinacionais e essas entidades têm transferido parcelas crescentes da produção para os países emergentes. O baixo custo da mão-de-obra, as perspectivas de crescimento do mercado interno e o *acesso a recursos naturais* têm transformado esses países em atores

⁸ “O Brasil, ao aderir aos termos do Acordo de Bretton Woods, optou por adotar restrições à conversibilidade de sua moeda corrente, possibilitando assim um controle efetivo sobre os fluxos de capitais estrangeiros no País e de capitais brasileiros no exterior” (CADIER, 1999, p. 281).

cada vez mais importantes no cenário mundial. A internacionalização do comércio, das finanças e da produção é o fenômeno que hoje se conhece como globalização⁹ da economia mundial.¹⁰

Outra tendência recente na economia mundial é a da proliferação de acordos regionais de comércio. Existem atualmente quase uma centena de tais acordos e, dentre eles, destacam-se: a União Européia, o NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte), o Bloco do Yen (Tigres Asiáticos) e o MERCOSUL.¹¹

3. O meio ambiente e sua vinculação jurídica aos sistemas econômicos

3.1. O princípio da defesa do meio ambiente como mecanismo conformador da ordem econômica

O princípio da propriedade privada assegurado como direito fundamental (art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal)

⁹ Globalização não é um conceito unívoco. Para José Eduardo Faria (1999, p. 59-60) é um conceito plurívoco associado, geralmente, a uma nova economia política das relações internacionais, caracterizada pela autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e de alcance planetário, a realocação geográfica dos investimentos especulativos, dentre outros.

¹⁰ Arnaud (1999, p. 13) afirma que com o fenômeno da globalização está ocorrendo uma expansão crescente das multinacionais. Tais empresas são capazes de fazer explodir sua produção graças à existência do fluxo livre de investimentos sem fronteiras e à mudança dos modelos de produção associada ao poder de transação e de barganha das empresas multinacionais em uma economia planetária.

¹¹ Segundo César Silva (2000, p. 42-43): “Um dos resultados mais prementes da globalização do sistema capitalista mediante o capital financeiro foi a estruturação de blocos econômicos unificados, ou seja, dos processos de integração econômica supranacional em escala regional. Tal fato, longe de significar uma harmonização de interesses dentro de mercados abertos no plano mundial, representa precisamente o contrário: a liberalização comercial entre os países integrantes de cada bloco é acompanhada pelo estabelecimento de um protecionismo ainda maior em relação ao resto do mundo.”

deve ser interpretado em harmonia com o princípio de que a propriedade atenderá a sua função social no que tange à proteção do meio ambiente ecologicamente em equilíbrio, pois, sendo bem de uso comum do povo (interesse público), há cristalina restrição à iniciativa privada por atos do Poder Público.

Sob o prisma de ponderação de bens constitucionais, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de interpretar-se a norma inscrita no art. 225 da Constituição Federal de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, dando relevo à interdependência das normas constitucionais protetivas com o direito de propriedade (art. 5º, XXII), *verbis*:¹²

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO
- ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (C.F., ART. 225, § 4º) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO DE INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO.

- Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

- A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as

propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes.

- A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si, considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

- A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.

- O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele

¹² STF - Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95.

referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.

– A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (C.F./88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição.

– Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (C.F., art. 225, *caput*).

No referido acórdão, o Rel. Min. Celso de Mello ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de garantir a plena ressarcibilidade dos prejuízos materiais decorrentes das limitações administrativas ao direito de propriedade, ao referir-se ao direito do poder público de constituir reservas florestais em seu território, desde que não as constitua gratuitamente.¹³

E continua, *verbis*:

“(…) O Estado de São Paulo sustenta, ainda, a partir das regras inscritas no

¹³ STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 686 a 687.

art. 225, § 1º, inciso VII, e § 4º, da Carta Política, que o novo ordenamento constitucional promulgado em 1988 introduziu profundas alterações no sistema de direito positivo brasileiro, consagrando a *inexigibilidade de qualquer indenização pelos atos administrativos de intervenção estatal na esfera dominal privada*, desde que, praticados com finalidade de proteção ambiental, venham a incidir em imóveis situados na Serra do Mar (...).

*Não assiste, também neste ponto, qualquer razão ao recorrente, eis que o acolhimento da tese ora sustentada implicaria virtual nulificação do direito de propriedade, com todas as graves conseqüências jurídicas que desse fato adiviriam.*¹⁴ (grifo nosso)

Por outro lado, assinalando a *índole comum da proteção ambiental* (ser assegurada não só pela sociedade, mas também pelo Estado), explica que seria *inadequado* impor somente ao particular tal ônus, *verbis*:

“É de ter presente, neste ponto, que, sendo de *índole comum o direito à preservação da integridade ambiental*, não se pode impor *apenas aos proprietários de áreas localizadas na Serra do Mar* – que venham a sofrer as conseqüências derivadas das limitações administrativas incidentes sobre os seus imóveis – *os ônus concernentes à concretização, pelo Estado, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, em benefício de todos, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

Por tal razão, as normas inscritas no art. 225 da Constituição hão de ser interpretadas de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, pro-

¹⁴ STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 688 a 689.

clamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.¹⁵ (grifo nosso)

Destacando a íntima relação entre a proteção ambiental e o direito de propriedade, Michael Pagano (1995, p. 8), professor da Universidade de Miami, e Ann Bowman (1995, p. 8), professora da Universidade da Carolina do Sul, ao tratarem do federalismo americano e da proteção ambiental na década de noventa, ressaltam, também, a ponderação entre as normas ambientais restritivas e o uso da propriedade, destacando a necessidade de os órgãos estatais americanos compensarem financeiramente os proprietários atingidos pelas normas restritivas, *verbis*:

“(...) By July, 1995, several regulatory reform bills were making their way through the legislative thicket. The primary proposal would require federal agencies to undertake a rigorous series of risk assessments and cost-benefit analyses to justify new and extant regulations. A related measure would require the federal government to compensate a property owner if a federal regulatory action caused even a modest diminution in the fair market value of the property.” (grifo nosso)

A análise das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e a análise da doutrina americana apresentadas trazem, à colação, a unidade do texto constitucional. Segundo Konrad Hesse (1983, p. 18), “(...) a Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade”. Assim, as normas encontram-se em uma re-

lação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a essa interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender “em nenhum caso somente a norma isolada senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais (Idem, p. 48).

Deve, pois, haver ponderação entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas, a valoração, não importa eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas apenas harmonização de interesses em um determinado caso concreto.

3.2. O desenvolvimento sustentável como ética de desenvolvimento com a harmonização do econômico e do ecológico

3.2.1. Defesa do meio ambiente como objetivo da ordem econômica

Eros Roberto Grau (1990, p. 255) identifica a defesa do ambiente como *diretriz, norma-objetivo*, dotável de caráter constitucional conformador, ao indicar:

“Princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) - norma-objetivo - dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.”

Identificando-se o princípio da defesa do ambiente como expoente conformador da ordem econômica (mundo do ser), por ele são informados, conseqüentemente, os princípios da garantia do desenvolvimento

¹⁵ STF - Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 692 a 693.

nacional (art. 3º, II) e do pleno emprego.¹⁶ O desenvolvimento nacional não haverá mais de ser reduzido ao conceito de crescimento econômico, mas deverá ser equilibrado,¹⁷ não só no sentido de atendimento do plano nacional e do plano regional (procedimento necessário em face do princípio federativo), mas para obediência do princípio da defesa do meio ambiente, com o conteúdo delineado pelo artigo 225.

3.2.2. O conceito de desenvolvimento sustentável e a ética do desenvolvimento

Situamos o princípio de desenvolvimento sustentável¹⁸ em diversos artigos da

¹⁶ “O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*. O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impede assegurar supõem economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico. Por esta trilha segue a chamada ética ecológica e é experimentada a perspectiva holística da análise ecológica, que, não obstante, permanece a reclamar tratamento crítico científico da utilização econômica do fator recursos naturais”. (GRAU, 1994, p. 249).

¹⁷ A Constituição Federal vigente em seu art. 174, § 1º, assinala: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional *equilibrado*, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. (grifo nosso)

¹⁸ A “Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” (Comissão Brundtland), criada em 1983, trabalhou durante quatro anos para produzir o documento “Nosso Futuro Comum”, em que foi consagrada a expressão “Desenvolvimento Sustentável”, que foi ali conceituado como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-

Constituição, mas o núcleo se encontra no *caput* do artigo 225: “Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O capítulo da ordem econômica também consagra o respeito ao meio ambiente como limitador da atividade econômica (artigo 170, inciso IV), bem como o artigo 186 que trata da função social da propriedade dentro do Título da Ordem Econômica e Financeira.¹⁹

O conceito de desenvolvimento sustentável elaborado pelo relatório de Brundtland²⁰ é o seguinte: “O desenvolvimento sustentável seria aquele capaz de satisfazer as necessidades sociais atuais sem comprometer as necessidades futuras”.

A conceituação desse desenvolvimento engloba questões ideológicas, visto que a própria noção de desenvolvimento sempre acompanhou disputa por diferentes formas de apropriação da riqueza e reprodução social.

Nesse aspecto, o saudoso Professor Josaphat Marinho (1995, p. 10) enfatizava a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento:

chave: a) o conceito de “necessidade”, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; e b) a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.

¹⁹ Ao se decompor essa disposição constitucional, percebe-se que, entre esses aspectos, se encontra um de feição eminentemente ecológica ou ambiental, qual seja o item II (*utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*), que, na verdade, constitucionalizou e ampliou uma disposição infraconstitucional já presente na alínea “c” do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), qual seja, a que “assegura a conservação dos recursos naturais”.

²⁰ O Relatório Brundtland foi resultado da Conferência de Estocolmo (1972), a primeira reunião mundial em que se tratou da questão ambiental, em que 114 países procuravam soluções para problemas que séculos de desenvolvimento irracional ocasionaram para todo o planeta.

“Se não é próprio estabelecer oposição entre os termos, cabe assinalar que, no juízo prevalecente, *desenvolvimento só se equipara a desenvolvimento quando une a ampliação das riquezas ao robustecimento da personalidade humana, como força social apta a produzir num ambiente adequado.*” (grifo nosso)

Da mesma forma, Denis A. Goulet (1966, p. 1) esclarece: “O desenvolvimento não é a simples industrialização ou modernização, nem o aumento da produtividade ou a reforma das estruturas do mercado”.

Completando sua exposição e explicando que o desenvolvimento deve ser um meio para conduzir os homens à sua dignificação, Goulet (1966, p. 38) defende uma ética do desenvolvimento como “um impulso não mecânico mas humano, uma criação da inteligência e da vontade de homens conscientes e de ação, de homens que possuam uma visão dos fins que lhes permita escolher racionalmente os meios. Em outras palavras, *“homens que tenham uma ética (ciência e arte dos fins e dos meios) do desenvolvimento”*.”

Analisando a obra de Goulet (1966), o professor George Browne Rêgo (1995, p. 114) destaca que:

“(…) A proposta do Professor Denis consiste em, superando o unilateralismo intransigente e evitando um ecletismo inconsistente, identificar em que medida os conflitos entre ciência e ética se processam, aonde estão as suas causas e como elaborar uma nova teoria do desenvolvimento da qual se possa derivar *um plano de ação mais profundo e consistente que abrigue, na justa medida, a interação entre homem e natureza, ao mesmo tempo em que possa promover as mudanças sociais requeridas, sem perder de vista os interesses mais gerais da pessoa humana, relativos à dignidade do seu existir, quer material, quer espiritualmente.*” (grifo nosso)

Como bem expressa, no mesmo sentido, o nobel de economia Amartya Sen (1999, p. 44-46), tratando da economia do

bem-estar (ramo do qual a economia ambiental constitui-se em parte) sob o enfoque utilitarista social em contra ponto ao do auto-interesse:

“O apoio que os crentes e defensores do comportamento auto-interessado buscaram em Adam Smith é na verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana. Na verdade, *o professor de filosofia moral e economista pioneiro não teve uma vida de impressionante esquizofrenia.* De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o *distanciamento entre economia e ética* (...)”

As proposições típicas da moderna economia do bem-estar dependem de combinar comportamento auto-interessado, de um lado, e julgar a realização social *segundo algum critério fundamentado na utilidade, de outro* (...)” (grifo nosso)

Na sua defesa de *uma convergência entre a ética e a economia*, Amartya Sen (1999, p. 94-95) alinha-se a Denis Goulet (1966) na defesa de *uma ética de desenvolvimento*, que não se restrinja a mera visão utilitária de progresso na sua dimensão estritamente econômica. Nesse âmbito, afirma:

“Procurei mostrar que *o fato de a economia ter se distanciado da ética empobreciu a economia do bem-estar e também enfraqueceu a base de boa parte da economia descritiva e preditiva* (...)”

O uso disseminado da extremamente restrita suposição do comportamento auto-interessado tem limitado de forma séria, como procurei demonstrar, o alcance da economia preditiva e dificultado a investigação de várias relações econômi-

cas importantes que funcionam graças à versatilidade dos comportamentos (...) Por outro lado, ater-se inteiramente à restrita e implausível suposição do comportamento puramente auto-interessado parece levar-nos por um pretensão 'atalho' que termina em um lugar diferente daquele aonde desejávamos." (grifo nosso)

Logo, a ambição de ampliar a produtividade não se coaduna com a diversidade da natureza e com seu processo de regeneração, seja em uma visão ecocêntrica, seja em uma visão antropocêntrica.

A Constituição de 1988 adotou, dentro da perspectiva de uma ética do desenvolvimento, como conceito de desenvolvimento sustentável aquele que não permite a privatização do meio ambiente, prioriza a democratização do controle sobre o meio ambiente ao definir meio ambiente como "bem de uso comum do povo" e exige o controle do capital sobre o meio por intermédio de instrumentos como o Estudo de Impacto Ambiental e muitos outros, que chamam a comunidade a decidir. Para uma aplicação eficiente do desenvolvimento sustentável, faz-se necessário um levantamento da medida de suporte do ecossistema, ou seja, estuda-se a capacidade de regeneração e de absorção do ecossistema e se estabelece limite para a atividade econômica. Esse limite permite que as atividades econômicas não esgotem o meio ambiente, mas que este seja protegido para o futuro.

4. Economia do meio ambiente: busca da incorporação das externalidades ambientais

4.1. Crescimento econômico e degradação ambiental: propostas de conciliação

Davis Pepper destaca a relação entre o desenvolvimento econômico e a afronta ao meio ambiente como uma preocupação central do ambientalismo moderno, por meio da parábola do biólogo Garret Hardin em artigo publicado na Revista *Science*. Pepper (2000, p. 82) afirma que a consideração de que o bem ecológico pode por todos ser

explorado por ser gratuito, sem limitações quantitativas e qualitativas, mostra-se extremamente prejudicial.

Denis A. Goulet (1966, p. 95-96), por outro lado, ressalta a relação entre desenvolvimento e solidariedade na coabitação do mesmo planeta:

"(...) Nossa terra é única. Todos os homens ocupam-na e habitam-na. A simbiose entre a natureza e o homem decorre da natureza dêsse: os laços que os ligam são permanentes. O homem, apesar de ser distinto da natureza, dela faz parte, de certa forma. A ocupação da terra é destino de todos os homens e não privilégio de alguns. Aliás, essa ocupação é ato não só do indivíduo, mas também de grupos, de organizações coletivas, de unidades societárias. Uma terra para todos os homens e para tôdas as sociedades humanas. O planeta cria laços que ligam os homens a si e entre si."

Com isso, a afronta aos recursos naturais passou a ser uma afronta contra humanidade. Assim, esses segmentos da sociedade começaram a questionar o modelo de desenvolvimento econômico, repudiando publicamente as suas conseqüências e reivindicando, junto a seus representantes, mudanças nas políticas governamentais e no setor produtivo, como forma de minimizar e evitar que novos danos ambientais ocorressem.

Para os economistas, por sua vez, grande parte desses problemas ambientais deviam-se a uma *ineficiência do mercado*²¹ em refletir esses efeitos negativos nos preços dos bens e serviços produzidos.

Passados quase trinta anos da publicação de "Limites do Crescimento", o pessi-

²¹ *Ineficiência do mercado* são todos os fenômenos (p. ex. danos ambientais) que não são levados em consideração num mercado perfeitamente competitivo; a ineficiência do mercado é também chamada de externalidade. "Os mercados falham quando as transações num mercado produzem efeitos positivos ou negativos a terceiros, ou seja, causam externalidades" (MONTORO FILHO, 1998, p. 237).

mismo mostra-se hoje bem menor. Todavia, ainda há questões e problemas que não se podem ignorar. O crescimento econômico, principalmente nos países de terceiro mundo, foi acompanhado de sérios problemas de poluição da água e do ar. Diversas espécies de animais e vegetais que podem ser úteis para a humanidade num futuro próximo estão ameaçadas de extinção. Isso seria indício de que estamos fazendo algo errado? E, se positiva a resposta, como se poderá modificar tal maneira de agir?

A *teoria econômica* (assim, como a filosofia, a ecologia e o direito) tenta obter respostas para essas perguntas. O *campo da economia* (que aplica a teoria a questões ligadas ao manejo e preservação do meio ambiente) é chamado de *economia ambiental*.

Assim, discutiremos alguns dos princípios dessa disciplina no tópico seguinte.

4.2. Economia ambiental

4.2.1. Economia ambiental e a economia do bem-estar

A economia do meio ambiente e dos recursos naturais apóia-se nos fundamentos da teoria econômica neoclássica, que tem sua análise centrada na alocação ótima de recursos pelo mercado. Essa corrente da economia, segundo Godard (1997, p. 201-202), é o resultado do desdobramento dos conceitos de recursos naturais ou ativos naturais, efeitos externos ou externalidades e bens coletivos, que servem de reserva para unir ao núcleo teórico neoclássico os problemas levantados pela natureza, os quais resultam, em primeiro lugar, da dupla confrontação do produzível e do não produzível, do mercantil e do não mercantil.

Os conceitos de que fala Godard (1997, p. 203-209) tratam de particularidades individuais dos bens e serviços naturais que ajudam a identificar as conseqüências de sua apropriação pelo homem:

- Recursos naturais ou ativos naturais - designam o conjunto de bens que não são produzíveis pelo homem. Esses

recursos naturais são classificados de renováveis e não-renováveis. Os renováveis são aqueles que podem ser recuperados ao longo do tempo, seja por processo natural ou pela ação humana, tais como bens vivos (animais, plantas etc.) e a água que se renova por seu ciclo hidrológico. Os não-renováveis ou recursos esgotáveis são aqueles impossíveis de o homem fazer voltar à situação anterior, ou seja, aqueles cujo estoque se encontra na terra e sua formação só é possível de acontecer numa escala de tempo geológica. São esses os recursos minerais (ferro, petróleo etc.). Constituem-se *fatores de produção* (PINHO, 1998, p. 631).

- Efeitos externos ou *externalidades*²² - são os danos ou benefícios ecológicos resultantes da produção e consumo de bens e serviços, que são impostos a terceiros (indivíduo, empresa, coletividade) sem nenhuma compensação, e que não são considerados na formação dos preços desses bens e serviços para sua transação no mercado.

- Bens coletivos ou bens públicos - designam os bens para os quais o consumo ou utilização não é exclusivo (recursos naturais como a água e o ar), ou seja, diversos agentes sociais podem consumir ou compartilhar dos mesmos benefícios sem nenhum inconveniente.

Para alguns desses bens, constata-se uma impossibilidade, teórica ou contingente, de definir os direitos de uso exclusivos (o titular dos direitos não pode garantir a exclusividade do uso).

²² Os fundamentos da teoria padrão das externalidades de Marshall foram desenvolvidos por Pigou, em 1920, ao classificar os efeitos das externalidades em positivos e negativos. O efeito positivo Pigou chamou de economia externa e o negativo, de deseconomia externa. Para as externalidades negativas ou deseconomia externas, Pigou propôs que o Estado deveria intervir no mercado cobrando uma taxa, cujo valor deveria ser igual ao valor monetário do custo externo, que corresponde à diferença entre o custo privado (inclui todos os custos de produção - capital, trabalho, terra e capacidade empresarial) e o custo social (impactos ambientais adversos, resultantes das atividades econômicas). (DERANI, 1997, p. 108-109).

A economia do meio ambiente ou economia ambiental, por sua vez, continua trabalhando com os conceitos de recursos naturais ou ativos naturais, efeitos externos ou externalidades, bens coletivos ou bens públicos, *incluindo também os fundamentos da economia do bem-estar*.²³

A economia do *bem-estar*, segundo Bellia (1996, p. 77) é a “parte do estudo da economia que explica como identificar e alcançar alocações de recursos socialmente eficientes (...) ela somente se preocupa com o conjunto de opções aberto à sociedade, que contém as ‘melhores’ soluções possíveis de alocação de recursos”. Destaca, portanto, o surgimento de uma economia interventiva, que busca a alocação de recursos socialmente eficientes, com compreensão das deficiências do mercado clássico.

A *economia do bem-estar* e a *economia do meio ambiente* têm em comum a preocupação com a sociedade, com destaque, respectivamente, para os direitos sociais (direitos de segunda dimensão) e para os direitos ambientais (direitos de terceira geração).

Assim, a questão do meio ambiente, sob a ótica da economia do meio ambiente, é apreendida em termos de alocação de bens entre agentes em função das preferências destes últimos.

²³ “Arthur Cecil Pigou, professor de Cambridge no início deste século, desenvolveu o vasto edifício da ‘Economia do Bem-Estar’ investigando os efeitos de todo um elenco de políticas econômicas, sociais e fiscais, numa sociedade que ainda não alcançou o total planejamento sobre a renda social e sua distribuição a curto, médio e longo prazos. Fez a importante descoberta de que é incorreto calcular os custos de produção apenas em termos dos custos que oneram exclusivamente o produtor privado. Há, freqüentemente, outros custos de produção, como o desemprego, ou o dano à saúde dos trabalhadores, ou ruído e fumaça que invadem as vizinhanças, que são suportados por outras pessoas. Igualmente é incorreto calcular os ganhos na produção exclusivamente em termos de lucros privados: poderão haver lucros sociais que não cabem ao produtor que dispendeu o capital original (...) Pigou, assim, provou definitivamente que o êxito de uma empresa, ou o resultado da concorrência (mesmo “perfeita”, no sentido convencional), não é necessariamente vantajoso para a sociedade” (BELLIA, 1996, p. 77).

No contexto ora proposto, os recursos ambientais desempenham funções econômicas, entendidas essas como qualquer serviço que contribua para a melhoria do bem-estar, do padrão de vida e para o desenvolvimento econômico e social. Fica, então, implícita, nestas considerações, a necessidade de valorar corretamente os bens e serviços ambientais, entendidos esses no desempenho das suas funções, seja de fator de produção do sistema produtivo, seja de equilíbrio ecológico.

A ênfase, entretanto, dada pela economia ambiental relaciona-se ao primeiro aspecto (meio ambiente como fator de produção), não obstante procure, em segundo plano, garantir o equilíbrio ecológico.

4.2.2. Os componentes da valoração econômica ambiental

Essa atribuição econômica de valores para o meio ambiente pode ser representada, segundo Pearce (1990, p. 21-22) e Bellia (1996, p. 92-93), pela seguinte fórmula:

$$\text{Valor econômico ambiental total} = \text{valor de uso} + \text{valor de opção} + \text{valor de existência}$$

Onde, de forma sintética, podemos afirmar que:

- *valor de uso (use)* - refere-se aos bens e serviços ambientais que são apropriados para consumo imediato. Podem ser de uso direto, quando são resultados da exploração; ou de uso indireto, se esses bens e serviços dependem de funções do ecossistema para serem gerados.

- *valor de opção (option)* - refere-se ao valor de uso direto e indireto dos bens e serviços ambientais, cuja apropriação e consumo foram deixadas para o futuro (“valor de uso para os indivíduos do futuro”), como opção de conservar ou preservar esses bens e serviços ambientais.

- *valor de existência (existence)* - são valores atribuídos para preservação do bem ambiental por questões morais, religiosas,

culturais, éticas etc. Independe de seu uso atual ou futuro, são valores não determinados ou determináveis pela lógica do mercado.

Destarte, a avaliação monetária dos danos ou benefícios constitui uma componente essencial da Economia do Meio Ambiente. Na ausência de tais avaliações, a referência à eficiência econômica e ao *ótimo* se tornam um ideal puramente teórico. Com efeito, pelo princípio geral da racionalidade econômica, a economia, ciência da gestão dos recursos raros, tem por objetivo gerir com o máximo de eficiência a fim de obter um máximo de bem-estar que corresponda a uma situação de “Ótimo de Pareto”.²⁴

Como bem expressa o nobel de economia Amartya Sen (1999, p. 44-46), tratando da economia do bem-estar e do ótimo de Pareto:

“A otimalidade de Pareto às vezes também é denominada ‘eficiência econômica’. Essa expressão é apropriada de um ponto de vista, pois a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade. Porém, em outro aspecto é inadequada, uma vez que todo o enfoque da análise neste caso continua sendo a utilidade (...) A otimalidade de Pareto capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade.” (grifo nosso)

Na realidade, a determinação desse ótimo exige o conhecimento de duas funções: a de custo total dos danos causados pela poluição e a de custo total da luta contra a poluição. Ora, se os custos da luta contra a poluição podem ser calculados de modo

mais fidedigno, os outros dados, por serem externalidades negativas, não são conhecidos ou ao menos avaliados espontaneamente pelo mercado. Por conseqüência, a ausência de uma avaliação monetária dos danos causados pela poluição dificulta a determinação do Ótimo de Pareto.

Em economia, a noção de dano ou benefício *repousa sobre a expressão das preferências dos indivíduos*: preferência para evitar uma perda (dano) ou para obter um benefício. Essas preferências se manifestam sobre o mercado e se expressam sob a forma do consentimento de pagar, transformando todos os valores em uma única forma de medi-lo: *a preferência do indivíduo em pagar determinado preço no mercado.*²⁵

A mensuração do valor de uso, primeira parcela, do valor ambiental total não é, portanto, simples. Mostra-se complexa, mas não torna inviável a sua utilização de forma estimada, nem a possibilidade de avanços metodológicos nesse campo. As deficiências devem-se ao desconhecimento da extensão e risco dos próprios impactos ambientais, que impede a identificação de todos os custos resultantes, e à desinformação dos indivíduos, o que reduz a percepção destes impactos.

Outro aspecto da mensuração de valores para bens ambientais envolve a segunda parcela – os “valores de opção”. Esses correspondem ao valor relacionado ao *uso potencial de um recurso, o qual não se utiliza de imediato, mas se deseja guardar para uma eventual utilização posterior*. Nele se encontra presente o *elemento transgeracional* do direito fundamental do desenvolvimento e do meio ambiente (direitos fundamentais de terceira geração).

²⁴ “A fim de remediar estas deficiências do mercado, Pigou em 1920 preconizava a intervenção do estado sob a forma de taxação das externalidades negativas. No ponto correspondente ao ótimo de Pareto, a taxa deve ser de um valor igual ao valor monetário do custo externo, isto é, a diferença entre o custo privado e o custo social (...) o mercado deve presidir à alocação dos custos, com a condição de ser corretamente ‘informado’” (TOLMASQUIM, 1998, p. 326).

²⁵ “Economic assigned values are expressed in terms of individual willingness to pay (WTP) and willingness to accept compensation (WTA)”. (PEARCE, 1990, p. 22). “De fato, na abordagem utilitarista, todos os diversos bens são reduzidos a uma magnitude descritiva homogênea (como se supõe que seja a utilidade), e então a avaliação ética simplesmente assume a forma de uma transformação monotônica dessa magnitude”. (SEN, 1999, p. 44 e 46).

Ou seja, os indivíduos dão um valor à preservação de uma floresta, de um mangue ou qualquer outro patrimônio natural, a fim de manter aberta a opção de utilização desse recurso, mesmo que essa hipótese seja pouco provável ou sua execução esteja longe no tempo. A essa opção pode-se adicionar uma opção pelos outros, com motivações altruístas que fazem com que se confira um preço à conservação de um patrimônio para as gerações futuras (valores de legado) ou para os outros indivíduos (valores altruístas).

Por sua vez, os valores de existência (*intrínsecos*, por não estarem sujeitos ao uso) *não são ligados nem ao uso efetivo (primeira parcela), nem à opção de uso (segunda parcela)*; dizem respeito ao valor conferido à existência mesma de um patrimônio ou recurso, não levando em conta qualquer possibilidade de usufruto direto ou indireto, presente ou futuro. Trata-se da idéia de que *certas coisas têm um valor, em si, independente do uso efetivo (valor de uso) ou potencial (valor de opção)*; mesmo que não se verifique nenhuma utilidade para determinado recurso ambiental, um valor intrínseco lhe é conferido. *Estar-se-á neste ponto na fronteira entre a esfera econômica, que só conhece o “valor de troca e o valor de uso”, e a esfera ecológica da conservação.*

O valor de existência representa, portanto, um valor não determinado ou determinável pelo mercado, mais que nele deve ser inserido para internação de um custo socialmente relevante.

5. Uso de instrumentos econômicos nas políticas ambientais: integração do jurídico e do econômico

5.1. Instrumentos econômicos: introdução

Pigou (1946, p. 25) foi o autor pioneiro na aplicação dos conceitos da microeconomia neoclássica ao exame de questões ambientais em sua clássica obra *“The economics of welfare”* publicada em 1920; ao considerar o fenômeno das externalidades (já desenvolvido de forma incipiente por

seu Professor Alfred Marshall), verificou a tendência no sentido da exploração predatória dos recursos naturais oriunda de uma “falta de desejo em relação ao futuro”.²⁶

A internalização das externalidades consiste em fazer os seus responsáveis pagarem pelos custos coletivos ou sociais que elas acarretam, corrigindo as diferenças entre o ótimo privado e o ótimo social, constituindo uma importante atividade estatal a correção dessa diferença provocada pelo mercado (Idem, p. 26-27).²⁷

O uso de Instrumentos Econômicos (IE)²⁸ na política ambiental vem ocorrendo de forma crescente em muitos países como mecanismo para: remediar as deficiências do mercado, no que se refere à internalização das externalidades negativas; melhoria do desempenho da gestão ambiental,²⁹ complementação das estritas abordagens

²⁶ No original: “*slackness of desire towards the future*”.

²⁷ A noção de um ótimo privado e de um ótimo público, bem como da distinção entre eles pode ser extraída de PIGOU, cético em relação aos benefícios sociais do mercado ao demonstrar que os indivíduos tendem a maximizar as suas satisfações presentes, na distinção feita entre o produto marginal privado líquido e o produto marginal social líquido: “*The Marginal Social Net Product is the total net product of physical things or objective services due to the marginal increment of resources in any given use or place, no matter to whom any part of this product will accrue ... It might happen ... that costs are thrown upon people not directly concerned ... The Marginal Private Net Product is that part of the total net product of physical things or objective services due to the marginal increment of resources in any given use or place which accrues in the first instance - i.e. prior to sale - to the person responsible for investing resources there*”.

²⁸ Um instrumento seria tido como econômico uma vez que afetasse o cálculo de custos e benefícios do agente poluidor, influenciando, portanto, suas decisões, com o objetivo de produzir uma melhoria na qualidade ambiental (OECD, *Economics*, Paris, 1989, p. 12-14).

²⁹ “A noção de gestão assume na França diversas significações. A mais antiga é técnica e se inscreve no contexto dos procedimentos previstos para a exploração das florestas submetidas a um regime jurídico particular, denominado ‘regime florestal’. Esta noção situa-se, portanto, na confluência da lógica profissional dos encarregados da gestão florestal e de uma lógica administrativa estatal, que se exerce em nome dos interesses superiores da nação”. (GODARD, 1997, p. 204).

dos instrumentos tradicionais (padrões ambientais, licenciamento e sanções legais) e aumento da receita para prover fundos para atividades sustentáveis. Paul Klemmer (1992, p. 54) afirma:

“Os instrumentos resumidos sob este título se inscrevem na categoria dos instrumentos econômicos que assumiram grande atualidade política e que procuram ou bem uma melhor atribuição das escassas margens de aproveitamento ambiental, ou então reduzir a superexploração dos recursos ambientais através de impulsos econômicos, isto é, através de elementos seletivos de benefícios e perdas (com orientação ecológica). Em outra ordem de coisas, quem advoga por este tipo de instrumento econômico procura por ‘o carro da ecologia diante dos poderosos bois da economia’, para poder movê-lo melhor e mais rapidamente (no sentido de eficiência ecológica).”

Um exemplo de instrumento de controle é a previsão da legislação brasileira da necessidade de controle prévio do Poder Público para a instalação de atividades industriais, comerciais e agrícolas. As Leis Federais 6.830/80, 6.902/81 e 6.938/81, que dispõem, respectivamente, sobre a implantação de indústrias em áreas críticas de poluição, criação e instalação de atividades em áreas de proteção ambiental e sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, prevêem expressamente o licenciamento das atividades como pré-requisito para que elas possam ocorrer. Há, pois, o controle de atividades por comando legal que impede simplesmente a realização desta, se não houver obediência a um procedimento administrativo (instrumento de comando e controle).

Inquestionável a utilidade desse mecanismo repressivo. Contudo, possui deficiências marcantes como a de que:

- o infrator pode contar com a possibilidade de escapar da punição;

- o sistema de multas busca coibir a prática de atos excepcionais, não deve ser aplicado, corriqueiramente, sob pena de desestímulo ao seu aspecto preventivo e desgaste do seu aspecto punitivo;

- a aplicação de penalidade é tarefa de grande dificuldade pois, se branda, estimula a reiterada prática de infrações, se rigorosa pode inviabilizar a empresa.

Depois de um longo período no qual os controles diretos foram quase exclusivos, surgem os instrumentos econômicos.

A utilização dos Instrumentos Econômicos (controle indireto do Estado) apresenta-se como outra forma de trato da questão sob um enfoque econômico de incentivo ou de oneração. O controle por meio das finanças públicas consiste na imposição tributária sobre as unidades poluentes ou na concessão de incentivos fiscais aos que adotem medidas preventivas ou corretivas da poluição. Aos agentes econômicos é indicado o custo social pelo desgaste ambiental ocasionado por suas atividades.

Assim, a denominação de “instrumentos econômicos” e sua intervenção no mercado econômico da oferta e da procura não devem induzir ao erro de que não se trata de forma estatal interventiva no meio ambiente.³⁰

³⁰ Instrumentos econômicos “(...) são prestações monetárias obrigatórias do direito público que o Estado cobra para poder cumprir seus objetivos em matéria de proteção ambiental. Com respeito ao objetivo perseguido por sua implementação, pode-se distinguir, basicamente, entre funções extrafiscais e funções fiscais. No caso das primeiras, os chamados direitos de intervenção, trata-se fundamentalmente de influir sobre condutas relevantes para o meio ambiente: procedimentos, redução das emissões, repressão de produtos contaminadores etc. Entretanto, os rótulos de ‘econômico’ ou de ‘mercado’ não devem induzir a erro, visto que se trata de uma forma de administração estatal do meio ambiente”. (KLEMMER, 1992, p.55). “In order to avoid the distortions in international trade which might result from failure to harmonize the environment policies pursued in Member countries and to facilitate co-operation in this field (...) consists in analysing the economic instruments with which the policies can be effectively applied. The problem of allocating environmental costs has thus come to be recognized as a key problem, bringing together the statement of objectives, the quest for efficiency, and in the

Desse modo, os IE, instrumentos estatais de intervenção econômica, estão divididos em dois grandes grupos:

- o primeiro, que atua em *forma de incentivos* (subsídios, isenções de impostos e redução de carga tributária); e

- o segundo, que atua na *forma de oneração* (tributos, taxas e tarifas, e licenças negociáveis ou direitos de propriedades).

5.2. Instrumentos econômicos na forma de incentivos estatais

A implementação dos IE do primeiro grupo implica perdas de receitas ou comprometimento de recursos do governo. Sua aplicação pode ser feita de várias formas, como, por exemplo, se as empresas poluidoras investirem em equipamentos de prevenção e controle da poluição, poderão ser beneficiadas com deduções de impostos, ou dedução do valor dos gastos na compra desses equipamentos, ou com financiamentos subsidiados para sua aquisição, ou, ainda, podem ser autorizadas a fazerem depreciação acelerada desses equipamentos. As que investem em produção de energia podem receber recursos monetários a fundo perdido, ou serem isentas de imposto de renda federal.

A OCDE constatou que esses tipos de IE estão sendo largamente utilizados pelos países membros, o que levou aquela organização a alertar para o fato de nas cláusulas do Princípio Poluidor Pagador (PPP) estar previsto que os incentivos de prêmios poderiam ser concedidos apenas em dois casos: no primeiro caso, durante o período de transição necessário para que os agentes se adaptem à política nacional de meio ambiente; e no segundo caso, quando a sua concessão objetiva redução dos níveis de poluição superior ao que é possível mediante regulação direta.³¹

international sphere, the harmonization project (...). (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, 1975).

³¹ "A OCDE não vai muito longe na discriminação dos instrumentos adequados a executar o PPP,

O cuidado na aplicação desse tipo de IE deve ser observado para que sua concessão não desvie de seu objetivo, que é o de reduzir os níveis de poluição. Caso contrário, os governos podem terminar beneficiando os poluidores e favorecendo a manutenção do *status quo* da poluição.

Interessante perceber a conexão desse pensamento com o que na Economia foi desenvolvido por Pigou, para quem, na falha do mercado, o Estado deveria introduzir uma subvenção ou incentivo em caso de economia externa (efeitos sociais positivos) e um sistema de tributação em caso de deseconomia externa (efeitos sociais negativos).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, ao enumerar as formas de atuação do Estado, na condição de agente econômico, destacou a função de incentivo, nos termos do art. 174, *verbis*:

"Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, *incentivo* e planejamento, sendo *este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*" (grifo nosso)

Portanto, o objetivo do incentivo estatal econômico é muito semelhante ao da oneração estatal, sendo a outra "face da mesma moeda" de orientar a atuação dos agentes econômicos para a proteção ambiental.

5.3. Instrumentos econômicos na forma de onerações estatais

Assim, constata-se que esses mecanismos influenciadores do mercado permitem uma integração da dimensão jurídica (dever ser) e econômica (ser) do meio ambiente.

As onerações estatais consistem em mecanismos de cobrança aplicados diretamente

limitando-se a esclarecer que as medidas decididas pelas autoridades públicas para que o ambiente esteja num estado aceitável não devem ser acompanhadas de subsídios, que criariam distorções significativas ao comércio e investimento internacionais." (ARAGÃO, 1997, p. 168).

te sobre o nível de poluição que excede ao padrão estabelecido, ou também sobre o uso de um recurso natural acima do permitido. Sua aplicação é viabilizada através de um imposto, taxa, contribuição, multa ou tarifa previsto em lei, cujo valor pode ser calculado com base nos efeitos ecológicos de certos usos de recursos naturais ou nas emissões realizadas por processos industriais.

No caso das emissões de poluentes hídricos, a aplicação de tributação:

“(…) tem sido usada em países como Alemanha, França, Noruega, Suécia, etc, onde cada indústria poluidora é taxada pela contaminação provocada pelos efluentes líquidos industriais que despeja nos rios. O controle é rígido e o valor é considerável. Na França, a tributação é um desdobramento natural da legislação que existe desde 1964, e as indústrias podem optar entre pagar taxas equivalentes à poluição real que provocam, ou pagar por estimativa. Normalmente os agentes preferem pagar exatamente o equivalente à sua poluição, o que os leva a pagar também por seu controle. As cargas poluentes são classificadas conforme sua toxidade numa medida equivalente denominada equitox, que serve de base para o cálculo do valor do imposto a ser pago pelo poluidor (BELLIA, 1996, p. 132).”

Logo, as taxas e tarifas³² têm sido utilizadas principalmente como instrumentos complementares de gestão, visando implementar o princípio do poluidor pagador.

Conforme enfatiza Maria Aragão (1997, p. 132), saber, em cada caso concreto, quem é o poluidor nem sempre é tarefa fácil:

³² Taxas têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Tarifa é utilizada quando o preço é apresentado em forma de tábuas, catálogo, pauta, lista, tabela, ou qualquer exposição em que se fixem quotas que originam “preços públicos”. As taxas e tarifas teoricamente diferem uma da outra, no entanto, na economia ambiental são consideradas como palavras sinônimas.

“Quando a poluição ocorra no decurso do processo produtivo de um bem, e em consequência do processo produtivo dele, o poluidor será certamente o produtor do bem, mas se é o produto em si mesmo que é poluente (pela sua composição, pelo tipo de utilização que normalmente lhe é dada, ou pela sua deterioração enquanto resíduo) ou ainda no caso de tanto o processo produtivo como o produto ou processo consumptivo serem simultaneamente poluentes.”

O uso de taxas e tarifas, apesar das dificuldades de sua implementação, pode permitir que a cobrança venha a ter maior incidência sobre as classes de renda mais alta, contribuindo, também, para evitar acentuar as distorções sociais. Um outro ponto favorável à utilização desses IE é que a cobrança de taxas e de tarifas permite não só internalizar os custos ambientais nos custos privados de produção e consumo, mas também viabilizar um controle ambiental com custos mais baixos, com maior eficiência, e, ainda, induzir a mudanças tecnológicas tanto no processo produtivo, quanto na redução do consumo de bens e serviços ambientais.

Como espécie *sui generis* de oneração estatal figuram as licenças negociáveis. São cotas, permissões ou tetos de poluição estabelecidos pelo órgão ambiental para uma determinada área ou região. A definição de tipos de licenças negociáveis exige que o órgão ou instituição, responsável pelo controle da qualidade ambiental, estabeleça um nível de padrão de qualidade a ser alcançado, de acordo com o total de emissão de poluentes a serem permitidos para aquela área ou região. Posteriormente, o total dessas emissões é dividido e levado ao mercado para serem negociadas, ou são concedidas gratuitamente aos poluidores localizados na área ou região pelas autoridades competentes.

De posse dessas licenças, os poluidores passam a ter o “direito”, reconhecido pelo

Estado, de poluir por um determinado período aquela área que foi previamente definida, ou poderão utilizar essas licenças a qualquer momento no mercado, para negociar, vender ou comprar de outros detentores do direito de propriedade, sem interferência do governo, seguindo apenas as regras pré-estabelecidas no período de sua aquisição.

De acordo com Bellia (1996, p. 204), essa abordagem apresenta um baixo custo operacional para o governo, estabelecendo um mercado de licenças de poluição.

As licenças negociadas têm sido utilizadas, dentre outros países, nos Estados Unidos, Alemanha, Canadá e Austrália. "O que fica evidente da experiência dos EUA é que as licenças devem ser sempre introduzidas como complemento às regulações diretas e não como alternativas a esta" (ALMEIDA, 1998, p. 11).

No caso brasileiro, podia-se considerar, ainda, pouco significativo o uso de instrumentos econômicos na política ambiental. *Destaca-se, porém, contemporaneamente, a iniciativa da cobrança pelo uso de água, nos termos da política nacional de recursos hídricos estabelecida pela Lei 9.433/97.*

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Luciana Togeiro de. *Política ambiental: uma análise econômica*. Campinas: Papirus; São Paulo: UNESP, 1998.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra, 1997.
- ARNAUD, André Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BELLIA, Vitor. *Introdução à economia do meio ambiente*. Brasília: IBAMA, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global versus o processo civil clássico*. In: _____. *Textos: ambiente e consumidor*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, v.1. 1996.
- CADIER, Christophe Yvan François. *O Brasil e a globalização dos mercados financeiros*. In: SUNFIELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GODARD, Olivier. *A gestão integrada dos recursos naturais e do meio ambiente: conceitos, instituições e desafios de legitimação*. In: VIEIRA, Paulo Freire; WEBER, Jacques (Orgs). *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental*. São Paulo: Cortez, 1997.
- GOULET, Denis A. *Ética do desenvolvimento*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: integração e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Proteção do meio ambiente: caso do Parque do Povo*. In: Revista dos Tribunais. n.702. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: selección*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1983.
- KLEMMER, Paul. *Proteção ambiental e rentabilidade*. In: _____. *Ecologia e economia*. São Paulo: Konrad - Adenauer - Stiftung, 1992.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUÑO, Antônio Henrique Perez. *Derechos humanos: estado de derecho y constitucion*. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Universidade de Brasília, 1982.
- MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- MAGALHÃES, José Luís Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992.
- MARINHO, Josaphat. *Sociedade e Estado no Brasil na transição do século*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1995.

- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra, 1991.
- MONTORO FILHO, André Franco et al. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Economics instruments for environmental protection*. Paris, 1989.
- _____. *The polluter pays principle: definition, analysis, implementation*. Paris, 1975.
- PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann. The state of american federalism: 1994 - 1995. In: _____. *Publius: the journal of federalism*. v.25, n.3. Easton: Meyner Center or the Study of Federalism, 1995.
- PEARCE, David W.; TURNER, R. Kerry. *Economics of natural resources and the environment*. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1990.
- PEPPER, David. *Ambientalismo moderno*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966.
- PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan, 1946.
- PINHO, Diva Benevides et al. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RÊGO, George Browne. Algumas considerações e inferências em torno do artigo do professor Denis Goulet acerca do tema 'Ética do desenvolvimento' como uma nova disciplina filosófica. In: _____. *Perspectiva filosófica*. v.3, n.6 - 7. jan. / jun. , jul. / dez. , 1995.
- SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. Coimbra: Almedina, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SEN, Amartya A. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. Economia do meio ambiente: forças e fraquezas. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Direito Comparado

Método ou ciência?

Weliton Carvalho

Sumário.

1. Caráter científico do Direito. 2. Caracterização científica do Direito Comparado. 3. Metodologia em Direito Comparado. 4. Conclusões.

1. Caráter científico do Direito

Para se evitar o máximo possível o dogmatismo e, conseqüentemente, as verdades inquestionáveis dos axiomas, impõe-se questionar a adjetivação científica do Direito, considerado em sua totalidade.

Inicialmente, deve-se entender que a linguagem é o instrumento para a comunicação entre os homens, em seu aspecto coloquial ou científico. Assim nenhuma ciência escapa da elaboração de um discurso. Michel Mialle (1979, p. 29) apresenta o alcance do discurso como elemento da ciência, ao entender que a linguagem se forma a partir de um corpo de proposições que, dentro de uma lógica, se reproduzem e se desenvolvem. Por evidente que a linguagem busca traduzir o empírico em um nível de elaboração que a comunidade acadêmica buscou denominar científico.

A ciência, portanto, é um produto das indagações e soluções elaboradas ao longo do tempo, com indispensável carga empírica. Científico, então, seria toda demonstração convincente de um fenômeno, para o qual ainda não há paradigma novo a questioná-lo. Com essa afirmação, percebe-

Weliton Carvalho é Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco, Professor da pós-graduação do Centro Unificado de Ensino do Maranhão - CEUMA, Juiz de Direito.

se que nada é definitivo, *a priori*, no campo científico. Não fosse assim, a física de Newton não teria cedido espaço ao gênio de Einstein. A demonstração científica, portanto, deve superar os denominados obstáculos epistemológicos para merecer a mais elevada qualificação do conhecimento humano. Os denominados *obstáculos epistemológicos* receberam a seguinte consideração de Michel Miaille (1979, p. 32):

“Com efeito, não se trata de modo nenhum de umas quantas dificuldades de ordem psicológica, mas sim de obstáculos objectivos, reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efectua. Assim, estes obstáculos são diferentes segundo as disciplinas e as épocas, pois testemunham, em cada uma das hipóteses, condições específicas do desenvolvimento da investigação científica”.

Dentro desse panorama, um determinado conhecimento científico só se concretiza quando transpõe os denominados obstáculos epistemológicos e só se mantém de pé ao resistir a novos paradigmas que o colocam à prova. Mesmo aquelas verdades absolutas denominadas axiomas não estão imunes de serem superadas pela pesquisa científica. Em análise radical, todo o saber humano é temporal, com exceção das chamadas verdades reveladas, como é essencialmente a teologia, particularmente com relação a fé, e na qual, curiosamente, nasceu o fundamento do Direito.

Em princípio o Direito sofreu durante longo tempo de uma crise de identidade, pois o seu objeto variava da teologia à filosofia, de um modo ou de outro se localizando no conhecimento metafísico. Há autores que não reconhecem um caráter científico ao Direito: exemplifique-se com Tércio Sampaio Ferraz (1973, p. 160). Tal corrente de pensamento reserva ao Direito um substrato de ordem técnica ou de arte, considerando-lhe parte da sociologia, da história e mesmo da etnologia.

Neste sentido, a ciência do Direito deve muito ao esforço de Hans Kelsen (1984, p. 109), ao delimitá-la, claro que em um corte epistemológico, mas de modo peremptório, nas suas pretensões de criar um sistema de lógica pura do normativo como objeto da ciência do Direito.

“Na afirmação evidente de que o objecto da ciência jurídica é o direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”

Hans Kelsen (1984, p. 118) ainda classificou a ciência do Direito como normativa para diferenciá-la das ciências causais. Evidente que é possível se abrir uma crítica a Hans Kelsen, não por ter delimitado com precisão singular o substrato em que o conhecimento jurídico seria peculiar, mas por tentar isolar a norma em uma bolha de plástico, como se esta não necessitasse de um olhar de cunho sociológico e filosófico. De modo empírico se pode afirmar que nenhum legislador nem qualquer operador do Direito pode ser insensível à sociedade para a qual se destina o comando normativo, nem lhe pode deixar de reconhecer o valor que catalisou a existência do dispositivo jurídico.

A partir da delimitação do objeto do Direito e das possíveis generalizações epistemológicas em torno de sua fundamentação, lembra A. L. Machado Neto (1969, p. 19-20) que os argumentos de Kirchmann, um dos mais famosos negadores da ciência do Direito, caiu por terra. Principalmente quando se percebe que a dinâmica epistemológica deixou de ser objeto exclusivo das ciências naturais, pois se refutava o Direito como ciência devido ao seu caráter instável, posto que fenômeno histórico.

O Direito, portanto, merece o caráter científico, porque detém um objeto especí-

fico. Aliás, muito a propósito lembra a esse respeito André Franco Montoro (1991, p. 95). Evidente que não é apenas a existência do objeto que caracteriza a ciência, mas a maneira como este é investigado. Assim o Direito é ciência porque, além de deter um objeto determinado para suas considerações, o jurista elabora sua investigação com rigor técnico ditado pela lógica sedimentada na experiência exposta aos novos paradigmas.

2. Caracterização científica do Direito Comparado

O Direito Comparado trabalha sobre o mesmo substrato, e não poderia ser diferente, do fenômeno jurídico genericamente considerado: o conjunto de normas postas. Apesar dessa constatação, o caráter científico do Direito Comparado continua a merecer vacilações por parte dos estudiosos. Neste sentido H. C. Gutteridge (1954, p. 14) afirma que a definição do Direito Comparado encontra-se interligada com a questão de se saber se essa nova realidade pode ser considerada uma ciência.

Em verdade a grande questão para essa celeuma encontra-se na confusão realizada a partir da própria terminologia deste ângulo da ciência jurídica: Direito Comparado. A rigor, não se vislumbra outra designação melhor para essa faceta do conhecimento jurídico, mas sabe-se que a melhor expressão foi cunhada pelos autores germânicos que perceberam no termo Comparação de Direitos a verdadeira mensagem deste *pathos* da ciência. Não se deve negar, por outro lado, que essa terminologia alemã ratifica o caráter de método que muitos juristas querem atribuir ao Direito Comparado.

No cerne da questão, encontra-se distinguir objeto de método. Evidente que não é tarefa das mais fáceis. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1973, p. 32) afirma que as modernas contendas a propósito da ciência encontram-se ligadas à metodologia. Não

obstante, deve-se perceber que objeto é o substrato no qual incide a observação do pesquisador; método é tão-somente o instrumento de que se vale o estudioso para verificar o substrato por ele eleito. Ademais, o trabalho do comparativista não se esgota num mero método de comparação, posto que, para entender cada um dos ordenamentos jurídicos estudados, precisará lançar mão de outros instrumentos de cultura para cotejar com segurança o substrato sob análise.

A confusão entre objeto e método tornou-se uma armadilha perigosa capaz de surpreender as mais autorizadas inteligências. Mesmo aqueles juristas que conseguem vislumbrar com lucidez a diferença entre objeto e método em sede de Direito Comparado não conseguem escapar da armadilha terminológica. Felipe de Sola Cañizares (1954, p. 104) não escapa a essa armadilha, porque, ao escrever que “lo objeto de la comparación son dos o más sistemas jurídicos”, parece estar seguro do substrato sobre o qual repousa o Direito Comparado. No entanto, quando deveria evoluir para reconhecer a cientificidade do Direito Comparado, surpreende com esta passagem:

“Si la esencia del derecho comparado es la ‘comparación’, de ello se deduce que se trata de un método aplicado a las ciencias jurídicas. La idea de que el derecho comparado es un método, apuntada entre otros por De Francischi, Messino y Kaden, ha sido brillantemente desarrollada por Gutteridge, seguido, especialmente, por David, y parece que es la idea que tiende a imponerse, porque es la única que permite formular una noción del derecho comparado compatible con todas las finalidades y aplicaciones.” (SOLA CAÑIZARES, 1954, p. 100)

Cláudio Souto (1956, p. 118), partindo da própria terminologia, escreveu um ensaio para demonstrar a inexistência científica dessa especialidade jurídica,

pois seria “incoerência em tal orientação, o manter, o denominar Direito Comparado para referência àquilo que se considera simplesmente um método”. Mais moderado mostrou-se José Nicolau dos Santos (1955, p. 349) ao ventilar a hipótese de ser o Direito Comparado uma ciência auxiliar.

Se entre aqueles que negam cientificidade ao Direito Comparado encontram-se inteligências brilhantes, há uma corrente não menos notável de juristas reconhecendo o caráter científico ao Direito Comparado.

Naojiro Sujiyama (1941, p. 61) atribui caráter científico ao Direito Comparado, de modo sucinto: “El Derecho comparado como tiene por factor esencial la comprobación positiva, posee propriamente el carácter científico”.

Em língua portuguesa, Carlos Ferreira de Almeida (1988, p. 31), da Universidade Nova de Lisboa, ao constatar a existência do objeto e de um método específico no âmbito do Direito Comparado, lança um olhar lúcido sobre essa querela, nesta passagem: “Por isso, concluímos (com Zweigert) que o direito comparado é uma ciência autónoma, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a macrocomparação e a microcomparação”.

Fernando Bronze (1976, p. 378-379), da Faculdade de Direito de Coimbra, entende que o método comparatístico é instrumental em relação à ciência do Direito Comparado, notando que a metodologia simplesmente fornece os dados ao comparativista, os quais serão seriados, catalogados e classificados coerentemente pela ciência do Direito Comparado.

No Brasil, Caio Mário da Silva Pereira (1952, p. 44) igualmente concorda com a autonomia científica do Direito Comparado, vez que este se utiliza do método comparativo, mas não se esgota nele.

Na medida em que se vislumbra o conceito de método, de ciência e de autonomia, não se pode querer restringir o Direito Comparado à mera qualificação instrumental. Vai ele muito além, posto possuir um

objeto determinado, um método específico e prevalente, princípios organizados na literatura jurídica em vários países do mundo e, finalmente, detém autonomia didática.

Não se pode reclamar do Direito Comparado a ausência da autonomia legislativa, pois, como lembra Ivo Dantas (2000, p. 60), esta lhe é estranha como objeto. Ademais deve-se registrar que, além da comparação entre ordens jurídicas, não se utiliza o Direito Comparado de quaisquer outros instrumentos estranhos ao cotidiano dos juristas.

3. Metodologia em Direito Comparado

Não há ciência sem método, porque o conhecimento epistemológico reclama rigor e técnica. É verdade que o método é variável de acordo com o próprio substrato trabalhado pelo estudioso. Aliás, René Descartes (1973, p. 38) deixou assentado que “o meu desígnio não é ensinar aqui o método que cada qual deve seguir para bem conduzir sua razão, mas apenas mostrar de que maneira me esforcei por conduzir a minha”.

Em certos momentos da pesquisa científica, o método atinge uma importância quase igual à própria ciência a que serve. Cabível lembrar que a divergência do próprio termo ciência guarda estreita relação com a metodologia. O Direito Comparado talvez seja um dos raros exemplos em que ocorra uma hipertrofia do método diante do objeto estudado.

Acostumou-se em Direito ter o jurista de praticar vários métodos na análise do ordenamento. Em sede de hermenêutica, variados são os instrumentos com os quais o estudioso trabalha. No âmbito do Direito Comparado, todos os métodos utilizados pelo estudioso são subsídios para a comparação. Ninguém seria ingênuo ao ponto de afirmar que o Direito Comparado, ao desenvolver o seu mister, utilizar-se-ia tão-somente do método comparativo. Para compreender um determinado ordenamento jurídico, o pesquisador necessariamente

deverá munir-se inclusive de instrumentos metajurídicos.

Como bem lembra Naojiro Sujiyama (1941, p. 817-827), os estudiosos guardam em simultaneidade a tendência teórica e o viés prático da pesquisa em Direito Comparado. A primeira corrente preocupa-se em investigar o fundamento teórico dos ordenamentos postos para investigação; a segunda, trabalha com a realidade presente e com os métodos práticos para desvendar as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos estudados.

A rigor, o que existe é uma predominância na postura do jurista comparatista, vez que ninguém é eminentemente prático sem teoria e não há teoria que não se conduza pela via mais prática. De todo modo a persecução dos objetivos, em regra, em Direito Comparado, tem conotação prática, pois a ela servem.

Ao problematizar sobre a cientificidade ou não do Direito Comparado e a própria utilização do método, Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 101) lança mão do pragmatismo para encerrar a contenda em torno da cientificidade do Direito Comparado, nesta passagem:

“Pero se el derecho comparado es un método, se plantea entonces, com mayor motivo, la cuestión de saber se el derecho comparado es o no una ciencia. En realidad, es preciso saber, previamente, la exacta significación de los vocablos ‘ciencia’ y ‘método’, y Gutteridge, aludiendo a la vaguedad de tales expresiones, cita un estudio titulado Método de la ciencia jurídica y un libro sobre La ciencia del método científico. No creemos que la cuestión tenga una gran importancia práctica”.

Nota-se que Felipe de Solá Cañizares começa por discutir a matéria em nível científico e termina por abandoná-la, por não vislumbrar um efeito prático nessa contenda. Tal qual a postura do jurista, outros estudiosos abandonam discussões

acadêmicas para indagar da praticidade de suas pesquisas.

A formação de cada jurista terá implicação direta no desenvolvimento de suas pesquisas comparativas. Em situação de antagonismo, encontram-se os juristas adeptos do positivismo puro e aqueles formados pela visão do livre arbítrio.

Naojiro Sujiyama (1941, p. 56-57) chega a afirmar de modo cristalino que o estudioso do Direito Comparado está envolvido na mescla do social, do político, da vida enfim.

“No hay ningún Derecho comparado que no exija una comprobación positiva comparativa y sistemática, que consiste, en suma, en investigar la substancia del derecho viviente, para observar los efectos que derivan de ella y las circunstancias sociales que se encuentran detrás del derecho viviente”.

Demonstra-se, assim, mais uma vez, que não há método capaz de neutralizar a ciência, mormente aquelas ditas sociais, como é o Direito, vez que aqui o estudioso leva para suas análises toda a carga ideológica que adquiriu ao longo de sua formação intelectual e de vida como ser pensante do seu tempo.

Torna-se previsível que o jurista de formação positiva pura terá uma postura meramente formal diante dos ordenamentos estudados, ao passo que o estudioso de formação mais livre dará uma concepção mais valorativa e facilmente estabelecerá um ideal destinado a fomentar uma política jurídica, que pode ser até de fundo legislativo. Não obstante é preciso que se diga que ambas as escolas têm sua importância para o desenvolvimento da ciência jurídica.

Em sede de metodologia de Direito Comparado, o que verdadeiramente se pode afirmar, nos dias que correm, é que os comparatistas cada vez mais se aperfeiçoam nos métodos interpretativos comparados, utilizando-se dos métodos legislativos como subsídios. De modo profundamente didático, Carlos Ferreira de Almeida (1988,

p. 19-30) nos oferece um roteiro prático e lúcido para quem deseja iniciar pesquisa no âmbito do Direito Comparado, ao esclarecer que a metodologia aplicada na seara do Direito Comparado dependerá da dimensão desejada. Variando, portanto, a metodologia consoante se trate de macro ou microcomparação. Esclarece, ainda, o jurista lusitano que, entre a macro e a microcomparação, há elementos convergentes.

Como se torna inviável, neste espaço, o aprofundamento de cada espécie de comparação (macro ou micro) limita o estudo aos momentos comuns a qualquer empreitada em sede de Direito Comparado, que se divide em três fases: conhecimento (fase analítica), compreensão (fase integrativa) e comparação (síntese comparativa).

Em síntese apertada, a fase de conhecimento (analítica) corresponde à delimitação do campo de atuação do jurista comparatista. Significa que escolherá parâmetros sobre os quais vai trabalhar. Nessa primeira fase, 4 (quatro) regras são denominadas de ouro e podem ser enumeradas da seguinte forma: 1^a) utilizar as fontes originárias; 2^a) proceder à análise de acordo com a complexidade das fontes aplicáveis; 3^a) usar o método próprio da respectiva ordem jurídica; e 4^a) procurar conhecer o direito vivo.

No primeiro pré-requisito dessa fase, faz-se imperativo o conhecimento da língua em que estão escritos os ordenamentos jurídicos estudados. E aqui cabe a ressalva de que é imprescindível o domínio dos termos jurídicos na língua original.

A segunda regra reclama do comparatista uma pesquisa minuciosa a propósito da jurisprudência e da literatura jurídica comentadora do ordenamento pesquisado.

O terceiro requisito da primeira fase impõe ao estudioso uma afinidade com os princípios peculiares que elegeram a ordem jurídica estudada. Nesse particular toda cautela é recomendada, porque conhecer os meandros de uma ordem jurídica alienígena não é tarefa jurídica das mais fáceis.

Finalmente a quarta e última regra dessa etapa exige que o comparatista busque encontrar a compreensão do instituto, norma, ou sistema estudados e a efetiva aplicabilidade destes no contexto social.

A fase de compreensão ou integrativa destina-se à análise crítica do jurista que estabelecerá semelhanças e diferenças entre os parâmetros escolhidos no momento imediatamente anterior da pesquisa.

Na última fase, exatamente denominada comparação ou síntese comparativa, o jurista explicará o porquê das semelhanças e diferenças encontradas em sua pesquisa, expondo todos os dados apurados durante sua análise, devendo apresentar suas conclusões.

4. Conclusões

1. O Direito é dotado de caráter científico, posto que seu discurso é formulado de proposições lógicas, as quais regem seu desenvolvimento e se expõe a novos paradigmas.

2. O Direito Comparado assume a postura científica por ser dotado de um objeto, de método próprio, além de autonomia literária e didática.

3. A metodologia em Direito cada vez mais recepciona elementos metajurídicos, por uma imposição holística da ciência contemporânea.

4. O método comparativo é apenas uma das ferramentas do Direito Comparado não comprometendo seu caráter científico, até porque, nessa seara do fenômeno jurídico, o estudioso se vale de outros instrumentos inseridos no cotidiano dos operadores do Direito considerado na sua generalidade.

5. Seguramente é no âmbito do Direito Comparado que a cientificidade do fenômeno jurídico experimenta sua prova cabal, na medida em que qualquer detalhe despercebido pode ocasionar o comprometimento do estudo formulado entre as ordens normativas cotejadas.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- BRONZE, Fernando José. A comparação de ordens jurídicas integradas em sistemas econômicos diferentes. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. 2, n. 2, jul. 1976.
- CANIZARES, Felipe de Solá. *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DESCARTES, René. Discurso do método. In: *Os Pensadores*. v. 15. São Paulo: Victor Civita, 1973.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- GUTTERIDGE, H. C. *El derecho comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra: A. Amado, 1984.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1952.
- SANTOS, José Nicolau dos. Direito comparado e geografia jurídica. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade do Paraná, Curitiba*, a. 3, n. 3, dez. 1955.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do direito comparado*. Recife: [s. n.], 1956.
- SUJIYAMA, Naojiro. Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado. In: *Concepto y metodos del derecho comparado*. México: Compañía General, 1941.

Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas

José Pedro Luchi

Sumário

1. Introdução. 2. O desenvolvimento das teorias da democracia e seu contexto. 3. A dupla revisão da teoria política da escolha racional. 4. Uma revisão da teoria sistêmica. 4.1. O Estado Supervisor e sua crítica. 4.1.1. O controverso ultrapassamento da auto-referência. 4.1.2. Ameaça neocorporativista ao Estado Constitucional de Direito. 4.1.3. Carência de representatividade democrática. 5. A circulação do Poder no Estado de Direito. 5.1. A distinção núcleo-periferia. 5.2. O sistema de Comportas. 5.3. Dois modos de elaboração de problemas: normal e conflitual. 6. Confronto conclusivo: Peters e a mitigação das exigências normativas da deliberação. 6.1. O conceito de legitimidade e seus desdobramentos. 6.2. A efetiva função de discursos públicos. 6.3. Igualdade *versus* estratificação do espaço público.

1. Introdução

Este artigo reconstrói, num primeiro momento, na esteira de J. Habermas¹, a sequência de teorias da democracia surgidas após a Segunda Guerra Mundial, buscando a lógica do desenvolvimento das novas teorias. Da teoria do pluralismo passa-se àquela das elites e, diante da falsificação de suas premissas, ocorre a bifurcação em Teoria Econômica da Democracia e Teoria dos Sistemas. São analisadas revisões de cada uma dessas bifurcações feitas, res-

José Pedro Luchi é Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutor em Filosofia pela Pontifícia Università Gregoriana – Vaticano.

¹ (HABERMAS, 1994, 1997). Sobretudo o Cap. VIII.

pectivamente, por J. Elster e H. Willke. A dupla revisão operada por Elster conduz ao resgate do conceito de deliberação política. A releitura da teoria sistêmica, à qual Habermas concede grande espaço, mostra o fracasso da tentativa de manter a terminologia de “Estado de direito” e “democracia” com um conteúdo diverso. O Estado não pode dividir a soberania com organizações corporativas, nem o intercâmbio entre *experts* pode substituir um debate político representativo de todos os cidadãos. Um saber a ser implementado socialmente, isolado de questões éticas e morais, efetivamente não se dá.

Numa segunda etapa, é apresentada a leitura habermasiana de um modelo empírico de circulação do poder, que inclui a subdivisão entre núcleo e periferia do sistema político, a estrutura de comportas do processo político de elaboração de leis e decisões vinculantes e finalmente dois modos de resolução de problemas, o normal e o conflitual. O tipo de resolução depende precisamente da capacidade da Periferia e da opinião pública de se mobilizar e pressionar o sistema político.

Finalmente, é estudado um artigo de B. Peters (2001) sobre o espaço público deliberativo. A partir de dados empíricos em confronto com as altas exigências normativas de uma política deliberativa, esse autor conclui com um convite à suavização de tais exigências, diante da grande estratificação e elitização dos meios de comunicação. Questiona, além disso, que discursos públicos tenham como função primeira conduzir a um consenso explícito, mas os vê como promotores de um aprendizado social. Algumas referências à situação brasileira são esboçadas, numa reflexão que deve continuar a ser aprofundada.

2. O desenvolvimento das teorias da democracia e seu contexto

Em seguida à Segunda Guerra Mundial, foi elaborada a teoria pluralista da demo-

cracia, que conservava fraca normatividade, próxima ao modelo liberal da democracia. Isto é, aqui a preocupação não é com a legitimidade do poder político, mas a sua imposição de fato. Entendendo-se poder social como “capacidade de imposição de interesses organizados a outros, mesmo contra sua vontade”, tanto o poder político como o poder administrativo são vistos como formas de poder social.

De baixo para cima, a conquista do poder político se dá por meio de eleições universais, na concorrência entre partidos, e, conforme o resultado, é distribuído entre governo e oposição. O jogo de forças das organizações sociais provoca a elaboração e implementação de leis, no quadro da respectiva distribuição de poder, em decisões vinculantes. De cima para baixo, o poder administrativo intervém tanto sobre a formação da vontade no parlamento como sobre as organizações da sociedade.

Esse processo só poderia gerar alguma legitimidade se o poder social fosse distribuído mais ou menos equilibradamente entre os diferentes grupos e seus interesses; do contrário, parte dos grupos sociais não seriam representados na disputa política. Com efeito, aqui não lidamos mais com atores individuais, mas com associações e interesses organizados.

As seguintes premissas, que se conectam com a visão liberal, são necessárias para a manutenção da teoria pluralista da democracia. Com a falsificação dessas premissas, cai também o modelo: a) todos os atores coletivos têm as mesmas chances de influência sobre processos relevantes; b) os membros das organizações determinam a política das organizações e partidos; c) esses últimos são induzidos à disposição para negociar por múltiplas associações. “A Democracia de concorrência configura então um equilíbrio social de poder no plano da distribuição do poder político de tal forma que a Política estatal considera igualmente um amplo espectro de interesses” (HABERMAS, 1994, p. 402).

As condições sociais mostraram que os membros das associações participam muito diferenciadamente das decisões e que grande parte beira a inatividade. Em segundo lugar, a influência de diversos grupos sociais sobre os detentores do poder político também é muito diversificada e não bem distribuída. Ambas as falsificações do modelo pluralista levaram a uma Teoria das Elites, na linha de J. Schumpeter (1950).

Se a maioria dos membros das associações é pouco ativa, compete então às elites levar adiante de modo eficaz a luta pelo poder. Também os dirigentes políticos se desvincularam crescentemente das massas, estabelecendo objetivos no seio das elites. Democracia se resume, então, à escolha plebiscitária entre elites concorrentes.

Porém, pergunta-se: como o interesse das não-elites pode ser satisfeito? Dever-se-ia admitir uma racionalidade das elites capaz de atender ao bem comum no exercício de funções estatais. Torna-se relevante o papel de uma administração estatal capaz de produzir lealdades das massas pouco politizadas, por meio de uma colocação adequada de objetivos políticos. Agora o sistema político precisa assumir a articulação de “necessidades públicas relevantes, conflitos latentes, problemas removidos, interesses não capazes de organização” (HABERMAS, 1994, p. 403). Pode-se perguntar também: sob quais condições isso é possível?

Uma consideração mais cautelosa dos limites de possibilidades do sistema administrativo evidenciou déficits tanto de condução quanto de legitimidade do modelo anterior e gerou uma bifurcação no desenvolvimento teórico. No lado *out-put*, surge um déficit de direção: o sistema administrativo se vê reduzido na capacidade de ação porque organizações e subsistemas funcionais tais como educação, saúde, tecnologia se subtraem a uma intervenção direta. O sistema administrativo parece mais apto a reagir para evitar crises que a um papel ativo. Do lado *in-put*, governos e partidos têm sua ação limitada pelo risco de retirada de legitimação

em cada nova eleição por meio de voto de protesto, ausência, abstenção, etc.

A teoria dos sistemas se ocupa então da condução do sistema político, agora declarado autônomo. Corta os laços com um modelo normativo de partida. A teoria econômica da democracia se ocupa com a questão da legitimação, a partir de um individualismo metodológico.

Essa última teoria pretende considerar a relação entre eleitores e políticos no quadro de uma escolha racional, isto é, como mera estratégia para asseguarização de respectivos interesses egocêntricos. Os eleitores associam então seu voto a determinadas pretensões de auto-interesses mais ou menos esclarecidos e os políticos, que querem conservar ou conquistar cargos, trocam tais votos pela oferta de políticas.

A experiência abalou essa visão exclusivamente egocêntrica das motivações do voto e mostrou que o eleitor se decide também a partir de valores éticos. Com efeito, por exemplo, a taxa de comparecimento às urnas, nos países onde ele é livre, não aumenta em situações de decisão apertada em questões de interesse.²

3. A dupla revisão da teoria política da escolha racional

John Elster analisa as dificuldades que surgem na aplicação da teoria da escolha racional aos processos políticos.³ Ele considera irrealista: a) a admissão de que escolhas e preferências dos eleitores seriam algo fixo. De fato elas mudam com o processo político a partir de mais informações e argumentações; b) que todo agir racional seja apenas estratégico, isto é, um cálculo egocêntrico de vantagens. A civilização como nós a conhecemos pressupõe também o agir por honestidade e senso de dever.

² Habermas (1994, p. 404) não detalha essas conclusões das ciências sociais empíricas, mas apenas acena para trabalhos correspondentes.

³ Cf. J. Elster apud J. Habermas, 1994, notas 15 e ss do Cap. VIII, além da Bibliografia de referência.

Buscando ampliar as bases da formação racional da vontade política para além do agir estratégico, Elster procede a duas revisões no modelo de escolha racional.

Num primeiro momento de revisão, Elster introduz, ao lado do agir estratégico, o agir regulado por normas. Porém, na visão de Habermas, considera-o ainda num quadro demasiado empirista. E responde a duas objeções: a) normas são apenas justificações *a posteriori* para o agir oportunista. Resposta: até mesmo para usar normas estrategicamente, é preciso que elas sejam antes reconhecidas intersubjetivamente. Sua validade social antecede qualquer uso oportunístico; b) normas são seguidas para evitar sanções internas (culpa ou vergonha), então sua observância é estratégica. Resposta: tratar racionalmente as consequências de um procedimento que seria irracional (a observância de normas) não explica como se chega a tal procedimento. Mesmo que alguém agisse no sentido da objeção, a origem das normas mesmas não seria assim explicada.

Habermas (1994, p. 410) observa que Elster continua considerando as normas como uma expectativa recíproca de comportamento sem caráter racional. Sua distinção em relação ao agir estratégico é que este se orienta pelos resultados, enquanto o agir regulado por normas se atém ao “comportamento prescrito” por forças “quase internas”.

Ora, se normas não são racionais, a coordenação das ações entre diversos atores continua somente podendo ocorrer por negociações do tipo “barganha”, em que regras são equiparáveis a fatores que limitam o espaço de ação. Porém, ainda assim não se explica porque os atores podem mudar de opinião durante o processo de formação política da vontade e não apenas a partir de ameaças e promessas críveis, mas também a partir de argumentos válidos, como mostra a análise das ações sociais.⁴ É preciso proceder a uma segunda revisão que admita

⁴ A partir dessas chaves de interpretação, Elster estuda as revoluções americana e francesa.

a racionalidade de normas, e, portanto, um outro modo de coordenação de ações sociais, não somente a influência estratégica recíproca de atores por ameaças e promessas, mas também a comunicação em vista do entendimento em função das mesmas razões e então um nível de imparcialidade de discurso prático que é precisamente aquele da justiça. “Tarefa da política não é apenas a eliminação de regulações ineficientes e antieconômicas, mas também a produção e garantia de relações vitais que correspondam aos interesses simétricos de todos” (HABERMAS, 1994, p. 412).

Como conclusão parcial, a pesquisa de Elster mostra a relevância empírica do conceito de política deliberativa. Os embates por meio dos quais se forma a vontade política incluem mecanismos que filtram os argumentos capazes de produzir legitimidade e são capazes de desmascarar interesses inconfessados. Racionalidade da decisão não se coloca então apenas no nível individual, mas sobretudo naquele institucional dos procedimentos. A “virtude pessoal” é de certa forma substituída pelo processo deliberativo, cujos resultados produzem um poder comunicativo que concorre com o poder social que pode fazer ameaças e com o poder administrativo em mãos dos funcionários.

4. Uma revisão da teoria sistêmica

A teoria sistêmica não nega que possa surgir algo como poder comunicativo no quadro do espaço público que discute as normas da sociedade. Porém, ela descreve tal processo de modo a manifestar sua impotência. Também a política, ancorada no aparato estatal na visão de Luhmann, autonomiza-se como um sistema funcional entre outros e haure legitimidade a partir de si mesma, isto é, do cumprimento das regras previstas para o funcionamento de seus procedimentos, dada a completa positivação do Direito. As disputas entre governo e oposição, por meio da concor-

rência entre partidos, são linhas pelas quais se legitimam de modo paternalístico procedimentos que dizem respeito tanto a complexas redes organizativas quanto ao público eleitor menos complexo.

Se agora H. Willke pretende repensar a teoria do Estado dentro do quadro da teoria sistêmica de modo a responsabilizar eticamente a sociedade, isso então significa que a concepção *supra* citada de Luhmann experimenta um abalo.

Retorna a problemática da legitimação. Os ganhos com a diferenciação dos subsistemas sociais poderiam ser revertidos em perdas se não se conseguisse manter a integração da sociedade. Os subsistemas como saúde, tecnologia, ciência, por exemplo, são, pensa-se, insensíveis aos custos que seu incremento provoca para o conjunto da sociedade. Está na lógica da teoria que possa ocorrer uma reintegração a nível mais alto.

Porém, não há mais nenhum lugar nem nenhuma linguagem em que os problemas da sociedade possam ser pensados em seu conjunto. Porque cada sistema forma sua própria imagem da sociedade. Nem a linguagem cotidiana, pouco especializada, nem aquela específica de cada sistema, especializada demais, pode tratar de questões do conjunto.

Ameaças à integração social colocam problemas de legitimação para o Direito e a Política, especializados na garantia de integração e na prevenção de desmoronamentos. Porém, tais problemas não são colocados à primeira vista como de legitimação porque essa é uma categoria interna à política e o Estado não representa mais o conjunto da sociedade.

H. Willke diagnostica algo como o retorno da problemática da legitimação diante de sinais de irracionalidade do conjunto do sistema. Qual é a sua proposta? Seria um acordo reflexivo entre os diversos sistemas, acordo obtido pela mediação de um Estado supervisor. A racionalidade deveria vir a partir de um equilíbrio entre sistemas au-

tônomos de uma sociedade que seria então integrada e tutelada pelo Estado.

No contexto do neocorporativismo, Willke (apud HABERMAS, 1994, p. 416) pensa que mesas-redondas, grêmios de discussão e articulações as mais diversas seriam um lugar intermediário de negociação que permitiria “à Política, numa sociedade descentrada, conservar a unidade do conjunto da sociedade, unidade que o Estado mesmo não pode mais representar, no papel de supervisão terapeuticamente instruída”.

4.1. O Estado Supervisor e sua crítica

Habermas estabelece três pontos de análise crítica da proposta de revisão da teoria sistêmica por H. Willke.

4.1.1. O controverso ultrapassamento da auto-referência

Como resposta a sistemas perturbados internamente e que precisam de ajuda ou a prejuízos causados ao ambiente, não se coloca uma intervenção estatal direta, de resultados pouco eficazes, mas negociações não-hierárquicas entre sistemas. Cada sistema só pode mudar de acordo com suas regras internas e então se trata de provocar mudanças apropriadas no ambiente, como é freqüente em planejamentos econômicos. Por meio de um tipo de “aconselhamento empresarial”, sistemas fechados podem ser colocados em vinculação produtiva e retroagente sobre cada sistema. Assim pensa Willke.

A objeção de Habermas diz respeito, aqui, à plausibilidade do intercâmbio de perspectivas entre sistemas, no quadro dos pressupostos dados. Problema crucial da teoria política de Hobbes era a estabilização de uma ordem social a partir de atores egocêntricos, que agem em vista apenas de seu auto-interesse. Mas aqui o problema é ainda mais agudo, porque “a egocentricidade das perspectivas que se encontram não é mais determinada pelas

próprias preferências e valores, mas por meio de uma gramática de interpretação do mundo. Sistemas autopoieticamente fechados não partilham, diferentemente de indivíduos em estado de natureza, mais nenhum mundo comum” (HABERMAS, 1994, p. 420-421).

Para a teoria sistêmica, cada sistema pode, no máximo, observar os outros e observar as observações que os outros fazem de si, nos seus resultados. Porém, tal espiral de observações não conduz ainda para fora do fechamento. Seria preciso compreender o outro sistema e não apenas observá-lo conforme a própria gramática. É necessária, então, uma linguagem ao menos parcialmente comum, que é vetada pelos pressupostos sistêmicos, mas que H. Willke convoca a esperar do choque intra-sistêmico, numa nova etapa de desenvolvimento social. Habermas pensa que a linguagem cotidiana faz precisamente tal papel de “última metalinguagem” e possui “regras de transferência intra-sistêmica”, permitindo comunicação entre eles. A construção de Willke, então, não convence.

4.1.2. Ameaça neocorporativista ao Estado Constitucional de Direito

A revisão da teoria sistêmica que estamos considerando prevê uma outra maneira de atuação do direito, não mais por meio de uma imposição autoritativa de objetivos e leis correspondentes, mas por meio de “programas de relações” que provoquem e capacitem o sistema que está gerando risco à automodificação. O Direito deve então passar da regulação de relações pessoais a relações sistêmicas, de uma concepção individualista a uma concepção sistêmica. Os âmbitos de proteção de bens coletivos na sociedade de risco, por exemplo, proteção diante de ameaças ao ambiente, da poluição atômica, de conseqüências incontrolláveis de produtos farmacêuticos e aparelhos técnicos, provocam automudanças nos subsistemas sociais, eis a nova ação da política por meio do direito.

Essa mudança sugerida no tipo do direito, objeta Habermas, ameaça a Democracia. O mesmo neocorporativismo, que busca resolver problemas de integração social, ameaça a legitimidade. Porque agora ocorre algo como uma “dupla-soberania”: o Estado partilha a função de colocação do Direito com instâncias funcionais da sociedade. A Política perde o controle sobre o direcionamento de contextos promovido por sistemas corporativistas de negociações. “Quanto mais a administração pública se deixa envolver em ‘discursos societais’ de um novo tipo, tanto menos ela pode satisfazer a forma democrática jurídico-estatal do círculo oficial do Poder” (HABERMAS, 1994, p. 423).

Willke pretende não abandonar, mas reestruturar a idéia do Estado Constitucional de direito. Basta que tais sistemas de negociação sejam legalizados para garantir sua legitimidade. Os novos “programas de relações” do direito se impostam sobre a autocondução dos sistemas e não mais sobre a autonomia privada e pública dos cidadãos. Com esse deslocamento da ação para organizações, pensa Habermas, desloca-se a base da importação das ações e se enfraquece também a asseguuração dos bens coletivos. Não há harmonia pré-estabelecida entre aumento de complexidade da administração estatal e inclusão política e econômica. Houve períodos em que ganhos de diferenciação corresponderam a ganhos normativos; porém, hoje se observam também desenvolvimentos contrários. Bem-estar e segurança de uma parte da população vão junto com a segmentação de uma classe prejudicada e impotente, que recebe menos compensações e é mais atingida pela subtração de bens coletivos. Por isso esses sistemas

“dependem de ser instruídos pelos clientes atingidos no seu papel de cidadãos sobre seus custos externos e as conseqüências de seus fracassos internos. Se o discurso dos *experts* não é retroacoplado com a formação

da opinião e da vontade, a percepção de problemas dos *experts* se impõe contra os cidadãos. Cada diferença de interpretação desse tipo vale, porém, do ponto de vista do público dos cidadãos, como mais uma confirmação de um paternalismo sistêmico que ameaça a legitimidade” (HABERMAS, 1994, p. 425-426).

4.1.3. *Carência de representatividade democrática*

Embora Willke fale de consenso e o coloque mesmo como uma idealização necessária para discursos racionais, como tentativa de harmonização segundo procedimentos que promovem comunicação entre unidades descentradas, Habermas considera tal vocabulário uma simulação. Sob premissas sistêmicas, essas palavras, procedentes de outra tradição teórica, poderiam ter sentido apenas metafórico.

“Diálogo” aqui não inclui, como na prática comunicativa, normas, valores e interesses, mas apenas aborda o saber sistêmico. *Experts* se esclarecem mutuamente sobre seu âmbito específico e são convidados a sugerir algo para resolver problemas apresentados em outros âmbitos. Algo como um curso continuado de *Management*. Em segundo lugar, o diálogo se realiza sem um horizonte de universalidade, sem que a terapia dos sistemas funcionais possa reivindicar representatividade. Observa Habermas (1994, p. 426):

“O reducionismo cognitivista-empresarial dos discursos de direção neocorporativista se explica através disso que a harmonização entre sistemas funcionais levanta exclusivamente problemas de coordenação funcional. Aqui o saber relevante para a condução de diferentes grupos de *experts* deve ser trabalhado como políticas e implementado por juristas esclarecidos conforme a teoria sistêmica em programas correspondentes de Direito”.

Essa concepção pressupõe que o saber dos *experts* poderia ser isolado de questões éticas e morais, o que de fato não se dá. Os problemas sistêmicos somente são percebidos e tematizados como tais à luz de um pano de fundo do mundo da vida que supõe interesses feridos e identidades ameaçadas, e, então, mais que o saber reflexivo. Controvérsias entre especialistas emergem também por causa da impregnação ética e moral do saber, na sua implementação política. Daí a necessidade de uma política deliberativa, isto é, de disputas públicas entre *experts*, controladas por meio da opinião pública.

5. *A circulação do Poder no Estado de Direito*

Preparando sua elaboração teórica conclusiva dessa temática, e na continuidade das críticas acima exercidas, Habermas se serve do modelo de integração social desenvolvido por B. Peters (1993, p. 344 e ss) para olhar sobre a circulação de poder do Estado de Direito, sob um ponto de vista empírico.

5.1. *A distinção núcleo-periferia*

O primeiro item desenvolvido por Peters é a distinção centro-periferia, quanto aos processos de comunicação, decisão e implementação. O centro poliárquico do sistema político é constituído pela administração, inclusive o governo, pelo Judiciário e pelas instituições de formação democrática da opinião e da vontade (corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre partidos...). No núcleo, a capacidade de ação aumenta com a densificação da complexidade organizatória. Por exemplo, o legislativo é mais aberto para percepção e tematização de problemas, enquanto o aparato administrativo tem mais capacidade de elaboração de problemas.

Constituem a periferia interna da administração instituições dotadas de direito de auto-administração e que exercem funções

estatais delegadas como universidades, associações beneficentes, fundações, autarquias, etc.

O núcleo do sistema político tem uma periferia externa que se compõe de “receptores” e “fornecedores”. Receptores são os sistemas oficiais de negociação, agências, grupos e organizações que se situam entre o público e o privado, os quais preenchem funções de regulamentação. Influenciam a elaboração de leis e são orientados por medidas *out-put*. Fornecedores são associações e grupos da periferia propriamente dita do núcleo político da sociedade, que influenciam os projetos de lei e políticas na medida em que pressionam os receptores e o núcleo, apresentando as reivindicações de seus representados. Eles dão vez a interesses e exigências. Seu espectro é amplo, desde grupos com interesse político claramente definido, como instituições culturais (ligas de escritores, academias...), conselhos de proteção ao consumidor e ao meio ambiente, igrejas e associações caritativas. Essas instituições são formadoras de opinião e constituem a infra-estrutura, do ponto de vista da sociedade civil, de um espaço público dominado pelos meios de comunicação de massa, com suas correntes de comunicação informal.

Embora a diferenciação entre receptores e fornecedores não seja rígida, os princípios do Estado de Direito excluem uma fusão entre ambos, isto é, entre aqueles que influenciam as decisões políticas e aqueles que as formulam e implementam.

Em seguida a essa descrição, Peters enriquece seu modelo de dois elementos teóricos.

5.2. O sistema de comportas

Fluxos de comunicação originados na periferia, pressionando politicamente o centro, somente podem se tornar normas vinculantes para todos se atravessarem procedimentos à entrada dos órgãos parlamentares e dos tribunais (e às vezes, também, na saída, em relação aos complexos administra-

tivos), procedimentos que funcionam como comportas. Tal sistema de comportas impede que o poder administrativo ou o poder social se imponham autonomamente.

5.3. Dois modos de elaboração de problemas: normal e conflitual

Entretanto, nem sempre os fluxos de pressão que vêm do poder social, atravessando a corrente “oficial”, representam somente interesses espúrios. Às vezes também contribuem para simplificar os processos no núcleo do sistema político. Com efeito, têm uma rotina de funcionamento segundo certos padrões, que certamente precisam ser avaliados segundo as constelações de poder que refletem e em sua capacidade de mudança. Tribunais emitem sentenças, parlamentos elaboram leis e orçamentos, burocracias dão despachos, partidos conduzem campanhas eleitorais. Para que essas rotinas permaneçam abertas a mudanças, é preciso que se abram a impulsos vindos da periferia do sistema, em casos de conflito. Casos de conflito se caracterizam por uma consciência de crise, uma elevada atenção e busca de solução para aspectos problemáticos. Essa problematização se refere sobretudo a aspectos normativos. Tal situação força uma elaboração extraordinária das questões, que mobiliza a responsabilidade política dos órgãos do Estado. Se já normalmente os parlamentos e tribunais tentam pôr limites normativos a uma administração orientada para fins, somente em tais casos de conflitos eles conseguem determinar faticamente a direção da comunicação, dada sua especialidade em lidar construtiva e reconstrutivamente com razões. Aqui os corpos parlamentares têm a última palavra. Porém, eles não têm por si próprios a força política de transformar casos rotineiros em casos conflituais. O processo legislativo normal não dá espaço, dada também a pressão de tempo e acúmulo de trabalho, para elaborar dramaticamente novos problemas e iniciativas.

Habermas vê finalmente a necessidade de introduzir ainda duas idéias para tornar realista a tradução sociológica da teoria discursiva da democracia, feita por Peters. Somente a periferia do sistema político pode impedir que os poderes administrativo e social se autonomizem diante do poder comunicativo produzido democraticamente. Por isso a periferia deve tanto a) encontrar ocasiões para isso como b) ser capaz de fazê-lo. Ocasões são encontradas, dados os problemas de integração numa sociedade constituída de sistemas parciais que se diferenciam, gerando crises permanentes de integração e necessidade de processos de aprendizado. Quanto à capacidade de perceber e tematizar problemas do conjunto da sociedade, tal tarefa recai sobre as estruturas periféricas de formação da opinião e da vontade. Isso só será possível com a formação mais ou menos espontânea de opinião em redes de comunicação não institucionalizadas. Tais espaços públicos autônomos dependem do ancoramento em associações da sociedade civil e da inserção em uma política liberal numa medida que é pré-dada aos cidadãos. Eles podem estimular a racionalização de estruturas do mundo da vida, mas não podem dispor delas segundo sua vontade. Nas palavras de Habermas (1994, p. 434-435):

“Sentido é um recurso raro, que não pode ser regenerado ou multiplicado a bel-prazer, onde eu entendo ‘sentido’ como uma grandeza-limite da espontaneidade social. Também isso é, como todas as grandezas empíricas, condicionado. Porém as condições estão em contextos de mundos da vida, que limitam a partir de dentro a capacidade de associados jurídicos organizarem eles mesmos sua vida comum. Aquilo que em última instância possibilita o modo de socialização discursivo de uma comunidade jurídica não está simplesmente à disposição da vontade de seus membros”.⁵

⁵ A cultura política com seu enraizamento no mundo da vida, que representa possibilidades e limites

6. *Confronto conclusivo: Peters e a mitigação das exigências normativas da deliberação*

Por ocasião dos setenta anos de J. Habermas, em 1999, foi organizado um Simpósio em Frankfurt am Main. O volume “O espaço público da razão e a razão do espaço público”⁶ reúne cerca de vinte e cinco artigos apresentados nesse simpósio. Um desses artigos é escrito por B. Peters⁷, autor já citado e comentado por Habermas em “Facticidade e Validade”. Ele reconhece a fecundidade intelectual do pensamento habermasiano, que, desde suas investigações mais juvenis em “Mudanças estruturais no espaço público”, teve como tema, em seguida desenvolvido de muitos modos, o “uso público da Razão”⁸.

Pois bem, na teoria habermasiana, democracia deliberativa é aquela que se constitui por meio do discurso público, então no espaço público e aberto da comunicação. Inclui discursos propriamente, sejam morais, sejam éticos, bem como negociações para alcançar compromissos entre partes, ainda que por razões diversas para cada parte. A deliberação gera legitimação, isto é, aceitabilidade racional da ordenação política e das decisões daí provenientes. Então legitimação, ressalta Peters, diz algo a respeito das lideranças do sistema político, a saber, que estão autorizadas a impor cer-

para a construção de uma sociedade democrática, é um campo especialmente relevante para o caso brasileiro, na medida em que pode ajudar a compreender os obstáculos e dificuldades para a democracia no Brasil. Se, como alguns admitem, no campo político e cultural, não demos ainda o passo da modernidade, ficam mais compreensíveis tendências populistas e paternalistas do eleitorado. Isso se liga a tradições culturais brasileiras.

⁶ L. Wingert und K. Günther (hrsg), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001.

⁷ B. Peters, Deliberative Öffentlichkeit in L. Wingert und K. Günther (hrsg), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, ss 655-677.

⁸ Como se sabe, essa expressão é empregada por Kant no texto “O que é Iluminismo”, que aí a distingue de “uso privado da razão”.

tas medidas, bem como sobre os membros da associação política que é o Estado, isto é, que estão obrigados a cumpri-las.

Peters considera três aspectos ligados ao conceito de Democracia deliberativa: sua caracterização, sua realização e sua avaliação. Pretende confrontar esses aspectos com recentes resultados de pesquisas empíricas. Em outras palavras, sua reflexão se move naquele âmbito que busca pensar a passagem da teoria filosófica da democracia para uma ciência sociológica correspondente à sociedade atual e vice-versa, retrorrefletir a teoria filosófica a partir da empiria social. Essa impositação já é do próprio Habermas, na última parte do Capítulo VIII de “Facticidade e Validade”, “Sobre o papel da sociedade civil e do espaço público político”.

6.1. O Conceito de legitimidade e seus desdobramentos

Quanto à caracterização de “democracia deliberativa”, dois elementos são necessários: a) igualdade de condições de participação e b) caráter argumentativo das posições, que visa o convencimento. Começando pelos conceitos, Peters considera a objeção que impugna a identificação entre “legitimação” e “justificação”. (PETERS, 2001, p. 658 e ss)⁹. Não seria adequada tal equiparação porque legitimação diria respeito aos procedimentos a partir dos quais são tomadas decisões (em tribunais ou corpos legislativos, por exemplo) sem exame das razões substanciais da decisão, enquanto justificação considera precisamente esse último aspecto. Uma decisão ou lei é então qualificada como “legítima” se foi posta segundo os trâmites competentes, mesmo sem se avaliar ainda suas razões substanciais.

A proposta de Peters é ampliar o conceito de justificação de tal modo que abranja razões procedimentais e, assim, a equiparação desse conceito com legiti-

mação possa ser mantida. De outro lado, Peters considera importante precisar qual a base de legitimação de uma norma: se a aceitabilidade universal, no âmbito moral, se o interesse concordante de todos, como em Locke, se a identidade do grupo social, a partir da leitura de suas tradições. Tais desdobramentos conceituais levam a distinguir uma legitimidade normativa, que pode ainda se subdividir em legitimidade liberal e deliberativa, por exemplo, de uma legitimidade empírica, que pode se subdividir em vulgar e qualificada.

6.2. A efetiva função de discursos públicos

Uma das teses que Peters defende, a partir da análise de dados de pesquisa empírica, soa como segue: a função primária de discursos públicos¹⁰ não é alcançar de modo direto um consenso produtor de legitimidade, porém de modo indireto e imediato os discursos devem contribuir para um aprendizado coletivo, que sedimenta certos princípios e valores entre o público, contribuindo assim para o processo de legitimação.

A teoria da deliberação pública, almejando consenso, não visa negar os conflitos ou simplesmente homogeneizar as diferenças, mas precisamente dissolver racionalmente dissensos, atravessando-os. Diversidades são aceitas e bem vindas. É claro que uma discussão séria pressupõe que os interlocutores apresentem razões e estejam dispostos a se deixar convencer por bons argumentos.

Negar que sociedades modernas sejam integradas por meio do consenso é ou trivial ou implausível. Trivial porque ninguém afirma que tais sociedades sejam integradas apenas pelo consenso. Implau-

⁹ Peters dialoga com A. J. Simmons, “Justification and Legitimacy” in *Ethics* 109 (7) 1999, 739-771, artigo citado por Peters (2001, p. 656).

¹⁰ Peters tende a usar os termos “discurso público” e “deliberação” no mesmo sentido. Em Habermas, deliberação é mais amplo que discurso porque inclui, além da interlocução argumentativa, nos campos epistêmico, moral e jurídico, por exemplo, também negociações e compromissos entre interesses diversos, que não são propriamente “discursos”.

sível caso se quisesse afirmar que deliberações são desimportantes. Debates públicos que preparam tomadas de decisão podem contribuir para a integração social, sendo em todo caso relevantes.

Mais interessantes são as questões: que espaço para deliberação existe em esferas públicas modernas e que realização podemos esperar delas? Recentes estudos empíricos, anota Peters, indicam que a dinâmica social não registra muitos esforços em busca de consenso. As explicações para isso são as seguintes. Atores do espaço público são afeitos à controvérsia. Eles, por ocasião de suas falas, em geral se dirigem ao público buscando adesão e raramente ao seu oponente. Porém, em geral buscam apoio no seio, não do público como um todo, mas de certas correntes políticas e culturais. Há uma concorrência por liderança diante do próprio público e para conquistá-la é preciso mostrar sinceridade, engajamento conforme os respectivos valores, capacidade diagnóstica e de ação. Porém, tal atenção específica não favorece a adesão do público em geral.

Então debates, num primeiro momento, em vez de produzirem consenso, aumentam o dissenso. A variação de opiniões aumenta e também ocorrem polarizações e simplificações. De outro lado, mesmo quando levam a unanimidades, debates podem produzir um efeito esclarecedor: desacreditam argumentos insuficientes, esclarecem aspectos das questões. Podem também levar ao mútuo reconhecimento da seriedade das posições opostas e facilitar a chegada a compromissos. Principalmente, o efeito de discursos públicos não é tanto a produção imediata de um consenso, com redução do espectro de posições, mas o deslocamento do espectro de opiniões. De fato, no processo de debates e discussões públicas, alguns argumentos desaparecem do estoque público, porque perdem credibilidade enquanto outros se afirmam como resistentes e relevantes. Novas idéias surgem. De tal forma que, no frigidar dos ovos,

um consenso tácito mais amplo pode ser alcançado: todas as partes passam a aceitar certos princípios e valores, situações de saber se sedimentam. Exemplos de processos desse tipo são desenvolvimentos sociais recentes, nos países ocidentais, sobre família, meio ambiente e minorias, o esclarecimento do passado nazista na Alemanha, etc.

Tais processos de mudança poderiam ser vistos como processos de aprendizado coletivo, sugere Peters, caso seja possível reconstruí-los internamente como ganho de racionalidade. O modelo agora de aconselhamento para tomada de decisões não se prestaria, então, para grandes espaços públicos, mas apenas para ambientes menores, onde se preparam tomadas de decisão. Trata-se aqui da formação de uma cultura pública, a longo prazo, vista como um processo de aprendizado coletivo. A existência de tal cultura se torna condição promotora de um espaço público político, onde se cultiva o debate e se oferece condições para aceitação de seus resultados. Então tal cultura favorece também a legitimação.

6.3. Igualdade versus estratificação do espaço público

As concepções de democracia deliberativa exigem que o espaço público seja inclusivo, aberto e igualitário. Como entender tal igualdade? Podemos compreendê-la como possibilidade de acesso ao espaço público, vista como recursos de informações e discussões, para que cada um possa tomar decisões de modo esclarecido. Isso, entretanto, já pressupõe a distinção entre falantes no pódio e auditório, a qual conduz à constatação, aprofundada por pesquisas, da desigualdade nos meios de comunicação.

Desigualdades podem provir dos utilizadores dos meios de comunicação, dadas as diferenças de formação, recursos, tempo etc., e também da oferta, com programas e debates que visam influenciar o público de diversos modos.

A exigência de igualdade, do ponto de vista normativo, da deliberação pública se manifesta como necessidade de participação ativa potencialmente de todos no espaço público, no sentido de um respeito a todos, individualmente considerados, e também tal igualdade é referida a grupos, contra a dominação por parte de certos estratos, no sentido de se abrir à participação da periferia social. Porém, ressalta Peters, não é claro como tal igualdade pode ser realizada nas condições atuais do espaço público, que não se estrutura de modo nenhum como comunicação entre pessoas privadas ou leigos.

Com efeito, os grandes espaços de comunicação têm mecanismos complexos de regulação, que passam por mercados e outras estruturas em rede etc., de modo que organizadores, editores, redatores, ainda que mantenham influência pessoal sobre o processo, vêm-se também pressionados às suas costas. Além disso, há formas de desigualdade que se referem não tanto ao que ocorre “atrás das cortinas”, mas na própria presença e desempenho diante do público. Organizações de médio e grande porte que atuam no espaço público, bem como instituições governamentais, têm vantagem quanto à oportunidade de aparecer em público. Pela maior facilidade de articular discursos argumentativamente exigentes, certos profissionais ligados ao mundo acadêmico são mais representados na mídia: cientistas, juristas, técnicos, médicos, psicólogos, eclesiásticos, etc.

No interior mesmo da esfera de comunicação, distinguem-se vários tipos, quanto ao peso e ao papel: jornalistas, com amplas funções, além da seleção e elaboração de notícias, elaboram comentários e artigos de fundo; *experts*, representantes de áreas profissionais com reputação reconhecida e por isso influência; advogados, que falam em nome de grupos sem condição de se representar, por questão de saúde ou outras, e podem ser social-pedagogos, terapeutas, juristas; representantes de

grupos determinados, reconhecidos formal ou informalmente; intelectuais que não pretendem representar grupos, mas fazer diagnósticos e críticas do próprio tempo, em nome de *standards* normativos ou culturais, baseando-se na reputação de literatos, artistas, cientistas. Os participantes dessas categorias têm influência e presença diferenciada conforme sua proeminência, isto é, a atenção que lhes é concedida, sua autoridade, ou seja, atribuição de competência e antecipação de confiança, e sua produtividade, segundo as contribuições inovativas e qualificadas que produzem, desenvolvendo a reserva de argumentação em discursos públicos.

Grupos de intelectuais que se agregam conforme interesses culturais ou profissionais podem ter também suas próprias publicações com hierarquia de prestígio. Tais grupos e suas produções em geral não atingem muito grande público, mas podem influenciar lideranças econômicas e políticas. Suas posições podem ter efeito de difusão a longo prazo, com pouco influxo imediato. Ou pode ocorrer que representantes desses grupos sejam ativos e influentes no espaço público, de modo mais permanente.

Peters se pergunta sobre os fatores que provocam mudanças na estrutura da estratificação social e sobre aquelas que determinam lideranças no espaço público. Segundo ele, os conhecimentos sistemáticos sobre isso são poucos. Certamente estratégias de patrocinadores que dispõem de recursos econômicos e organizatórios são capazes de assegurar visibilidade de idéias e pessoas na mídia. Mas isso não é a mesma coisa que autoridade e influência. Peters acredita que a força racional de convencimento desempenhe um papel na conquista de influência por parte de uma idéia, bem como os méritos de personalidades de reconhecida competência ou criatividade lhes granjeia autoridade. Existem também influxos contingentes, relativos à formação de capacidade de articulação. É claro que

se coloca a questão de como se deve considerar a exigência normativa de igualdade de participação no espaço público diante de tão complexa estratificação empírica dos meios de comunicação.

Por duas razões Peters descarta a igualdade simples de participação, em nível empírico: não há tempo para todos, em espaços públicos limitados. Em segundo lugar, é implausível que pessoas falem o mesmo que outros já falaram, sem ter algo de novo e interessante a dizer. Diante da impraticabilidade da igualdade simples, seria a “igualdade representativa” uma alternativa? Embora ressalte a dificuldade de operacionalizar tal igualdade de representação de diversas posições sociais, Peters considera plausível esse modelo representativo. Existem sensibilidades e perspectivas diferentes, de acordo com o lugar social e cultural dos grupos, e todos devem ter espaço. A lei do pluralismo dos meios de comunicação na Alemanha, por ex., tenta assegurar tal princípio. Alguns problemas: posições somente se desenvolvem no interior dos debates e aí mesmo se modificam. O critério de dar mais espaço a posições com maioria momentânea não parece adequado a Peters, porque se trata precisamente de sopesar argumentos, racionalmente, sem que se deva privilegiar aquele que no momento dispõe de maioria. A exigência de Habermas que representantes da periferia devam ocupar espaços em discursos públicos é uma variante do modelo de representação, no quadro do esquema centro-periferia, pensa Peters. Porém, ele objeta que não deve ser dado por descontado que os representantes da periferia agiriam mais comunicativamente e menos estrategicamente, conforme indicaria Habermas, para quem eles teriam automaticamente alta sensibilidade para problemas.

Quando se confronta a estrutura de estratificação competitiva dos discursos públicos acima descrita com o *desideratum* de uma representatividade igualitária, fica

clara a dificuldade de precisar critérios de igualdade de chances. Só se compete por atenção, autoridade e influência.

E a participação de leigos em programas, por meio de chamadas telefônicas e *e-mails*, poderia corrigir o elitismo dos discursos públicos? Peters vê três funções para tal participação: a) sinalizar que parte do público julga problemas de modo diverso que especialistas e falantes nos meios de comunicação; b) racionalizar decisões em campo prático, quando se trata de aconselhamento; c) promover autoconfiança entre os participantes. Porém, conclui que tal tipo de participação não tem capacidade de mover mudanças significativas no espaço público, isto é, de mudar o estoque público de argumentação.

A conclusão final de Peters (2001, p. 676-677) é conseqüente: “Essas reflexões falam a favor de mitigar o ideal enfático de participação e igualdade em relação a discursos públicos”. Na realidade de sociedades com grandes desníveis econômicos e culturais, como é o caso do Brasil, não é tão pacífico que o público tenha acesso à ampla gama de oferta de informações e discursos dos meios de comunicação. Tais desníveis são antes consolidados e aprofundados pelo acesso seletivo do público. A classe social baixa, por exemplo, não pode pagar a televisão e só tem acesso a programas de baixa qualidade formativa. O Estado deveria entrar aqui mais fortemente, garantindo programas gratuitos de boa qualidade cultural e ideologicamente diferenciados.

Referências

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

PETERS, B. *Deliberative öffentlichkeit*. In: WINGERT, L. und GÜNTHER, K. (hrsg). *Die öffentlichkeit der*

vernunft und die vernunft der öffentlichkeit. Suhrkamp:
Frankfurt am Main, 2001.

_____. *Die integration moderner gesellschaft.* Frankfurt
am Main, 1993.

SCHUMPETER, J.A. *Kapitalismus, sozialismus und
demokratie.* Bern, 1950.

Administrando conflitos de interesses

Esforços recentes no Brasil

Cláudio Araújo Reis e
Luiz Eduardo Abreu

De início, acreditamos que é necessário reconhecer que, nos últimos 20 anos no Brasil, houve uma preocupação mais ou menos constante com o que chamaremos (valendo-nos deliberadamente do sentido amplo e vago da expressão) de “promoção da ética pública” – em que medida essa preocupação tem-se traduzido em resultados efetivos é uma outra questão, a que não nos ateremos aqui.

Essa preocupação teve sua evolução marcada por três momentos, aos quais se juntou, mais recentemente, um quarto. Vale a pena mencioná-los na medida em que fornecem um quadro de referência que nos permite avaliar mais adequadamente os esforços para satisfazer a essa preocupação.

O primeiro desses momentos foi o ímpeto legislativo que se seguiu à redemocratização, que resultou, antes de mais nada, na promulgação da Constituição de 1988. A Constituição, em seu artigo 37, estabelece uma série de diretrizes que, necessariamente, passam a fazer parte do que devemos entender em geral por “serviço público íntegro” ou “ético” – notadamente, lá se afirma que a administração pública deve pautar-se por cinco princípios ou valores fundamentais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A partir disso, diversas leis – notadamente a Lei 8.112, de 1990 – vão tratar de traduzir essas diretrizes constitucionais em orien-

Cláudio Araújo Reis é Doutor em Filosofia, Professor da Universidade de Brasília e Consultor Legislativo no Senado Federal.

Luiz Eduardo Abreu é Doutor em Antropologia e Professor do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

tações normativas mais particulares. Os esforços mais recentes para constituir um “sistema de gestão da ética” ainda ecoam esse ímpeto legislativo e esse esforço de engenharia institucional que se originam com a redemocratização.

O segundo fator foi a sucessão de escândalos políticos, quase sempre envolvendo acusações de corrupção, desde, sobretudo, o início dos anos 90. Foi nesse contexto conturbado da primeira metade dos anos 90 que foi publicado, por exemplo, o Decreto nº 1.171, de 1994, que instituiu o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 1992). O impacto e os efeitos desses escândalos na opinião pública sem dúvida nenhuma serviram para garantir um lugar para a “promoção da ética pública” na agenda dos governos.

O terceiro momento coincide com a retomada da idéia de reforma do Estado, que ganha força em meados dos anos 90, no Governo Fernando Henrique Cardoso. A idéia motora dessa reforma era a substituição da administração pública burocrática pela administração gerencial, com sua típica atribuição de autonomia ao gestor, acompanhada por uma flexibilização de formas de controle. Foi no rastro dessa reforma que surgiu a idéia, no final dos anos 90, da criação da Comissão de Ética Pública.

Esses três momentos combinam-se e reforçam-se, embora seja verdade também que, em alguns aspectos, possam apontar para direções divergentes – o que, de resto, é significativo e pode fornecer uma chave de leitura interessante para avaliarmos os esforços mais recentes de implantação de um sistema de integridade no Brasil.

Mais particularmente, até a criação da Comissão de Ética Pública em 1999, o que predominou, de forma quase exclusiva, foi uma perspectiva eminentemente disciplinar e punitiva. É assim que a Lei nº 8.112, de 1990, por exemplo, incorpora, em seu título que trata do regime disciplinar, o conteúdo

da Lei nº 8.027, também de 1990, que dispunha sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas – todos, em seguida, enquadrados no regime jurídico definido pela Lei nº 8.112. O mesmo espírito – e boa parte do mesmo conteúdo – pode ser encontrado no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.117, de 1994. É bem verdade que essa perspectiva disciplinar, efetivamente, ainda predomina, mas algumas outras influências têm provocado correções em sua força.

Com a criação da Comissão de Ética Pública, duas alterações nessa perspectiva são observáveis. A primeira diz respeito à limitação do escopo de atuação da comissão, que se ocupa, fundamentalmente, com a “alta administração”, ao contrário das normas anteriores, que se estendem a todo o serviço público civil. A segunda diz respeito à introdução de um foco diferente, voltado também para a orientação e a prevenção. É justamente nesse contexto, que começa a apontar na direção da mudança da perspectiva da disciplina para a prevenção, que começa a ganhar importância o conceito de “conflito de interesses”. De fato, é só com a edição do Código de Ética da Alta Administração Federal, em agosto de 2000, que o conceito de “conflito de interesses” passa a figurar explicitamente no texto normativo, em conexão direta com a questão da ética pública (MORAIS, 2004).

Essa aparição do conceito de conflito de interesses poderia, então, indicar uma mudança no enfoque do tratamento da questão da ética pública. A rigor, naturalmente, conflitos de interesse sempre foram observáveis ao longo da história da administração pública. Sua singularização, no entanto, no contexto de uma preocupação com a garantia da integridade do serviço público ou com a ética pública em geral, é um sintoma interessante. Antes de prosseguirmos, vejamos brevemente em que sentido isso é assim.

De um modo geral, a preocupação com a integridade do serviço público e com a ética pública acaba traduzindo-se no imperativo do combate à corrupção. “Corrupção” é um termo enganosamente claro: sua definição rigorosa é uma tarefa que tem dificuldades consideráveis. A clareza que o conceito de corrupção tem no discurso comum – e, muitas vezes, também no discurso político – é, em larga medida, apenas aparente, e decorre, em primeiro lugar, do fato de que o conceito corrente pode, efetivamente, ser aplicado com razoável clareza em alguns casos representativos e, em segundo lugar, do fato de que o conceito carrega sempre, em todos os casos e em todos os seus usos, um mesmo sentido de reprovação (o que ajuda a reforçar a impressão de que o termo está sendo usado sempre com o mesmo sentido). Em outras palavras: vários tipos de atos ou comportamentos podem ser chamados de corruptos; alguns são imediata e facilmente caracterizados como tal; outros, não. De todo modo, sempre que atribuímos a algum comportamento a qualidade de “ser corrupto”, estamos reprovando esse comportamento.

“Corrupção”, como muitos outros termos que usamos em nossos juízos morais (termos que, em alguns contextos filosóficos contemporâneos, convencionou-se chamar de “conceitos densos” ou “espessos” – *thick concepts*¹), implica uma mistura de descritividade e de normatividade. Com relação a seu sentido normativo – a reprovação que em geral exprimimos quando consideramos um ato ou uma pessoa “corruptos” –, podemos dizer que há uma razoável unanimidade (as

¹ A noção de “conceito denso” (*thick concept*) tornou-se corrente nos debates de filosofia moral a partir, sobretudo, da obra de Bernard Williams *Ethics and the Limits of Philosophy*, de 1985. “Conceitos densos”, como “traição”, “promessa”, “brutalidade” e “coragem” – esses são exemplos dados por Williams, aos quais poderíamos certamente acrescentar “corrupção” e “corrupto” –, exprimem uma união de “fato” e “valor”, ou seja, possuem um sentido descritivo e prescritivo. Ver WILLIAMS, 1985, p. 129 e p. 143-145.

posições que procuram defender o valor positivo da corrupção, se ainda existem, são claramente marginais e minoritárias). O sentido descritivo, por sua vez, é mais complexo. Há um grande número de aspectos que contribuem para tornar corrupto um comportamento ou um ato. Alguns desses aspectos variam de sentido em contextos diferentes. Contextos administrativos e contextos políticos, por exemplo, talvez ponham problemas específicos, alguns deles relacionados às características próprias dessas atividades e à maneira como, em cada uma delas, as ações são valoradas de forma diferente. Outros aspectos, ainda, são difíceis de caracterizar claramente. Há, notoriamente, uma área cinzenta bastante extensa que logo se apresenta, assim que nos afastamos dos casos mais simples e facilmente reconhecíveis de corrupção. Isso é particularmente verdadeiro no caso da corrupção política (ABREU, 1996, 2006).

Seja como for – e não é nosso objetivo primário aqui discutir a definição do conceito de corrupção e suas dificuldades –, podemos dizer, de um modo muito geral, que corrupção, como freqüentemente aparece no discurso comum (mas também no político e mesmo no “científico”), implica uma transgressão das fronteiras entre o público e o privado, em algum sentido que precisaríamos esclarecer melhor. Dizemos “em algum sentido que precisaríamos esclarecer melhor” porque, de um modo geral, a distinção entre público e privado pode levantar problemas práticos relevantes (sempre haverá questões indecidas sobre onde passa a fronteira); no Brasil, em particular, essa distinção e as relações entre os termos que se distinguem pode ser complexa; de todo modo, abrimos mão aqui de discutir esse ponto. Ora, no conceito de conflito de interesses, aplicado ao contexto da ética pública, o que se quer designar é, justamente, o conflito entre interesses privados e o interesse público. A mesma tensão entre público e privado que parece caracterizar o fenômeno da corrupção está

aqui presente. A proximidade entre os conceitos e os fenômenos que procuram capturar é, portanto, flagrante.

Há, no entanto, uma diferença importante: a corrupção é uma transgressão inaceitável; quando identificada, exige punição e/ou reparação. Com o conflito de interesses, porém, o caso é diferente. Antes de mais nada, conflitos de interesses podem ocorrer sem que haja qualquer tipo de transgressão. Na verdade, aceita-se, muito freqüentemente, que conflitos de interesses são, de certa forma, inevitáveis, mesmo em condições ideais – o inverso do que ocorre com a corrupção, que, em princípio, deveria ser evitável. Ao contrário da corrupção, portanto, conflitos de interesses não pedem punição, mas uma estratégia de administração.

De todo modo, há uma relação bastante evidente entre conflitos de interesses e corrupção, que poderíamos descrever em termos de uma relação entre um evento e o meio que facilita ou torna possível sua ocorrência. Intuitivamente, dada a existência de um conflito de interesses, é maior a probabilidade de que venha a ocorrer um ato corrupto. Em certa medida, as situações de conflito de interesses merecem nossa atenção justamente porque acreditamos que essas situações envolvem esse perigo potencial de ocorrência de transgressões (de corrupção), que precisamos evitar. Assim, administrar essas inevitáveis situações em que interesses entram em conflito é uma maneira importante de prevenir a corrupção.

Desse modo, podemos afirmar que a introdução e a ênfase na questão da administração dos conflitos de interesses indicam uma guinada dos esforços de combate à corrupção em direção à prevenção; e o reconhecimento de que a perspectiva disciplinar e punitiva, embora absolutamente necessária e indispensável, não é capaz, sozinha, de estabelecer instrumentos adequados para lidar com o problema.

Enfim, vale mencionar um quarto ponto como relevante para entendermos a apresentação do projeto de lei que exa-

minaremos. Em 2005, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que, entre outras coisas, dispõe que cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses. O projeto de lei enviado, em outubro de 2006, pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva ao Congresso Nacional tratando do conflito de interesses no exercício de cargo no Poder Executivo Federal é parte do ajuste normativo às exigências da Convenção.

O projeto (PL – 7.528, de 2006), que passamos a examinar mais de perto, encontra-se, atualmente, em tramitação na Câmara dos Deputados, já tendo recebido (até maio de 2008) pareceres favoráveis na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público e na Comissão de Constituição e Justiça. Foi apresentado recurso, em fevereiro de 2008, para sua apreciação pelo Plenário da Casa.

O projeto de lei sobre conflito de interesses procura realizar três objetivos básicos. Em primeiro lugar, procura apresentar uma definição suficiente de “conflito de interesses” e “informação privilegiada”. Em segundo lugar, busca tipificar as situações que constituem conflito de interesses, divididas em duas grandes categorias: conflitos que surgem no exercício de cargo ou emprego público e conflitos que surgem após o exercício do cargo ou emprego. Por fim, em terceiro lugar, fixa competências no que diz respeito à administração de conflitos de interesses. Seria portanto oportuno perguntar-nos em que medida ele consegue realizar tais objetivos e quais os dilemas que sua formulação dogmática nos permite reconhecer.

(a) O projeto apresenta a seguinte definição de “conflito de interesses”:

(1) “Conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou

influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”.

Chama a atenção, inicialmente, a profusão de conceitos envolvidos na definição: “interesse público”, “interesse privado”, “interesse coletivo”, “função pública” e “influência imprópria” – cada um deles, por sua vez, levantando seus próprios problemas de definição.

Antes de prosseguirmos, é preciso retirar o óbvio do caminho. O conflito entre o que se entende por interesses públicos e privados é uma questão que pode ganhar formulações muito diferentes, fortemente influenciadas pela cultura local e pela mudança das configurações sociais. Em relação à cultura local, podemos citar o exemplo brasileiro em comparação com o estadunidense. Não deixa de ser interessante a perplexidade com a qual um brasileiro norte-americano percebia a maneira brasileira de lidar com a relação entre o público e o privado. Assim, “[a] partir de entrevistas com oficiais do governo, grupos de interesse e industriais” – declarava – “pode-se perceber que a cultura política brasileira adota uma perspectiva orgânica da sociedade e da política com um forte sabor rousseauiano. Acredita-se somente nas políticas em nome do ‘interesse geral’, da nação considerada como um *todo*” (grifo nosso). Atônito, concluía: “não seria um grande exagero dizer que, dentro desta perspectiva, os esforços dos interesses privados em influenciar políticas públicas são considerados *intrinsecamente corruptos*”. E, no que nos interessa mais de perto, “[e]ssa filosofia política [brasileira] contrasta vivamente, *é claro*, com a doutrina nos Estados Unidos, que considera que o interesse público é bem servido pela participação dos grupos privados; e que *a influência dos grupos privados no processo de decisão governamental é a essência da democracia*” (LEFF, 1968, p. 112, grifo nosso).

Em relação à configuração social, há aqueles que argumentam que o mundo contemporâneo está assistindo a uma re-

articulação entre as categorias de público e de privado, rearticulação que se acompanha de uma mudança na qual há um progressivo esvaziamento da capacidade da esfera pública de produzir um sentido que se basta em si mesmo, capacidade que, argumenta-se, cada vez mais se coloca na esfera do indivíduo e da sua consciência. Assim,

“Tudo aquilo que incorpora uma explicação última, uma tomada de posição sobre a aventura humana se encontra recolocado no lado dos indivíduos. Em outras palavras, o coletivo não representa mais, como quando supostamente abria a porta da autonomia [no sentido político da liberdade positiva], um jogo metafísico suficiente em si mesmo. O sacrifício de si mesmo à coisa pública podia justificar a existência ou responder à questão dos fins últimos. Esse prestígio lhe foi amputado. Nenhuma das razões supremas se determina no plano coletivo; esse não contém em si mesmo e por si mesmo a solução do problema do destino. Somente as consciências singulares são habilitadas a se pronunciar sobre as matérias que versam sobre as forças últimas: a autonomia e o senso de existência coletiva”. (GAUCHET, 1998)²

Em relação ao nosso assunto, porém, é preciso não confundir os propósitos. Não

² No original: “Tout ce qui relève de l’explication ultime, de la prise de position sur le sens de l’aventure humaine se trouve renvoyé du côté des individus – le collectif ne représentant plus, comme il le représentait tout le temps où il était supposé ouvrir la porte de l’autonomie, un enjeu métaphysique suffisant en lui-même. Le dévouement sans état d’âme à la chose publique pouvait tenir lieu de justification de l’existence ou de réponse à la question des fins dernières. Il s’est dépourvu de ce prestige. Rien des raisons supêmes ne se détermine au niveau commun; celui-ci ne contient pas en soi et par soi de solution au problème de la destinée. Seules des consciences singulières sont habilitées à se prononcer sur les matières de dernier ressort, y compris à propos de l’autonomie, y compris à propos du sens de l’existence commun.”

se trata, com o instrumento legal que examinamos, de expressar uma narrativa sobre nós mesmos, sobre como compreendemos as relações entre o indivíduo e a sociedade, sobre como, para nós, o indivíduo é uma fonte potencial de perigo para a ordem coletiva e *deve*, portanto, ser submetido à hierarquia social, colocado no seu lugar – algo para o qual as observações de Leff (1968) acima nos apontam. Tampouco é o caso de fazer afirmações sobre a natureza da sociedade, do público e do privado nos tempos de fortes mudanças, como estes em que vivemos. Trata-se, muito mais modestamente, de ter um instrumento útil às coisas do governo e daquilo que razoavelmente podemos esperar prevenir e controlar, dentro da prudência que deve reger esses assuntos.

Em suma, a definição proposta pela lei tem de, ao mesmo tempo, dialogar com a nossa cultura local, enquanto inevitavelmente implica pressupostos gerais sobre a natureza da sociedade, do Estado e do indivíduo; e ser suficientemente manuseável para servir de base para políticas públicas com um objetivo concreto. Foge ao nosso propósito discutir ou mesmo examinar com mais profundidade essas duas dimensões, mas algumas observações cabem dentro de nossas limitações.

A definição do projeto (1) toma a idéia de conflito de interesses como o confronto entre dois tipos de interesses de natureza distinta, um de natureza pública e outro, privada. Como já observamos, essa oposição entre o público e o privado também é importante para caracterizar o que se entende comumente por “corrupção”. Entre os estudiosos do fenômeno da corrupção, como reflexo do que dissemos antes ocorrer no discurso comum, embora exista uma visível convergência de opiniões no que se refere a um sentido nuclear ou mínimo de corrupção (uso ou apropriação de meios públicos para fins privados), não há um consenso em torno de uma definição mais precisa do fenômeno. Essa falta de consenso

ultrapassa os limites das diferenças teóricas, explicando-se por características próprias do conceito mesmo de “corrupção” – como “conceito denso”, no sentido explicado anteriormente. De todo modo, e apesar dessa falta de consenso, não é impossível fazermos uma espécie de taxonomia de definições de corrupção. Há uma oscilação perceptível entre definições que privilegiam a idéia do “interesse público” (*public interest*) e outras que enfatizam a idéia da “função pública” (*public office*), assim como há os que defendem a redução de uma delas à outra³. Embora isso diga respeito especificamente às definições de corrupção, há uma aplicação clara também ao caso dos conflitos de interesses, graças às relações, que apontamos anteriormente, entre os dois conceitos. Essa distinção entre definições que privilegiam o *interesse público* e as que destacam a *função pública* será relevante para um ponto que levantaremos na seqüência.

Ainda com relação à definição proposta pelo projeto (1), é digno de nota que ela sugere uma distinção relevante entre a *situação* em que potencialmente pode ocorrer o *ato* corrupto e esse ato propriamente dito. Diferentemente do ato corrupto, que já implica que a fronteira do ilícito foi ultrapassada, a ocorrência do conflito de interesses, como vai dizer o projeto de lei, “independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público”. Essa afirmação, devemos reconhecer, é justa: o conflito de interesses é um *estado de coisas*, mais especificamente, uma configuração social determinada, na qual a ação do agente público poderia ser percebida como potencialmente suspeita. É preciso admitir, e traduzir isso em termos conceituais, que temos dois fenômenos distintos: um, a situação potencialmente previsível na qual a ação do agente público poderia ser influenciada de uma maneira que nós não consideraríamos legítima;

³ Cf. HEIDENHEIMER, JOHNSON; LEVINE, 1989; KLAVEREN, 1989; PHILP, 1997.

outro, a prática de algum crime por parte desse agente, ou seja, o ato perpetrado por ele. É essa distinção, aliás, que justamente torna o conceito de conflito de interesses utilizável no contexto da prevenção da corrupção.

Vale a pena, agora, fazer uma comparação da definição de conflito de interesses do projeto com aquela do *Guidelines for Managing Conflict of Interests in the Public Service*, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (OCDE, 2003):

(2) "Um 'conflito de interesses' envolve o conflito entre os deveres públicos e os interesses privados de um funcionário público, situação na qual o funcionário público tem interesses privados que poderiam influenciar impropriamente a performance dos seus deveres e responsabilidades oficiais."⁴

À diferença da definição do projeto (1), a da OCDE (2) fala de um conflito não entre dois tipos de *interesses*, mas entre os *deveres* e *responsabilidades* públicas e os interesses privados do agente público. Mesmo que se queira diminuir a distinção entre "interesse" público (da definição 1) e "deveres" (da 2), há que se reconhecer que existe uma diferença entre uma definição e outra que pode ser significativa e que pode influenciar de maneira decisiva, por exemplo, as decisões da justiça. Um ponto relevante é que os "deveres" de um cargo público estão regulamentados não apenas pelo direito administrativo genericamente entendido, como são também, em boa parte dos casos, objeto de diploma específico, quer dizer, existem normas jurídicas que são aplicáveis a tal ou qual função pública em particular; o mesmo não acontece com o interesse pú-

blico, genericamente entendido, nos termos da definição (1). Em resumo, uma definição que enfatize o *interesse público* como referência para definir a situação de conflito de interesses (como parece ser o caso da definição 1) é inevitavelmente mais vaga do que outra que privilegie a *função pública* (já que o caráter contestado que se associa ao conceito de interesse público soma-se ao caráter contestado do conceito de conflito de interesses). Esse é um dado importante para se ter em mente quando se busca dar um tratamento legal da questão. De todo modo, a ênfase na função pública e nos deveres que a definem parece uma opção melhor do que apelar para abstrações como o interesse coletivo ou público.

(b) O segundo objetivo perseguido pelo projeto de lei é o de tipificar situações que podem oferecer ocasião a que surjam conflitos de interesse. O projeto divide essas situações em duas grandes categorias. A primeira - situações que configuram conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego - engloba os seguintes tipos de atos:

"Art. 5º Configura conflito de interesses, no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor

⁴ No original: "A 'conflict of interests' involves a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities."

ou intermediário de interesses privados junto aos órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe, fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.”

Os tipos de atos que encontramos nessa lista não apresentam, em si mesmos, novidade: são, por assim dizer, os “suspeitos usuais”: uso de informação privilegiada, exercício de atividade paralela ao serviço público, tráfico de influência ou advocacia administrativa, recebimento de presentes etc. Aliás, alguns desses já estão inclusive tipificados pela legislação penal. Assim, a alínea IV está muito próxima do crime de advocacia administrativa:

“Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.”

Também é possível perguntar se nesse tipo não caberiam, parcialmente pelo menos, as alíneas II, III, V, VI e VII, na medida em que o exercício de outra atividade em organização privada, seja ela formal ou informal, implicaria como contrapartida, por parte do agente, justamente a defesa dos interesses dessa organização junto à administração pública. Igualmente, há

semelhanças com os crimes de corrupção passiva e prevaricação, respectivamente:

“Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem.

(...)

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.” (BRASIL, 2005, p. 202)

Se somarmos ao Código Penal outros diplomas, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa, as sobreposições aumentam. Assim, nessa última temos, por exemplo:

“Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato ou função, emprego ou atividades nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou apurado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

(...)”

Teoricamente, pelo menos, alguns dos fenômenos que o art. 5º do referido projeto de lei pretende prevenir poderiam ser enquadrados nos artigos acima do Código Penal e da Lei de Improbidade Administrativa (o próprio projeto de lei que examinamos, aliás, prevê essa relação com a Lei de Improbidade Administrativa). Esse, no entanto, é um ponto menos relevante. Mais importante é que alguns dos atos previstos

no projeto seriam melhor caracterizados como possíveis *resultados* de situações em que se verificam conflito de interesses e não como sendo, eles próprios, *situações* que configuram conflito de interesses. Em certo sentido, a sugestão, presente na definição que o projeto propõe – que, como vimos, aponta para uma distinção entre a *situação* de conflito de interesses e o *ato* corrupto –, não é seguida no próprio projeto.

Num plano mais abstrato, podemos sugerir que o problema é o uso, no projeto, da linguagem penal. Por exemplo, as alíneas do art. 5º do projeto são redigidas como se fossem tipos penais. Tipos penais, não custa repetir, têm por objetivo descrever atos que queremos caracterizar como criminosos, de modo que possamos subsumir a esses tipos ações já praticadas.

Compare-se o que foi dito acima com os seguintes trechos das *Guidelines* da OCDE:

“Embora um conflito de interesses não seja *ipso facto* corrupção, reconhece-se que, inadequadamente administrado, o conflito entre interesses privados e deveres públicos dos funcionários públicos pode resultar em corrupção. O objetivo de uma política efetiva para o controle do conflito de interesses não é proibir que os funcionários públicos tenham interesses, mesmo se isso fosse concebível. O objetivo deveria ser garantir a integridade das políticas públicas, das decisões administrativas e da administração pública em geral, reconhecendo que conflitos de interesse não resolvidos podem resultar no abuso da função pública.” (OCDE, 2003, p. 2)⁵

⁵ No original: “While a conflict of interest is not *ipso facto* corruption, there is increasing recognition that conflicts between the private interests and public duties of public officials, if inadequately managed, can result in corruption. The proper objective of an effective Conflict of Interest policy is not the simple prohibition of all private-capacity interests on the part of public officials, even if such an approach were conceivable. The immediate objective should be to maintain the integrity of official policy and administra-

E logo em seguida:

“Esse objetivo pode ser obtido pela garantia de que as instituições públicas têm e implementam critérios para promoção da integridade; processos efetivos para identificar riscos e lidar com conflito de interesses emergentes; mecanismos internos e externos apropriados de responsabilização; e estratégias administrativas – inclusive sanções – para garantir que os funcionários públicos assumam responsabilidade pessoal pelo cumprimento tanto da letra como do espírito de tais critérios.” (OCDE, 2003, p. 3)⁶

A ênfase do documento da OCDE é claramente o estabelecimento de mecanismos legais, políticos e culturais que permitam *prevenir* a existência de possíveis conflitos de interesses. Associado a isso, nas *Guidelines* a distinção entre a situação em que existe um possível conflito de interesses e o que delas pode decorrer é clara:

“No caso onde os interesses privados comprometeram, de fato, a performance apropriada dos deveres do funcionário público, é melhor perceber a situação como um exemplo de desvio, abuso ou, mesmo, corrupção, ao invés de percebê-la como conflito de interesses.” (OCDE, 2003, p. 4)⁷

tive decisions, and of public management generally, recognizing that an unresolved conflict of interest may result in abuse of public office.”

⁶ No original: “This objective can generally be achieved by ensuring that public bodies possess and implement relevant policy standards for promoting integrity, effective processes for identifying risk and dealing with emergent conflicts of interest, appropriate external and internal accountability mechanisms, and management approaches – including sanctions – that aim to ensure that public officials take personal responsibility for complying with both the letter and the spirit of such standards.”

⁷ No original: “Where a private interest has in fact compromised the proper performance of a public official’s duties, that specific situation is better regarded as an instance of misconduct or ‘abuse of office’, or even an instance of corruption, rather than as a ‘conflict of interest’.”

A mesma clareza, no entanto, não é observável no projeto. De fato, usar ou divulgar informação privilegiada, seja ou não para beneficiar-se privadamente, caracteriza já um desvio, e não apenas uma situação de potencial desvio. A questão que permanece, portanto, é: como podemos fazer para evitar que uma situação potencialmente perigosa, que podemos descrever efetivamente em termos de conflito de interesses, em que um agente público pode ter acesso a informações que afetem seus interesses privados, degenere em desvio? É mais uma questão de administração de risco do que, propriamente, de tipificação de condutas desviantes.

Os mesmos problemas podem ser apontados para o art. 6º, que trata do conflito de interesse após o exercício do cargo público. Esse artigo refere-se às seguintes circunstâncias:

“I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II - no período de um ano, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar, com órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares,

vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou
d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.”

O primeiro inciso apenas estende, para o período posterior ao exercício efetivo do cargo, a proibição, já válida durante o exercício, de utilizar as informações a que se tem acesso privilegiado em razão do ofício. O inciso II trata do que se convencionou chamar de “quarentena”, um dos temas mais extensamente tratados pela Comissão de Ética Pública. Atualmente, a “quarentena” é regulamentada por uma Medida Provisória e por um Decreto, além de figurar no Código de Conduta da Alta Administração Federal.

Enfim, a administração dos conflitos de interesse incluiria, necessariamente, mecanismos capazes de identificar possíveis zonas de risco, zonas onde os conflitos sejam mais prováveis. Por evidente, essas zonas variam conforme o tipo de atividade exercida. Assim, em alguns casos, as relações familiares e/ou de amizade podem se constituir fatores de risco; noutras, as crenças religiosas pessoais podem exercer este papel; noutras ainda, os interesses econômicos. Claro, essas situações não esgotam as possibilidades, que devem ser objeto de um exame empírico, tendo em vista as funções específicas da posição pública. A administração do conflito pode exigir, por sua vez, a mudança dessas funções, por exemplo, ou o remanejamento do agente. Também exige uma política de prestação de informações, segundo a qual o funcionário teria a obrigação de fornecer informações julgadas relevantes, que pudessem servir para identificar possíveis conflitos, como tenta efetivamente estabelecer o projeto que examinamos.

(c) Por fim, o terceiro objetivo do projeto é fixar competências no que diz respeito à administração dos conflitos de interesses. A opção do projeto foi reforçar as competências da Comissão de Ética Pública, primariamente, e, complementarmente, da Controladoria-Geral da União para lidar com conflitos de interesses. Segundo o projeto, submeter-se-ão primariamente ao regime da lei proposta os mesmos servidores que já são sujeitos ao acompanhamento por parte da Comissão de Ética Pública. Assim, no seu art. 8º, estabelece a Comissão de Ética Pública como órgão responsável por “estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses”. Caso seja aprovada a lei, portanto, a Comissão de Ética Pública veria reforçadas as suas competências, passando a ser responsável não apenas pela administração do Código de Conduta da Alta Administração, mas, também, pela aplicação da lei sobre conflitos de interesses. O projeto prevê ainda uma extensão importante no conjunto de servidores alcançados pela lei: sujeitam-se também qualquer agente público ocupante de cargo ou emprego cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada, capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para ele mesmo ou para terceiro (independentemente de pertencer à “alta administração”); confirmando essa extensão, prevê-se também que o estabelecido nos artigos 5º e 6º (nesse caso, apenas o inciso I) valha universalmente para todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo Federal. No caso dessa extensão, a ação cabe à Controladoria-Geral da União.

A lista de competências não apresenta novidades relevantes:

“I – estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses;

II – avaliar e fiscalizar a ocorrência de situações que configuram conflito de interesses e determinar medidas

para a prevenção ou eliminação do conflito;

III – orientar e dirimir dúvidas e controvérsias acerca da interpretação das normas que regulam o conflito de interesses;

IV – manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;

V – autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;

VI – dispensar a quem haja ocupado cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal de cumprir a “quarentena”, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;

VII – dispor, em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre a comunicação, pelos ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal, de alterações patrimoniais relevantes, exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e

VIII – fiscalizar a divulgação da agenda de compromissos públicos.”

Ademais, no art. 9º, ficam estabelecidas as seguintes obrigações para os agentes: a) encaminhar à CEP ou à CGU, conforme o caso, declaração anual com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre existência de cônjuge, companheiro ou parente no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; b) comunicar por escrito à CEP ou à CGU o exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e c) para os agentes que ocupam o primeiro e segundo escalões da administra-

ção pública, publicar diariamente, por meio da internet, sua agenda de compromissos públicos. Note-se que essa obrigatoriedade de prestar declarações já existe, com base na Lei de Improbidade Administrativa, mas, aparentemente, tem sido cumprida, na prática, apenas formalmente, sendo substituída pela alternativa, prevista na mesma lei, da entrega de declaração anual de bens, que faz parte da declaração do imposto de renda.

Como conclusão, vale apontar o que nos parecem ser as forças e as fraquezas desse projeto de lei, bem como refletir sobre seus possíveis impactos na administração pública – em especial, no que diz respeito à “promoção da ética” e ao combate à corrupção. Um ponto inequivocamente positivo do projeto é a introdução do conceito de conflito de interesses na legislação. Esse conceito já tem sido utilizado, sobretudo no que se refere à atuação da Comissão de Ética Pública, mas não havia ainda encontrado uma tradução na forma de lei. Há ainda que se esforçar para que seu sentido seja efetivamente compreendido e incorporado, pelos agentes públicos, em sua atuação. Que falte essa compreensão fica claro quando consideramos alguns casos recentes de tentativa de aplicação do conceito de conflito de interesses⁸.

Como foi sugerido, o conceito de conflito de interesses ajuda a chamar a atenção para um aspecto ou uma dimensão importante do combate à corrupção: o aspecto preventivo. Mais particularmente, permite que se fale dessa dimensão preventiva minimizando os riscos de se cair no moralismo. Prevenir a corrupção independe de uma (quase sempre impossível, no contexto específico da administração pública) intervenção no caráter das pessoas: pode-se tratar da pre-

venção de forma institucional, intervindo não nas pessoas, mas nas situações. O conceito de conflito de interesses permite que se pense isso de forma sistemática, permitindo identificar situações e tipos de atos que implicam risco para a integridade e dando consistência a procedimentos que, vistos como formando parte de um esforço de administrar conflitos de interesse, reforçam-se e ganham organicidade.

No contexto da evolução dos esforços brasileiros para lidar com a questão da ética pública ou da integridade do serviço público, o projeto sinaliza uma inflexão que, se verificada e reforçada, poderia vir a ser interessante. Da ênfase originária na disciplina e punição, passa-se gradualmente a dar mais atenção ao aspecto preventivo. Do ponto de vista disciplinar, existe no Brasil um número razoável de previsões normativas que cobrem um amplo espectro de possibilidades de conduta, assim como existem mecanismos e procedimentos que, em tese, seriam suficientes para fazer frente pelo menos aos casos mais diretos de desvio. Faltam, no entanto, dois elementos fundamentais: um esforço mais sério no que diz respeito à prevenção e à orientação e um cuidado com a eficácia dos mecanismos e procedimentos (infelizmente, os controles nem sempre funcionam e a impunidade ainda é comum).

Dada essa importância do conceito de conflito de interesse, torna-se especialmente relevante a maneira como se articulam sua definição, a identificação das possíveis zonas de risco e os mecanismos de prevenção e administração. Esses pontos merecem uma reflexão mais adequada. Da breve análise acima ficam evidentes os seguintes problemas: (i) o projeto usa uma definição de conflito de interesses que poderia ser aperfeiçoada; (ii) o projeto usa a linguagem penal para algo que não parece ser apropriado: a descrição de uma situação e não de um ato; (iii) há uma confusão na aplicação do conceito de conflito de interesses no uso de informação privilegiada;

⁸ O mais notório foi o caso que opôs o Ministro do Trabalho e do Emprego e a Comissão de Ética Pública, que caracterizou a acumulação da pasta ministerial e da presidência de um partido político como uma situação de conflito de interesses. Tanto as respostas do Ministro quanto a discussão que se seguiu na imprensa mostram que o conceito ainda não foi bem assimilado no debate público brasileiro.

eles são espécies diferentes e precisariam ser tratados separadamente – o uso de informação privilegiada, inclusive, deveria ser objeto de um projeto em separado e requer necessariamente uma classificação das informações consideradas sigilosas e de circulação restrita; (iv) por fim, é importante cuidar melhor para garantir a inserção adequada desse projeto no contexto dos esforços para constituir, no Brasil, um sistema de integridade. O próprio projeto de lei, na forma como foi submetido ao Congresso, indica, em suas disposições finais, suas relações com as leis nº 8.112, de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis), e 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Ademais, deve ser visto em conexão com as intervenções mais recentes na estrutura ou nas funções dos dois órgãos mais importantes desse sistema de integridade, que são a Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública. A CGU, por exemplo, foi reestruturada em 2003 e, em 2006, ganhou uma Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. A CEP, por sua vez, passou a encabeçar, em 2007, o chamado Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, que engloba todas as comissões de ética constituídas segundo o que determina o Decreto nº 1.171, de 1994, que instituiu o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal.

Por fim, pode ser interessante chamar a atenção para um último ponto. Há um tipo de conflito de interesses, que pode ser bastante comum na administração pública brasileira em função de algumas de suas características e, em especial, do tipo de relação que mantém com o domínio político, que não é adequadamente enquadrado pelo projeto de lei que analisamos, o que certamente indica um limite importante. Aqui nos referimos à grande quantidade de cargos de livre nomeação e, mais particularmente, ao uso que se faz desses cargos no jogo político. Um passo mais decidido para fazer avançar o esforço preventivo de

administração das situações de conflito de interesses deveria necessariamente passar pela questão dos cargos de livre nomeação e pelo tipo peculiar de conflito de interesses que pode vir a suscitar.

Referências

ABREU, L. E. L. A corrupção, a relação pessoal e a prática política. *Anuário Antropológico*, 95, 1996, p. 239-264.

_____. *Riscos na política: as instituições em jogo*. In: VARELLA, M. D. (Ed.). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco*. Brasília: UniCEUB; UNITAR; Rede Latino Americana e Européia sobre Governo dos Riscos, 2006, p. 180-212.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: LIMA, M. P.; GLIOCHE, A. (Ed.). *Código penal, código de processo penal e leis especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAUCHET, M. *La religion dans la démocratie: parcours de la laïcité*. Paris: Gallimard, 1998.

HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M.; LEVINE, V. T. (Ed.). *Political corruption: a handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989.

KLAVEREN, J. V. The concept of corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M.; LEVINE, V. T. (Ed.). *Political corruption: a handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989.

LEFF, N. H. *Economic policy-making and development in Brazil, 1947-1964*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1968.

MORAIS, José Leovegildo. Estudo de Caso: A Experiência do Brasil na administração de conflito de interesses no serviço público. *Fórum sobre conflito de interesses*. OCDE, OEA, CEP, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<https://200.181.15.9/etica/Eventos/ForumOCDE2004/Wshop2.2Por-ForumOCDE-estudo%20de%20caso%20Brasil.PDF>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

OCDE. *Managing conflict of interest in the public service: OECD Guidelines and Country Experiences*, 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

PHILP, M. *Defining political corruption: political studies*. 1997, p. 436-462.

WILLIAMS, B. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard UP, 1985.

Cerceamento de defesa no indeferimento de prova pericial

Violação de direito fundamental da parte e lesão da ordem jurídica constituída

Aroldo Plínio Gonçalves
Ricardo Adriano Massara Brasileiro

O cerceamento do direito à produção da prova constitui grave violação dos direitos processuais da parte e insuportável menosprezo aos direitos que, ao mesmo tempo em que são protegidos pela ordem jurídica, estão no cerne da própria concepção do Estado de Direito Democrático.

No arcabouço jurídico que fornece os contornos e os fundamentos do Estado Democrático, o Poder, qualquer que seja o plano de manifestação, não se exerce de forma unilateral e autoritária, própria dos regimes autocráticos, mas, sim, com a participação dos destinatários de seus atos, que se expressa por diversos canais e por diversas formas, legitimados pelo ordenamento jurídico positivo.

No processo judicial, a manifestação e o exercício democráticos do Poder Jurisdicional requerem a garantia de participação das partes, em simétrica paridade, nas fases preparatórias do provimento.

A participação das partes, em contraditório, na defesa de interesses em conflito, irá, sem dúvida nenhuma, influenciar na formação do provimento, desde o delineamento do pedido, ato inaugural que provoca a atuação do Judiciário e a cujos lindes a decisão deve-se ater, até, com o fim da coleta das provas, o encerramento da instrução e a oferta das razões finais.

Sobrevindo o provimento, favorável a uma das partes e desfavorável à outra,

Aroldo Plínio Gonçalves é Professor Titular (Emérito) de Direito Processual Civil da UFMG.

Ricardo Adriano Massara Brasileiro é Especialista, Mestre e Doutor em Direito pela UFMG; Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado na Faculdade de Direito Milton Campos; Procurador do Estado de Minas Gerais; Advogado.

reconhecendo que uma delas está com a razão e que falta razão à outra, a participação das partes continua assegurada no direito, na oportunidade de interposição de recurso, mediante o qual o vencido provoca as instâncias superiores para o controle do acerto da decisão.

A atuação dos jurisdicionados no processo constitui a forma mais democrática de participação do exercício do Poder Jurisdicional, em toda organização jurídica que se estrutura sobre a idéia de que a legítima e genuína fonte originária do Poder é o povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou pelos meios e órgãos previstos na Constituição.

Dos preceitos a ela dedicados, destacam-se os que se voltam para a garantia de que a todos será assegurado o direito de que sua causa será ouvida e decidida por um Tribunal independente e imparcial, com a observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses preceitos encontram desdobramentos nas disposições constitucionais que garantem que não se poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, que será assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, que as decisões do Poder Judiciário serão públicas e fundamentadas.

No plano da ordem jurídica positiva, são direitos e garantias expressos no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição da República, incluídos entre os Direitos e as Garantias Fundamentais, que formam um dos pilares essenciais do Estado de Direito Democrático, às quais se acrescenta a incluída no art. 93, inciso IX, da Constituição, no capítulo dedicado ao Poder Judiciário, que exige que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

No processo, essas garantias acolhidas nos planos constitucional e infraconstitucional das normas processuais intentam assegurar que o provimento não se transforme na manifestação de um poder usurpado, autocrático e arbitrário.

Por essa razão, o cerceamento de defesa, que ceifa a participação da parte no procedimento que prepara o provimento, além de agredir direitos originários da parte, originários no sentido preciso do termo, por serem concedidos pelo Poder Constituinte, agride a ordem jurídica, macula a jurisdição, nega o devido processo legal, viola o contraditório e a ampla defesa.

A conseqüência que o Direito reserva a tal ato, que investe contra o próprio modelo de processo do regime democrático, como procedimento que se forma com a participação das partes em contraditório, com o fim de preparar o provimento estatal, é o não reconhecimento de sua eficácia.

O não reconhecimento da eficácia dos atos praticados em contrariedade aos preceitos constitucionais, e de todos os que se seguem na cadeia do procedimento, contaminados pelos vícios insanáveis, traduz-se, naturalmente, como nulidade.

No plano das normas processuais, o Direito positivo define os atos das partes, essenciais para a formação da cadeia do procedimento que prepara o provimento, e assegura sua prática, dentro das balizas traçadas pelo modelo legal de Processo.

Na cadeia desses atos, a produção da prova desponta como um direito fundamental, cuja fonte originária, como já foi referido, é a Constituição da República, que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A prova é de substancial importância para se desvelar os fatos controvertidos, lançando luzes sobre sua verdade, para traçar os contornos das questões de fato que ao Juiz caberá apreciar, para compor o quadro no qual o Magistrado irá decidir o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o.

A prova é capaz de elucidar a verdade real, tão importante hoje, no processo, que o Direito confere ao próprio Juiz (art. 440 a 443 do Código de Processo Civil) a possibilidade da realização da inspeção judicial, de ofício ou a requerimento da parte.

Para a parte, poder produzir a prova não é uma prerrogativa, uma concessão do Juiz na direção do processo.

É, antes, uma necessidade gerada da distribuição legal de seu ônus e das consequências reservadas àqueles que desse ônus não se desincumbem.

A produção da prova é, portanto, um direito das partes, amparado em normas constitucionais e processuais, e, mais precisamente, é um direito – dever da parte que tem o ônus de produzi-la em Juízo.

A lei prevê a regra geral da distribuição desse encargo, cabendo ao Autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao Réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil.

A importância do direito à produção da prova pode ser avaliada pelo lugar que a ordem jurídica lhe atribuiu, situando-a sob o pálio da norma constitucional que exige que se assegure aos litigantes a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

As normas processuais canalizam essa garantia para o processo, cujos atos se desenvolvem sob o modelo de sua disciplina.

Os meios de prova admitidos no processo são amplos, como decorre do preceito do art. 332 do Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil não os limita, a não ser por contornar o campo da liceidade em que eles podem comparecer. Admissíveis a provar a verdade dos fatos são todos os meios legais e moralmente legítimos.

Entre os meios lícitos hábeis a fazer prova dos fatos alegados, o Código de Processo Civil acolhe a prova pericial, destinada a elucidar fatos que requeiram conhecimento especializado, técnico ou científico.

A lei processual estabelece que o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos dos autos.

No entanto, é óbvio que, para a aplicação desse preceito, a prova pericial deve ter sido produzida. Caso contrário, o Juiz sequer teria termo de comparação para formar a sua convicção, rejeitando o laudo em prol das demais provas.

Não pode o Juiz, todavia, repelir, simplesmente, o laudo pericial, sem demonstrar as razões de seu entendimento.

Impedem-no o inciso IX do art. 93 da Constituição da República e os preceitos dos artigos 131 e 458, II, do Código de Processo Civil.

O Juiz é autorizado a indeferir a prova pericial nos estritos casos previstos nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 420 do Código de Processo Civil, quando, nos termos da lei: “I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III – a verificação for impraticável.”

É necessário, contudo, que o uso da faculdade do indeferimento da prova pericial seja revestido de toda a cautela. A equivocada interpretação da natureza do fato que põe como objeto da prova ou o equivocado juízo sobre a desnecessidade e sua inutilidade levará, com toda certeza, ao prejuízo da prestação da jurisdição, à violação de garantias das partes, ao cerceamento de defesa, ao cerceamento da prova. A envolver tudo isso, transparecerá a arbitrariedade do Órgão Jurisdicional.

A prova se destina à formação da convicção do Magistrado, mas o direito de produzi-la é da parte.

No próprio texto da Constituição da República, como já reiteradas vezes explicitado, encontra-se assegurado aos litigantes o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, o que equivale dizer, a garantia do direito à prova, devendo ser cabalmente fundamentada a decisão de indeferimento.

Não é, portanto, aceitável a afirmação de que o Juiz só está obrigado a mostrar as razões de seu convencimento. Ele deve proceder à análise das questões e, em respeito aos direitos e garantia das partes, e às exigências dos preceitos constitucionais, fundamentar, com aquela análise, a sua decisão.

A liberdade do juiz na direção do processo não pode servir de justificativa para transformá-lo em um tirano.

Ela permite ao juiz determinar as providências necessárias ao esclarecimento da causa e indeferir requerimentos inúteis.

Mas a utilidade e a necessidade das providências requeridas pelas partes devem ser analisadas em face das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Essas garantias jamais podem ser sacrificadas em prol da celeridade processual.

A finalidade do processo judicial não é contar pontos em olimpíadas de celeridade e economia processual. É preparar o provimento judicial que responderá à demanda das partes, com a garantia de sua participação e respeito a seus direitos, em todos os atos que a lei coloca à sua disposição.

Referências

BRASIL. Código de processo civil. Senado Federal, 1973.

BRASIL. Constituição da República (1988). Senado Federal, 1988.

Tráfico de seres humanos

Algumas diferenciações

Lilia Maia de Moraes Sales
Emanuela Cardoso Onofre de Alencar

Sumário

Introdução; 1. Que tráfico é esse? 2. O conceito de tráfico de seres humanos. Exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual. Trabalhos ou serviços forçados. Escravatura ou práticas similares à escravidão e servidão. Remoção de órgãos. 3. Diferenciações entre tráfico de seres humanos e outros fenômenos. Migração e tráfico de seres humanos. Contrabando de migrantes e tráfico de seres humanos. Prostituição e tráfico de seres humanos. Turismo sexual e tráfico de seres humanos. Considerações finais.

Introdução

O tráfico de seres humanos está na agenda de discussões internacionais contemporânea de governos, ONGs e pesquisadores. Nesse debate, o problema do tráfico perpassa temas que a ele se ligam, como, por exemplo, os fluxos migratórios atuais, que são abordados sob diferentes perspectivas, como a necessidade de proteção das fronteiras, o enrijecimento da legislação migratória e o combate à imigração ilegal, a proteção das pessoas traficadas e a efetivação dos direitos humanos.

Nesse embate de idéias e interesses políticos, percebe-se que muitas vezes ocorrem confusões, propositadas ou não, no entendimento do tráfico com vários fenômenos que a ele se ligam, mas são diversos. Desta feita, são recorrentes, por exemplo, relatos

Lilia Maia de Moraes Sales é Doutora em Direito/UFPE; Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC; Consultora do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC para o Programa Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos da Secretaria Nacional de Justiça – MJ, em 2005.

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar é Mestre em Direito Constitucional/UNIFOR, Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica Rainha do Sertão, Pesquisadora do Escritório de Prevenção ao Tráfico de Seres Humanos e Assistência à Vítima no Ceará.

informando que governos tratam pessoas traficadas como imigrantes ilegais, deportando-os simplesmente a seus Estados de origem, sem dispensar o tratamento adequado a pessoas que sofreram exploração, bem como casos de trabalhadores sexuais que migram voluntariamente para outros Estados para exercerem suas atividades e, estando em situação de ilegalidade, são capturados e apresentados como vítimas de tráfico de pessoas (Cf. CHAPKIS, 2003; KAPUR, 2005). Ademais disso, por ser considerado como ligado ao crime organizado, nacional ou transnacional¹, o tráfico é visto apenas como questão de segurança, e não, também, como grave violação de direitos humanos.

Assim, tendo em vista a necessidade de conhecer essa problemática e de realizar sua diferenciação de outros fenômenos que com ele se confundem para possibilitar sua melhor compreensão, o presente trabalho se propõe, inicialmente, a apresentar as principais características do tráfico de pessoas, de acordo com o conceito apresentado pelo último documento das Nações Unidas a tratar desse tema. Em seguida, busca diferenciá-lo do movimento migratório *per se*, do contrabando de migrantes, da prostituição e do turismo sexual, cuja confusão prejudica o desenvolvimento de políticas adequadas para prevenir e combater o tráfico.

1. *Que tráfico é esse?*

Durante muito tempo, não foi tarefa fácil conceituar tráfico de seres humanos, eis que não havia um consenso internacional sobre o que seria essa atividade, e muito se discutiu na tentativa de apresentar a definição mais adequada. Embora várias organizações governamentais e

¹ O atual documento da ONU a tratar do tráfico de pessoas é um protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, o que enfatiza a idéia de que o tráfico está ligado ao crime organizado e deve ser tratado como questão de segurança.

não-governamentais tentassem apresentar seu conceito de tráfico (Cf. ANDERSON; O'CONNELL DAVIDSON, 2004, p. 16), fazia-se – e ainda se faz – muita confusão entre esse fenômeno e outros que a ele podem estar ligados.

Como observa Kapur (2005, p. 115), o tráfico de seres humanos está relacionado, no discurso contemporâneo, à migração, especialmente a ilegal, e ao contrabando de migrantes. Paralelamente, existe ainda o tráfico de mulheres e de crianças que está associado à sua venda e ao envio forçado a bordéis como trabalhadores sexuais. Para a autora, esta associação do tráfico com várias formas de migração e mobilidade, de um lado, e com a prostituição e o trabalho sexual, de outro, está no centro do discurso atual sobre o tráfico global de pessoas.

Essa problemática é reforçada por Chapkis (2006, p. 926) ao dispor que as definições de tráfico são tão instáveis quanto o número de suas vítimas. Segundo ela, em alguns relatórios, todos os imigrantes não documentados que são detidos nas fronteiras são contados como se estivessem sendo traficados. Outros documentos se referem ao tráfico envolvendo exclusivamente vítimas da exploração sexual. Desta feita, em alguns exemplos, todos os imigrantes trabalhadores sexuais são definidos como vítimas de tráfico sem levar em consideração o seu consentimento e suas condições de trabalho; e em outros casos, são enfatizadas as condições abusivas de trabalho ou o recrutamento enganoso para a indústria do sexo.

Em face dessa indefinição, que dificultava a identificação do tráfico, sua repressão e punição, e tendo em vista que nenhum dos documentos internacionais anteriormente elaborados que tratavam do tráfico de *mulheres*² apresentou uma definição dessa atividade, tornou-se imprescindível a elaboração de um conceito de tráfico de pessoas que pudesse orientar as ações das

² Na atualidade, o tráfico se refere ao tráfico de pessoas, tanto do sexo masculino como feminino.

organizações governamentais e não-governamentais que atuam nessa área.

Desta feita, em dezembro de 2000, foi aberta para ratificação, na cidade de Palermo, Itália, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, objetivando prevenir e combater delitos transnacionais cometidos por grupos organizados, e, adicional a esta, dois protocolos, um versando sobre tráfico de seres humanos e outro sobre contrabando de imigrantes.

2. O conceito de tráfico de seres humanos

O Protocolo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, é o atual documento da Organização das Nações Unidas a tratar do tráfico de seres humanos. Em comparação aos documentos internacionais anteriores que abordaram esse tema³, o Protocolo de Palermo, como também é conhecido, destaca-se por apresentar a primeira definição desse delito.

Segundo o Protocolo de Palermo, em seu artigo 3:

“a) A expressão ‘tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou

³ São esses documentos o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas de 1904 (Decreto 5.591/1905); da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas de 1910 (Decreto 16.572/1924); da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e de Crianças de 1921 (Decreto 23.812/1934); do Protocolo de Emenda da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e de Crianças, de 30 de setembro de 1921, e da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, de 11 de outubro de 1933 (Decreto 37.176/1955); da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final (Decreto 46.981/1959).

benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados ‘tráfico de pessoas’ mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.”

A definição apresentada pelo Protocolo de Palermo trouxe significativos avanços. Inicialmente, é importante destacar que o documento faz referência ao tráfico de pessoas, e não mais apenas de mulheres⁴, como se observa nos anteriores. Essa mudança demonstra a idéia que se tem de que tanto homens como mulheres podem ser traficados.

Ademais, o tráfico está definido como um processo que ocorre com várias etapas distintas, conforme se depreende da leitura do artigo 3, a). Esse processo inclui o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoa, utilizando-se de qualquer dos meios coercitivos descritos, que podem ocorrer de diversas formas, envolvendo várias pessoas

⁴ Apesar da ênfase que ainda é dada a mulheres e crianças.

em suas diferentes etapas, tendo como finalidade a exploração.

Na definição do Protocolo, o tráfico de seres humanos ocorre com a finalidade da exploração de alguém em diversos setores do mercado de trabalho. Essa exploração se refere às condições de trabalho às quais as pessoas são submetidas e a como se desenvolve a relação trabalhista, muitas vezes se submetendo o trabalhador a horas extenuantes de atividade, desenvolvida de modo forçado, em condições inadequadas, restringindo sua liberdade de locomoção, recebendo baixo ou nenhum pagamento e sem a observância da legislação trabalhista.

A existência de demanda por pessoas traficadas para desenvolverem determinadas atividades, bem como a existência de pessoas que se arriscam a aceitar propostas de trabalho em outras localidades, muitas vezes com poucas informações a seu respeito, têm uma ligação próxima.

Como destacado por Anderson e O'Connell Davidson (2004, p. 7), questões sobre suprimento e demanda não podem ser analiticamente separadas, e ambas são caracterizadas, ou até determinadas, por um conjunto complexo e interligado de fatores políticos, sociais e institucionais. Os serviços de pessoas traficadas são invariavelmente explorados/consumidos em setores em que o Estado concede pouca ou nenhuma proteção a trabalhadores imigrantes desqualificados e/ou outras categorias de pessoas exploradas (como esposas, *au pairs*, crianças adotadas, pedintes); e em que trabalhadores ou outros grupos explorados têm pouca ou nenhuma oportunidade de se organizarem coletivamente para se protegerem de abuso e exploração. Esses setores não existem simplesmente, mas são criados por meio de uma combinação de ação e inação de parte de atores estatais e outros grupos de interesses.

As autoras salientam que quase não existe demanda por pessoas traficadas para serem exploradas em setores em que os trabalhadores estão organizados, os contratos

são bem estabelecidos e as rotinas de trabalho são monitoradas. Segundo elas (2004, p. 8), a demanda pelo trabalho de pessoas traficadas é freqüentemente encontrada em contexto que é socialmente imaginado por não envolver relações de trabalho. Por exemplo, o serviço doméstico não é completamente entendido como "trabalho" quando tem lugar no espaço privado da casa; aqueles que exploram trabalho infantil freqüentemente não reconhecem as crianças como empregados ou eles como empregadores e escondem o que é uma relação de exploração de trabalho atrás de relações de parentesco fictícias ou alguma outra forma de paternalismo. Isso também se pode aplicar em relação ao trabalho envolvendo adultos. Por sua vez, "prostituta" é freqüentemente tomada para referir uma categoria de pessoa (uma sub-pessoa) mais do que uma categoria de trabalhador, e assim não pode ser imaginada como um sujeito de direitos.

Desta feita, atividades que são desenvolvidas em setores em que não há regulamentação adequada ou uma fiscalização eficiente acerca das condições de trabalho, bem como da necessária observância da legislação trabalhista, tendem a ser aquelas mais suscetíveis a receber e explorar pessoas traficadas.

Anderson e O'Connell Davidson (2004, p. 8) destacam, ainda, que trabalhadores imigrantes ilegais ou irregulares são muito mais vulneráveis à exploração por grupos de traficantes de pessoas, em face do desconhecimento da língua e do local para onde são levados. Muitas vezes aceitam propostas de trabalho em outros locais devido à necessidade de ganhar dinheiro e às condições socioeconômicas que estão vivenciando. Um dos recursos utilizados para subjugar esses trabalhadores são os débitos, o confinamento, a força e os tratamentos violentos.

Assim, atividades como serviços gerais, serviços domésticos, trabalhos na agricultura, na construção civil, nas indústrias e

manufaturas, na prostituição, entre outras, tendem a ser aquelas nas quais são exploradas pessoas traficadas, em várias regiões do mundo.⁵

As formas de exploração, segundo o Protocolo de Palermo, podem se dar por meio da exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, de trabalhos ou serviços forçados, da escravidão ou práticas similares à escravidão, da servidão ou para a remoção de órgãos.

Exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual

A expressão “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual” é criticada por diversos autores em face da sua imprecisão, o que não auxilia em nada a compreensão desse tipo de exploração, principalmente por se referir a uma atividade específica, a prostituição, quando o intuito seria desvincular o tráfico de qualquer atividade laboral, para compreendê-lo como uma conduta na qual se usam meios fraudulentos para explorar alguém (Cf. PISCITELLI, 200-b; ANDERSON; O’CONNELL DAVIDSON, 2004).

Contudo, como a prostituição e outras atividades que envolvem trabalhadores sexuais foram objeto dos maiores debates nos encontros finais das negociações para a elaboração do Protocolo, esses termos foram propositadamente deixados indefinidos para que cada governo pudesse

⁵ Como destacam Anderson e O’Connell Davidson (2004), na Ásia pessoas são traficadas para trabalharem em serviços domésticos, manufaturas, restaurantes, hotéis, prostituição e para casamento; na África, crianças são traficadas para trabalharem na agricultura, em manufaturas, em plantações de tabaco e atuarem como soldados, enquanto adultos traficados são explorados em serviços domésticos e sexuais; na América, há demanda por pessoas traficadas na construção civil, agricultura, restaurantes, indústria do sexo e trabalhos domésticos; na Europa, pessoas traficadas são exploradas em serviços domésticos, na indústria do sexo, na agricultura, em restaurantes e na construção civil; e no Oriente Médio, há tráfico para casamento, prostituição, serviços domésticos e tráfico de crianças para serem exploradas como soldados e jôqueis em camelos.

interpretá-los de acordo com sua legislação interna, bem como foi mantida a referência à prostituição (Cf. DITMORE; WIJERS, 2003, p. 84).

Uma nota interpretativa das Nações Unidas destaca que os trabalhos preparatórios indicaram que o Protocolo se refere à exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual somente no contexto do tráfico de pessoas. Esses termos não estão definidos no Protocolo, o que resulta na falta de preconceito no modo como os Estados-Parte se referem à prostituição em suas respectivas leis domésticas (Cf. DITMORE; WIJERS, 2003, p. 84).

Essa indefinição ocorreu em face da existência de tipos distintos de legislação sobre a prostituição em diferentes Estados, como é o caso da Alemanha e da Holanda, que a regulamentam como atividade profissional, e da Suécia, que a proíbe expressamente.

Mas as atividades na indústria do sexo não se referem somente à prostituição, pois envolvem também os serviços de entretenimento sexual, como dançarinas, *stripteases*, *shows* de sexo ao vivo, serviços de tele-sexo, entre vários outros.

Diversos autores defendem que essa finalidade do tráfico de pessoas está mais relacionada às condições de recrutamento e de exploração do que à realização da atividade *per se*. Isso porque atividades sexuais podem variar muito em relação à forma de ingresso e às condições em que se desenvolvem (Cf. ANDERSON; O’CONNELL DAVIDSON, 2004, p. 35-36).

A prostituição é considerada uma atividade que expõe o trabalhador a riscos físicos e de saúde, apesar de não ser a única⁶, e que se encontra extremamente estigmatizada na

⁶ Deve-se destacar que existem diversas outras atividades que expõem seus trabalhadores a diferentes riscos físicos e de saúde, colocando, inclusive, suas vidas em perigo, como é o caso dos trabalhadores de minas subterrâneas. Ocorre que, por não ser uma atividade estigmatizada, está regulamentada em vários Estados e seus trabalhadores possuem um mínimo de proteção trabalhista.

maioria dos Estados, não sendo vista como trabalho. Esse fato faz com que os trabalhadores sexuais sejam alvo de preconceitos e coloca essa atividade entre os espaços mais subalternos e marginalizados dos setores informais, pouco controlados e regulamentados, o que torna possível diversas formas de exploração e violência.

Segundo Piscitelli (200-b, p. 4), a exploração e o tráfico de pessoas não estão automaticamente vinculados à existência da indústria do sexo, mas são favorecidos pela falta de proteção dos trabalhadores nesse setor. Aqueles que traficam se beneficiam das migrações (internas ou internacionais) e dos trabalhos sexuais comerciais, o que favorece o exercício do poder de quem explora sobre esses trabalhadores.

Além disso, a existência de demanda por sexo barato e por determinados “tipos” de pessoas, consideradas exóticas, pode ser um estímulo para a existência de tráfico com a finalidade de exploração sexual, na medida em que os clientes procuram diversidade de trabalhadores sexuais. As terceiras partes que traficam pessoas podem suprir essa demanda com homens ou mulheres de diversas localidades e também deslocar essas pessoas já traficadas de um bordel para outro ou de uma região para outra.

Nos casos de trabalhadores sexuais imigrantes, a sua vulnerabilidade à exploração por uma terceira parte é maior, em face das leis e políticas migratórias, que, muitas vezes, os tornam dependentes de seus empregadores, que tanto podem ajudá-los como explorá-los. Alguns Estados, como o Canadá, concedem permissão de trabalho em setores de entretenimento para mulheres estrangeiras, por períodos de seis a doze meses. Frequentemente a estada dessas mulheres está vinculada a um determinado empregador, o que as torna dependentes dele para sua migração regular e sua subsistência. Contudo, em vários Estados, essas estrangeiras que atuam na indústria do entretenimento não estão garantidas pela legislação trabalhista,

nem mesmo para o recebimento de seus salários. Assim, os Estados possibilitam que os empregadores tratem essas mulheres da forma como desejarem, o que torna possível diferentes níveis de exploração (Cf. ANDERSON; O’CONNELL DAVIDSON, 2004; BARRERO, 2005).

Trabalhos ou serviços forçados

Apesar da dificuldade de se conceituar o que é trabalho forçado, em face da confusão que comumente se faz com o trabalho escravo e a servidão, a OIT, em seus documentos, define o que considera essa prática. Segundo a Convenção sobre Trabalho Forçado, de 1930 (nº 29), é “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente” (art. 2º).

O trabalho forçado representa grave violação aos direitos humanos e restrição da liberdade. Não pode ser simplesmente equiparado a baixos salários ou a más condições de trabalho. Para que uma atividade seja considerada forçada, deve conter os dois elementos apresentados pela OIT: trabalho ou serviço imposto sob ameaça de punição e aquele executado involuntariamente (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005).

A punição pode apresentar as características de perda de direitos e privilégios. Uma ameaça de punição (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 5-6) pode assumir diferentes formas, como violência, confinamento, ameaça de morte ao trabalhador e a seus familiares. A ameaça pode ainda ter natureza psicológica⁷, natureza financeira⁸ e ocorrer com o confisco dos

⁷ Ameaças de denúncia do trabalhador imigrante ilegal à polícia ou às autoridades de imigração, por exemplo. (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 6).

⁸ Como penas econômicas ligadas a dívida, ao não pagamento de salários ou à perda de salários juntamente com ameaças de demissão quando ao trabalhador se recusar a fazer horas extras além do estipulado em seus contratos ou na legislação nacional. (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 6).

documentos pessoais do trabalhador com o objetivo de lhe impor trabalho forçado.

Em relação ao consentimento, a OIT destaca variados aspectos que incluem a forma ou o conteúdo do consentimento, o papel das pressões externas ou das coações indiretas, e a possibilidade de revogar o consentimento dado livremente. Há ainda formas veladas que afetam o consentimento dado pelo trabalhador, como no caso daqueles que aceitam um trabalho que será forçado, sem o seu conhecimento, eis que a aceitação da proposta ocorreu por meio de fraude e engano, para depois descobrir que não pode deixar o trabalho em face das coerções físicas ou psicológicas. Esse consentimento inicial será considerado irrelevante porque foi obtido por fraude ou engano (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 6).

É necessário destacar que o que vai determinar uma situação de trabalho forçado é a natureza da relação do trabalhador com o empregador e não o tipo de atividade desenvolvida, mesmo que as condições de trabalho sejam duras ou perigosas.

Existem, na atualidade, algumas categorias de trabalho considerado forçado: a imposta pelo próprio Estado, por razões econômicas, políticas e outras; a ligada à pobreza e à discriminação, especialmente em países em desenvolvimento; e o trabalho forçado como seqüela da migração e do tráfico de trabalhadores vulneráveis em todo o mundo.

A OIT (2005, p. 2) destaca ainda alguns aspectos de grande parte do trabalho forçado contemporâneo. Primeiro, é mais comum ser imposto por agentes privados do que diretamente pelo Estado. Segundo, o endividamento induzido é um poderoso meio de coerção, reforçado por ameaças de violências ou de castigos contra trabalhadores vítimas do trabalho forçado ou suas famílias. Terceiro, a precariedade da situação legal de milhões de migrantes, mulheres e homens, torna-os particularmente vulneráveis à coação, tendo em vista

a ameaça adicional e sempre presente de denúncia às autoridades. As vítimas podem se ver diante da difícil opção entre aceitar condições de trabalho altamente exploradoras ou correr o risco de deportação para seus Estados de origem se partirem para a defesa de seus direitos. Quarto, um número cada vez maior de pesquisas, especialmente sobre a situação de vítimas do tráfico para trabalho forçado em países industrializados, tem ajudado a identificar grave lacuna legislativa que dificulta a luta contra formas ocultas e muitas vezes sutis de coação na economia privada.

No que se refere ao tráfico de pessoas e ao trabalho forçado, apesar de serem práticas distintas, podem acontecer casos de tráfico com a finalidade da exploração por meio da realização de trabalho forçado, mas nem todo trabalho forçado é fruto do tráfico. Assim sendo, há a necessidade de leis que combatam tanto o tráfico de pessoas (destacando que este deve englobar todos os tipos de exploração elencados no Protocolo de Palermo) como o trabalho forçado.

Escravatura ou práticas similares à escravatura e servidão

A escravidão é uma forma de trabalho forçado, mas que tem as suas especificidades. Significa o estado ou condição de uma pessoa sobre a qual se exercem todos ou alguns dos poderes decorrentes do direito de propriedade.⁹ Além da obrigação de trabalhar existente na escravidão, essa situação não tem tempo determinado, é permanente e pode se basear na descendência. Implica também o domínio de uma pessoa sobre outra ou de um grupo de pessoas sobre outro (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 8).

As práticas análogas à escravidão são elencadas pela Convenção Suplementar

⁹ Essa definição foi apresentada pela primeira vez no artigo 1º da Convenção sobre Escravidão, da Liga das Nações, em 1926, e foi repetida posteriormente no artigo 7.1 da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, de 1926.

sobre a Abolição da Escravatura, de 1926, como sendo:

- “1. A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida;
2. A servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição;
3. Toda instituição ou prática em virtude da qual:
4. Uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas;
5. O marido de uma mulher, a família ou clã deste têm o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não;
6. A mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa;
7. Toda instituição ou prática em virtude da qual uma criança ou um adolescente de menos de dezoito anos é entregue, quer por seus pais ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente.”

Pela referida Convenção, a servidão é entendida como uma forma análoga à escravidão, enquanto no Protocolo de Palermo está elencada de forma independente. Apesar

da imprecisão que ainda persiste nos documentos internacionais sobre o que seja cada uma dessas práticas, consideradas espécies de trabalho forçado, vale destacar que são situações que violam a dignidade da pessoa humana e, segundo a OIT, a servidão por dívida ou escravidão por dívida são aspectos proeminentes das situações contemporâneas de trabalho forçado (Cf. Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 8).

O tráfico de pessoas também não se confunde com a escravidão, com práticas análogas à escravidão, nem com a servidão, pois estas podem existir sem aquele. Contudo, podem existir casos de tráfico de pessoas para serem exploradas em situações como as destacadas.

Remoção de órgãos

Algumas críticas são feitas em relação à inclusão da remoção de órgãos como finalidade do tráfico, por considerá-la incongruente. Entretanto, segundo Ditmore e Wijers (2003, p. 84), nos debates para a elaboração do Protocolo, inúmeros representantes requereram sua inclusão e o assunto provocou pouco debate.

O objetivo desse tipo de tráfico é a remoção de órgãos para compra e venda no “mercado negro”. Trata-se de uma prática ilegal em todo o mundo. As legislações dos Estados geralmente se referem à livre disposição dos órgãos após a morte, ou, no caso daqueles que não são vitais, ainda durante a vida.¹⁰ Mas sua comercialização é vedada.

Contudo, essa é uma prática que vem-se desenvolvendo em algumas regiões. Geralmente pessoas ricas, que têm problemas de saúde e não encontram doadores de órgão para realizar um transplante nem querem expor seus familiares aos riscos de uma cirurgia, contatam grupos que comercializam

¹⁰ No Brasil, por exemplo, a Lei 9.434/1997, no Capítulo V - Das sanções penais e administrativas, Seção I - Dos crimes, trata dos delitos de remoção, compra e venda, realização de transplante ou enxerto entre outras atividades que envolvam tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, realizados em desacordo com a lei.

órgãos no “mercado negro” para adquirir aqueles que lhes são necessários.

Essa comercialização geralmente ocorre em regiões empobrecidas do mundo, onde pessoas com problemas econômicos são convencidas a vender um de seus órgãos ou são até mesmo enganadas para tal (Cf. ARRUDA, 2004).

Essa prática é facilitada pelas deficiências legais em vários Estados, apesar de, na maioria deles, esse comércio ser considerado ilegal, bem como pelas dificuldades nas investigações desses delitos, eis que as pessoas coagidas a vender um órgão são amedrontadas e não procuram as autoridades policiais, alguns pacientes são levados a crer que os doadores foram bem pagos e protegidos, e os médicos que realizam essa prática são inescrupulosos. Ademais, muitas pessoas são subornadas em troca de seu silêncio. Outro problema é a falta de ética de alguns médicos e de pacientes que realizam essa prática e não vêem problema em obter órgãos de pessoas em situação de necessidade.

3. Diferenciações entre tráfico de seres humanos e outros fenômenos

Um dos grandes problemas para a identificação de casos de tráfico de seres humanos é a confusão que geralmente se faz com outros fenômenos que, apesar de poderem ter alguma ligação com o tráfico, com este não se confundem.

Migração e tráfico de seres humanos

A migração pode ser entendida como um processo em que há o deslocamento de alguém de um local para outro, seja dentro de um mesmo Estado ou de um Estado para outro. São vários os motivos que levam as pessoas a migrar, como a existência de conflitos armados, perseguições políticas, problemas econômicos e sociais que geram o desejo de buscar melhores oportunidades de vida e de trabalho em outros locais, mudanças climáticas, formação ou reu-

nificação familiar, o desejo de conhecer o mundo, entre outros (Cf. KAPUR, 2005; SALT, 2001; ANDERSON; O’CONNELL DAVIDSON, 2004; CONCIL OF EUROPE, 2006; CASTLES, 2002).

Esse deslocamento pode se dar de forma definitiva, quando o migrante não tem a intenção de retornar ao seu local de origem, ou de forma provisória, quando o migrante pretende retornar, existindo prazo certo ou não.¹¹ Pode se realizar ainda de forma legal, observando a legislação migratória do país de acolhimento, ou de forma ilegal, quando há a inobservância dessas leis.

Na atualidade, têm-se intensificado os fluxos migratórios pelo mundo, especialmente de migração ilegal. Esse fato, somado aos ataques terroristas dos últimos anos, especialmente após o episódio de 11 de setembro de 2001, e às políticas antiterror, está provocando o enrijecimento das políticas e das legislações migratórias em diversos Estados, especialmente naqueles considerados receptores de imigrante. Migrar de forma legal está se tornando cada vez mais difícil.

À medida que as fronteiras dos Estados se fecham, mas continua crescendo a demanda por trabalho de imigrantes a baixo custo e não diminui o desejo de emigrar de pessoas de diversas partes do mundo, estas procuram meios marginais para entrar nos Estados.

Como destaca Kapur (2005, p. 119), políticas migratórias restritivas de Estados de trânsito e destino diminuíram as possibilidades de uma migração regular, legal e segura pelo mundo. Esse fenômeno resultou no aumento de um regime de migração clandestina no qual traficantes e contrabandistas facilitam o movimento dos migrantes, freqüentemente providenciando para eles documentos de viagem e de identificação falsos. Esse é um regime nascido do desejo e da necessidade das pessoas,

¹¹ A migração provisória pode ter como objetivo a realização de estudos, de trabalho, pedido de asilo político, entre outros.

produzido, em parte, pela demanda por trabalho explorado barato pelas fronteiras.

O tráfico de seres humanos é uma forma de migração, mas não deve se confundir com a migração *per se*, pois esta é mais ampla e engloba o tráfico de pessoas. Este é considerado um processo de deslocamento no qual alguém migra com o auxílio de um terceiro, que pode ser uma pessoa ou um grupo, que usa de engano ou coação para convencê-lo a migrar, freqüentemente com promessas de trabalho no local de destino, onde essa terceira parte pretende explorar o trabalho de quem se desloca. Geralmente a pessoa traficada migra de forma legal, mas se torna irregular em face da retenção de seus documentos pelos exploradores como meio de subjugar a a realizar a atividade que lhe é imposta.

A grande problemática que se enfrenta atualmente é a confusão feita entre tráfico de pessoas e migração ilegal, especialmente pelos governos. Como geralmente as pessoas traficadas migram de forma legal, possuindo passaporte e visto para trabalho, mas se tornam irregulares com a retenção dos documentos, são muitas vezes tratadas pelos governos dos Estados receptores como imigrantes ilegais, que devem ser detidos e deportados, e não como pessoas que estão sofrendo graves violações aos seus direitos humanos.

Os governos acabam usando um discurso que envolve o tráfico de pessoas para combater a migração ilegal. Como destacado por Anderson e O'Connell Davidson (2004, p. 14):

“Mencionar ‘crime organizado’ no lugar de ‘imigração ilegal’ é uma fórmula ainda mais potente e populista. Medos e preconceitos em relação à ‘imigração ilegal’ estão dando novas bases (a questão não é apenas que a sociedade será ‘invadida’ por ‘alienígenas’, mas também surpreendida por ‘máfia’ e outros criminosos perigosos), e as repressões às migrações irregulares são justificadas e

humanizadas (capturando, detendo e deportando migrantes sem documentação mudam de significado quando apresentados como resgatando, reabilitando e reinserindo as vítimas do crime organizado).”

Desta feita, apesar de o tráfico de seres humanos estar inserido no fenômeno migratório, não deve com este se confundir. Essa diferenciação deve estar clara principalmente para os Estados, para que possam elaborar políticas públicas e legislação adequadas para cada um desses processos, inclusive no que se refere à assistência e proteção às vítimas de tráfico, que devem receber um tratamento compatível com o grau de exploração e violação de direitos sofrido.

Contrabando de migrantes e tráfico de seres humanos

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea apresenta a seguinte definição de tráfico de migrantes:

“Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão ‘tráfico de migrantes’ significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente;
- b) A expressão ‘entrada ilegal’ significa a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.”

O contrabando de migrantes também pode ser considerado um meio de migração realizado de forma ilegal. Neste, quem objetiva migrar por vias marginais procura ou é contatado por uma terceira pessoa ou

grupo, que facilitará sua entrada no país de destino. A relação entre o migrante e o considerado contrabandista de migrantes restringir-se-á à facilitação da travessia ilegal de fronteiras, quando os vínculos que os une se dissolvem e o migrante buscará, sozinho, sua sobrevivência no país de destino, inclusive procurando um novo trabalho (Cf. GALLAGHER, 2002).

Não se deve confundir tráfico de seres humanos com contrabando de migrantes. Apesar de ambos serem considerados meios de migração, o tráfico de pessoas se caracteriza pelo deslocamento de alguém, utilizando-se de coação, engano ou outros meios, com a finalidade da exploração do seu trabalho em vários setores da economia. O contrabando de migrantes, por sua vez, caracteriza-se pela facilitação da travessia ilegal de fronteiras, mas não tem, necessariamente, ligação com o trabalho.¹²

Como destacam Ditmore e Wijers (2003, p. 80), os processos migratórios são atualmente o coração do tráfico internacional de seres humanos, eis que pessoas traficadas são migrantes, geralmente ilegais, procurando trabalho em outros locais, e que se encontram em condições laborais insustentáveis. São essas condições, que ocorrem por engano ou coerção, que distinguem entre pessoas traficadas e contrabandeadas. Uma pessoa contrabandeada, como muitas (mas não todas) pessoas traficadas, atravessou clandestinamente fronteiras ou foi transportada, mas, diferentemente do tráfico, o contrabando de pessoas não está necessariamente vinculado a trabalho. Considerando que a travessia ilegal de fronteiras é o objetivo do contrabando de imigrantes, a finalidade do tráfico é a exploração do trabalho de alguém. Em outras palavras, o tema do contrabando de imigrantes se refere à proteção do Estado contra imigrantes ilegais, enquanto o tema

¹² No Brasil, ocorre freqüentemente contrabando de migrantes no caso dos brasileiros que vão ao México e tentam atravessar a fronteira com os Estados Unidos com o auxílio de "coiotes".

do tráfico se refere à proteção das pessoas contra violência e abuso.

Outro diferencial é o fato de a pessoa traficada ser vista como vítima desse delito, enquanto o imigrante contrabandeado é considerado pelos Estados como um imigrante ilegal, um criminoso que procurou os serviços de grupos que contrabandeam migrantes, não uma vítima (Cf. DITMORE, WIJERS, 2003, p. 82; SAARI, 2006, p. 7; GALLAGHER, 2002; ANDERSON; O'CONNELL DAVIDSON, 2004).

Apesar das definições apresentadas para tentar diferenciar os dois processos, Anderson e O'Connell Davidson (2004, p. 20-22) chamam a atenção para as diferentes dinâmicas do contrabando de migrantes que envolvem processos de recrutamento, transporte e exploração que, algumas vezes, podem se assemelhar com o tráfico de pessoas. É o caso de empregadores que pagam agentes para recrutar pessoas em outras regiões ou Estados com a finalidade de explorar seu trabalho; agentes que recrutam e transportam pessoas para serem exploradas que não possuem vínculos com terceiras partes; e agentes que usam de engano ou coação para levar pessoas a locais onde existe demanda por trabalhadores baratos e receber dinheiro dos empregadores.

Argumenta-se, ainda, que a problemática dessa diferenciação cria uma divisão entre processos voluntários e consensuais, e outros involuntários e não consensuais, além de se considerar as pessoas traficadas como vítimas e as contrabandeadas como parceiras dessa ação (Cf. ANDERSON; O'CONNELL DAVIDSON, 2004). Essa divisão apresentada pelos dois protocolos não é suficiente para promover uma diferenciação segura entre as duas atividades, em face das diferentes feições que esses processos tomam, bem como porque nenhum dos protocolos apresenta medidas eficazes para proteger os direitos humanos das pessoas que se envolvem nesses processos.

Essa idéia é ratificada por Gallagher (2002, p. 12) quando argumenta que muitos

governos ignoram o fato de que a migração ilegal/irregular, da qual tanto o tráfico de pessoas quanto o contrabando de migrantes são meios, ocorre em face da necessidade ou do desejo das pessoas de emigrar, da demanda por trabalho imigrante barato e do interesse dos Estados de tornar a legislação sobre imigração cada vez mais restritiva. À medida que as normas e as políticas públicas restringem e impedem uma migração legal, aumenta o surgimento de grupos que facilitam a migração de forma ilegal por diferentes meios.

Gallagher (2002, p. 12) ainda fala que o crescimento do tráfico e do contrabando de migrantes reflete não apenas as causas que geram esses fenômenos nos países de origem, mas também a crescente demanda por trabalho imigrante nos países de destino, especialmente no setor informal. Enquanto estão reprimindo a imigração ilegal, os governos pouco têm feito para lidar com a demanda insaciável por trabalho barato e sexo barato, que fazem do tráfico e do contrabando de migrantes atividades tão vantajosas.

Assim, ver o migrante que foi contrabandeado como parceiro dessa ação é um equívoco grave que só contribui para punir quem já está em situação de vulnerabilidade, especialmente social. Deve-se recordar que a maioria dos migrantes se deslocam, por vias legais ou ilegais, em busca de melhores vidas e oportunidades.

Para se reduzir a migração legal ou ilegal, e os meios que estão inseridos nesta última, como o contrabando de migrantes, não é suficiente o enrijecimento da legislação ou o reforço de medidas repressivas junto às fronteiras. Como enfatiza Castles (2005), “a melhor forma de reduzir a imigração é reduzindo as desigualdades econômicas e sociais entre os diferentes países”.

Prostituição e tráfico de seres humanos

Uma das principais confusões que se faz é entre o tráfico de pessoas e a prostituição. Isso ocorre em face de todos os documentos

internacionais sobre tráfico de mulheres – como eram denominados – anteriores ao Protocolo de Palermo se referirem ao tráfico com a finalidade da prostituição.

Essa confusão conceitual gira em torno das diferentes idéias que se têm sobre o que é considerado tráfico de pessoas e da própria prostituição. De um lado, existe um grupo denominado feministas abolicionistas, o qual defende que essa atividade reduz a mulher ao *status* de objeto, que é em si uma agressão a seus direitos humanos e não distingue prostituição forçada de prostituição voluntária. De outro lado, há o grupo que defende os direitos humanos dos trabalhadores sexuais e rejeita a idéia de que a prostituição é degradante, argumentando que deve ser tratada como trabalho, diferenciando a prostituição voluntária da forçada e da infantil, que devem ser abolidas. Defende, ainda, que deve haver uma melhoria das condições de trabalho e proteção dos trabalhadores por leis, uma vez que é a falta de legislação e de condições de trabalho adequadas que possibilita a exploração, inclusive o tráfico (Cf. ANDERSON; O’CONNELL DAVIDSON, 2004; DITMORE; WIJERS, 2003; CHAPKIS, 2003; KAPUR, 2005).

É imperativo notar, argumentam Ditmore e Wijers (2003, p. 82), que os defensores dos direitos dos trabalhadores sexuais admitem que o trabalho sexual é um trabalho duro e que as condições, na indústria do sexo, variam de relativamente boas a extremamente exploradoras e abusivas, esta última freqüentemente facilitada pela exclusão dos (imigrantes) trabalhadores sexuais de direitos e proteção legal garantidos a outros como cidadãos e trabalhadores. Conseqüentemente, eles procuram corrigir esses abusos melhorando as condições de trabalho e dando reconhecimento legal para a indústria do sexo, em contraste com as “abolicionistas”, que procuram tornar a indústria do sexo mais ilegal do que normalmente é e perseguir e punir homens envolvidos, como clientes e outros.

A prostituição pode ser uma das atividades nas quais ocorre a exploração de pessoas traficadas, especialmente mulheres, mas não é a única e não deve-se confundir com o tráfico de pessoas, conforme se desprende da leitura do conceito trazido pelo Protocolo de Palermo.

Além disso, a própria ONU, desde meados de 1990, já separa os processos de recrutamento e transporte sob coação do comércio do sexo. A Relatora Especial da ONU, Rhadika Coomaraswamy, após pesquisa mundial sobre essa prática, definiu a prostituição como forma legítima de trabalho e o comércio global do sexo como um lugar, mas não o único, em que ocorre o tráfico. A partir de 1996, o tráfico de pessoas passou a ser entendido pela ONU não como escravidão de mulheres, mas como comércio e exploração do trabalho em condições de coação e força (Cf. KEMPADOO, 2005, p. 64-65).

Atualmente, existe um grande fluxo migratório feminino que busca melhores oportunidades de vida e de trabalho em outros Estados (Cf. Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2006). Essa nova característica dos processos migratórios das últimas décadas tem a ver com o novo papel desempenhado pela mulher na atualidade, no qual ela é responsável pela manutenção própria, de seus filhos e de sua família.

Com as dificuldades para migrar de forma legal, muitas dessas imigrantes ficam em situação de ilegalidade, geralmente se inserindo em setores informais da economia, com pouca ou nenhuma proteção de direitos, entre os quais se destaca a prostituição. Essa atividade, exercida em diversos Estados europeus, por exemplo, principalmente por mulheres imigrantes com pouca qualificação, é realizada muitas vezes de forma voluntária, por ser um setor de fácil inserção e em que há perspectivas de lucratividade rápida.

Ocorre que, por ser um setor que geralmente se desenvolve na marginalidade, com precária regulamentação, há vários

casos de exploração, eis que, por acolher muitas vezes pessoas em situação de irregularidade, torna-as suscetíveis a diversos tipos de violência, sem contar com proteção legal ou do Estado.

Como destaca Kempadoo (2005, p. 62), levando em consideração a atuação e o trabalho sexual, o envolvimento na indústria do sexo e em trabalho sexual no exterior aparece como possibilidade a que as mulheres se dedicam voluntária ou conscientemente de acordo com parâmetros culturais, nacionais ou internacionais específicos. Assim, em lugar de definir a própria prostituição como uma violência inerente contra as mulheres, são as condições de vida e de trabalho em que as mulheres podem se encontrar no trabalho do sexo e a violência e o terror que cercam esse trabalho num setor informal ou subterrâneo que são tidos como violadores dos direitos das mulheres e, portanto, caracterizadores do tráfico.

São as condições de realização da prostituição, em que pode ocorrer excessiva exploração, somada ao deslocamento para o qual se utiliza de engano, coação ou outros meios, que caracterizam o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, e não apenas o exercício da prostituição ou outra atividade ligada ao sexo, que muitas vezes ocorre de forma voluntária e em condições razoavelmente adequadas.

A associação do tráfico de pessoas com a prostituição muitas vezes é utilizada como argumento para barrar ou estigmatizar o fluxo migratório de mulheres. Segundo Kapur (2005, p. 119), associando o tráfico à exploração sexual, mulheres que se deslocam são implicitamente suspeitas de atravessarem fronteiras para propósitos sexuais, o que estigmatiza o seu movimento. Assim, mulheres e seu movimento são vistos através de lentes de criminalidade e estigma, e a própria mulher é considerada tanto vítima quanto sujeito imoral.

Além disso, esse discurso é utilizado como meio de controle da mobilidade, especialmente de mulheres, que muitas

vezes migram para outras localidades para o exercício voluntário da prostituição como meio de sobrevivência, e em situações nas quais não está presente a exploração. Como destaca Piscitelli (2004, p. 313-314), ao unir-se aos discursos internacionais hegemônicos sobre o tráfico, apagando a complexidade que permeia a migração de brasileiras no marco da transnacionalização do mercado sexual, certas tendências presentes no debate brasileiro oferecem, a partir de um contexto de “terceiro mundo”, elementos que favorecem o controle do trabalho migrante. De maneira mais específica, essas abordagens oferecem elementos que contribuem para um maior policiamento, o controle da mobilidade, dos corpos e da sexualidade das mulheres do Sul.

Muitos defensores dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras sexuais defendem, inicialmente, uma mudança na visão dessa atividade, que é entendida como um trabalho como outro qualquer, mudando-se inclusive a própria nomenclatura para “trabalho sexual” e “trabalhadores sexuais”, bem como a regulamentação da atividade por lei, o que possibilitaria, segundo defendem, maior controle sobre a realização dessa atividade e maior proteção daqueles que nela estão inseridos, diminuindo inclusive os casos de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual (Cf. KEMPADOO, 1997, 2005; DOEZEMA, 2000, 2001, 2002, 2004; WIJERS; VAN DOORNINCK, 2002; AGOSTÍN, 2005; PISCITELLI, no prelo-b e 2006).

Turismo sexual e tráfico de seres humanos

O turismo sexual (Cf. PISCITELLI, 2000, 2006a, [200-a], 2005, 2006c; TAYLOR, 2001; HANNUM, 2006; KARSEBOOM, 2006; O’CONNELL DAVIDSON, 2006; GONDIM, 1998) não é uma prática simples de se definir (TAYLOR, 2001), até porque pode assumir diversas dinâmicas com características diferenciadas. Tende-se a apresentar o turismo sexual como uma prática realizada por homens provenientes de países ricos que viajam para países pobres ou

em desenvolvimento com o objetivo de se relacionar sexualmente com mulheres nativas, mediante pagamento em dinheiro ou presentes. Essa imagem, contudo, começa a ser contestada na medida em que estudos revelam que cresce a cada ano o número de mulheres, também provenientes de países ricos, que viajam com o objetivo de se relacionar sexualmente com os nativos das zonas que pretendem visitar, e que se desenvolve um tipo de turismo que os estudiosos estão chamando de “turismo de romance” (Cf. TAYLOR, 2001).

Com efeito, independentemente do sexo do visitante, o turismo sexual é entendido como uma expressão das desigualdades que permeiam uma nova ordem global. Segundo Piscitelli (2005b), citando Appadurai:

“a característica essencial dessa nova ordem é uma ampliação na mobilidade (deslocamento de massas de turistas, imigrantes, refugiados, exilados, trabalhadores) que afeta a política de e entre nações de uma maneira sem precedentes e, justaposta aos efeitos da mídia eletrônica, cria uma nova ordem de instabilidades na produção das subjetividades modernas. Nesse marco, o turismo sexual é considerado um terreno privilegiado para a reflexão sobre a forma como os significados e atitudes associadas à sexualidade expressam mudanças mais amplas. A idéia é de que pessoas situadas nos lugares mais ‘distantes’ do mundo, ao serem introduzidas no âmbito do capitalismo global, por meio da propaganda, da mídia e de enormes fluxos de capital e de pessoas, são afetadas por uma cultura de consumo universalizada. Nesse processo, a sexualidade tornar-se-ia um terreno no qual teriam lugar disputas relacionadas com o impacto do capital e das idéias em circulação.”

Nas dinâmicas do turismo sexual, verifica-se o entrelaçamento de características não apenas econômicas, mas também

ligadas a raça, sexo, classe e poder. “Esse conjunto de fatores incide na representação das localidades que se tornaram destino privilegiado pelos turistas sexuais em termos de diferenças culturalizadas e sexualidades: como exóticas e eróticas.” (Cf. PISCITELLI, 2005b).

O turismo sexual está marcado por traços de diferença do “outro” que movem pessoas de diversas partes do mundo a viajar em busca dessa diversidade, utilizando inclusive meios como a *internet* para trocar informações acerca das experiências já vividas (Cf. PISCITELLI, 2005a). Assim, a busca do novo, do diferente e o desejo de viver novas experiências estimulam pessoas a viajar para diferentes regiões não apenas para conhecer a cultura e a história local, as belezas naturais, mas também para vivenciar novas experiências sexuais.

A partir de uma experiência de turismo em outro local, várias conseqüências podem ocorrer, como negócios, romances, entre outros. Até casos de tráfico de pessoas podem surgir, na medida em que pessoas de outras localidades visitam uma determinada região e usam de artifícios para deslocar um nativo para outro lugar, mas se tratam de fenômenos distintos que não devem ser confundidos. O turista ou a turista sexual viaja para viver aventuras eróticas e exóticas em outros espaços, depois retornando para seu lugar de origem, geralmente levando consigo apenas a lembrança da experiência vivida. Aquele que pratica tráfico de seres humanos, por sua vez, quando se dirige a distintos lugares, pretende convencer uma pessoa a se deslocar, utilizando meios fraudulentos, como promessa de trabalho bom e bem remunerado, ocultando o real objetivo, que é a exploração.

Considerações finais

O tráfico de seres humanos não é um fenômeno simples de ser compreendido e, também, identificado, em face das diversas

dinâmicas que o marcam. Apesar dessa complexidade, possui características que lhe são próprias e o diferenciam de outros fenômenos que com ele podem vir a se confundir.

É de grande importância e salutar necessidade o cuidado na identificação desse problema; saber o que é e como ocorre o tráfico de seres humanos, e diferenciá-lo de outros fenômenos que com ele não se confundem, como os processos migratórios, o contrabando de migrantes, a prostituição e o turismo sexual, por exemplo. É imprescindível às autoridades governamentais e à sociedade civil organizada o conhecimento desse delito, para que projetos adequados possam ser implementados e desenvolvidos objetivando a prevenção e o combate do tráfico de pessoas com o rigor necessário para coibir um ilícito que afronta a dignidade da pessoa humana.

Referências

- AGOSTÍN, Laura. Migrants in the mistress's house: other voices in the 'trafficking' debate. *Social Politics*, Oxford, v. 12, n. 1, 2005.
- ARRUDA, Samuel Miranda. Notas acerca do crime de tráfico de órgãos. *Revista eletrônica PRPE*, Recife, maio 2004. Disponível na internet: <<http://www.google.com.br/search?sourceid=navclient&ie=UTF8&rls=SPDA,SPDA:2006-40,SPDA:en&q=Notas+ace+rca+do+crime+de+tr+c3%a1flico+de+c3%b3rg%c3%a3os>>. Acesso em: 14 mar. 2006.
- BARRERO, Glória Patrícia Díaz. Stripers, bailarinas exóticas, eróticas: identidad e inmigración en la construcción del Estado canadiense. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 25, jul./dez. 2005.
- CASTLES, Stephen. Environmental change and forced migration: making sense of the debate. *New issues in Refugee Research*, Genève, n. 70, oct. 2002. Disponível em: <http://www.reliefweb.int/library/RSC_Oxford/data/UNHCR%20Working%20Papers%5C70%20environmental%20change%20and%20forced%20migration.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2007.
- CASTLES, Stephen. Entrevista: pobres produzem vida para os ricos. *Acime*, Lisboa, 11 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.acime.gov.pt/modules>>.

php?name= News&file=article&sid=791>. Acesso em: 30 abr. 2007.

CHAPKIS, Wendy. Trafficking, migration, and the law: protecting innocents, punishing immigrants. *Gender & Society*. [S. l.], v. 17, n. 6, dez. 2003.

COUNCIL OF EUROPE. *Joint specialist group on migration, cultural diversity and equality between women and men: final report activities*. Paris, 1996. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/e/human_rights/equality/09_other_activities/100_EGM\(1996\)02rev.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/equality/09_other_activities/100_EGM(1996)02rev.asp)>. Acesso em: 8 ago. 2006.

DAVIDSON, Julia O'Connell. Sex tourism in Cuba. *WRI*, London, 1995. Disponível em: <<http://www.wri-irg.org/pubs/ww-199503.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2006.

DOEZEMA, Jô. Loose women or lost women? The re-emergence of the myth of 'white slavery' in contemporary discourses of 'trafficking in women'. *Gender Issues*, [S. l.], v. 18, n. 1, 2000.

_____. Ouch! Western feminists' 'wounded attachment' to the 'third world prostitute'. *Feminist Review*, New York, n. 67, 2001.

_____. Who gets to choose?: Coercion, consent and the UN trafficking protocol. *Gender and development*, [S. l.], v. 10, n. 1, mar. 2002.

_____. Sex workers rights, abolitionism, and the possibilities for a rights-based approach to trafficking. *Associated Press WorldStream*, New York, out. 2004.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Estado de la población mundial 2006: hacia la esperanza: las mujeres y la migración internacional*. New York: UNFPA, 2006. Disponível em: <http://www.unfpa.org/swp/index_spa.html>. Acesso em: 15 jan. 2007

GALLAGHER, Anne. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, Oxford, n. 12, 2002.

GONDIM, Linda. Prostituição em Fortaleza: um encontro de cupido e mercúrio?. In: BENEVIDES, Ireleno Porto. *Turismo e PRODETUR: dimensões e olhares em parceria*. Fortaleza: EUFC, 1998.

HANNUM, Ann Barger. Tricks of the trade: sex tourism in Latin America. Cambridge: Harvard, 2005. Disponível em: <<http://www.fas.harvard.edu/~drclas/publications/revista/Tourism/hannum.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2006.

KAPUR, Ratna. Travel plans: border crossings and the rights of transnational migrants. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 8, 2005.

KARSSEBOOM, Jennifer. Poverty pushes Cuban women into sex tourism. New York: Global Policy Forum, 2003. Disponível em: <<http://www.global-policy.org/soecon/develop/2003/0326cuba.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2006

KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 25, jul./dez. 2005.

_____. (1997). Reconceptualizing prostitution. *Paper presented at the 22nd Annual Conference of the Caribbean Studies Association, Baranquilla*, Colômbia, 26-30 maio 1997. Disponível na Internet: <<http://www.lolapress.org/artenglish/kempe9.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Brasília: OIT, 2005. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/oit/relatorio/relatorio_global2005.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2006.

PISCITELLI, Adriana. 'Gringos' nos trópicos: gênero e nacionalidade no marco do turismo sexual em Fortaleza. In: CNPD. *Migrações internacionais: contribuições para a política*. Brasília, 2001.

_____. Entre a praia de Iracema e a União Européia: turismo sexual internacional e migração feminina. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio. *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. Viagens e sexo on-line: a internet na geografia do turismo sexual. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 25, jul./dez. 2005a.

_____. Trechos de um diário de campo: mundos contemporâneos, gênero, desigualdade. In: OLIVEIRA, Marina (Coord.) *Cartilha tráfico de seres humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005b.

_____. *Gênero e racialização no contexto de relações transnacionais: comentários a partir de uma leitura das relações presentes no turismo sexual em Fortaleza*. Salvador: UFBA, 2006a. Disponível em: <<http://www.desafio.ufba.br/gt6-009.html>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

_____. Brasileiras, migração e indústria do sexo: trabalho apresentado no I Seminário luso Brasileiro sobre Tráfico de Pessoas e Imigração Ilegal. Cascais, Portugal, de 22 a 24 de maio de 2006b.

_____. Périplos tropicais: a inserção de Fortaleza nas rotas mundiais de turismo sexual. In: COSTA, Albertina. *Homem, homens*. São Paulo: 34, [200-a]. No prelo.

_____. Traficadas ou autônomas?: a noção de consentimento entre brasileiras que oferecem serviços sexuais na Espanha. In: DILEMAS jurídicos do enfrentamento ao tráfico internacional de seres humanos. Brasília: Ministério da Justiça, [200-b]. No prelo.

SAARI, Sinikukka. *Balancing between inclusion and exclusion: the EU's fight against irregular migration and human trafficking from Ukraine, Moldova and Russia*. London: London School of Economics, 2006. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/Depts/intrel/pdfs/EFPU%20Challenge%20Working%20Paper%203.pdf#search=%22Balancing%20between%20inclusion%20and%20exclusion%22>>. Acesso em: 4 abr. 2006

SALT, John. Current trends in internal migration in Europe. [S. l.: s. n.], 2001. Disponível em: <http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/Migration/

Documen tation/Publications_and_reports/John%20Salt%20%20Report%20on%20Current%20Trends%20in%20International%20Migration%20in%20Europe.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2006.

TAYLOR, Jacqueline Sánchez. Dollars are a girl's best friend? Female tourists' sexual behaviour in the Caribbean. *Sociology*, Cambridge, v. 35, n. 3, 2001.

WIJERS, Marjan; VAN DOORNINCK, Marieke. *Only rights can stop wrongs: a critical assessment of anti-trafficking strategies: paper presented at EU/IOM STOP european conference on preventing and combating trafficking in human beings: a global challenge for the 21st century*. [S. l.: s. n.], 2002. Disponível em: <<http://www.walnet.org/csis/papers/wijers-rights.html>>. Acesso em: 14 abr. 2006

O direito à intimidade na sociedade técnica

Rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais

Jorge Barrientos-Parra
Elaine Cristina Vilela Borges Melo

Sumário

1. Introdução. 2. A técnica como fator determinante da nossa sociedade. 3. O direito à intimidade e seus riscos na sociedade técnica. 3.1. Definição. 3.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica. 4. O prontuário médico eletrônico. 4.1. O prontuário médico: conceito. 4.2 O prontuário médico eletrônico: um produto da telemedicina. 4.3. O prontuário médico eletrônico e a violação do direito à intimidade. 4.3.1. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade. 4.3.2 *De lege ferenda*: questões de política pública e princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais. 5. Conclusões.

“La technique n’est pas neutre. C’est-à-dire qu’elle emporte par elle-même, et quelque soit l’usage que l’on veuille en faire, un certain nombre de conséquences positives ou négatives... Tout progrès technique se paie. Il n’y a pas de progrès technique absolu. À chaque avancée de la technique, nous pouvons en même temps mesurer un certain nombre de reculs. Le progrès technique soulève à chaque étape plus de problèmes (et plus vastes) qu’il n’en résout. Les effets néfastes du progrès technique sont inséparables des effets favorables. Tout progrès technique comporte un grand nombre d’effets imprévisibles”.

Jacques Ellul

Jorge Barrientos-Parra é Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain e Professor de Direito Constitucional do Curso de Administração Pública da UNESP.

Elaine Cristina Vilela Borges Melo é Advogada da Fundação Pio XII – Hospital de Câncer de Barretos. Mestre em Direito pela Universidade de Franca e Professora de Direito Público e Privado da Faculdade Barretos.

1. Introdução

Neste trabalho abordamos a questão do risco à vida privada e ao direito à intimidade consagrados na Constituição de 1988, em face da adoção de novas técnicas na sociedade contemporânea, como, por

exemplo, o prontuário médico eletrônico na prática hospitalar. Muitas são as aplicações da denominada telemedicina com evidentes vantagens para o corpo clínico, a administração hospitalar e o paciente. Entretanto, independentemente do uso que possamos dar às novas técnicas, além das suas conseqüências positivas, a sociedade deve fazer frente a variadas conseqüências negativas.

Para compreender o alcance e a profundidade das mudanças acarretadas pelas novas técnicas, seguiremos o pensamento do festejado jurista da Universidade de Bordeaux, Jacques Ellul, para quem a técnica passou a ser o fator determinante de nossa sociedade.

Evidentemente, não pretendemos aqui esgotar o assunto que extrapola, e muito, o âmbito do Direito, alcançando aspectos da Economia, da Sociologia, da Ciência Política, da Administração e da Ciência da Computação. Tentamos, simplesmente, por meio da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, trazer luzes sobre esse importante tema para os legisladores, julgadores, formuladores de políticas públicas e estudiosos da sociedade contemporânea.

2. A técnica como fator determinante da nossa sociedade

Vivemos uma época de avassaladoras mudanças técnicas que mudam, de maneira irreversível, o mundo do trabalho, da educação, da política, do lazer, da saúde, da gestão e de outras esferas da atividade humana. Segundo Ellul, se Marx tivesse vivido em nossa época e se perguntasse sobre o fator determinante, sem dúvida teria respondido que a técnica é que conduz o mundo.

Já nos anos trinta do século passado, Ellul pensa a técnica como “un procédé général” e não simplesmente um meio da indústria simbolizado pela mecanização. Para ele, o progresso técnico engendra um fenômeno de proletarização generalizada,

que concerne todos os homens e todos os aspectos da vida deles, superando a dimensão puramente econômica analisada por Marx (cf. TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130).

De acordo com Ellul, a técnica contemporânea caracteriza-se pelo i) automatismo, ii) autocrescimento, iii) unicidade, iv) universalismo, v) autonomia e vi) ambivalência.

i) Automatismo

Por automatismo da escolha técnica, Ellul (1990, p. 18) entende a impossibilidade de recusar a solução ou o método que envolve maior racionalidade e eficácia. Vivemos uma época em que deixou de haver simples técnicas, simples instrumentos ou máquinas e apareceu uma realidade comum: “o conjunto de todos os meios submetidos ao imperativo de uma eficácia sempre maior não importa qual seja o âmbito de aplicação, economia, organização do trabalho, ou das máquinas, etc” (BOURG, 2004, p. 69).

Na concepção elluliana, “o conjunto de todos os meios” quer dizer o conjunto de todos os métodos que caracterizam a sociedade em um momento específico da história. Em segundo lugar, esses métodos têm um caráter racional. Essa racionalidade consiste na adequação dos meios disponíveis aos fins propostos pela sociedade que os utiliza. Por último esses métodos devem ser eficazes. A eficácia se mede pelas vantagens que oferece um método a despeito de outros que se aplicam para solucionar o mesmo problema. Quando um método ou um engenho é mais conveniente que outros, opta-se por ele e os demais são descartados pelas suas desvantagens. O método escolhido resulta ser eficaz em sentido absoluto, já que se converte no método por excelência para resolver um determinado problema.

Assim a eficácia é o fator do qual depende tudo e o valor que o sistema privilegia em todas as esferas. Agora já não é suficiente o descobrimento de um novo método, mais eficaz que o precedente; é necessário que ele chegue a ser o método perfeito. Nesse processo cada vez mais acelerado,

o fenômeno técnico transforma o Estado e o próprio homem nada escapando à busca da eficácia, isto é, à busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana (cf. ELLUL, 1990, p. 18).

Automatismo significa que não existe uma escolha entre várias técnicas, mas simplesmente que a mais eficaz se impõe independentemente de outros parâmetros, avançando sobre outros âmbitos e absorvendo-os (cf. TROUDE-CHASTENET, 1992, p. 34). Dessa forma se do ponto de vista técnico algo pode ser feito, será feito independentemente de critérios religiosos, morais, filosóficos, costumeiros, ou de qualquer outra ordem.

ii) Autocrescimento

A partir de certo estágio, a técnica se produz a si própria, suscitando problemas de natureza técnica, que exigem soluções que só a própria técnica pode resolver. Assim Ellul (1990, p. 83-84) constata que é o princípio de combinação das técnicas que provoca o autocrescimento, e o formula em duas leis: 1ª) em uma civilização técnica, o progresso técnico não se detém e não tem limites; 2ª) o progresso técnico tende a efetuar-se, não de acordo com uma progressão aritmética, mas de acordo com uma progressão geométrica.

Nessa evolução o homem desempenha um rol cada vez menos importante, apenas verificando e registrando o efeito das técnicas umas sobre as outras e seus resultados. Isso porque, cada vez mais, o desenvolvimento técnico segue processos em cadeia que excluem a intervenção humana. Dessa forma se perde qualquer finalidade transcendente inerente ao homem. Nas palavras de Ellul (1990, p. 90): "O que acreditamos ter demonstrado no parágrafo anterior, é justamente que a técnica é totalmente estranha a essa noção, que não persegue um fim, confessado ou não, mas que evolui de modo puramente causal: a combinação de elementos precedentes fornece novos elementos técnicos. Nenhuma idéia, nenhum plano se realiza progressivamente...

Estamos numa ordem de fenômenos cega em relação ao futuro, em um domínio de causalidade integral".

Em última análise, o autocrescimento significa que a técnica progride não diríamos sem, mas a despeito da intervenção humana. O homem é associado a ela sem perceber, na medida em que é previamente absorvido pelo sistema. Dessa forma o homem é impotente para frear ou deter a progressão da técnica.

iii) Unicidade

Ellul (1990, p. 91) observa que o fenômeno técnico, englobando o conjunto das técnicas, constitui uma totalidade que apresenta sempre, e em qualquer parte, os mesmos caracteres. A unicidade não nos permite distinguir entre a técnica e o uso que dela se faz, pois o "ser" da técnica consiste no seu uso, que não é bom nem mau, justo ou injusto, simplesmente porque, sendo técnico, é o único uso possível não podendo ser julgado em função de critérios religiosos, morais ou estéticos. O consagrado professor da Universidade de Bordeaux chega então à formulação do seguinte princípio: "o homem está colocado diante de uma escolha exclusiva, utilizar a técnica convenientemente, de acordo com as regras técnicas, ou não utilizá-la, de modo algum; mas é impossível utilizá-la a não ser de acordo com as regras técnicas".

As necessidades e os modos de ação de cada uma das técnicas se combinam formando um todo, cada parte sustentando e reforçando a outra, constituindo um fenômeno coordenado, do qual é impossível retirar um elemento. Assim é um equívoco e mera ilusão (compreensível de qualquer forma) querer suprimir a parte "má" da técnica e conservar o lado "bom".

iv) Universalismo

O processo de universalização da técnica apresenta dois momentos: o geográfico e o qualitativo. Aos poucos, a técnica penetrou e conquistou todos os países. Aqueles que ainda não a assimilaram, na proporção e na escala necessária, almejam fazê-lo

rapidamente. A reivindicação dos países emergentes pelo desenvolvimento é na verdade uma exigência de tecnificação.

Esse processo tem conseqüências destrutivas sobre as culturas tradicionais, uma vez que a técnica tende a reduzir tudo aos seus próprios padrões e exigências; assim, em todos os âmbitos, religião, costumes, filosofia, arte, instituições, a técnica provoca a ruína das outras civilizações. Isso acontece porque a técnica exige uma transformação da totalidade da vida. Implica mudanças no trabalho, máquinas e seus acessórios; implica órgãos de coordenação e de administração racional; e, mais ainda, supõe uma adesão interior do homem ao regime.

Em outras palavras, a técnica impõe a sua própria axiologia, isto é, a racionalidade instrumental e a eficácia. Diante desses valores, as culturas tradicionais se reduzem a restos, destroços e fragmentos que serão recolhidos aos museus, como testemunhos e vestígios de épocas mortas (Cf. CORBI-SIER, 1968, p. 17).

Segue-se daí que a técnica não pode deixar de ser totalitária; quando ela fixa um método, tudo lhe deve ser subordinado. Portanto, não há mais objetos ou situações neutras. Ellul (1990, p. 114) exemplifica com a técnica da propaganda: “elle est totalitaire dans sa nature, dans son message, dans ses méthodes, dans son champ d’action et dans ses moyens: que pourrait-on demander de plus?”.

v) Autonomia

A técnica desenvolve-se em obediência às suas próprias leis, não respeitando qualquer oposição; ela é um poder dotado de força própria, de sorte que se a utilizamos devemos aceitar a especialidade, a autonomia de seus fins, a totalidade de suas regras – que os desejos e aspirações do homem em nada podem modificar.

A técnica condiciona e provoca as mudanças sociais, políticas e econômicas. “Elle est le moteur de tout le reste, malgré les apparences, malgré l’orgueil de l’homme qui prétend que ses théories philosophiques

ont encore une puissance déterminante et que ses régimes politiques sont décisifs dans l’évolution. Ce ne sont plus les nécessités externes qui déterminent la technique, ce sont ses nécessités internes. Elle est devenue une réalité en soi qui se suffit elle-même, qui a ses lois particulières et ses déterminations propres” (ELLUL, 1990, p. 122).

A decorrência da autonomia é que a técnica se coloca como instância acima do bem e do mal, não tolera ser julgada por ninguém. Ela é o valor supremo, em função do qual todos os outros devem ser aferidos; é a instância última e irrecorrível, a partir da qual são formulados os julgamentos inapeláveis. De forma que a técnica se julga a ela própria. Em casos controvertidos que levantam questões éticas e morais, a técnica não somente recusa ser julgada como se levanta como juiz da moral, construindo uma nova moral. Assim tudo o que a técnica faz ou pode fazer é permitido, lícito e justificado.

A técnica também é sacrílega, não no sentido eclesiástico do termo, mas no sentido sociológico. Uma vez que o mundo para o homem não é somente material; ele concebe uma realidade espiritual, podendo ser fenômenos ou forças desconhecidas ou talvez incognoscíveis. No mundo ocorrem fenômenos que o homem interpreta como mágicos. Os psicanalistas estão de acordo a esse respeito: o sentimento do sagrado, o sentido do secreto são elementos sem os quais o homem não pode absolutamente viver. Em grande parte, o mistério é desejado pelo homem. O sagrado é o que se decide inconscientemente respeitar. Entretanto, como explica Ellul: “La technique n’adore rien, ne respecte rien; elle n’a qu’un rôle: dépouiller, mettre au clair, puis utiliser en rationalisant, transformer toute chose en moyen”. (ELLUL, 1990, p. 130-131).

vi) Ambivalência

Além de tudo isso, a técnica é ambivalente; ela libera, porém ela também aliena (TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130), isto é, os efeitos nefastos são inseparáveis dos

efeitos positivos; o progresso técnico tem seus custos, acarreta problemas novos e tem efeitos imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 89-200). Nesse sentido, a tendência atual da telemedicina, de passar a adotar o prontuário médico eletrônico nas instituições hospitalares, possibilita, de um lado, maior eficácia nas atividades médico-hospitalares, o que é indiscutível, mas, por outro, multiplica em grau superlativo os riscos ao direito à intimidade do paciente, como veremos.

3. O direito à intimidade e seus riscos na sociedade técnica

O termo *intimidade* designa o caráter do que é *íntimo*, isto é, o cerne, o âmago, o interior e o profundo que constitui a essência de um ser, no caso em tela, da pessoa humana. A intimidade pode ser vista de uma perspectiva tríplice: como fenômeno, como idéia e como direito. Para Ortega y Gasset (1966, p. 84), é um fenômeno, um fato e não uma mera hipótese metafísica. A idéia de intimidade, isto é, a consciência e a teorização sobre ela não se encontra em todas as sociedades; podemos dizer que é na sociedade ocidental onde a idéia de intimidade alcançou seu máximo desenvolvimento especulativo (cf. RUIZ MIGUEL, 1995, p. 27.). A seguir falaremos resumidamente da intimidade como direito, abrangendo a sua definição e a questão do devassamento da intimidade na sociedade técnica. Entre os pioneiros na defesa da intimidade, cita-se o Juiz Thomas Cooley que, na sua obra "The elements of Torts" de 1873, definiu a privacidade como o *right to be alone*, isto é, o direito a ser deixado em paz (cf. SILVA, 2007, p. 100). A primeira elaboração teórica do direito à intimidade é creditada a Warren e Brandeis, que, em 1890, publicaram a teoria do *right to privacy* com o intuito de dar fundamentação ao direito de "gozar a vida", isto é, "o direito a estar só".¹

¹ (Cf. WARREN; BRANDEIS, 1980 apud MORALES PRATS, 1984, p. 15-81). Em italiano fala-se de

3.1. Definição

Seguindo uma linha etimológica, vários autores têm forjado as suas definições de intimidade; assim, por exemplo, para Batllé Sales (1972, p. 6), a intimidade de uma pessoa seria "tudo aquilo que lhe é próprio e exclusivo". Para Urabayen (1977, p. 9-10), seria o interior, o mais reservado, o sentir mais profundo do ser humano. Para ele, a intimidade relaciona-se com estar só, com reserva, em oposição ao público; refere-se a uma pessoa nas suas relações consigo mesma ou com algumas outras muito próximas a ela como cônjuge, filhos, pais, alguns amigos que a rodeiam na sua vida cotidiana como sucessivos e estreitos círculos concêntricos.

No âmbito jurídico, a doutrina entende que a intimidade é um direito personalíssimo, isto é, um poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, no sentido de obstar aos estranhos de intrometer-se nele e de impedir qualquer publicidade indesejada (cf. ALBADALEJO, 1996, p. 66-67). Na mesma linha de pensamento, Dotti (1980, p. 69) entende que a intimidade caracteriza-se como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais". Não se afasta deles o magistério de Fariñas Matoni (1983, p. 357) que escreve: "Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible *erga omnes*, consistente en poder graduar el 'eje mismidad alteridad' que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada".

Quanto ao alcance do direito à intimidade, uma Conferência de Juristas Nórdicos, realizada em 1967, aprovou a tese de que

diritto a riservatezza como a exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma, cf. "Riservatezza e segreto (Diritto a)", in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 115.

o direito à intimidade seria a proteção à vida privada do indivíduo, que deveria estar protegido contra toda ingerência na sua vida privada familiar, contra todo ataque a sua honra e reputação e contra toda divulgação desnecessária de fatos embaraçosos concernentes à sua vida privada. Evidentemente se incluem aqui os dados sobre a sua saúde constantes de prontuários médicos.

Em relação aos interesses protegidos seriam:

- primeiro, que as notícias ou segredos do indivíduo não venham a ser devassados;

- segundo, que essas notícias ou segredos não venham a ser divulgados.

Em resumo o direito à intimidade é a faculdade de todo indivíduo de manter desconhecido e inviolado o seu âmbito privado. É um direito individual ou humano, reconhecido e consagrado universalmente, existindo remédios para sua efetiva proteção.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, reconhecendo esse entendimento, estabeleceu no art. 5º, X, que: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação".

Note-se que o legislador constituinte distingue os conceitos de intimidade e vida privada, mas na doutrina o direito à intimidade em geral é considerado como sinônimo do direito à privacidade; este tem clara raiz na Common Law estadunidense. O direito à intimidade seria a terminologia mais utilizada no Direito dos povos latinos (SILVA, 2007, p. 101).

3.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica

Como vimos a Constituição Federal visa proteger as pessoas da violação do direito à intimidade e à vida privada, que não é simplesmente uma tendência mas uma face, muito particular, da sociedade técnica

na qual estamos imersos. De fato a multiplicação e o desenvolvimento dos bancos de dados em rede e o armazenamento dos dados pessoais – inclusive dos prontuários médicos em fichários eletrônicos – constituem uma formidável e constante ameaça à intimidade e à vida privada não porque sejam negativos em si, mas porque obedecem ao automatismo e à falta de finalidade do progresso técnico como já o demonstrou Ellul em vários trabalhos pioneiros².

Para Foucault (apud MORALES PRATS, p. 32), com a informática se estabelece um *controle virtual*, intangível, que se pode concretizar a qualquer momento em virtude de sofisticados e rápidos instrumentos.

Por isso, pelo direito, o homem de nosso tempo, no plano nacional³ e internacional⁴, procura não diremos solucionar o problema, mas minorar os seus nefastos efeitos, uma vez que seria ingenuidade ou mera ilusão confiar que, nas mãos de empresas particulares ou de organizações do governo, nossos dados estariam resguardados de olhos indiscretos ou criminosos.

A realidade demonstra que qualquer pessoa que entenda um pouco de informática pode, de qualquer país do mundo e anonimamente, invadir bancos de dados e cometer inúmeros crimes pelo computador

² Consultar entre outros, *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990 (1ª edição de 1954 de Armand Colin) ; *Le système technicien*. Paris: le cherche midi, 2004 (1ª edição de Calmann-Lévy, 1977); *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988); *L'illusion politique*. Paris: La Table Ronde, 2004 (1ª edição de Robert Laffont, 1965); *Exégèse des nouveaux lieux communs*. Paris: La Table Ronde, 2004 (1ª edição de Calmann-Lévy, 1966). *Propagandes*. Paris: Economica, 1990; *L'Empire du non sens. L'art et la société technicienne*. Paris: PUF, 1980.

³ Consultar a Lei Orgânica da Espanha 15/99, de 13 de dezembro de 1999, sobre "*Protección de datos de carácter personal*"; ver também a Lei argentina 25.326 de 30 de outubro de 2000.

⁴ Ver a Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas físicas no que se refere aos dados pessoais e à livre circulação de tais dados. Consultar também a Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia.

ou com seu auxílio. Outras vezes é a negligência ou conivência daqueles que teriam de proteger esses dados que possibilita a sua violação. O prof. José Martinez de Pison Caveró (1993, p. 147) conta que, num município perto de Madrid, uma empresa de publicidade desenvolvia um lucrativo comércio, com uma base de dados contendo até 50 informações diferentes de mais de vinte milhões de espanhóis.

Outro fato ilustrativo, também de dimensões dantescas, aconteceu faz pouco tempo na Grã-Bretanha. Em 20 de novembro de 2007, o chanceler britânico anunciou, diante do Parlamento, que dois CDs contendo dados pessoais de 25 milhões de famílias britânicas haviam “desaparecido”. Nesse grave incidente, estão envolvidos o HM Revenue & Customs e o serviço social de apoio às famílias, dois importantes órgãos do governo do Reino Unido (PORTER, 2007, p. 20). Agora, pasme o leitor, o mesmo HMRC (Her Majesty’s Revenue & Customs) já estivera envolvido em incidentes semelhantes; em setembro de 2007, perdera um computador portátil contendo os dados pessoais de 400 pessoas, e, em outubro de 2007, perdera um outro CD contendo os dados de aposentadoria de 15.000 pessoas. Quanto a esses fatos, gostaríamos apenas de fazer dois comentários: primeiro, os dados “perdidos” são justamente os mais apetecidos por ladrões que podem utilizá-los para forjar documentos falsos, retirar dinheiro de contas bancárias e realizar fraudes e chantagens de todo tipo, isto é, nome, endereço, informações bancárias, data de nascimento do cônjuge e dos filhos. Segundo, isso acontece na Grã-Bretanha, um país desenvolvido, de longa tradição democrática, considerado modelo em matéria de reforma do Estado e com baixo nível de percepção de corrupção. Que esperar então de outros onde o funcionalismo é venal? E as relações público-privadas pautam-se pelo patrimonialismo?

Mais recentemente, um analista sênior da *Central Intelligence Agency*, em uma

conferência a membros dos governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da Suécia e da Holanda, além de engenheiros e especialistas em segurança, em Nova Orleans, declarou que *hackers* já causaram blecautes em várias regiões fora dos Estados Unidos, e, depois de invadirem empresas de infraestrutura, fizeram chantagem⁵. Isso nada mais é do que a extensão a empresas e instituições dos constantes ataques via *spams* (comunicações comerciais não solicitadas), *spywares* (programas espíões), *phishing* (*e-mails* enviados por estelionatários, como se fossem provenientes de empresas ou organizações muito conhecidas) e *pharming* (que adiciona falsas informações nos servidores dos computadores do internauta permitindo o redirecionamento para *sites* clonados) que já importunaram a vida de 80% dos usuários da internet causando transtornos e perdas financeiras avaliadas em US\$ 1,2 bilhão ao ano.⁶ Quem já não recebeu um *spam*, um *spyware*, um *phishing* ou um *pharming*, ou vários deles?

4. O prontuário médico eletrônico

A sociedade técnica exige a informatização acelerada de todos os âmbitos da atividade humana, como vimos, em razão da busca da eficácia que não seria a mesma se se continuasse a utilizar velhos instrumentos e processos. Tomemos o exemplo da adoção do prontuário médico eletrônico que é somente uma das técnicas que a telemedicina dissemina pelo mundo afora.

4.1. O prontuário médico: conceito

Falar do prontuário médico é referir-se a um elemento essencial e obrigatório na prática médica. De acordo com De Plácido e Silva (1998, p. 650), prontuário médico

⁵ Cf. Folha de S. Paulo, Quarta feira 30 de janeiro de 2008, p. F7.

⁶ Cf. LUCCA, Newton de. Aspectos atuais da proteção aos dados pessoais no âmbito do espaço virtual. Disponível em: <http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection/default.asp?M=D>. Acesso em: 31 jan. 2008.

“designa, na linguagem técnico-administrativa, toda espécie de fichário ou livro de apontamento, onde devidamente classificada e em certa ordem, se tem disposta uma série de informações, que devam ser de pronto encontradas”.

Para Carneiro (2002, p. 834), “o prontuário do paciente é o documento único constituído de um conjunto de informações registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência prestada a ele, de caráter geral, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre os membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

Adotando um ponto de vista descritivo, a definição do Conselho Federal de Medicina⁷ nos parece suficientemente abrangente e detalhada, vejamos: “Documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e assistência a ele prestada, de caráter geral, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.”

Assim o prontuário médico, além de conter os dados de identificação do paciente com todas as caracterizações que lhe são peculiares, contém dados específicos relacionados ao diagnóstico do mesmo, descrevendo a terapêutica proposta, os resultados de exames realizados, os procedimentos tomados, enfim, todas as informações existentes da relação médico-paciente não incluindo apenas o atendimento específico,

⁷ Resolução CFM 1.638/02. Aprova as “Normas Técnicas para o Uso de Sistemas Informatizados para a Guarda e Manuseio do Prontuário Médico”, dispõe sobre tempo de guarda dos prontuários, estabelece critérios para certificação dos sistemas de informação e dá outras providências. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.331/89. (Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 154, 12 ago. 2002. Seção 1, p. 124-5). Retificação: (Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 164, 26 ago. 2002. Seção 1, p. 204).

mas toda a situação médica do paciente, inclusive toda a história pregressa relacionada ao tratamento realizado por profissional de saúde ao qual se sujeitou o paciente.

De forma que o prontuário médico pode ser comparado a um dossiê objetivando a análise da evolução psicossocial-clínica, para análise e estudo da evolução científica e também como defesa profissional, caso venha ser responsabilizado por algum resultado atípico ou indesejado (cf. CERQUEIRA LUIZ, 2003, p. 9).

Assim entendemos que as duas funções básicas do prontuário médico são:

- i) *A primeira a serviço do paciente*, como método e como base da colheita de informações, uma vez que, por meio dele, propicia-se a rápida comunicação entre os profissionais a respeito do diagnóstico e cuidados ministrados ao paciente, servindo como base para o acompanhamento e evolução de uma determinada patologia, dos progressos ou retrocessos terapêuticos e do controle das informações. Relacionando essa função com o direito à intimidade, entendemos que, em qualquer circunstância, a violação do sigilo profissional ou o vazamento das informações contidas no prontuário médico constituem violação do direito à intimidade dando ensejo a aplicação do art. 5º, X, da Constituição Federal e as suas conseqüências no plano jurídico, a saber, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação ao direito à intimidade do paciente. Nesses casos o médico, a equipe médica e o hospital ou casa de saúde devem responder solidariamente, uma vez que são eles os responsáveis por sua conservação e utilização.
- ii) *A segunda a serviço do médico e/ou da equipe médica e da coletividade*. Quanto a isso observamos que o prontuário é um elemento de valor probante fundamental nas contestações sobre

possíveis irregularidades. Além dos depoimentos pessoais, o registro dos dados no prontuário aparece como um dos deveres de conduta mais cobrados pelos que avaliam um procedimento médico, por isso: “é vedado ao médico deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente”.⁸

Trata-se então de documento obrigatório que, se requisitado, não poderá deixar de ser exibido em juízo, sob pena de o magistrado admitir como verdadeiros os fatos que o requerente, por meio do documento, queria provar.⁹

Quanto aos serviços à coletividade, a Lei¹⁰ dispõe que é direito do usuário dos serviços de saúde acessar, a qualquer momento, o seu prontuário médico.

Segundo Tanji (2004, p.16-20), os registros, além de representarem, para toda a equipe multidisciplinar, um documento de relevante valor técnico, científico e ético-legal, avaliam a qualidade do atendimento prestado, proporcionam um meio de comunicação entre os profissionais de saúde e propiciam visibilidade e identificação da responsabilidade profissional sobre suas ações.

Desse modo, observamos que o registro de todos os elementos clínicos no prontuário médico é exigência legal,¹¹ isto

⁸ Art. 69 da Resolução 1.246, de 26 de janeiro de 1988 – Código de Ética Médica. O presente Código entrou em vigor na data de sua publicação e revogou o Código de Ética Médica (DOU, 11-01-65), o Código Brasileiro de Deontologia Médica (Resolução CFM nº 1.154, de 13-04-84) e demais disposições em contrário. (D.O.U.; Poder Executivo, 26 jan. 1988, p. 1.574-7, Seção 1).

⁹ Art. 359 do Código de Processo Civil.

¹⁰ Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999, art. 2º, IV. Diário Oficial do Estado; Poder Executivo, São Paulo, SP, nº 51, 18 mar. 1999, seção 1, p. 1.

¹¹ “Todos os estabelecimentos de assistência à saúde deverão manter de forma organizada e sistematizada os registros de dados de identificação dos pacientes, de exames clínicos e complementares, de procedimentos realizados ou terapêutica adotada,

porque servirá de fonte para elucidação de questões que envolvam a conduta ética dos profissionais da saúde em relação aos cuidados ministrados, bem como para a preservação da relação médico-paciente dentro de um contexto de ações, meio e resultados.

4.2. O prontuário médico eletrônico: um produto da telemedicina

A adoção do prontuário médico eletrônico é uma tendência irreversível. Em primeiro lugar, porque o armazenamento em arquivos convencionais gera problemas de espaço nos hospitais e centros de saúde pela imensa quantidade de papel a ser conservada (cf. CARNEIRO et al. 2002, p. 833). Com a adoção do prontuário eletrônico, ocorrerá a eliminação de algumas práticas como furar papel, encapar os prontuários, gerir fluxos de prontuários entre diversos setores, etc. Os procedimentos serão mais rápidos, os arquivos não ocuparão espaço físico. Enfim, ganhará o paciente, a equipe médica e a administração.

Em segundo lugar, de acordo com Turban (2004, p. 41), os meios eletrônicos no âmbito hospitalar proporcionam: “redução do tempo de ciclo, melhoria no processo de tomada de decisão de médicos e paramédicos, distribuição de informação”.

Em terceiro lugar, o prontuário médico eletrônico, numa abordagem mais geral, deve ser visto como um dos tantos produtos da telemedicina, que pode ser definida como sendo a aplicação das técnicas da informática e das comunicações ao âmbito médico-hospitalar (cf. HERVEG, 2007, p. 1). Com efeito, além do prontuário médico eletrônico, a telemedicina oferece inúmeros produtos e serviços, por exemplo:

– as imagens médicas (ultrasonografia, abreugrafia, tomografias, escanografias,

da evolução e condições de alta para apresentá-los à autoridade sanitária sempre que esta o solicitar, justificadamente, por escrito”. Lei Estadual nº 10.083/98, art. 58, Código Sanitário do Estado de São Paulo.

etc) passam a ser numéricas e circulam mais rapidamente;

- as receitas de medicamentos podem ser dadas em forma eletrônica;

- novos dispositivos médicos como os sistemas de televigilância;

- os bancos de dados da área da saúde podem ser postos em rede no âmbito local, regional, nacional ou internacional;

- roupas inteligentes, que, munidas de detectores eletrônicos, podem captar diferentes parâmetros bioquímicos do paciente o que permite aplicar medicamentos à distância em determinadas circunstâncias;

- comunicação de médicos e paramédicos por meio de redes telemáticas permite a consulta e a cirurgia a distância;

- agendamento de consultas e a gestão dos leitos hospitalares poder ser feita eletronicamente;

- variadas ferramentas de ajuda ao diagnóstico e à terapia, transferindo os conhecimentos médicos ao computador e transformando os profissionais da medicina apenas numa interface em contato com o paciente;

- enfim, os setores de controle e de financiamento médico-hospitalar criam os seus próprios sistemas de informação com o intuito de dar maior eficácia às suas operações.

Como notamos acima, vivemos uma época em que a preocupação central da sociedade é a técnica, definida como a busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana;¹² assim, a adoção do prontuário eletrônico possibilita uma maior eficácia na gestão hospitalar, numa ten-

¹² "Nous voyons donc que cette double intervention dans le monde technique qui produit le phénomène technique peut se résumer comme 'la recherche du meilleur moyen dans tous les domaines'. C'est ce 'one best way' qui est à proprement parler le moyen technique et c'est l'accumulation de ces moyens qui donne une civilisation technique. Le phénomène technique est donc la préoccupation de l'immense majorité des hommes de notre temps, de recherché en toutes choses la méthode absolument la plus efficace". (ELLUL, 1990, p. 18-19).

dência irreversível, universal e sistêmica. Porém o que nos interessa aqui é estudar as conseqüências negativas de aplicação dessa técnica, a saber, a questão dos riscos ao direito à intimidade. É o que faremos a seguir.

4.3. O prontuário médico eletrônico e a violação do direito à intimidade

Tendo em vista o já dito em relação ao direito à intimidade e à multiplicação exponencial dos delitos digitais na sociedade técnica, pode-se dizer que a violação do direito à intimidade e a violação da privacidade de qualquer indivíduo é uma das conseqüências negativas do progresso técnico.

4.3.1. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade

O indivíduo está órfão diante do formidável sistema técnico que controla a sua existência abrangendo uma rede de empresas e instituições que inclui o próprio Estado¹³.

Assim sendo, o prontuário médico eletrônico é apenas um risco a mais. Um risco gigantesco se olharmos o que acontece na Grã-Bretanha em que os prontuários médicos serão centralizados num banco de dados do National Health Service - NHS, que conterá os dados de mais ou menos 50 milhões de pessoas. A esses dossiês terão acesso, "somente", médicos e hospitais, quer dizer algo assim como 300.000 pessoas (PORTER, 2007, p. 20). Considerando a prática recente, temos sérias dúvidas sobre a segurança dos dados dessas pessoas.

O futuro sistema de informação em dois níveis na Bélgica, em matéria de saúde (Be-Health), conectará no seu primeiro nível a

¹³ Sobre o assunto ler o artigo de Simon Jenkins, "A Grã-Bretanha sob o terror da vigilância". O Estado de São Paulo, Domingo 10 de fevereiro de 2008, p. A 16. Nele se informa que 800 organizações - incluindo a polícia, o Fisco e os governos central e local - ordenaram, e quase sempre conseguiram, 253 mil intromissões na vida privada de cidadãos.

infra-estrutura permanente de telecomunicações¹⁴. No segundo nível, o sistema conectará as bases de dados de todos os hospitais do país. Serão verdadeiras auto-estradas da informação por onde passará todo e qualquer dado relacionado com a aplicação da telemedicina. De sorte que, no futuro próximo em matéria de saúde, também no Brasil, em todos os níveis da federação, os governos propiciarão políticas públicas de desenvolvimento de infra-estruturas telemáticas, com os conseqüentes riscos para a privacidade e para o direito à intimidade dos pacientes.

Certo, o cidadão que precisa de serviços médicos não se preocupa quanto a quem tem acesso a seus dados, e assina rapidamente – quando pode – qualquer papel, ainda mais quando o discurso oficial é mais ou menos este: a tecnologia vai melhorar os serviços hospitalares tornando-os mais eficazes, e ainda maiores recursos serão investidos a fim de fornecer serviços de primeira linha. A verdade, porém, é que, do lado do paciente, nos encontramos com uma realidade quase matemática: quanto maior for a base de dados, maior será o número de pessoas que poderão acessá-la e menor será a segurança dos dados dos pacientes. Esses dados poderão cair nas mãos de jornalistas à procura do estado de saúde de um artista famoso, de detetives privados à procura de segredos ou simplesmente de vendedores de dossiês (nesse mercado, compradores não faltam).

Assim podemos perguntar-nos: como garantir os direitos da pessoa humana perante o sistema técnico no qual nos achamos inseridos?

Como vimos o progresso técnico implica a perda da liberdade do indivíduo. A civilização técnica aniquila nossa liberdade (cf. BOURG, 2004, p. 71). À medida que o sistema se aperfeiçoar e ganhar eficácia,

vai exigir que todos os dados das pessoas estejam em uma ou em poucas bases de dados, possibilitando assim um maior e melhor controle.

Uma resposta possível e razoável dos operadores do direito é a de tentar uma resistência libertária diante do sistema, desenvolvendo um controle democrático dos bancos de dados, sobretudo aqueles impostos pelo Estado. Para cumprir esse rol em direito comparado, surgem as denominadas Comissões de Controle. Por outro lado, é necessário utilizar o direito, não como mera técnica de controle a serviço do Estado e do capital, mas como último obstáculo para evitar que a técnica informática – sinal do avassalador progresso do sistema técnico – imponha-se ao preço da liberdade e da violação do direito à intimidade das pessoas.

No âmbito da iniciativa privada, muitas vezes operando gigantescos bancos de dados em rede, a atitude deve ser semelhante, o controle e a utilização das barreiras de segurança estabelecidas na lei.

Tudo isso porque como sentenciou o TJRJ:

“... III – O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos na sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia. Daí ser desnecessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. IV – Nenhum homem médio poderia espantar os

¹⁴ Sobre o Be-Health do governo federal belga consultar: https://portal.health.fgov.be/portal/page?_pageid=56,4280428&_dad=portal&_schema=PORTAL.

seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progressos da Ciência e que tantos desesperos têm causado à Humanidade. V- O art. 5º, X, da CF assegura ao ser humano o direito de obstar à intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja – ainda mais quando a notícia é baseada apenas em boatos –, pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre a sua saúde.”¹⁵

4.3.2. De lege ferenda: *questões de política pública e princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais*¹⁶

Tendo em vista o totalitarismo da sociedade técnica, a vulnerabilidade dos bancos de dados e a adoção crescente do prontuário médico eletrônico, reiteramos a urgência da adoção de um marco jurídico adequado entre nós que discipline essas relações jurídicas e que salvaguarde os referidos direitos individuais. Com efeito, muito embora as disposições constitucionais que consagram a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e das comunicações e que protegem o consumidor,¹⁷ o Brasil não so-

mente carece de uma lei federal de proteção de dados, mas também de uma política pública em matéria de dados pessoais e de controle dos bancos de dados.

Nesse plano poderíamos perguntar quais seriam as idéias fundamentais a serem retidas, quais os princípios a serem adotados?

Entre as várias leis existentes em Direito Comparado que abordam a matéria, entendemos que, no plano dos princípios, a Diretiva 95/46/CE¹⁸ da União Européia se constitui num excelente modelo que pode ser adaptado à nossa realidade, uma vez que estabelece um equilíbrio entre a imprescindível proteção da intimidade e da vida privada das pessoas, de um lado, e a livre circulação dos dados pessoais, de outro. Apresentaremos a seguir esses princípios que têm inspirado várias legislações nacionais.¹⁹

Primeiramente quanto ao espírito da diretiva, devemos dizer que aporta o salutar princípio de que a informática esteja a serviço do indivíduo e de que não atente nem contra a identidade humana, nem contra os direitos do homem, nem contra a vida privada, nem contra as liberdades individuais nem públicas.

Quanto ao seu âmbito de aplicação, a Diretiva aplica-se tanto aos dados tratados por meios automatizados, como aqueles destinados a figurar num fichário de papel tradicional. Não se aplica ao tratamento de dados efetuado por uma pessoa física na esfera de suas atividades domésticas ou exclusivamente pessoais. Tampouco se aplica ao tratamento de dados concernente à segurança do Estado, segurança pública e defesa nacional.

¹⁵ TJRJ, Ap. Cível 3.059/1991, j. 19/11/1991, RDA 185/197.

¹⁶ Entende-se por tratamento de dados de caráter pessoal toda operação ou conjunto de operações tendente a colher, gravar, organizar, conservar, adaptar, modificar, extrair, consultar, utilizar, comunicar, transmitir, difundir, colocar a disposição, ligar, interconectar, bloquear, apagar ou destruir esses dados.

¹⁷ Incluímos aqui o art. 5º, LXXII (*Habeas Data*); 5º, X (intimidade e privacidade); 5º, XII (inviolabilidade das comunicações) e 5º, XXXII (proteção ao consumidor).

¹⁸ Co-decisão COD/1990/0287. Entrada em vigor 13.12.1995. Transposição nos Estados Membros 24.10. 1998. Publicada no Jornal Oficial como L 281 de 23.11.1995.

¹⁹ Essa Diretiva serviu de modelo, entre outras, à *Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal* de Espanha nº 15/99 e à Lei argentina nº 25.326, de 30 de outubro de 2000, e Decreto nº 1.558 de 2001.

O objetivo da Diretiva é proteger os direitos e liberdades dos indivíduos, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, utilizando como instrumento a aceitação de princípios orientadores que determinam a legitimidade desses tratamentos. Esses princípios dizem respeito a:

i) Qualidade dos dados: os dados pessoais devem ser exatos e se necessário atualizados. Devem ser objeto de um tratamento lícito e honesto e ser colhidos para determinadas finalidades, legítimas e explícitas.

ii) Legitimidade do tratamento de dados: este somente poderá ser efetuado se a pessoa em questão tiver outorgado o seu consentimento de forma inequívoca ou se o tratamento for necessário para:

- a execução de um contrato no qual a pessoa em questão seja parte contratante;

- o cumprimento de uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

- a proteção de interesses vitais da pessoa em questão;

- a execução de uma missão de interesse público;

- o prosseguimento de interesses legítimos do responsável pelo tratamento.

iii) Proibição do tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, a fé religiosa ou certezas filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativo à vida sexual e à saúde, salvo o caso em que o tratamento seja necessário para proteger interesses vitais da pessoa em questão, diagnóstico médico ou medicina preventiva.

iv) Informação das pessoas responsáveis pelo tratamento de dados: o responsável pelo tratamento deve fornecer à pessoa da qual colha dados que lhe digam respeito um certo número de informações - identidade do responsável pelo tratamento, finalidade do tratamento, destinatários dos dados, etc.

v) Direito de acesso das pessoas em questão aos seus próprios dados - todas

as pessoas em causa devem ter o direito de obter do responsável pelo tratamento:

- a confirmação ou não de terem sido tratados dados que lhes digam respeito e a comunicação desses dados.

- o bloqueio, anulação ou retificação dos dados cujo tratamento descumpra o estabelecido nessa Diretiva, especialmente os dados inexatos ou incompletos, bem como a notificação dessas alterações aos terceiros eventuais a quem os dados tenham sido repassados.

vi) Derrogações e restrições: o alcance dos princípios anteriores pode ser restringido a fim de salvaguardar a segurança do Estado, a defesa, a segurança pública, a repressão de infrações penais, um interesse econômico ou financeiro importante de um Estado-Membro ou da própria União Européia.

vii) Direito de oposição ao tratamento de dados: a pessoa em questão deve ter o direito de se opor, por motivos legítimos, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento. Igualmente deve poder opor-se, gratuitamente a seu pedido, ao tratamento de dados previstos para pesquisas. Deve ainda ser informada antes de os dados serem comunicados a terceiros para efeitos de pesquisa e ter o direito de se opor a essa comunicação.

viii) Confidencialidade e segurança: qualquer pessoa que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante (bem como o próprio subcontratante), tenha acesso a dados pessoais não pode tratá-los sem instruções do responsável pelo tratamento. Por outro lado, este último deve tomar medidas adequadas para proteger os dados pessoais contra a destruição acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração, a difusão ou o acesso não autorizado.

ix) Instituição de uma autoridade de controle nacional: essa autoridade deve ser notificada pelo responsável do tratamento dos dados antes da realização destes. Após a recepção da notificação, a autoridade de

controle examinará a possibilidade de eventuais riscos relacionados com os direitos e liberdades das pessoas em questão.

x) Possibilidade de recorrer aos tribunais no caso de violação dos direitos garantidos pelas disposições nacionais em matéria de tratamento de dados e de obter indenização pelos danos sofridos.

Note-se que, apesar dos avanços que esses princípios trouxeram, as derrogações e restrições (item *vi*) são muito amplas. No espaço europeu, o indivíduo fica inteiramente entregue às forças policiais, militares e de defesa do Estado que, tendo larguíssimas atribuições inclusive a “repressão de infrações penais”, e interesses econômicos ou financeiros ditos *importantes*, podem ter acesso a qualquer banco de dados e/ou fichário em poder do Estado ou de particulares, tudo isso evidentemente em nome da segurança e da ordem que todo cidadão almeja. Voltamos aqui ao pensamento de Ellul.²⁰ Essa situação, como sabemos, está na ordem do dia em virtude do confronto das democracias ocidentais com o terrorismo.²¹

Sublinhe-se ainda o princípio *ix*, isto é, a organização de uma autoridade administrativa nacional independente do governo²² que seja responsável por zelar pelos direitos garantidos na Constituição

²⁰ “Les techniques policières, qui se développent à une cadence extrêmement rapide, ont pour fin nécessaire la transformation de la nation tout entière en camp de concentration. Ce n’est pas une décision perverse de tel parti, de tel gouvernement; mais pour être certain d’attraper des criminels, il faut que chacun soit surveillé, que l’on sache exactement ce que fait chaque citoyen, ses relations, ses habitudes, ses distractions... Et l’on est de plus en plus en mesure de le savoir.” (ELLUL, 1990, p. 93).

²¹ Sobre o confronto democracia versus terrorismo e suas conseqüências para o direito ver: Patrick Troude-Chastenot, Guantanamo: “Le Droit entre parenthèses” in Cahiers Jacques Ellul, Association Internationale Jacques Ellul, Bordeaux, 2004/2, p. 17-25.

²² Um modelo pode ser a Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés - CNIL, organização francesa instituída pela lei nº 78-17 de 06/01/1978. O leitor pode encontrar maiores informações no seguinte site: <http://www.cnil.fr>

em matéria de liberdade, de privacidade, intimidade e sigilo podendo aplicar sanções contra os responsáveis de um tratamento que viole esses direitos. Obviamente essa autoridade deve contar com os recursos financeiros necessários ao cumprimento da sua missão. No caso do Brasil, entendemos que deveriam ser designados no orçamento da União.

Uma política pública sobre o tratamento de dados pessoais deve incluir, também, as sanções penais correspondentes contra os que entrem a ação da autoridade administrativa nacional e os que violem a própria lei, sob pena de ficarmos somente nas boas intenções. Deve garantir também a confidencialidade e segurança do tratamento de dados médicos. Ela deve ser pensada em dois níveis: no da infra-estrutura telemática e no da aplicação da telemedicina. A infra-estrutura de telecomunicações é fundamental, porque dela depende a segurança e confidencialidade em ambos os níveis, assim sendo, ela deve oferecer estabilidade e segurança (Cf. HERVEG, 2007, p. 5).

Para concretizar esses princípios, faz-se necessária no Brasil uma Lei Federal de Proteção dos Dados Pessoais, que consagre o regime *opt-in*, isto é, o responsável pelo tratamento dos dados deve obter o consentimento prévio do consumidor, assegurando-lhe o acesso e mantendo-o informado sobre o destino e a utilização feita com as informações em seu poder. Em todo caso, principalmente na hipótese de utilização indevida, violação da intimidade e privacidade do cidadão (na qualidade de consumidor, paciente ou vítima), a lei deve estabelecer claramente a responsabilidade solidária, das instituições mantenedoras dos bancos de dados e das empresas que operam o sistema, para efeitos de indenização por dano moral. Isso sem falar na aplicação da lei penal aos autores da violação e àqueles que se locupletam com a devassa das informações.

É comum no contexto da infra-estrutura e de redes telemáticas que tarefas específicas sejam terceirizadas (a especialistas, forne-

cedores ou empresas); assim, na elaboração da legislação em matéria de confidencialidade, é necessário definir claramente que os terceirizados não agirão, a não ser sob instrução do responsável do tratamento.

Quanto à segurança, a legislação deve prever que o responsável do tratamento, em colaboração com a pessoa encarregada da infra-estrutura de telecomunicações, deve tomar as medidas técnicas e de organização apropriadas para proteger os dados pessoais contra sua destruição acidental ou ilícita, perda, alteração, difusão ou acesso não autorizado, notadamente quando o tratamento comporta transmissões de dados numa rede. Evidentemente essas medidas devem levar em consideração o desenvolvimento de novas técnicas e o seu custo.

Na hipótese de haver subcontratação da realização de um tratamento de dados, a lei deve deixar claro que os responsáveis por esse tratamento têm a obrigação de identificar as eventuais empresas e/ou profissionais que apresentem riscos, e assumir o seu controle, em primeiro lugar exigindo as garantias suficientes em relação às medidas de segurança técnica e de organização a serem implementadas. E, em segundo lugar, vigiando para que essas medidas sejam efetivamente tomadas.

Um aspecto particularmente delicado em matéria de confidencialidade e segurança de dados médicos é que a infra-estrutura e redes telemáticas supõem a intervenção de intermediários (profissionais liberais e empresas e seus prepostos) que não estão sujeitos às regras do segredo médico nem a deontologia médica²³. Fora as soluções ofe-

recidas pela própria técnica da informática e da comunicação nesse âmbito, a legislação deve prever a certificação de empresas que poderão ser subcontratadas e a elaboração de códigos de conduta setoriais. Numa certa medida, a confidencialidade e a segurança do tratamento de dados médicos são também assegurados por um controle reconhecido ao próprio paciente. Assim, um eventual marco legal deve reconhecer-lhe o acesso e a utilização de seus dados médicos.

5. Conclusões

A técnica contemporânea caracterizada pelo seu automatismo, autocrescimento, unicidade, universalismo, autonomia e ambivalência condiciona e provoca as mudanças sociais, políticas e econômicas da sociedade. Entretanto a sociedade técnica não é somente o produto do desenvolvimento de certas técnicas, mas, sobretudo, a aparição de uma nova disposição diante de processos e métodos que é a busca racional da eficácia máxima em toda ordem de coisas.

A técnica é ambivalente, isto é, *pari passu* aos seus inegáveis aspectos positivos – sublinhemos que a telemedicina nos aporta produtos como o prontuário médico eletrônico, extremamente satisfatórios e úteis. Acarreta, porém, efeitos nefastos que são inseparáveis daqueles, como, por exemplo, o devassamento da privacidade e

Art. 105. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 106. Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.

Art. 107. Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Art. 108. Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso."

²³ Código de Ética Médica, Resolução nº 1.246 do Conselho Federal de Medicina, de 8 de janeiro de 1988. É vedado ao médico:

"Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente. Parágrafo único: Permanece essa proibição: a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

(...).

a violação do direito à intimidade. A nossa época tem sido chamada a era da informática, mas com a mesma precisão poderíamos denominá-la também a era da vigilância.

Surge assim, para os formuladores e executores de políticas públicas bem como para os operadores do direito, o desafio de defender as liberdades e direitos fundamentais ameaçados pelo Leviathan tecnológico.

Nesse plano a elaboração de uma política pública e de uma Lei Federal de Proteção dos Dados Pessoais com a sua respectiva regulamentação são tarefas urgentes no Brasil.

Não tenhamos ilusões, porém, que, com medidas políticas ou legislativas, colocaremos a técnica a nosso serviço; podem-nos ajudar simplesmente a sobreviver dentro do sistema, como disse Ellul: “assim se completa o edifício desta civilização que não é um universo concentracionário, uma vez que não há atrocidade, não há demência, tudo é níquel e vidro, tudo é ordem – e as arestas das paixões dos homens são cuidadosamente aparadas. Não temos mais nada a perder e mais nada a ganhar, nossos mais profundos impulsos, nossas mais secretas pulsações do coração, nossas mais íntimas paixões são conhecidas, publicadas, analisadas, utilizadas.”²⁴

Referências

- ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo 1, v. 2. Barcelona: Bosch, 1996.
- BATLLÉ SALES, Georgina. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Alcoy: Editorial Marfil, 1972.
- BOURG, Dominique. Jacques Ellul ou la condamnation morale de la technique. *Cahiers Jacques Ellul*. Association Internationale Jacques Ellul. n. 2. Bordeaux- France, mar. 2004.
- BRASIL. *Novo Código Civil*. Série fontes de referência. n. 65. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.
- BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Campinas: Copola, 2002.
- CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do processo judicial: Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARNEIRO, Mauro Brandão et al. *Documentação médica: guarda e manuseio dos prontuários médicos*. Revista Sociedade de Cardiologia do Estado de São Paulo, v. 12, n. 6, nov. / dez., 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- CERQUEIRA LUIZ, Ana Maria. *Prontuário Médico e Prontuário Eletrônico: documento de ajuda ou condenação? prova verossímil de defesa? Trabalho de conclusão de curso*. Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.hgb.rj.saude.gov.br/ciencia/enfermagem/pront.doc>>. Acesso em: 20 nov. 2007.
- CORBISIER, Roland. *Prefácio à obra de J. Ellul: a técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- CORREIA, Miguel Pupo. *Sociedade de informação e direito: a assinatura digital*. Disponível em: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi/N@umero12_julho_de_1999/Sociedade>. Acesso em: 11 dez. 2007.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. *Riservatezza e segreto (Diritto a)*. In: SILVA, José Afonso da. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1969.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. *Documento eletrônico, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos*. Revista de Direito Privado, abr. / jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ELLUL, Jacques. *La technique ou l'enjeu du siècle: classiques des sciences sociales*. Collection dirigée par Hervé Coutau-Bégarie. Paris: Economica, 1990.
- _____. *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988.
- _____. *Le système technicien*. Paris: Le cherche midi, 2004.

FARIÑAS MATONI, Luis Maria. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Trivium, 1983.

HERVEG, Jean. *Confidentialité et sécurité pour les applications de télémédecine en droit européen*. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/herveg.pdf>>.

LEAL, Scheila do Rocio Cercal dos Santos. *Contratos Eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *A Inviolabilidade de Correspondência na Internet*. In: *Direito e internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

LUCCA, Newton de. *Aspectos atuais da proteção aos dados pessoais no âmbito do espaço virtual*. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection/default.asp?M=D>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

_____. *Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

MARCHETTO, Patricia Borba. *El derecho a la intimidad y las pruebas ilícitamente obtenidas*. Bauru: Canal 6, 2007.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona: Ediciones Destino, 1984.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português - inglês*. Rio de Janeiro: Barrister's, 1987.

ORTEGA Y GASSET, José. *Vitalidad, alma, espíritu*. In: *El Espectador*, tomo 5 e 6. Madrid: Espasa Calpe, 1966.

_____. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*. In: *Obras de José Ortega y Gasset*. v. 21. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978*. n. 9. Madrid: Revista de Estudios Políticos, 1979.

_____. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: El impacto sócio-jurídico de las N. T. de la información*. Madrid: Fundesco, 1987.

PISON CAVERO, José Martínez de. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito à intimidade em ambiente da internet*. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

PORTER, Henry. *Royaume Uni Tous Fiches*. Paris, Courrier International n. 891, nov. / déc. 2007, p. 20.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOLINI, Cesar Viterbo. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Revista do Direito do Consumidor, jul. / set. 2005, p. 72

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPOHR, Elizabet Medeiros; SAUVE, Jacques Philippe. *Avaliação do impacto de tecnologias da informação emergentes nas empresas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

TANJI, S. et al. *A importância do registro no prontuário do paciente*. Enfermagem Atual. Nov. / dez. 2004.

TEIXEIRA, Joseni. *Notas jurídicas sobre o prontuário do paciente*. São Paulo: GT, 2007.

TROUDE-CHASTENET, Patrick. *Lire Ellul: introduction à l'oeuvre socio-politique de Jacques Ellul*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 1992.

_____. *Critique de la politique et du politique dans l'oeuvre de Jacques Ellul*. In: *Jacques Ellul: penseur sans frontières*. Le Bouscat: L'Esprit du Temps, 2005.

TUCCL, José Rogério Cruz e. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet*. v. 97, n. 353. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001.

TURBAN, Efrain et al. Trad. Renato Schinke. *Tecnologia da informação para gestão: transformando os negócios na economia digital*. 3 ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: conflicto permanente*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. *The right to privacy*. In: *Havard Law Review*. v. 4, n. 5. Havard, 1890.

Garantias processuais dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro

João Baptista Herkenhoff
Antonio Côrtes da Paixão

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de direitos humanos. 3. Breve história dos direitos humanos. 4. Os direitos humanos no pensamento jurídico contemporâneo. 5. Os direitos humanos e a tradição constitucional brasileira. 5.1. Direitos humanos e preceitos constitucionais historicamente solidificados. 5.2. Os direitos humanos e a Constituição Imperial. 5.3. A primeira Constituição Republicana e os direitos humanos. 5.4. Os direitos humanos e a primeira fase da Revolução de 30. 5.5. A Constituição de 34 e os direitos humanos. 5.6. Os direitos humanos no Estado Novo. 5.7. 1946 e a volta do estado de direito. 5.8. Os direitos humanos na primeira fase da ditadura. 5.9. Os direitos humanos e a Constituição de 1967. 5.10. Os direitos humanos sob o Ato Institucional nº 5. 6. A vinculação histórica dos direitos humanos com o Poder Judiciário. 7. Dos meios de proteção aos direitos. 7.1. Garantias de regulação. 7.2. Garantias de controle e fiscalização. 7.3. Garantias de interpretação. 7.4. Garantias internas ao direito. 7.5. Garantias judiciais. 8. Conclusão.

1. Introdução

Este artigo é um trabalho produzido em conjunto, tendo como autor um professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo e como co-autor um mestrando, orientando do professor.

Co-autor, como ensina o dicionarista Antônio Houaiss, é “o que faz ou produz, com outro, determinado trabalho ou obra”. Não há assim uma gradação de valor entre autor e co-autor, ressalva que o autor faz questão de inserir nesta introdução.

João Baptista Herkenhoff é Juiz de Direito aposentado, Professor do mestrado da UFES, mestre pela PUC/RJ, Livre Docente da UFES, pós-doutor em Havard (EUA) e Rauen (França).

Antonio Côrtes da Paixão é Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo, mestrando pela UFES.

A produção de trabalhos, em parceria, por professores e mestrandos está dentro do espírito com o qual foi concebido o Mestrado em Direito da UFES.

Com este texto, pretende o autor, com a colaboração do co-autor, resgatar, atualizar e ampliar um ensaio publicado no número 7 da revista “Encontros com a Civilização Brasileira”, que veio à luz em janeiro de 1979, com o título “Os Direitos Humanos e sua Proteção Jurisdicional”.

Nesse ensaio defendeu o autor a tese da diferença entre “preceitos constitucionais meramente formais” e “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”.

No momento da vida brasileira em que o ensaio apareceu, a defesa dessas idéias era particularmente importante porque “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”, como o ensaio defendeu, eram as garantias constitucionais conquistadas ao longo da vida política do país, pela luta, pela resistência, pelo martírio. Por sua vez, os “preceitos constitucionais meramente formais” (gerados pelos atos institucionais) eram aqueles que, sem radicação na história brasileira, eram simplesmente determinados pelos que detinham o poder.

Os “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”, segundo a tese que o texto original defendeu, apontavam para o Brasil o caminho da Democracia.

A revista Encontros com a Civilização Brasileira, fundada e dirigida pelo saudoso Ênio Silveira, foi um símbolo da resistência democrática num período em que nosso país estava submetido à ditadura. Publicando este ensaio naquela revista, o autor, que era na oportunidade magistrado da ativa, no Espírito Santo, juntava sua voz à voz de todos aqueles que lutavam pela supressão do arbítrio, pela anistia e pela constitucionalização do país.

2. Conceito de direitos humanos

“Direitos humanos” ou “direitos do homem”, também denominados “direitos

fundamentais”, são aqueles direitos que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana e pela dignidade que a ela é inerente (HERKENHOFF, 2002, p. 19). Tais direitos não resultam de concessão da sociedade política, mas esta tem o dever de reconhecê-los, consagrá-los e garanti-los porquanto nenhuma sociedade se justifica se não zela pelo bem-estar dos indivíduos.

3. Breve história dos direitos humanos

A evolução do pensamento filosófico, jurídico e político da humanidade, portanto, da própria humanidade, resultou não só no reconhecimento e consolidação de diversos direitos humanos, como no próprio conceito deste.

Um “sobrevôo” pela história permite visualizar direitos atribuídos a seres humanos – direitos humanos em sentido amplo – desde a Antigüidade, no Código de Hamurabi (Babilônia), na filosofia de Mêncio (China), na República de Platão e no direito Romano, embora precários, haja vista a ausência de limitação de poder do Estado em relação ao indivíduo.

Embora Aristóteles haja definido “constituição”, o constitucionalismo, em razão da mencionada limitação, só teve início na Inglaterra, tendo como marco a Carta Magna de 1215, imposta ao rei João Sem Terra pelos bispos e barões. Nela foram consignados limites ao poder do Rei, entre eles, o “habeas corpus”.

Eventuais direitos antes reconhecidos em documentos ingleses a homens comuns – vassalos – não passavam de direitos de estamentos reconhecidos pelo rei – suserano – que se comprometia a respeitá-los em contratos feudais. Porém, deve ser reconhecida a importância de tais contratos pela influência que irradiou para outros grupos dominantes e outras categorias de súditos¹. Os direitos assim reconhecidos

¹ Cf. Magna Carta, art. 20 e 39 in *O direito de ser homem*, Seleção de textos organizada por Jeanne Hersch,

não tinham caráter universal, alcançando apenas alguns homens ingleses livres. O alcance universal das proclamações inglesas se deu com o pensador inglês Locke, com sua fundamentação jusnaturalista, refletindo nas revoluções americana e francesa.

Os “direitos do homem e do cidadão”, proclamados nessa fase histórica, quer na América, quer na Europa, tinham um conteúdo bastante individualista, consagrando a chamada democracia burguesa. Apenas na segunda etapa da revolução francesa, sob a ação de Robespierre e a força do pensamento de Rousseau, proclamam-se direitos sociais do homem: direitos relativos ao trabalho e a meios de existência, direito de proteção contra a indigência, direito à instrução (Constituição de 1793). Entretanto, a realização desses direitos cabia à sociedade e não ao Estado, salvaguardada, assim, a idéia então vigente de absentismo do Estado diante de tais problemas.

A dimensão social do constitucionalismo, a afirmação da necessidade de satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos direitos de liberdade, a outorga ao Estado da responsabilidade de prover essas aspirações – é fato histórico do século XX.

A Revolução Mexicana conduz à constituição de 1917, que proclama os direitos do trabalhador. A Revolução Russa leva à declaração dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados (1918). A Constituição alemã de Weimar (1919) tenta o acréscimo às franquias liberais do século anterior dos princípios da democracia social que então se impunham. Outrossim, os interesses econômicos das grandes potências aconselharam o encorajamento das reivindicações universais do trabalho, a fim de que países onde as forças sindicais eram débeis não pudessem fazer concorrência à indústria dos países onde essas forças eram mais ativas, com a vil remuneração da mão-de-obra operária.

p. 186 e seguintes.

Ultrapassados os ideais do liberalismo, que inspirou o Estado dos proprietários, a emergência do proletariado como força política marcou nova época na história dos “Direitos Humanos”. Já não bastava o Estado de Direito. Colimava-se o Estado Social de Direito.

Essas aspirações do pensamento político então dominante encontram expressão solene: na Proclamação das Quatro Liberdades, de Roosevelt – a de palavra e expressão, a de culto, a de não passar necessidade, a de não sentir medo (1941); na Declaração das Nações Unidas (Washington, 1942); na Conferência de Moscou (1943); na Conferência de Dumbarton Oaks (1944); na Conferência de São Francisco (1945) e, finalmente, no mais importante, conhecido e influente documento de “direitos humanos” da História: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

4. Os direitos humanos no pensamento jurídico contemporâneo

A dimensão “social” da democracia que marcou o primeiro grande salto na conceituação dos “direitos sociais” derivou da constatação da fragilidade dos “direitos liberais” quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e de outros percalços da vida.

Numa primeira fase, as reações contra os postulados da democracia liberal consistiu em afirmar os “direitos sociais” com menosprezo das liberdades clássicas. Pretendia-se libertar o homem da opressão econômica e tachava-se de engodo as garantias da democracia liberal, que importavam apenas às classes dominantes, em nada interessando às classes oprimidas. A declaração russa dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados, redigida por Lênin (HERS-

CH, 1972, p. 297), dá a medida da rebeldia às anteriores declarações de direitos.

Pouco a pouco, de parte a parte, houve uma absorção de valores: em democracias liberais, contemplaram-se os “direitos sociais”; em países socialistas, como fato dos nossos dias, assiste-se à revalorização das franquias liberais clássicas.

Parece que o porvir reserva ao mundo um encontro de vertentes, quando se puderem conciliar as aspirações de maior igualdade no plano econômico – de que as correntes socialistas foram e são portadoras – com as aspirações de liberdade, legado da democracia clássica, aspirações umas e outras que creio perfeitamente compatíveis, harmônicas e interdependentes.

Mas a visão dos Direitos Humanos, modernamente, não se enriqueceu apenas com a justaposição dos “direitos econômicos” aos “direitos de liberdade”. Ampliaram-se os horizontes.

Surgiram os chamados “direitos humanos da terceira geração”, os direitos da solidariedade: direito ao desenvolvimento, direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, direito à paz, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (VASAK, 1978).

Outrossim, assinala-se com veemência cada vez maior que a negação dos “direitos humanos”, no interior de cada país, não tem apenas causas internas mas, sobretudo, origem externa: a injustiça no campo das relações internacionais.

O “direito comum dos povos a seu desenvolvimento humano integral”, proclamado por Paulo VI perante a Organização Internacional do Trabalho², supõe a interpenetração de todos os direitos humanos fundamentais, sobre os quais se baseiam as aspirações de indivíduos e de nações, como afirmou o Sínodo dos Bispos instalado em Roma, em 1971³.

² Cf. Justiça no mundo, textos da Comissão Pontifícia Justiça e Paz, p. 39.

³ Idem.

O desenvolvimento exige a instauração, no mundo, de uma ordem social justa, eliminada a exploração sistemática do homem pelo homem, de nação por nação, bem como a opressão das massas pelos poucos que possuem riqueza e poder, segundo denunciou a Comissão Pontifícia Justiça e Paz⁴.

Assim, na atualidade, não há apenas direitos humanos reclamáveis ao Estado, mas também direitos humanos reclamáveis pela pessoa aos grupos sociais e às estruturas econômicas, bem como direitos reclamáveis por grupos humanos e nações, em nome da pessoa humana, dentro da comunidade universal. Só haverá o efetivo primado dos “direitos humanos” com a supremacia dos valores da justiça, no mundo. Justiça que será, por sua vez, a força geradora da Paz.

5. Os direitos humanos e a tradição constitucional brasileira

5.1. Direitos humanos e preceitos constitucionais historicamente solidificados

Nos países de constituição flexível (a Inglaterra é o exemplo mais expressivo), sabe-se que não existe, a rigor, a supremacia de uma lei sobre outra. Um ato do Parlamento ordinário revogaria na Inglaterra o *habeas corpus*, embora seja difícil conceber que a Inglaterra abrisse mão, por um ato legislativo, de oito séculos de cultura jurídica, oito séculos de civilização.

Nos países de Constituição rígida (o Brasil é, tradicionalmente, um desses), a Constituição é a lei maior, Carta Magna, superior às demais leis. Lei que contrarie a Constituição é inconstitucional, não é lei. A Constituição Imperial (1824), regulando o processo de emendas a seu texto, excluía das formalidades estabelecidas as emendas que não se referissem a matéria constitucional. E definia-se por constitucional “o que diz respeito aos limites e atribuições

⁴ Ibidem, p. 36.

respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos” (art. 178).

A primeira constituição republicana (1891), ao tratar das reformas a ela própria, determinava que não podiam ser objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º).

A Constituição de 1934 distinguiu emenda e revisão. Emenda era a alteração que não modificasse a estrutura política do Estado e a organização ou a competência dos poderes da soberania. Revisão era a alteração, nesses pontos (art. 178). Não seriam admitidos, como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa (art. 178, § 5º). Na Constituição de 1946, novamente se estabeleceu que não seriam objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República. A Constituição de 1967 (art. 50, § 1º) repetiu a norma.

Dentro de um formalismo técnico, em países de Constituição rígida, constitucional é todo dispositivo constante da Constituição vigente. Não há que cuidar de Constituições antigas. Se se der, contudo, à tarefa hermenêutica uma maior abertura, se se adotar uma postura sociológica, passa a interessar o exame de textos constitucionais revogados.

Da mesma forma que a Constituição distingue preceitos constitucionais irreformáveis, penso que o cientista do Direito possa distinguir preceitos constitucionais históricos ou solidificados. Por preceitos constitucionais meramente formais, denomino aqueles que integram a Constituição vigente. Por preceitos constitucionais históricos ou solidificados, designo aqueles que integram a verdadeira “Constituição” do país, ou seja, preceitos que realmente orientaram e comandaram a estrutura política do Estado através do tempo.

Quando os preceitos constitucionais formais afrontam preceitos constitucionais

historicamente solidificados e vigoram por outorga, resulta dessa anomalia um divórcio entre o Estado (outorgante dos preceitos formais) e a Nação (detentora dos preceitos históricos solidificados). No Brasil, os preceitos constitucionais historicamente solidificados dão plena acolhida aos Direitos humanos. Em outras palavras: numa visão científica e sociológica do Direito Constitucional, os Direitos Humanos, no Brasil, são “constitucionais”. Isso porque a tradição constitucional brasileira é a de respeito aos Direitos Humanos. Não obstante a luta, na história das idéias políticas no país, entre o pensamento autoritário e o pensamento liberal, prevaleceu a orientação liberal nos grandes textos de afirmação do pensamento político e jurídico nacional.

5.2. *Os direitos humanos e a Constituição Imperial*

Não obstante outorgada – após a dissolução da Constituinte, com desaponto para as correntes liberais do pensamento político brasileiro –, a Constituição imperial consagrou os principais Direitos Humanos, como então eram reconhecidos.

Instituiu a supremacia do homem-proprietário, *full-member* do corpo social. Mas nisso fez coro a Locke e à ideologia liberal que marcou sua profunda influência no processo da independência e formação política do Brasil (BARRETO, 1973, p. 22-23).

Na esteira da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decretada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179). Omitiu, contudo, o quarto direito natural e imprescritível, proclamado, ao lado desses três, pelo artigo 2º da Declaração francesa: o direito de resistência à opressão.

Estabelecendo uma religião de Estado, a Constituição imperial afastou-se da Carta de 1789. Também não deu guarida ao art. 15 da Declaração francesa, que estabelecia ter a sociedade o direito de exigir que todo

agente público prestasse conta de sua administração. Nenhuma determinação nesse sentido foi incluída na Constituição imperial. Apenas o art. 15, § 6º, mandava que, na morte do imperador, ou vacância do trono, procedesse a Assembléia Geral o exame da administração que acabou, para reformar os abusos nela introduzidos. A Constituição consagrava a irresponsabilidade do Imperador, mas poderia ter submetido os Ministros ao dever de prestar contas aos representantes do povo, já que eram responsáveis por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, § 6º).

Desviando-se dos documentos norte-americanos (HERSCH, 1972, p. 189-190, 196-197), coerente com a opção pela forma monárquica de governo, a Constituição de 1824 evitou a menção da idéia de estrita vinculação de todo governo ao consentimento dos governados.

Do constitucionalismo inglês, herdou a vedação da destituição de magistrados pelo rei (*Act of Settlement*, 1701), o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of Rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (*Magna Carta*, 1215).

As principais franquias asseguradas pela Constituição de 1824 foram as seguintes:

- liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independentemente de censura;
- liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado;
- inviolabilidade da casa;
- proibição de prisão sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, exigindo-se contudo, nesta última hipótese, nota de culpa assinada pelo juiz;
- exigência de ordem escrita da autoridade legítima para a execução da prisão, exceto flagrante delito;
- punição da autoridade que ordenasse prisão arbitrária, bem como de quem a tivesse requerido;

- exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém;
- independência do poder judicial;
- igualdade de todos perante a lei;
- acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos;
- proibição de foro privilegiado;
- abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as penas mais cruéis;
- proibição de passar a pena da pessoa do delinqüente e, em conseqüência, proibição da confiscação de bens e da transmissão da infâmia a parentes;
- garantia de cadeias limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes;
- direito de propriedade;
- liberdade de trabalho;
- inviolabilidade do segredo das cartas;
- direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição;
- instrução primária gratuita.

A Constituição de 25 de março de 1824 vigorou até 15 de novembro de 1889, ou seja, durante mais de 65 anos.

5.3. A primeira Constituição Republicana e os direitos humanos

Com a República, foi instituído o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, estendendo-se, implicitamente, o preceito aos cargos eletivos estaduais, por força da disposição que mandava respeitarem os Estados os princípios constitucionais da União (NEQUETE, 1973, p. 17-28). Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei. A Constituição excluía do alistamento os mendigos, os analfabetos, as praças de pré e os religiosos sujeitos a voto de obediência. Foi abolida a exigência de renda, proveniente de bens de raiz, comércio, indústria ou artes, como critério de exercício dos direitos políticos. Contudo, continuando nas mãos dos fazendeiros, como no Império, o

primado da força econômica e estabelecido o voto a descoberto, o sufrágio direto não mudou as regras de distribuição do poder. Os coronéis continuaram detendo a política local. Por meio desta influíram, decisivamente, na representação parlamentar e na escolha dos titulares das mais altas funções públicas. O poderio econômico do campo mantinha a dependência do comércio, das profissões liberais e da máquina administrativa aos interesses rurais, fazendo dessas forças aliados do fazendeiro, nas questões mais decisivas.

Não obstante essa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os Direitos Humanos, além de manter as franquias já conhecidas do Império:

- extinguiram-se os títulos nobiliárquicos;
- separou-se a Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa;
- consagrou-se a liberdade de associação e de reunião sem armas;
- assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa;
- aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte;
- criou-se o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder;
- instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento) mas, expressamente, só em favor dos juízes federais.

A reforma constitucional de 1926 restringiu o *habeas corpus* aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção⁵. Mas, por outro lado, estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, com as emendas de 1926, vigorou

⁵ Nisso representou “um retrocesso na curva ascendente da proteção dos direitos subjetivos sob a República”, como notou Fagundes, M. Seabra, *In: A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano*.

até 24 de outubro de 1930, ou seja, durante quase 40 anos.

5.4. Os direitos humanos e a primeira fase da Revolução de 30

Com a revolução de 30 e o advento do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, adveio o discricionarismo; dissolveram-se o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais; a magistratura perdeu suas garantias; foram suspensas as franquias constitucionais; o *habeas corpus* foi amesquinhado, uma vez que mantido apenas em favor de réus ou acusados em processos de crimes comuns, excluída a proteção multissecular nos casos de crimes funcionais e os da competência de tribunais especiais; obscureceram-se os Direitos Humanos. Essa situação permaneceu até o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, ou seja, durante mais de três anos.

5.5. A Constituição de 34 e os direitos humanos

A Constituição de 1934 restabeleceu as franquias liberais e ampliou-as:

- determinou que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuidando que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou idéias políticas;
- permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais;
- instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoridade coatora;
- manteve o *habeas corpus*, para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado

de segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade;

- vedou a pena de caráter perpétuo;
- proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas;

- impediu a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em qualquer caso, a de brasileiro;

- criou a assistência judiciária para os necessitados;

- determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas, para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos;

- isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor;

- atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos municípios.

A par das garantias individuais, a Constituição de 1934, inovando no Direito brasileiro, estatuiu normas de proteção social do trabalhador:

- proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho. Por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

- salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador;

- limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

- proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres;

- repouso semanal, de preferência aos domingos;

- férias anuais remuneradas;

- indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

- assistência médica sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurada a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego;

- instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

- regulamentação do exercício de todas as profissões;

- reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

- obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, analfabetos;

- criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao poder Executivo.

Também cuidou a Constituição de 34 dos direitos culturais, sufragando os seguintes princípios, entre outros:

- direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana;

- obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário;

- ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno;

- liberdade de ensino e garantia da cátedra.

Instituindo a Justiça Eleitoral (art. 82 e seguintes) e o voto secreto (art. 52, § 1º), abrindo os horizontes do constitucionalismo brasileiro para os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 115 e segs., art. 148 e segs.), a Constituição de 34 representaria a abertura de nova fase da vida do país, não fosse a sua breve vida e a sua substituição pela Carta reacionária de 37.

A Constituição de 34 – que respeitou os Direitos Humanos – vigorou até a introdução do Estado Novo, a 10 de novembro de 1937, ou seja, durante mais de três anos.

5.6. Os direitos humanos no Estado Novo

O Estado Novo institucionalizou o autoritarismo. O Parlamento e as Assembléias

foram fechados. A Carta de 37 previu a existência de um Poder Legislativo, mas as eleições para a escolha de seus membros não foram convocadas. Deteve o Presidente da República, até a queda do Estado Novo, o poder de expedir decretos-leis, previsto no art. 180 da Carta. A magistratura perdeu suas garantias (art. 177). Um tribunal de exceção – o Tribunal de Segurança Nacional – passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (art. 172). Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição autoritária, por juízes sem garantias, ainda assim podiam ser validadas pelo presidente (art. 96, § único, combinado com o art. 180). A Constituição declarou o país em estado de emergência (art. 186), com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (art. 168, letras *a, b, c e d*).

Em tal ambiente jurídico e político, mesmo as garantias individuais mantidas, como exceção das que não representavam qualquer risco para o regime autoritário vigente, perderam sua efetividade. Não estiveram de pé os Direitos Humanos. O Estado Novo durou quase oito anos.

5.7. 1946 e a volta do estado de direito

Em 1946, o país foi redemocratizado. A Constituição de 18 de setembro restaurou os direitos e garantias individuais, que foram, mais uma vez, ampliados em comparação com o texto constitucional de 34. Criou-se, com o art. 141, § 4º, o princípio da ubiqüidade da Justiça, nestes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Segundo Pontes de Miranda (1960, p. 412), foi a mais prestante criação do constituinte de 46. Foi estabelecida a soberania dos vereditos do júri e a individualização da pena. No que se refere aos direitos sociais, também foram ampliados com a introdução dos seguintes preceitos:

- salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família;
- participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa;
- proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos;
- fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;
- estabilidade do trabalhador, na empresa;
- higiene e segurança do trabalho;
- assistência aos desempregados;
- obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra os acidentes do trabalho;
- direito de greve;
- liberdade de associação profissional ou sindical;
- criação da Justiça do Trabalho como ramo do Poder Judiciário.

Foram mantidos os direitos de salário do trabalho noturno superior ao do diurno e de repouso nos feriados civis e religiosos, inovações da Carta de 37.

No que tange aos direitos culturais, ampliaram-se os de 34, com o acréscimo das seguintes estipulações:

- gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos;
- obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos;
- obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores;
- instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

A Constituição de 1946 vigorou, formalmente, até que sobreviesse a Constituição de 1967. Contudo, a partir da Revolução de 31 de março de 1964, sofreu múltiplas

emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos por força dos Atos Institucionais de 9 de abril de 1964 (posteriormente considerado como o de nº 1) e 27 de outubro de 1965 (AI-2).

A rigor, o ciclo constitucional começado em 18 de setembro de 1946 encerrou-se a 1º de abril de 1964, com quase 18 anos de duração.

Sob o império da Constituição de 1946, estiveram garantidos os Direitos Humanos.

5.8. Os direitos humanos na primeira fase da ditadura

O Ato Institucional da Revolução de 31 de março deu ao Presidente da República poderes para decretar o estado de sítio sem ouvir o Congresso Nacional (art. 6º), suspendeu as garantias constitucionais e legais da vitaliciedade e estabilidade e, por conseguinte, também as garantias da magistratura, pelo prazo de 6 meses (art. § 7º) e deu aos editores do Ato, bem como ao presidente da República que seria escolhido, poderes para, até 60 dias depois da posse, cassar mandatos eletivos populares e suspender direitos políticos. Tais atos foram colocados a descoberto de proteção judiciária (art. 7º, § 4º).

O Ato Institucional teria vigência até 31 de janeiro de 1966, mas antes de seu termo, em 27 de outubro de 1965, o presidente da República assinou o Ato Institucional que então foi denominado de nº 2, referendado pelos seus ministros, no qual se declarava que a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas emendas eram mantidas com as modificações constantes do Ato.

Todos os poderes excepcionais do primeiro Ato Institucional foram revividos: o de decretar o presidente o estado de sítio (art. 13); o de demitir, remover, dispensar, pôr em disponibilidade, aposentar, transferir para a reserva e reformar os titulares das garantias constitucionais e legais de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilida-

de e exercício em função por tempo certo (art. 14); o de cassar mandatos populares e suspender direitos políticos (art. 15).

Além dessas faculdades, conferiu ainda o AI-2 ao presidente as seguintes: colocar em recesso o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras de Vereadores (art. 31); decretar a intervenção federal nos Estados (art. 17). Todos os atos praticados estariam ao desabrigo do amparo judicial (art. 19).

Foi também estendido aos civis o foro militar, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 8º). Os poderes dos Atos foram amplamente utilizados, inclusive com a decretação do recesso do Congresso Nacional, em 20 de outubro de 1966, por força do Ato Complementar nº 23. O Ato Institucional nº 2 vigorou até 15 de março de 1967, quando entrou em vigor a Constituição decretada e promulgada em 24 de janeiro de 1967.

O regime instituído pelos Atos Institucionais de nºs 1 e 2 não se compatibiliza com as franquias presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelos seguintes fundamentos:

a) os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração;

b) o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8º da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo dos Atos Institucionais que revogou o princípio da ubiquidade da Justiça e excluiu da apreciação judiciária as punições da Revolução;

c) o tribunal independente e imparcial a que todo homem tem direito não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10;

d) a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21 que confere a todo

homem o direito de participar do governo de seu país.

5.9. *Os direitos humanos e a Constituição de 1967*

A Constituição de 1967 manteve, em linhas gerais, com algumas modificações restritivas, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição de 1946. Continuou-se afirmando que a publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Contudo, enquanto a Constituição de 1946 estabelecera que não seria tolerada a propaganda de processos violentos para subverter a ordem política e social (art. 14, § 5º), a Constituição de 1967 passou a proibir a propaganda de subversão da ordem, sem exigir a qualificação de “processos violentos” para a incidência da proibição (art. 150, § 8º).

Relativamente ao direito de reunião, a Constituição de 1946, ao determinar que a polícia poderia designar o local para sua realização, ressaltava que, assim procedendo, não a poderia frustrar ou impossibilitar. A Constituição de 1967 não reproduziu a ressalva.

Criou a Constituição de 1967 a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151). Essa competência punitiva do Supremo era desconhecida pelo Direito Constitucional brasileiro.

O foro militar, na mesma linha da emenda constitucional ditada pelo Ato Institucional nº 2, estendeu-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 122, § 1º). Pela Constituição de 46, o civil só estaria sujeito à jurisdição militar no caso de crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares (art. 108, § 1º).

Finalmente a Constituição de 67 determinou que se impunha a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito que não existia, explicitamente, nas Constituições anteriores.

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 67 inovou no seguinte: inclusão do salário-família aos dependentes do trabalhador, como garantia constitucional, proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 46, e supressão da proibição de diferença por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior; participação do trabalhador, eventualmente na gestão da empresa, redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho, supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; proibição de greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

Também a Constituição de 1967, formalmente, teve vigência até sua substituição pela Carta de 17 de outubro de 1969. Contudo, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5.

Não obstante a Constituição de 67 – contra a tradição constitucional do país – tenha restringido a liberdade de opinião e de expressão, deixado o direito de reunião a descoberto de garantias plenas e estendido o foro militar aos civis nas hipóteses de crimes contra a segurança interna, além de alguns recuos no campo dos direitos sociais, não se pode ver, nos seus dispositivos, afronta à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobretudo porque manteve as garantias da magistratura; e o Poder Judiciário, independente – se a Constituição tivesse tido vida mais longa –, poderia harmonizar os preceitos de redação restritiva com o catálogo de Direitos Humanos.

5.10. Os direitos humanos sob o Ato Institucional nº 5

O Ato Institucional nº 5 repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio: deu ao governo a prerrogativa de confiscar bens e suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Como nos Atos anteriores, excluiu-se a possibilidade de exame judiciário das medidas aplicadas.

O regime do AI-5 não se coadunava com a vigência dos Direitos Humanos: como os Atos 1 e 2, desprezou os artigos 8º, 10, 11 e 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já examinados. Afrontou, além desses artigos, também o de nº 18 – “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” – pois a investigação prevista no art. 8º do AI-5, para os casos de confisco de bens, sem dar garantias de defesa ao prejudicado, não exclui o caráter discricionário da medida. E o próprio AI-5 o reconheceu quando dispõe no parágrafo único do art. 8º que, provada a legitimidade dos bens, far-se-á a restituição. Apenas é de se observar que a simples restituição, numa tal hipótese, não satisfazia o Direito e a Justiça.

Entretanto, a mais grave incompatibilidade entre o AI-5 e os Direitos Humanos está na supressão do *habeas corpus* para crimes políticos e outros. Proibindo a apreciação judicial da prisão, o AI-5 negava remédio contra a prisão arbitrária, tornando letra morta o art. 9º da Declaração, redigido nestes termos: “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgada nova Carta ao país, embora formalmente com a designação de Emenda à Constituição de 1967. Na verdade, a Carta de 1969 não pode, cientificamente, ser considerada uma emenda constitucional pois sua origem (Carta outorgada) foi diversa da Constituição originária (Constituição

votada). Tendo a Carta de 1969 mantido a vigência do Ato Institucional nº 5 (art. 182), continuou inalterável o quadro dos Direitos Humanos, decorrente da edição do referido Ato.

6. A vinculação histórica dos direitos humanos com o Poder Judiciário

Para uma visão histórica dos Direitos Humanos no curso da evolução constitucional do país, será conveniente elegermos um indicador. Esse procedimento conduz à exatidão da análise e facilita um exame global e sintético da matéria. Acredito seja indicador expressivo o exame das garantias do Poder Judiciário. Na verdade, sendo o Judiciário o principal tutor das liberdades civis, a sorte dessas liberdades está diretamente ligada à posição do Judiciário dentro da estrutura constitucional. Por outro lado, a supressão das garantias da magistratura (1930, 1937, 1964, 1965 e 1968) sempre acompanhou, como acabamos de ver, a supressão de outras liberdades públicas.

No Império, os juízes eram perpétuos (art. 153 da Constituição de 1824). Só por sentença perdiam o lugar (art. 155). Mas não eram inamovíveis (art. 153). O Imperador podia suspendê-los por queixas contra eles feitas, procedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado (art. 154).

A Constituição de 1891 instituiu expressamente as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) apenas em favor dos juízes federais. A vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos foram assegurados pelo art. 57 e § 1º. A inamovibilidade, que havia sido tratada no art. 2º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, foi garantida, em preceito genérico, pelo art. 74 da Constituição.

Quanto a garantias da magistratura estadual, a Constituição silenciou, pois, a organização das justiças estaduais ficou delegada às próprias unidades da Federação;

e nem todas perfilharam por uma linha de segurança às magistraturas locais.

O Supremo, em 25 de maio de 1918, afirmou que, na Federação Brasileira, todos os juízes eram vitalícios. Argumentava-se que as garantias estavam implícitas em razão do art. 63 que determinava fossem os Estados regidos pela Constituição e leis que adotassem, respeitados os princípios constitucionais da União.

No Estado de Minas Gerais, a Lei Constitucional nº 5, de 13 de agosto de 1903, criou um Tribunal de Remoções constituído pelos presidentes do Senado e da Câmara e pelo procurador-geral do Estado, para decidir sobre a remoção compulsória dos juízes. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de dezembro de 1923, julgou não ser manifestamente inconstitucional esse órgão, vez que a Constituição só garantia aos juízes a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, não a inamovibilidade. Só em 3 de agosto de 1925, o Supremo veio a fulminar, como inconstitucional, aquele Tribunal (NEQUETE, 1973, p. 17-28).

A reforma constitucional de 1926 estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal (art. 6º, inc. II, letra i). Com o advento da Revolução de 30, o art. 3º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório, estabeleceu: “O Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal, continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta lei decorrerem desde já”.

Com o Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reorganizado provisoriamente, o Supremo Tribunal Federal, reduziu para 11 o número de seus ministros. O Decreto nº 19.711, de 18 do mesmo mês e ano, declarou aposentados seis ministros, alegando imperiosas razões de ordem pública.

A Constituição de 34 acolheu, amplamente, as garantias da magistratura, quer

federal, quer local (art. 7º, I, e, e art. 64). Com o Estado Novo, a Constituição de 10 de novembro estatuiu no art. 177: “Dentro do prazo de sessenta dias a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”. A faculdade consubstanciada nesse artigo foi restabelecida, por tempo indeterminado, pela Lei Constitucional nº 2, de 16 de maio de 1938.

A Constituição de 46 restabeleceu as garantias do Poder Judiciário (art. 95). O Ato Institucional de 9 de abril de 1964 (AI-1) cassou as garantias pelo prazo de seis meses (art. 7º). O AI-2 renovou a medida, por prazo indeterminado (art. 14). A Constituição de 67 restaurou a inviolabilidade do Judiciário (art. 108). O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, no seu art. 6º, novamente colocou os magistrados a descoberto de punições discricionárias.

Em resumo, os juízes, durante todo o Império, gozaram da vitaliciedade. Proclamada a República, foram expressamente deferidas aos magistrados federais as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Quanto à Justiça Estadual, nem todas as unidades federativas asseguraram inamovibilidade aos juízes. Só em 1925 o Supremo proclamou que a tríplice garantia beneficiava também os magistrados estaduais. A mesma linha foi seguida pelas Constituições de 1934, 1946 e 1967. Em 1930, 1937, 1964, 1965 e 1968, quando da edição de atos autoritários, houve suspensão de garantias da magistratura.

No curso de toda a História do Brasil, a contar da constitucionalização do país, após a Independência, os juízes gozaram de vitaliciedade, ou das três garantias, durante 132 anos (arredondando). Durante 22 anos (em números redondos), os juízes foram privados de todas as suas garantias. Durante 66 anos (com desprezo de meses e dias),

além de gozar da vitaliciedade, gozaram também das duas outras garantias (com reservas, no período em que em alguns Estados houve dúvidas sobre as franquias dos juízes estaduais em períodos curtos dentro de fases discricionárias).

A revisão histórica a que acabamos de proceder permite-nos concluir, à vista de nossa evolução constitucional, que a opção do Brasil, desde o Império, foi pelo Estado de Direito. E a partir de 1934, pelo Estado Social de Direito. Estivemos por muito mais tempo sob a égide do Estado Constitucional de Direito do que sob governos discricionários.

A simples subsistência das franquias individuais não preenche os anseios e necessidades do povo. As franquias, por si só, conduzem a uma democracia relativa, elitista, permitindo a permanência da marginalização econômica, social e cultural, enquanto a integração jurídica e política é caminho para a integração total.

A vigência dos Direitos Humanos no país, realizando um ideal supranacional de ética humanitária, realiza também a vocação nacional do Brasil. Nação supõe individualidades respeitadas, valorização da pessoa, comunhão livre de vontades em torno de objetivos permanentes. Nação só é possível dentro da liberdade, no Estado de Direito.

7. Dos meios de proteção aos direitos

Alguns direitos, dada a sua fundamentalidade, merecem maior atenção do Estado. A fundamentalidade pode ser observada sob dois ângulos: no sentido formal e no sentido material. O primeiro vincula-se ao sistema constitucional positivo. O segundo sentido relaciona-se com a repercussão dos direitos fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

A proteção especial e a dignidade dos direitos fundamentais são conferidas pelo Estado, por meio da Constituição, tanto quando dá aplicação imediata às normas a eles relativas, quanto quando os protege

contra o legislador ordinário e contra o poder constituinte reformador, inserindo-os entre as cláusulas pétreas.

A Constituição traz o catálogo de direitos fundamentais cuja satisfação é dada preponderantemente pelo legislador e pelo juiz. Muitos dos direitos fundamentais constantes do catálogo, bem como os inseridos fora dele, foram de alguma maneira implementados ou satisfeitos; outros, ainda não.

Os Direitos Humanos ou Fundamentais ganharam relevo entre nós com a Constituição de 1988, a começar pela topologia. O rol foi inserido no início, no artigo 5º, com a elevação da dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º.

Os diversos ramos do Direito – civil, penal, administrativo, constitucional, processual etc. – encontram-se entrelaçados por um vínculo de coerência entre eles. Destacam-se o constitucional e o processual; o primeiro, por ser a principal fonte do Direito, tanto formal – norteando a criação das leis – quanto material, positivando direitos; o segundo porque é pelo processo que se aplica e realiza o direito material, sendo aquele instrumento deste.

Nota-se que a vinculação do direito processual com o constitucional tem dupla importância, a da Constituição como principal fonte do Direito, inclusive o processual; e a da necessidade do processo para aplicação e realização dos direitos e garantias assegurados diretamente na Constituição.

Fala-se em direito processual constitucional (MITIDIERO; ZANETI, 2004, p. 31) para designar o conjunto de regras constitucionais que dispõem sobre processo. É sob a luz dessas normas que se deve enxergar o processo, a fim de que a vontade da Constituição seja concretizada, com os Direitos Humanos respeitados e as garantias constitucionais observadas.

Mitidiero e Zaneti (2004, p. 33) classificam as normas constitucionais relativas a processo em três grupos: a) princípios e garantias constitucionais do processo; b)

jurisdição constitucional das liberdades; c) organização judiciária. No primeiro estão compreendidos: o acesso à justiça (5º, XXXV, LXXIV); o devido processo legal (5º, LIV); o contraditório e ampla defesa (5º, LV); o juiz natural (5º, XXXVII e LIII); e motivação das decisões judiciais (93, IX). No segundo grupo, alinham-se as ações constitucionais – *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas data*, Mandado de Injunção, Ação Popular e Ação Civil Pública; e o controle judicial dos atos normativos – difuso e concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação por Descumprimento Preceito Fundamental. No terceiro grupo, estão as normas relativas à organização judiciária.

A norma, em existindo, deverá ser válida e eficaz. Sendo válida e eficaz, deve ter efetividade, para não ser inócua. Os direitos fundamentais são protegidos por garantias legislativas, não judiciais e judiciais. Entre as garantias judiciais, o constituinte inseriu os chamados remédios constitucionais. Procuraremos, doravante, discorrer sobre a satisfação, efetividade e remédios protetores dos direitos fundamentais.

Não basta o constituinte reconhecer determinado direito fundamental, inserindo-o no texto constitucional; é preciso que o legislador ordinário o implemente criando a lei, quando necessário. De igual modo, o Estado-Administração deve estar preparado para garantir o exercício do direito pelo titular do mesmo. Por fim, o Estado-juiz há de realizar o direito para o jurisdicionado, quando requerido em face de ameaça ou violação.

Quando o legislador cria a lei, removendo eventual obstáculo ao exercício do direito, e o Estado-Administração oferta os meios idôneos para tanto, pode-se dizer que o direito encontra-se satisfeito, ou que há satisfação do direito.

A vigente Constituição da República assegura que “o Estado promoverá, na for-

ma da lei, a defesa do consumidor” (CR, 5º, XXXII). O próprio texto – “na forma da lei” – indica a necessidade de lei para efetividade e satisfação do direito. Podemos considerar como satisfeito esse direito com a vigência das Leis 8.078/90 (CDC); 8.884/94 e 8.979/95 (infrações relacionadas à ordem econômica); e Decreto 2.181/97 (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor). Isso não significa que nada mais haja a ser feito; os meios de proteção precisam ser aperfeiçoados e ampliados cada vez mais.

O mesmo não se pode afirmar com relação à norma que se extrai do texto inserto no artigo 5º, XXIII, da mesma Constituição – “a propriedade atenderá a sua função social”. Nem mesmo o alcance da expressão função social encontra-se definido. Doutrina e jurisprudência enfrentam dificuldades para fazê-lo. Muitas são as indústrias que poluem o ambiente; pode-se dizer que elas cumprem sua função social porque geram empregos? Igual pergunta cabe para as propriedades rurais que não conservam adequadamente o solo, poluem e degradam as nascentes e cursos d’água.

Entre os direitos fundamentais satisfeitos e os não-satisfeitos, encontram-se os que estão parcialmente satisfeitos. São aqueles que estão parcialmente regulamentados, havendo omissão do legislador. Podemos citar, entre os direitos que se encontram nessa situação, o de acesso à justiça.

A expressão “acesso à justiça” abrange muito mais do que o mero acesso ao Poder Judiciário, do que a possibilidade de ser admitido a um processo. Essa acepção restrita do princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (CR, 5º, XXXV) deve ser afastada, para dar-lhe uma interpretação ampla.

O Estado, ao chamar para si a responsabilidade de distribuir justiça, com exclusividade, assumiu a obrigação não só de declarar o direito e aplicar a lei objetiva, mas também de prover a Justiça, viabilizando o acesso à ordem jurídica justa, entendida esta como uma Justiça

igual, dialética, cooperativa e realizada em contraditório, permitindo às partes usarem todos os meios e instrumentos necessários para sustentarem suas razões e produzirem suas provas, influenciando sobre a formação do convencimento do juiz.

Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *in Acesso à Justiça*, (tradução de Ellen Gracie Northfleet, editora Sergio Antonio Fabris), a efetividade perfeita no contexto de um dado direito substantivo poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas, sem relação com diferenças estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.

O acesso à justiça no Brasil foi bastante facilitado com a instituição dos juizados especiais, gratuitos e céleres, atendendo às necessidades dos pobres; com a instituição das Defensorias Públicas; e com a gratuidade da justiça sempre que necessário. Porém, o legislador ainda não encontrou um mecanismo idôneo para fazer com que a jurisdição seja prestada em tempo razoável em qualquer processo. Outrossim, não garante ainda o acesso integral, uma vez que não há gratuidade para todas as despesas, como as realizadas com perícia.

Como nota Heleno Cláudio Fragoso (1977, p. 123), acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos e liberdades fundamentais. O que constitui hoje preocupação universal é a criação de um sistema jurídico que assegure, efetivamente, a observância dos direitos e liberdades proclamados.

Refere-se o autor, nessa passagem, forçosamente, a um certo grupo de direitos humanos, pois que há aqueles outros direitos que o sistema jurídico por si só não está habilitado para prover. Karel Vasak (1978), na mesma linha de pensamento, pondera que parece estar completo o trabalho legislativo internacional em matéria de direitos humanos, pois de nada adianta multiplicar

textos que encerrem promessas mais ou menos vagas, cuja aplicação no âmbito jurídico interno deixa às vezes muito a desejar.

A proclamação de direitos, por si mesma, tem um valor pedagógico. Um documento solene, assinado pela quase totalidade dos Estados, na época de sua elaboração, e subscrito, implicitamente, por todos que participam da ONU – como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem –, carrega uma presunção de verdade, pelo amplo consenso a respeito de seus termos. Exerce, assim, a Declaração influência efetiva na opinião pública de todos os países.

Contudo, a Declaração sofre o perigo de um desgaste contínuo quando se percebe o abismo existente entre os seus postulados e a realidade do mundo. O contínuo desrespeito aos Direitos Humanos, praticado sem remédio por governos, gera a descrença na efetividade desses Direitos. Reclama-se, assim, como reivindicação incontornável da consciência jurídica internacional, a efetivação dos Direitos Humanos, a criação de mecanismos que os promovam e os salvaguardem, o império desses Direitos na civilização atual.

A eficácia dos direitos fundamentais perante o Estado chama-se eficácia vertical, enquanto a eficácia dos mesmos direitos sobre os particulares denomina-se eficácia horizontal. Os direitos fundamentais se dirigem preponderantemente contra o Estado, especialmente contra o legislador e o juiz. Não se pode negar que a decisão do juiz incide sobre a esfera jurídica do particular. Assim, este pode controlar tanto a lei quanto a decisão do juiz com base nos direitos fundamentais. Sendo assim, deve o juiz, ao proferir uma decisão, levar em consideração a incidência dos direitos fundamentais sobre o particular, o que leva a concluir que os direitos fundamentais têm valor perante os sujeitos privados independentemente de lei.

Os direitos fundamentais também atuam como mandamento de tutela, obri-

gando o legislador a proteger um cidadão do outro. Inexistindo ou sendo insuficiente essa tutela, o juiz deve aplicar o direito fundamental sobre as relações jurídicas entre particulares.

No direito brasileiro, além dessa eficácia mediata dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas, há também a eficácia imediata e direta, como na incidência dos direitos fundamentais na regulação das relações entre empregador e empregado. Ou seja, os direitos fundamentais incidem diretamente sobre os particulares, mas também incidem indiretamente, por uma decisão judicial, caso em que a eficácia é mediata. Essa eficácia mediata entre as partes não é lateral. Há, na hipótese, eficácia horizontal – sobre os particulares – e mediata ou indireta porque mediada pelo juiz, ou seja, eficácia vertical em relação ao juiz e eficácia horizontal mediata diante dos particulares.

De modo diverso, quando o direito fundamental incide sobre os órgãos estatais, vinculando-os no seu modo de proceder e atuar, ainda que perante o particular, mas sem se projetar sobre relações entre sujeitos privados, a eficácia é apenas em face do órgão estatal. É o que ocorre com o juiz em relação ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

A decisão, que tem por objeto um direito fundamental de um particular, faz essa decisão incidir sobre o particular. Essa é a eficácia horizontal mediata. No entanto, no mesmo processo, há o direito à efetiva tutela jurisdicional, independente do objeto da demanda; essa eficácia diz-se que é vertical com repercussão lateral.

Resta demonstrado, então, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é dirigido contra o Estado e tem repercussão sobre a esfera jurídica das partes. Consiste tão-somente em o juiz observar o direito fundamental na sua atividade de prestar a tutela jurisdicional, fazendo-o adequadamente. O mesmo não ocorre quando o juiz tem de escolher entre duas alternativas para a prestação da tutela jurisdicional, como,

por exemplo, uma entre duas formas de execução. Nessa hipótese, diante do caso concreto, o juiz deve escolher a melhor, que é a única correta.

A efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental relaciona o particular com o Estado – eficácia vertical – sendo que a eficácia que diz respeito aos particulares é lateral e não horizontal.

Sendo a efetividade da tutela jurisdicional um direito fundamental em face do Estado, ainda que com repercussão sobre os particulares, o juiz, ao prestá-lo escolhendo uma alternativa ou suprimindo uma omissão do legislador, deve aplicar as sub-regras da adequação e da necessidade, em respeito a eventual direito fundamental do réu.

O avanço na concessão do direito à efetividade da tutela jurisdicional é inversamente proporcional à restrição no direito de defesa. Assim é que o procedimento de cognição parcial implica a restrição à alegação; a tutela antecipatória impõe restrição à produção de prova. Porém, são válidos porque são provimentos que buscam dar efetividade à tutela jurisdicional. Outros provimentos existem com o mesmo escopo, como os executivos e mandamentais, que podem ser adotados em diversos meios de execução; a possibilidade de o juiz conceder provimento e meio de execução diversos do pedido; a possibilidade e o juiz, de ofício, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença.

Diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além dos provimentos previstos em lei acima mencionados, outros podem ser adotados pelo juiz para suprir omissão do legislador.

O conceito de efetividade da norma identifica-se com o da eficácia social, que é sua real obediência e aplicação no plano dos fatos. Difere de eficácia jurídica, que traduz a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica (SARLET, 2006, p. 246).

Uma norma pode possuir eficácia jurídica – como, por exemplo, revogar normas anteriores – mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não seja cumprida no plano social (SILVA apud SARLET, 2006). A eficácia social ou efetividade diz respeito à efetiva aplicação da norma aos casos concretos (FERRAZ; TEMER apud SALET, 2006).

A norma que se extrai no texto do inciso XXXV do artigo 5º da CR é a que garante a todos não só o direito de ir a juízo, mas também o de obter uma prestação jurisdicional efetiva. O direito de ação conferido pelo Estado, em razão do monopólio da jurisdição decorrente da proibição de autotutela, não se restringe à solução do mérito. É preciso que o Estado-juiz reconheça o direito material envolvido no litígio e o realize. Assim, o direito à sentença coincide com o direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, ou seja, direito à efetividade em sentido estrito.

A efetividade em sentido lato exige que a tutela seja tempestiva, o que significa que, em alguns casos, deve ser preventiva. A expressão “ameaça de direito”, inserta no fim do texto do inciso XXXV do artigo 5º da CR, afasta qualquer dúvida sobre o direito à tutela preventiva.

A norma que outorga direito inviolável contém implícita a que confere direito à inibição do ilícito. Do contrário, ou seja, se o processo não dispusesse de instrumento capaz de inibir a tutela, considerando que alguns direitos invioláveis são fundamentais, o Estado estaria negando o direito fundamental que reconhece. A pessoa teria seu direito reconhecido mas estaria impedido de dele desfrutar.

As medidas inibidoras da violação do direito são, portanto, meios de dar-lhe efetividade. Outra forma de garantir efetividade ao direito no processo é antecipando a tutela que seria conferida no fim do procedimento quando a medida for necessária, ou seja, quando houver fundado receio de

dano irreparável ou de difícil reparação; ou quando houver abuso de direito de defesa, ou ainda, quando for incontroversa determinada parcela da demanda.

O tempo que o processo leva tramitando constitui ônus para o autor, se ele for realmente o titular do direito. Por isso, havendo verossimilhança de sua alegação, é justo que o tempo seja encurtado, antecipando-se a tutela. Isso é efetividade.

Outrossim, não é razoável fazer com que o autor suporte a demora do processo na hipótese de abuso do direito de defesa ou quando possível definir, no curso do processo, a parcela da demanda. A defesa do réu é um direito cujo exercício não deve extrapolar os limites da razoabilidade, para não torná-la injusto.

Resta evidenciado que a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando necessário, preventiva, é um direito fundamental. O direito à prestação jurisdicional efetiva decorre da própria existência e constitui a contrapartida da proibição da autotutela. A técnica processual a ser utilizada depende da necessidade do direito material. A efetividade exige adequação, devendo esta proporcionar efetividade.

O direito à efetividade da tutela jurisdicional tem natureza positiva, haja vista consistir no direito de exigir uma prestação do Estado. A tutela efetiva exige: técnica processual adequada (norma processual); procedimento capaz de viabilizar a participação; e a própria resposta jurisdicional. A técnica adequada à efetividade da tutela jurisdicional é corolário do direito à proteção dos direitos fundamentais, que consiste no cumprimento da obrigação de proteção que tem o Estado.

Segundo Alexy (apud MARINONI, 2004, p. 186), “mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven em primer lugar, para la proteccion

de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros”.

Marinoni cita também a lição de Sarlet:

“Impõe-se a referência ao fato de que sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, considerando-se excluídos os direitos em sentido estrito (direitos a prestações fáticas), se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento” (SARLET apud MARIONI, 2004).

O dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais tem mais de uma dimensão: o dever de editar normas de direito material de proteção; o dever de editar normas de direito instituindo técnicas processuais idôneas para efetivar a proteção; a realização da proteção pelo Estado-juiz com a decisão sobre direitos fundamentais.

O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional requer técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos, e não só dos fundamentais. Inclui também os direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas ou prestações sociais.

A prestação da tutela jurisdicional efetiva é a realização de um direito fundamental. A tutela jurisdicional efetiva é necessária à proteção a todos os outros direitos. O legislador – ao instituir a norma processual adequada – e o juiz – ao zelar por ela – protegem os direitos, inclusive o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A ausência de técnica processual adequada para determinado conflito constitui hipótese de omissão que viola o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. A omissão do legislador não autoriza a do juiz, que ante aquela, tem o dever de interpretar a legislação existente à

luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual sua máxima potencialidade para proteger os direitos, sem que viole o direito de defesa. O direito à tutela jurisdicional é, ao mesmo tempo, o direito de iguais oportunidades de acesso à justiça e direito à efetiva proteção do direito material.

A efetividade dos direitos fundamentais depende das garantias que os protegem. Estas podem ser judiciais e não-judiciais. As garantias dos direitos fundamentais estabelecem-se tanto no plano nacional quanto no internacional. Isso porque, nas palavras de Peces-Barba (1999), as garantias dos direitos podem descrever-se como um conjunto coerente de mecanismos de defesa, que não se esgotam no âmbito de cada país, mas que têm continuação em outros, por meio de diferentes instâncias supranacionais.

Constituem garantias no âmbito interno: a separação de funções (poderes), a adoção do Estado Democrático de Direito, a primazia dos direitos fundamentais, a cláusula pétrea ou o *quorum* qualificado e a proteção jurisdicional, nela incluída a criação de Tribunal Constitucional ou com competência para a proteção da Constituição.

Podemos classificar as garantias em gerais e específicas. As primeiras constituem-se pelos princípios que definem o Estado, como na formulação “Estado Democrático de Direito”. Estado de Direito implica limitação ao poder por meio do direito, sendo seus instrumentos básicos os direitos fundamentais e os princípios de organização; implica também a separação das funções (de poderes); a adoção do princípio da legalidade na administração pública, impondo ao poder público a submissão ao direito; e a existência de uma obrigação jurídica de obediência. A própria fórmula do Estado democrático contém o reconhecimento e a garantia de vários direitos, como o de participação.

Garantias Específicas são mecanismos de proteção jurídica dos direitos e dividem-

se, segundo classificação de Perces-Barba (1999, p. 505) em garantia de regulação; de controle e fiscalização; de interpretação; internas ao direito; e judiciais.

7.1. *Garantias de regulação*

Estão vinculadas ao princípio da legalidade em sentido amplo e possuem duas dimensões: a) de desenvolvimento e aplicação; b) de reforma. As garantias de regulação têm dois aspectos, um relacionado com as fontes dos direitos (garantia de desenvolvimento) e outro com sua vinculação (garantia de aplicação).

A questão das fontes é de grande relevância, porquanto uma ordenação rigorosa das competências e limites do desenvolvimento normativo constitui a primeira garantia das liberdades, segundo Prieto Sanchís, citado por Perces-Barba (1999, p. 506).

A constituição pode estabelecer que alguns direitos nela previstos sejam regulamentados por lei, que devem ser elaboradas pelo parlamento, sendo, em tese, a expressão da vontade dos cidadãos. A garantia de aplicação se relaciona com o grau de vinculação dos direitos. Se a constituição prevê que os direitos fundamentais vinculam a todos os poderes públicos, sua aplicação é direta, independe de regulamentação. Assim, todos os cidadãos podem obter a tutela judicial desses direitos embora não tenham sido objeto de regulamentação.

Quando a constituição dispõe que determinadas normas fontes de direitos informarão a prática judicial e a atuação dos poderes públicos está impondo uma obrigação negativa, proibindo que se estabeleçam normas contrárias a esses direitos, isso independe de regulamentação.

A dimensão das garantias de regulação, denominadas por Perces-Barba (1999, p. 507) de garantias de reforma, traduz-se nos mecanismos constitucionais referentes à possível reforma das disposições que contêm os direitos fundamentais. Varia conforme o sistema jurídico, mas, em regra, exige o *quorum* qualificado.

7.2. *Garantias de controle e fiscalização*

São os instrumentos parlamentares destinados a fiscalizar a aplicação dos direitos fundamentais e o respeito às liberdades públicas, na atividade dos entes administrativos. No Brasil, destaca-se o Ministério Público com esta atribuição, porém, outras entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, os Partidos Políticos com representação no Congresso, as Comissões Parlamentares e outros Órgãos têm papel relevante na aplicação da Constituição como um todo. O próprio cidadão, exercendo seu direito de petição, pode controlar e fiscalizar a aplicação da Constituição e o respeito aos direitos fundamentais.

7.3. *Garantias de interpretação*

Refere-se aos diversos mecanismos previstos no Direito, destinados a garantir que o mesmo se faça para favorecer seu exercício. Apresentam duas projeções gerais: a dos poderes públicos e a dos privados. A segunda está em estreita conexão com o tema da presença dos direitos fundamentais nas relações com os particulares; enquanto aquela não se limita à não transgressão, mas alcança a interpretação conforme seu sentido.

A constituição espanhola determina que a interpretação dos direitos fundamentais e das liberdades reconhecidas na mesma seja conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Também esta garantia tem duas dimensões, segundo Perces-Barba (1999, p. 511): a garantia de interpretação a partir dos direitos; e a garantia de interpretação dos direitos. A primeira se refere à projeção dos direitos e liberdades no restante das normas. É uma garantia indireta segundo a qual a interpretação de todas as normas dentro do ordenamento deverá fazer-se em conformidade com os direitos fundamentais. Aplica-se a máxima “*in dubio pro libertate*”. A segunda – a garantia de interpretação dos direitos – é uma garantia

direta e afeta propriamente a interpretação dos direitos. Deve obediência a dois tipos de critérios: gerais e específicos. Os gerais tomam por base a literalidade, os antecedentes históricos, o espírito da lei e sua finalidade, bem como a sistematização de todo o ordenamento. Os específicos dizem respeito ao conteúdo essencial e à conformidade com as Declarações de Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais ratificados pelo país.

Não obstante a interpretação ocorra também na doutrina e na aplicação voluntária do direito, é no processo que se faz concretizar compulsoriamente pelo Poder Judiciário, quando há resistência.

7.4. *Garantias internas ao direito*

Essas garantias dizem respeito ao conteúdo essencial, que é algo interno de cada um dos direitos, e se constituem desde essa perspectiva em sua garantia interna. É o limite dos limites. Trata-se de um conceito de valor absoluto; são os elementos mínimos que fazem reconhecível um direito, que impedem seu desaparecimento ou sua transformação em outra coisa; cada direito possui seu conteúdo essencial.

Trata-se de um desdobramento da garantia de interpretação, porquanto nessa fase que se verifica o conteúdo essencial de um direito. É dado ao operador do direito dar interpretação diversa da literal a um texto legal para dele extrair a norma consentânea com os preceitos da sociedade atual, porém, nunca alterando o conteúdo essencial do direito protegido pela mesma norma, ou seja, jamais transformando um determinado direito em algo diverso.

7.5. *Garantias judiciais*

Essas garantias constituem o principal meio de proteção dos direitos fundamentais. Podem ser classificadas em ordinárias e constitucionais. A atividade judicial tem o papel de instrumento garantidor dos direitos fundamentais por meio da análise do direito à jurisdição, o que se faz sempre em um processo.

A satisfação do direito à tutela jurisdicional efetiva exige mais que o procedimento legalmente instituído, mais que igualdade de oportunidades de acesso à justiça; exige o procedimento legítimo, o que requer sejam observados os princípios constitucionais que garantam a adequada participação das partes e do juiz, como: os do juiz natural, da igualdade, do contraditório, da publicidade e da motivação das decisões.

7.5.1. *Técnica processual e procedimento adequado*

O procedimento é uma espécie de técnica processual que visa viabilizar a tutela dos direitos. Embora seja possível considerar o procedimento como garantia de técnica antecipatória, sentenças e meios executivos, pode o mesmo ser analisado como algo que se diferencia do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, e nesses termos possui importância por si só, independentemente das técnicas processuais nele inseridas.

Nas palavras de Marinoni (2004, p. 192), “o procedimento, como técnica processual autônoma, e assim indiferente à técnica antecipatória, sentenças e aos meios executivos, somente pode ser visto na perspectiva da aceleração da prática dos seus atos e da limitação da cognição do juiz”.

Há diferença entre “procedimento de cognição sumária” e “procedimento formalmente sumário”. A sumariedade formal resulta da aceleração da prática dos atos processuais. O procedimento de cognição sumária – uma das espécies da cognição em sentido material – não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, enquanto que o procedimento formalmente sumário – CPC, art. 275 e seguintes – sempre possibilita o conhecimento aprofundado dos fatos litigiosos, embora em tempo inferior àquele que seria gasto pelo procedimento ordinário, o que decorre da aceleração dos atos processuais.

Não é lícito confundir o procedimento de cognição sumária com os procedimentos

como a execução privada do Decreto-lei 70/66 ou a busca e apreensão do Decreto-lei 911/69. Estes não traduzem eficácia, mas restrição à amplitude da defesa, com escopo de conferir tutela mais rápida às instituições financeiras, o que não encontra respaldo na Constituição da República. Diferente é o que ocorre na desapropriação com base no Decreto-lei 3.365/41, em que há restrição à defesa, porém justificável pelo interesse público.

7.5.2. Antecipação de tutela

A técnica antecipatória é um direito do jurisdicionado e significa direito à possibilidade de requerimento e de obtenção da antecipação da tutela, isto é, direito à plena e integral efetivação da tutela. São seus requisitos: receio de dano (CPC, art. 273, I, 461, § 3º, 461-A; e CDC, 84, § 3º); abuso do direito de defesa (CPC, 273, II); parcela incontroversa da demanda (CPC, 273, § 6º).

Marinoni (2004, p. 204) entende ser possível a antecipação de tutela de pagamento em dinheiro. E vai mais longe, defendendo a utilização, em caso de necessidade, do expediente da multa para dar efetividade à tutela antecipatória de soma em dinheiro.

7.5.3. Direito ao provimento adequado

A efetiva prestação da tutela exige provimento adequado; portanto, falar em direito à tutela é falar em direito ao provimento idôneo para prestá-la. A sentença declaratória não constitui provimento adequado diante de ameaça de prática de ilícito, pois não é capaz de atuar sobre a vontade do demandado.

Da classificação trinária, a sentença condenatória é a única que não basta por si mesma, porquanto, atrelada aos meios de execução por sub-rogação previstos em lei. Conclui-se, assim, que os provimentos da classificação trinária não atende ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARIONI, 2004, p. 211).

7.5.4. Direito ao meio executivo adequado

É necessário verificar qual provimento mandamental e executivo deve ser utilizado no caso concreto. Pode o juiz conceder provimento diferente do solicitado, sobretudo, com base no artigo 461 do CPC e 84 do CDC. Esses artigos e o 461-A do CPC autorizam o juiz, até de ofício, impor meio executivo capaz de atender ao direito à tutela jurisdicional, na fase do cumprimento da sentença quando esta não haja viabilizado a tutela.

O meio executivo deve, ao mesmo tempo, proporcionar, em abstrato ou em termos de efetividade social, a tutela dos direitos, e gerar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

7.5.5. Aplicabilidade imediata do direito fundamental

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; é o que dispõe o artigo 5º, § 1º, da CR. Qual o alcance dessa norma em relação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva?

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva se dirige contra o Estado mas repercute sobre a esfera jurídica da parte. É um direito de eficácia vertical, mas com eficácia lateral. Assim, importante é mencionar os princípios da força normativa da Constituição e da efetividade, que devem ser considerados pelo juiz, ao interpretar o direito, levando em consideração os princípios que com ele possam colidir no caso concreto.

O princípio da força normativa da Constituição autoriza a otimização da eficácia dos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas. O princípio da efetividade implica que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Isso significa que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que dê a maior efetividade possível ao direito

fundamental, ou seja, estando o juiz diante de duas interpretações possíveis para um mesmo texto legal, deve adotar aquela que outorgue a maior efetividade possível ao direito fundamental.

7.5.6. A conformação do procedimento adequado ao caso concreto

Além das regras de direito material, o dever de proteção requer também a prestação jurisdicional e ações fáticas do Estado, como a atuação da Administração Pública na proteção do consumidor, da saúde pública e do meio ambiente.

Além das normas de direito material, a proteção, no plano normativo, deve incluir normas de direito processual, que também constituem mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, preventiva ou resarcitoriamente.

Porém, havendo omissão do legislador, o juiz – contra quem também é dirigido o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional – não pode ficar inerte. Ele continua tendo o dever de tutelar de forma efetiva os direitos, não obstante a falta de uma norma processual explícita e apropriada para isso. Na hipótese, deve o magistrado interpretar a legislação processual existente à luz dos valores da Constituição da República. Assim, deve pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social.

O juiz, diante de duas interpretações possíveis para uma mesma regra processual, na perspectiva constitucional, deve preferir a que garanta maior efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o direito material a ser tutelado e a realidade social.

Ainda na hipótese de omissão legislativa, o juiz pode prestar a tutela jurisdicional efetiva, harmonizando o direito fundamental e o eventual princípio que com ele venha colidir. Isso porque os direitos fundamentais têm natureza de princípio, e segundo a clássica distinção de Alexy (2002, p. 88-89)

entre princípios e regras, consoante a qual um conflito entre regras só pode ser solucionado ou bem introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando-se inválida pelo menos uma das regras; enquanto que em caso de colisão de princípios, um deve ceder ante o outro, sem que isso signifique declarar inválido o princípio que cedeu; tampouco faz-se necessária a introdução de cláusula de exceção no mesmo princípio.

Salienta-se que, segundo a doutrina de Alexy (2002, p. 89), havendo conflito entre regras, o problema é de validade, enquanto, na hipótese de conflito entre princípios, a questão é de peso. Havendo colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Registre-se que Humberto Ávila (2006, p. 118-119) não concorda com essa doutrina, e sustenta que as regras em geral também podem ser superadas, desde que preenchidos certos requisitos.

7.5.7. Remédios constitucionais protetores dos direitos fundamentais

Na concepção de Othon Sidou (1998, p. 5), a liberdade não é um direito, mas um conjunto de prerrogativas que nascem com o homem e se desenvolvem em obediência a seus anseios, apuramento e idiosincrasias. Não é um direito porque antecede, naturalmente, a manifestação primária da vida jurídica. O legislador estabelece restrições à liberdade individual no interesse da segurança social. O indivíduo, cuja conduta representa um reflexo da sociedade em que vive, submete-se voluntariamente a essa restrição de liberdade, desde que, fazendo coincidir sua vontade com a vontade coletiva e participando da elaboração da ordem jurídico-social, considera-se livre, como se nenhum obstáculo se antepusesse à sua liberdade. O conceito de liberdade do ser humano tornou-se, portanto, um prolongamento do conceito de liberdade do grupo social. A ampliação do Estado, inclusive para fazer face aos cada vez

mais dilatados direitos sociais resultantes dos progressos modernos, fê-lo ameaçar a esfera da liberdade do indivíduo, avançando a faixa até onde ao jurisdicionado é proibido fazer, para penetrar na área em que transita o seu “poder fazer”. Fez-se necessária a utilização de instrumentos de tutela relativamente enérgicos.

Othon Sidou (1998, p. 10) distingue “direitos” de “garantias”. Ele define como direitos coletivos toda a gama de ações e eximições a que a criatura humana, agindo só ou por meios de entes paralelos ou ficções jurídicas, possa permitir-se, desde que a lei não impeça. Ele usa a expressão “direitos coletivos” como forma homônima de “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos individuais”; e os divide em absolutos e relativos. Classifica como absolutos os que se fazem valer por si, os que acompanham o homem em qualquer regime constituído, e sua proscrição ou seu alheamento contribuiria para o esfacelamento do próprio Estado. São eles, segundo Sidou: o de igualdade perante a lei, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o acesso à educação e à saúde, o provimento da subsistência, a obtenção de socorro em caso de calamidade. Chama-os de direitos fundamentais propriamente ditos. Assevera Sidou que todos os demais direitos constitucionais são relativos.

Garantias constitucionais, para o mencionado autor, são as regras de autolimitação na conservação dos direitos coletivos e que ele legitima, ou seguindo princípios de conduta por ele próprio estabelecidos com o ânimo de cumprir, ou por via de instrumentos postos em mãos dos administrados e de conhecimento atribuído a um dos órgãos do Estado (SIDOU, 1998, p. 11).

As garantias são classificadas por Sidou (1998, p. 13) em ativas e passivas. Estas são: a igualdade perante a lei, o devido processo legal, a inexistência de tribunais de exceção, a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Garantias ativas são: o *habeas corpus*,

o mandado de segurança, a ação popular, os recém-criados *habeas data* e mandado de injunção, além do direito de representação e de petição.

As garantias, como um todo, protegem e amparam o exercício dos direitos coletivos. As garantias ativas protegem e amparam não só esses direitos, mas também as próprias garantias passivas. As garantias dos direitos constituem um anseio universal, por isso, consignou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada em 1948, em seu artigo VIII:

“Toda pessoa tem direito a um recuso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos violatórios de seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição e pela lei”.

Nessa esteira de compreensão, o constituinte brasileiro de 1987/1988 dotou os titulares de direitos fundamentais de institutos destinados a protegê-los, conhecidos como remédios constitucionais, e que são, na verdade, as garantias, que mencionaremos a seguir.

O direito à liberdade de locomoção foi protegido pelo instituto do *habeas corpus* (CR, 5º, LXVIII) contra violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. O direito de ir, vir e permanecer constitui um direito fundamental dos mais relevantes. Por isso, o *habeas corpus* configura importante garantia processual desse direito fundamental.

Qualquer direito, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* recebeu a proteção do mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (CR, 5º, LXIX e LXX). Trata-se de meio constitucional com escopo de proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo. Tem certeza jurídica processual, caracterizando-se como ação civil de rito sumário e especial (MEIRELLES, 1998, p. 29).

O Mandado de Segurança constitui importante garantia dos direitos, inclusive dos direitos fundamentais, por óbvio, servindo como meio idôneo de impugnação a atos ou omissões ilegais de autoridades, inclusive judiciais. É certo que quanto a estas, somente é admissível se o ato não for impugnável por meio de recurso ou correição eficaz.

São requisitos do mandado de segurança direito líquido e certo, violado ou ameaçado por ato ou omissão ilegal ou com abuso de poder, de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público. Assim, o ato de um diretor de escola negando matrícula a criança ou adolescente, em razão de ser este filho de prostituta, desafiaria mandado de segurança, porquanto seria ato ilegal, violador do direito fundamental de igualdade (CR, art. 5º, *caput*), praticado por autoridade pública – se a escola for pública – ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público – se a escola for particular. Salienta-se que os direitos à educação (CR, art. 205) e à igualdade (CR, art. 5º, *caput*) são certos, porquanto a previsão constitucional é suficientemente clara quanto à existência dos mesmos; e líquidos porque independem de qualquer apuração de valor ou quantidade.

Contra a omissão do legislador inabilitadora do exercício de um direito ou liberdade constitucional, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o constituinte disponibilizou para o titular do direito o mandado de injunção (CR, 5º, LXXI).

O Mandado de Injunção é instrumento jurídico constitucionalmente assegurado ao prejudicado por omissão do legislador, que impeça o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas relativas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Alguns direitos constitucionais dependem de lei – norma regulamentadora – que deve ser elaborada pelo legislador ordiná-

rio. Aliás, vinte anos após a promulgação da Constituição da República, nenhum direito deveria estar na pendência de tais normas. O legislador ordinário tinha o dever de já as haver criado. Entretanto, muitas ainda não o foram, autorizando o prejudicado a lançar mão do mandado de injunção. Sua função é permitir ao impetrante o exercício do direito obstado pela ausência de lei, porém a interpretação que vem sendo dada pelo STF, de que o órgão omissor deve ser apenas notificado de sua omissão, anula esse importante instrumento.

O acesso de todos à justiça constitui exercício do direito fundamental da igualdade, ao passo que impedir o mesmo acesso àqueles que não disponham de recursos financeiros para pagar alguma despesa do processo – com perícia por exemplo – configura violação a direito fundamental (LXXIV). Se tal violação decorre de ausência de lei prevendo isenção da mencionada despesa, a hipótese enseja mandado de injunção, que funciona como uma garantia do direito fundamental.

Criou também o constituinte o instituto do *habeas data* (CR, 5º, LXXII) para assegurar o conhecimento e retificação de informações e dados relativos à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. No Estado de Direito, não se admite que qualquer órgão ou entidade mantenha dados ou informações sobre quem quer que seja, sem que a pessoa a quem se referem os mesmos possa conhecê-los e promover a retificação dos que não corresponderem à realidade. A existência de dados ou informações dessa natureza, sigilosos em relação a seu titular, enseja o *habeas data*. O conhecimento de informações a seu respeito, registradas ou arquivadas por outrem, é direito constitucional (5º, LXXII) vinculado aos direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e à segurança (5º, *caput*).

A nossa Constituição assegurou, ainda, a qualquer cidadão o instrumento da ação

popular (CR, 5^o, LXXIII) para 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. O patrimônio pertence a todos. Sua lesão em benefício particular viola o direito fundamental à igualdade. Assim, um contrato administrativo a preço superfaturado beneficia algumas pessoas em detrimento de muitas outras, devendo ser anulado, o que se pode fazer por meio de uma ação popular movida por um cidadão. Trata-se de instrumento processual, assegurado na Constituição para defesa de direitos fundamentais.

Por fim, o constituinte, ao traçar as atribuições do Ministério Público (art. 129, III), recepcionou a ação civil pública (Lei 7.347/85) como ação constitucional, para o fim de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Assim como a ação popular, a ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, constitui importante instrumento processual de garantia de direitos. Destina-se a proteger direitos difusos, alguns fundamentais, como ao meio ambiente, que pode ter reflexos nos direitos à vida, à igualdade e a outros.

8. Conclusão

Muitos dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República já foram satisfeitos, entendida a satisfação como a edição de lei ordinária ou complementar necessária ao exercício do direito. No entanto, esse exercício não prescinde de proteção ou de garantia. Relevantes garantias dos direitos fundamentais ou humanos são as garantias processuais.

A efetividade dos direitos fundamentais depende das garantias, destacando-se a processual, que é uma garantia judicial e consiste na realização do direito com a prestação da tutela jurisdicional, que, por sua vez, deve ser efetiva. A efetividade da

tutela jurisdicional também é um direito fundamental.

Os princípios e garantias constitucionais do processo compreendem o livre e pleno acesso de todos à justiça, mediante o devido processo legal, neste compreendido o contraditório e a ampla defesa, perante um juiz natural, que prestará a jurisdição em decisão fundamentada.

A violação dessas garantias, assim como de outras normas constitucionais, pode ser impedida ou combatida com as ações constitucionais – *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas data*, Mandado de Injunção, Ação Popular e Ação Civil Pública; e com o controle judicial dos atos normativos – Difuso e Concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação por Descumprimento Preceito Fundamental.

Não se pode olvidar que a própria organização constitucional do Poder Judiciário, estabelecendo as competências e vedações, também constitui norma a ser observada no processo e, por conseguinte, garantia processual que protege direitos como os fundamentais.

Os direitos fundamentais, assim como os demais direitos constitucionais, contam também com remédios protetores que outrossim são garantias judiciais – processuais – e consistem nas ações constitucionais: Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Injunção e Ação Popular.

Constituem outras garantias processuais aos direitos fundamentais a ação civil pública, o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a vedação das provas ilícitas, a medida cautelar e a antecipação da tutela, sem exclusão de outras.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARRETO, Vicente. *A ideologia liberal no processo da independência do Brasil (1789-1824)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1973.
- COMISSÃO PONTÍFICA "JUSTIÇA E PAZ". *Justiça no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- FAGUNDES, M. Seabra. A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. ano 3, v. 3. Rio de Janeiro: OAB, mai. / ago. 1971.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. Aparecida, SP: Santuário, 2002.
- HERSCH, Jeanne. *O direito de ser homem*. Rio de Janeiro: Conquista, 1972.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsó, 1960.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VASAK, Karel. A longa luta pelos direitos humanos. In: *O Correio da UNESCO*. Rio de Janeiro: UNESCO, 1978.

Biodiesel

Combustível para o desenvolvimento social

Marco Aurélio Gumieri Valério

Sumário

1. Introdução. 2. Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf. 3. Programa Nacional do Biodiesel – PNB. 4. Conclusão.

1. Introdução

No dia 1º de janeiro de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005¹, que determina a adição de dois por cento de biodiesel ao diesel de petróleo, também chamado de diesel comum, usado pela frota de veículos nacionais movidos a partir desse combustível. Ainda segundo essa norma, os postos e distribuidoras terão que aumentar a adição de biodiesel para cinco por cento até 2013, porém, o governo estuda a possibilidade de antecipar o início da obrigatoriedade dessa mistura já para 2010².

¹ BRASIL. Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005. *Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999, e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei do Deputado Leonardo Vilela. *Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005 e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008. Art. 2º: Fica introduzido o biodiesel na matriz energética brasileira, sendo que o percentual mínimo obrigatório de adição de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final, a partir de 2008, obedecerá a seguinte tabela progressiva: [...] III – 2010, fixado em 5% [...].

Marco Aurélio Gumieri Valério é advogado; Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista, campus de Franca/SP (FHDSS/Unesp); Doutorando em Ciências Sociais e Políticas pela Universidade Estadual Paulista, campus de Araraquara/SP (FCL/Unesp); Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, campus de Ribeirão Preto/SP (FEA/USP).

O biodiesel, combustível derivado de fontes renováveis de energia, substitui total ou parcialmente o óleo diesel em motores automotivos – caminhões, tratores, camionetas, automóveis etc. – ou estacionários – geradores de eletricidade, de calor etc. –, podendo ser usado puro ou misturado ao diesel comum em diversas proporções. A combinação prevista em lei de dois por cento de biodiesel ao diesel comum é denominada B2, a de cinco por cento, B5, e assim por diante, até chegar ao chamado B100, com cem por cento de pureza.

A área plantada necessária para atender ao percentual de mistura de dois por cento de biodiesel ao diesel de petróleo é estimada em 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) hectares, equivalente a um por cento dos 150.000.000 (cento e cinquenta milhões) de hectares plantados e disponíveis para a agricultura no Brasil. Esse número não inclui as regiões ocupadas por pastagens e florestas. As regras estabelecidas em lei permitem a produção a partir de diferentes oleaginosas, o que possibilita a participação tanto do agronegócio quanto da agricultura familiar, sendo esta última o foco deste artigo.

O cultivo de matérias-primas e a produção industrial de biodiesel têm grande capacidade de geração de empregos, promovendo a inclusão social, especialmente quando se considera o amplo potencial produtivo da agricultura familiar. No semi-árido, por exemplo, a renda anual líquida de uma família com o cultivo de mamona em cinco hectares e uma produção média entre setecentos e mil e duzentos quilos por hectare pode variar de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). Além disso, a área pode ser consorciada com outras culturas, como o feijão e o milho³.

No intuito de ganhar com a sinergia existente entre os vários programas sociais em operação, com ganhos de escala, o

³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Programa Nacional do Biodiesel*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

Ministério do Desenvolvimento Social – MDS e o Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA uniram forças no âmbito do Programa Nacional do Biodiesel – PNB, visando à estruturação socioeconômica dos agricultores familiares.

Os programas complementares são ações regulares, ofertadas pelas quatro esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. São voltados ao desenvolvimento das capacidades das famílias listadas no Cadastro Único – CadÚnico, beneficiárias do Programa Bolsa Família – PBF⁴, contribuindo para a superação da situação de pobreza e de vulnerabilidade social em que se encontram.

Esses agricultores familiares devem receber assistência técnica, crédito e capacitação para viabilizar sua inserção nos arranjos produtivos da cadeia do biodiesel a fim de abastecer as usinas processadoras. A integração contribui para aumentar a renda familiar e fortalecer os pólos de produção de oleaginosas⁵.

O trabalho abordará a articulação entre os programas de crédito agrícola destinados especificamente à agricultura familiar, destacando tanto as conquistas já alcançadas como também os desafios que ainda estão por vir.

Registre-se que a apreciação do tema tem em mira ser sempre imparcial, aspirando ser simples e objetiva, analisando os assuntos sob a ótica dos princípios ló-

⁴ O Programa Bolsa Família – PBF é um programa de transferência direta de renda com condicionantes, que beneficia famílias em situação de pobreza, com renda mensal por pessoa de R\$ 60,01 (sessenta reais e um centavo) a R\$ 120,00 (cento e vinte reais), e extrema pobreza, com renda mensal por pessoa de até R\$ 60,00 (sessenta reais). BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências; BRASIL. Decreto nº 5.209 de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Programa Nacional do Biodiesel*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

gicos e do bom senso e deixando de lado, sempre que possível, o critério pessoal. É evidente que a tese a ser desenvolvida não comportará pronunciamentos finais e não procurará obter solução última. Este trabalho será desenvolvido com boa intenção e com honestidade de propósitos e não tem a veleidade de ditar cátedra. Daí por que as críticas serão bem recebidas e as opiniões divergentes serão aceitas.

2. Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf, criado pelo Decreto nº 1.946, de 28 de Junho de 1996⁶ e reestruturado pelo Decreto nº 3.991, de 30 de outubro de 2001⁷, tem por finalidade promover o desenvolvimento sustentável do meio rural, por intermédio de ações destinadas a implementar o aumento da capacidade produtiva, a geração de empregos e a elevação da renda. Visa melhorar a qualidade de vida e o exercício da cidadania dos agricultores familiares.

O Pronaf adota como estratégia a parceria entre órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além da participação do setor privado, dos agricultores familiares e de suas organizações sociais.

São princípios do Programa: (a) gestão social, por meio de conselhos estaduais e municipais; (b) descentralização mediante a valorização do papel proponente dos agricultores familiares e suas organizações, em relação às ações e aos recursos do Programa; (c) acesso simplificado dos agricul-

tores familiares aos agentes, instrumentos e benefícios do Programa; (d) parceria no planejamento, na execução e na monitoria de ações entre os agentes executores e os beneficiários do Programa; (e) respeito às especificidades locais e regionais na definição de ações e na alocação de recursos; (f) ações afirmativas que facilitem o acesso de mulheres, jovens e minorias étnicas aos benefícios do Programa; (g) defesa do meio ambiente e preservação da natureza com base na sustentabilidade.

O Pronaf foi criado ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso como adaptação, revista e ampliada, do Programa de Valorização da Pequena Produção Rural – Provap instituído no período Itamar Franco por meio da Resolução nº 2.101, de 24 de agosto de 1994⁸, do Conselho Monetário Nacional – CMN, prevendo condições especiais para o financiamento do custeio da safra 1994-1995.

Os anos 90 do século passado foram anos de grande agitação no meio rural, culminando com o *grito da terra*, uma série de marchas sobre Brasília organizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura – Contag, Central Única dos Trabalhadores – CUT e Movimento dos Sem Terra – MST.

Tanto o Provap quanto o Pronaf foram uma reação às manifestações dos agricultores familiares que reclamavam das regras para concessão de crédito rural então vigentes. Considerados miniprodutores, os pequenos eram submetidos às mesmas exigências que os grandes para acesso a empréstimos, ou seja, tinham pouca ou nenhuma chance de consegui-los.

Os recursos vinham inicialmente do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e do Fundo

⁶ BRASIL. Decreto nº 1.946, de 28 de Junho de 1996. *Dispõe sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf, e dá outras providências.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁷ BRASIL. Decreto nº 3.991, de 30 de outubro de 2001. *Dispõe sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf, e dá outras providências.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁸ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.101, de 24 de agosto de 1994. *Institui o Programa de Valorização da Pequena Produção Rural – Provap.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

Constitucional de Desenvolvimento do Centro-Oeste – FCO.

Havia a intenção de dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. E isso constituiu um avanço que até os críticos do período Fernando Henrique Cardoso reconhecem. Em favor dos pequenos, por exemplo, o governo acusado de neoliberal adotou a equalização de juros, um subsídio autorizado pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, enquadrado pelo Banco Central – Bacen e assumido pelo Tesouro⁹.

Na prática, houve progressos na concessão do financiamento, mas este se concentrou no sul do país, com pífio desempenho nas outras regiões. Em 2002, na entrega do governo, o Pronaf registrava um acumulado de 953 mil contratos, com R\$ 2.400.000.000,00 (dois bilhões e quatrocentos milhões de reais) de financiamento. Embora se tratasse de uma soma respeitável, na verdade o governo estava atrasado em cinco anos no cumprimento da meta em dinheiro prometida para 1997.

Em 2003, os que gritavam na direção do Planalto entraram nele para assumi-lo. CUT e Contag somaram-se às fileiras da administração do recém-empossado governo Lula. O MST, cujo foco de atuação permanece voltado para a distribuição de terras, optou por permanecer de fora.

Talvez, por isso mesmo, a parte mais conflituosa do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, entidade que se ocupa com cerca de seiscentas mil famílias de agricultores sem terra, chame mais a atenção dos observadores do que a Secretaria da Agricultura Familiar – SAF, a parte mais tranqüila do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, que lida com um número ainda mais expressivo de famílias com pouca terra.

⁹ Cf. TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

A finalidade do Pronaf é apoiar as atividades agrícolas e não-agrícolas desenvolvidas no estabelecimento ou aglomerado rural urbano próximo. E, para isso, poderá: (a) negociar e articular políticas e programas junto aos órgãos setoriais dos governos Federal, Estadual, Distrital e Municipal que promovam a melhoria da qualidade de vida dos agricultores e de suas famílias; (b) promover a capacitação dos agricultores familiares com vistas à gestão de seus empreendimentos; (c) disponibilizar linhas de crédito adequadas às necessidades dos agricultores familiares; (d) contribuir para a instalação e melhoria da infra-estrutura pública e comunitária de apoio às atividades desenvolvidas pelos agricultores familiares; (e) apoiar ações de assistência técnica e extensão rural e geração de tecnologias compatíveis com as características e as demandas da agricultura familiar e com os princípios da sustentabilidade; (f) estimular a agregação de valor aos produtos e aos serviços das unidades de base familiar, contribuindo para a sua inserção no mercado e a ampliação da renda; (g) apoiar a criação de fóruns municipais e estaduais representativos dos agricultores familiares para a gestão integrada de políticas públicas.

O Programa se compromete a beneficiar todos aqueles que explorem e dirijam estabelecimentos rurais na condição de proprietários, posseiros, arrendatários, parceiros, comodatários ou parceiros, que desenvolvam atividades agrícolas ou não-agrícolas e que atendam, simultaneamente, aos seguintes requisitos: (a) não possuam, a qualquer título, área superior a quatro módulos fiscais, quantificados na legislação em vigor; (b) utilizem predominantemente mão-de-obra familiar nas atividades do estabelecimento ou empreendimento; (c) obtenham sua renda, predominantemente, de atividades vinculadas ao estabelecimento ou empreendimento; (d) residam no próprio estabelecimento ou em local próximo.

O trabalho de estranhos à família, com salário pago por dia discutido com o sin-

dicato, só é permitido excepcionalmente e em tempo de colheita.

Cabe à Secretaria da Agricultura Familiar planejar, coordenar e supervisionar o Pronaf em âmbito nacional, competindo-lhe, especialmente: (a) estabelecer normas operacionais; (b) elaborar e implementar a programação físico-financeira; (c) analisar e aprovar o apoio a projetos voltados para o desenvolvimento local sustentável; (d) monitorar e avaliar o desempenho; (e) negociar e articular junto aos governos Federal, Estadual, Distrital e Municipal, organizações dos agricultores familiares e as entidades da sociedade civil, ações que favoreçam o desenvolvimento rural.

O atual governo manteve a estrutura do Pronaf, embora o tenha modificado sob alguns aspectos: (a) diminuiu juros; (b) ampliou prazos; (c) criou modalidades de financiamento; (d) ampliou seu *funding*; (e) exigiu que bancos apliquem oito por cento de seus depósitos a vista no crédito à agricultura familiar; e (f) expandiu o programa para todo o país.

A participação do Sul, que era de 55% em 2002, baixou para 39%, a do Nordeste subiu de 15% para 26%, no ano de 2006. Mas continua fraca e até diminuiu, de 7,8% em 2002 para 6,2% em 2007, a participação do Centro-Oeste no total dos desembolsos¹⁰.

Em 2006, o Pronaf liberou um total de R\$ 7.408.000.000,00 (sete bilhões quatrocentos e oito milhões de reais). E acumulava até o ano passado R\$ 24.000.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais) de financiamentos desde o início do governo Lula, sendo de R\$ 26.300.000.000,00 (vinte e seis bilhões e trezentos milhões de reais) o montante total da história do Pronaf¹¹.

¹⁰ Cf. TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹¹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - Pronaf*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

O risco do Pronaf é do banco ou da cooperativa de crédito solidário que repassa o financiamento. Em 4.200 (quatro mil e duzentos) municípios já há uma comissão composta por agricultores e representantes da prefeitura, do governo do Estado e do MDA que decide sobre a concessão do crédito e fiscaliza sua aplicação.

Em geral, o crédito à agricultura familiar tem *performance* em linha com a do crédito livre no Sistema Financeiro Nacional - SFN. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Agrário, a inadimplência do Pronaf chega a, no máximo, seis por cento. No Paraná, beirou cinco por cento em consequência da estiagem ocorrida nos anos de 2005 e 2006. Em 2007, mesmo com safra abundante e preço alto, o índice subiu para quatorze por cento devido às sucessivas prorrogações feitas nos prazos de pagamento que venciam durante a seca dos últimos dois anos. A Zona da Mata de Minas, contudo, atingiu a marca de zero por cento de inadimplência entre agricultores familiares¹².

O pagamento em dia é premiado pelo Pronaf com um abatimento da dívida, normalmente de vinte e cinco por cento, mas em alguns cultivos, como o do dendê, pode chegar a até quarenta por cento.

3. Programa Nacional do Biodiesel - PNB

A ação conjunta do Ministério do Desenvolvimento Social - MDS e do Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA no âmbito do Programa Nacional do Biodiesel objetiva a estruturação socioeconômica dos agricultores familiares que são beneficiários do Programa Bolsa Família - PBF e que pertencem ao Pronaf, interligando todos os programas sociais do governo.

O Governo Federal lançou o *selo combustível social*, um conjunto de medidas específicas para estimular a inclusão pela agricultura. Previsto nas Instruções Norma-

¹² Cf. TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

tivas nº 01, de 5 de julho de 2005¹³, e nº 02, de 30 de setembro de 2005¹⁴, o selo é um componente de identificação concedido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA ao produtor de biodiesel que cumpre certos requisitos. Confere ao seu detentor o caráter de promotor de inclusão social dos agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf¹⁵.

Para sua aquisição, o produtor de biodiesel terá que adquirir percentuais mínimos calculados sobre o custo de compra das matérias-primas produzidas pelo agricultor familiar ou sua cooperativa agropecuária.

A quantidade a ser comprada varia conforme as regiões; assim, para o Nordeste, 50% (cinquenta por cento); 30% (trinta por cento) para o Sudeste e o Sul; e, para o Norte e o Centro-Oeste, 10% (dez por cento)¹⁶.

O produtor de biodiesel deverá manter registro com documentação comprobatória das aquisições totais de matérias-primas feitas a cada ano, por um período de cinco anos; por seu turno, o agricultor familiar também deverá manter, pelo mesmo período, uma via do comprovante das vendas efetuadas.

A cooperativa agropecuária do agricultor familiar que vender ao produtor de biodiesel deverá manter pelo mesmo período a documentação comprobatória das aquisições totais anuais.

¹³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instrução Normativa nº 01, de 05 de julho de 2005. *Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos à concessão de uso do selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instrução Normativa nº 02, de 30 de setembro de 2005. *Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos ao enquadramento de projetos de produção de biodiesel ao selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 3.991, de 30 de outubro de 2001. *Dispõe sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

O produtor de biodiesel deverá celebrar previamente contratos com todos os agricultores familiares ou suas cooperativas agropecuárias de quem adquira matérias-primas. Os contratos celebrados deverão conter: (a) o prazo contratual; (b) o valor de compra da matéria-prima; (c) os critérios de reajustes do preço contratado; (d) as condições de entrega da matéria-prima; (e) as salvaguardas previstas para as partes; e (f) a identificação e concordância com os termos da representação do agricultor familiar que participou das negociações comerciais.

Assegurar a assistência e a capacitação técnica a todos os agricultores familiares de quem adquira matérias-primas é uma obrigação do produtor de biodiesel.

A solicitação de concessão do selo combustível social deve ser efetuada na Secretaria da Agricultura Familiar – SAF do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, que terá prazo de sessenta dias para avaliar o cumprimento dos critérios e emitir parecer conclusivo. O consentimento de uso será publicado no Diário Oficial da União – DOU e terá validade de cinco anos a partir da data de publicação.

No exercício de seu poder de fiscalização, o Ministério avaliará anualmente o cumprimento dos critérios de concessão, mediante realização de avaliação externa. Na hipótese de aprovação, será mantida a concessão, mas, no caso de reprovação, será concedido um prazo de trinta dias para apresentação de justificativa que, se não for aceita, fundamentará a suspensão do uso do selo pelo prazo de um ano. Essa interrupção só cessará caso nova avaliação conste a conformidade dos dados.

O enquadramento de projetos ao selo combustível social é destinado a empresas juridicamente constituídas e que tenham um projeto de produção de biodiesel que contemple os critérios de inclusão social da agricultura familiar.

O plano de assistência e capacitação técnica dos agricultores familiares poderá

ser desenvolvido diretamente pela equipe técnica do produtor de biodiesel ou por instituições por ele contratadas.

A solicitação do enquadramento deve ser efetuada pelo solicitante, por meio de protocolo, na Secretaria da Agricultura Familiar – SAF do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, ou diretamente, no agente financeiro que atenda as condições especificadas. O interessado deve entregar o projeto de combustível social, bem como os dados que constarão do contrato a ser celebrado com os agricultores.

O MDA terá um prazo de trinta dias para avaliar os projetos encaminhados. Um ofício assinado pelo Secretário de Agricultura Familiar ou por seu representante legal será emitido e endereçado ao solicitante, com parecer conclusivo, indicando o nome e o CNPJ da empresa, bem como se o projeto foi aprovado ou reprovado.

No caso de aprovação, a empresa apresentará ao Ministério o cronograma de execução físico-financeiro a ser realizado.

Dentro de seis meses após o início das operações industriais ou seis meses após o término do prazo previsto no cronograma de implantação do projeto, o Ministério do Desenvolvimento Agrário avaliará o cumprimento dos critérios do selo combustível social mediante realização de avaliação externa. Se tudo estiver dentro dos conformes, o representante da empresa deverá fazer a solicitação do selo combustível social em até trinta dias; todavia, em caso de desconformidade e se a justificativa apresentada não for aceita pelo MDA, o projeto será desenquadrado e os benefícios no financiamento do selo combustível social poderão ser perdidos.

O enquadramento social, seja de projetos, seja de empresas que produzem biodiesel, abre caminho para condições de financiamento mais atrativas junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e outras instituições financeiras, além de dar direito de concorrência em leilões.

As indústrias produtoras também terão o direito à desoneração de alguns tributos, mas deverão garantir a compra da matéria-prima e preços pré-estabelecidos, oferecendo segurança aos agricultores familiares. Há, ainda, a possibilidade da participação destes últimos como sócios ou cotistas das indústrias extratoras de óleo ou de produção de biodiesel, seja de forma direta, seja de forma indireta, por meio de associações ou cooperativas de produtores.

Na prática, toda essa estrutura de incentivos dados tanto ao produtor de biodiesel quanto ao agricultor familiar já apresenta resultados. A Agropalma, uma das empresas vencedoras dos leilões realizados pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, adquire da agricultura familiar 10% (dez por cento) da matéria-prima que utiliza, dá o adubo, as mudas e toda a assistência técnica. Em troca, a empresa garante a exclusividade no fornecimento da produção por 25 anos e tem desoneração de R\$ 0,15 (quinze centavos de real) por litro no pagamento de PIS/Pasep e Cofins.

O Banco da Amazônia repassa o financiamento do Pronaf, com juros de três por cento ao ano, com carência de três anos e rebate de 40% (quarenta por cento) da dívida se for paga até o dia do vencimento.

São três grupos de 50 famílias que plantam em torno de 1.500 pés de palma cada uma. Enquanto a planta cresce, as famílias recebem do Pronaf um salário mínimo para manutenção. Os lotes, de dez a onze hectares, ficam um ao lado do outro. A renda de algumas famílias já chega a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por safra de dendê.

As sete milhões de toneladas de biodiesel produzidas pela Agropalma anualmente a R\$ 1,85 (um real e oitenta e cinco centavos) por litro têm comprador cativo, a Petrobrás.

4. Conclusão

No Brasil há uma revolução em curso patrocinada pelo próprio governo. É um

movimento pacífico, embora já tenha sido tenso e controverso. Silencioso, ele ocupa espaços sem alarde e já está presente em 5.357 dos 5.561 mil municípios do país.

Essa revolução é feita com uma arma poderosa: o Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf e a abundante munição de R\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de reais) em crédito rápido e barato para a safra 2006-7¹⁷.

Seu protagonista é o pequeno agricultor que, com a família, tira o sustento de um pedaço de terra limitado a cem hectares na Amazônia e a trinta e dois hectares no Centro-Sul.

O objetivo é a inserção no mercado de, no mínimo, dezesseis milhões de brasileiros, ou quatro milhões e cem mil famílias. Quase a metade já chegou lá. O acesso ao crédito do Pronaf, um esforço de melhora das condições de vida no campo a que se engajaram até Estados governados pela oposição, leva alguns de seus beneficiários a entusiasmos próximos do exagero.

A ausência de um censo agropecuário – o último se encerrou há 11 anos, exatamente quando o programa começava – impede o balanço preciso de sua influência na melhora das condições de vida no campo e seu impacto na migração rural. Impossibilita também que se constate o verdadeiro peso da agricultura familiar na economia brasileira. Os dados de 1995-6, entretanto, indicavam que, do total de 4.859.000 (quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e nove mil) estabelecimentos agropecuários existentes no país, 4.139.000 (quatro milhões cento e trinta e nove mil) pertenciam ao sistema de produção comandado pela agricultura familiar, ou seja, 85%. Esta última ocupava apenas 30,5% das terras, enquanto a *agricultura patronal* – como a ela se refere o MDA – detinha 68% da área e 11% do total dos estabelecimentos.

A agricultura familiar contribui hoje com cerca de 38% do Produto Interno Bru-

¹⁷ Cf. TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

to – PIB agropecuário. Dados da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe, de 2003, indicavam uma participação de 36,2% da agricultura familiar na produção total da lavoura brasileira e de 43,1% na produção da pecuária.

A estratégia do governo no tratamento da desigualdade no campo já mostra resultados positivos. A divisão de trabalho social engloba o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que cuida da miséria, com o Programa Bolsa Família; o Ministério do Desenvolvimento Agrário, que atenta da pobreza, com os Pronaf A e B, com renda bruta anual de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), e, com o Pronaf C, com renda de R\$ 3.000,00 (três mil reais) até R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), prepararia a transição para as categorias D e E, teto de renda de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente, onde se situa o que se poderia considerar classe média baixa do meio rural¹⁸.

Desde janeiro de 2003, o Pronaf contratou 6.360.000 (seis milhões trezentos e sessenta mil) operações de crédito, muitas delas de agricultores que se candidataram a novos financiamentos de custeio e, em sua maioria, mudaram para um patamar mais alto de renda, numa demonstração de que algo positivo acontece no meio rural¹⁹.

Essa interação de programas sociais pode levar ao que os especialistas chamam de “porta de saída” para os beneficiados, contribuindo na melhoria de renda e na gradual mudança de nível econômico do agricultor familiar até o ponto em que ele não precise mais do assistencialismo estatal.

O apoio à agricultura familiar não é só importante para a distribuição de renda e para a democratização da terra. É importante para o próprio desenvolvimento do país.

¹⁸ Cf. TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹⁹ *Idem*.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei do deputado Leonardo Vilela. *Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 11.097, de 13 de janeiro de 2005 e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.101, de 24 de agosto de 1994. *Institui o Programa de Valorização da Pequena Produção Rural – Provap*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Decreto nº 1.946, de 28 de Junho de 1996. *Dispõe sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Decreto nº 3.991, de 30 de outubro de 2001. *Dispõe sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Decreto nº 5.209 de 17 de setembro de 2004. *Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005. *Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instrução Normativa nº 01, de 05 de julho de 2005. *Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos à concessão de uso do selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instrução Normativa nº 02, de 30 de setembro de 2005. *Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos ao enquadramento de projetos de produção de biodiesel ao selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Programa Nacional do Biodiesel*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Selo combustível social*. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

TOTTI, Paulo. A silenciosa revolução movida a crédito. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

_____. Biodiesel de dendê, uma nova esperança. *Jornal valor econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

A relação adolescente–drogas e as perspectivas da nova legislação sobre drogas

Maria Inês Gandolfo Conceição e
Maria Cláudia Santos de Oliveira

Sumário

1. Compreendendo as drogas e o adolescente em uma perspectiva sistêmica e relacional. 2. Drogas, adolescentes e violência. 3. *Onda jovem* no Brasil. 4. O papel das redes sociais na proteção. 5. Políticas e legislação atual sobre drogas.

“Our youth now love luxury. They have bad manners, contempt for authority; they show disrespect for their elders; they contradict their parents and tyrannize their teachers.”
Sócrates (469-399 a.c.)

A visão pessimista acerca de nossa juventude não é um fenômeno atual, como nos faz crer o discurso dos mais velhos. Suas raízes são muito remotas, como se pode constatar na epígrafe de Sócrates, datada do século V a.c. O consumo de drogas, por sua vez, também acompanha o homem desde tempos imemoráveis. Segundo Carvalho (1997), há registros de consumo de ópio e de *cannabis* que remontam 3.000 a.c. No entanto, o conhecimento acerca do consumo de drogas nas mais diversas sociedades humanas tem mostrado que o que antes ocorria em eventos específicos – como rituais xamânicos – parece ocorrer atualmente de forma mais ampla e distribuída entre diferentes grupos etários e atividades sociais, ao mesmo tempo que adquire novos significados. O uso de drogas é influenciado por características que são próprias da cultura ocidental, que sugerem priorizar a busca do prazer imediato. Por outro lado,

Maria Inês Gandolfo Conceição é Doutora em Psicologia, Professora Adjunta do Departamento de Psicologia Clínica da Universidade de Brasília.

Maria Cláudia Santos de Oliveira é Doutora em Psicologia, Professora Adjunta do Departamento de Psicologia Escolar e do Desenvolvimento da Universidade de Brasília.

seria uma análise simplista considerar que todo consumo de drogas, lícitas ou ilícitas, justifica-se por essa motivação. Especialmente entre os jovens, tal consumo pode representar uma estratégia de socialização, de aquisição de uma identidade de grupo, de ocupação do tempo livre e, até mesmo, alcance de estados psíquicos propícios ao pensamento produtivo e à criação artística. Seja como for, a compreensão das significações em torno da relação entre o jovem e as drogas no contexto atual exige adotar uma perspectiva sistêmica e crítica.

Assim sendo, o presente trabalho organiza-se da seguinte forma: na primeira seção, ampliamos a discussão sobre os fatores psicológicos, sociais, culturais e econômicos que envolvem a relação entre jovens e drogas; em seguida, abordamos as inter-relações entre abuso de drogas e violência nesse grupo etário, insistindo na relevância do papel da comunidade na prevenção e proteção da pessoa envolvida com drogas; na terceira parte, discutimos os novos horizontes em que se inserem as abordagens técnicas, jurídicas e penais para o usuário de drogas, a partir das recentes políticas e das mudanças ocorridas nos dispositivos legais.

1. Compreendendo as drogas e o adolescente em uma perspectiva sistêmica e relacional

Na ótica sistêmica, as drogas não são simplesmente um produto, mas um fenômeno social complexo, que não pode ser estudado e compreendido sem que se considere na análise todo o seu universo relacional, do qual extrai seu valor e significado. Opondo-se às explicações do tipo causa e efeito, a abordagem sistêmica traz uma leitura mais ampla dos fatores que envolvem o fenômeno das drogas, procurando compreendê-los na sua complexidade: os efeitos físicos das drogas, as crenças do usuário no poder mágico do produto, a qualidade dos vínculos afetivos que ele

mantém com família e amigos, a rede de favores que o consumo impõe em relação aos financiadores do produto e fornecedores são aspectos sem os quais a compreensão do significado da droga é parcial.

Na perspectiva sistêmica, ainda, o uso de drogas é visto como um sintoma, algo que tem função estabilizadora, unindo o sistema e mantendo seu equilíbrio. Assim, a droga exerce duas funções paradoxais: a homeostática (mantenedora de equilíbrio) e a de denúncia, o que se dá por meio do sintoma (SUDBRACK, 2006). A primeira pode ser exemplificada em casos tais como os de famílias em que o casal está a ponto de se separar e o filho adolescente passa a fazer uso abusivo de drogas. Tal comportamento aditivo do adolescente não passa despercebido e, ao se constituir um novo foco de atenção dos pais, contribui para que se unam em torno do problema do filho.

Ao mesmo tempo em que o uso da droga favorece a manutenção do equilíbrio, ou seja, a conservação do sistema, o comportamento de consumo abusivo de drogas aponta a necessidade de mudança, denunciando que algo está disfuncional no sistema. A dinâmica entre mudança e constância os converte em fatores inseparáveis e complementares. Em outras palavras, se por um lado o consumo de drogas dá a impressão de independência, separação e crescente individuação por parte do adolescente, por outro, provoca justamente o contrário, isto é, sua reaproximação do sistema, à medida que ele começa a ter dificuldades com os estudos, o trabalho, os relacionamentos. Trata-se, portanto, de uma pseudo-individuação, atribuindo uma dupla função ao consumo de drogas: distanciar-se da família e, ao mesmo tempo, tornar-se dependente dela em relação aos cuidados e ao sustento, por exemplo. Fora de uma abordagem sistêmica, a compreensão sobre o consumo de drogas fica limitada a uma relação linear de causa e efeito, negligenciando a complexidade das relações envolvidas no fenômeno. Busca-se atribuir

a um dos elementos dessa relação (a droga, o usuário, a oferta ou a procura) a responsabilidade pela existência do problema.

O uso abusivo de substâncias psicoativas toma proporção de grave problema de saúde pública no nosso país, refletindo-se nos demais segmentos da sociedade. Suas conseqüências afetam nações do mundo inteiro, avançando por todas as sociedades e envolvendo homens e mulheres de diferentes grupos étnicos, independentemente de classe social e econômica, ou idade.

Existe uma tendência mundial que aponta para o uso cada vez mais precoce de substâncias psicoativas, incluindo o álcool, sendo que, para uma parcela de usuários, tal uso também ocorre de forma cada vez mais pesada. No Brasil, estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicoativas (CEBRID) acerca do uso indevido de drogas por estudantes de ensino fundamental e médio, em dez capitais brasileiras (GALDURÓZ; NOTO; CARLINI, 1997), revelou percentual altíssimo de adolescentes que já haviam feito uso de álcool alguma vez na vida: 74,1%. Quanto a uso freqüente, o percentual foi de 14,7%. Também ficou constatado que 19,5% dos estudantes faltaram à escola após beber e que 11,5% brigaram.

O panorama nacional de consumo de drogas mostra que as mais consumidas e as que mais causam dependência não são as drogas ilícitas, mas as lícitas, como o álcool e o cigarro, por exemplo. A presença de drogas no país não se deve exclusivamente aos traficantes internacionais, mas obedece a uma lógica intrínseca ao próprio funcionamento de nossa sociedade, caracterizada por interesses econômicos e norteadas pelo consumo em geral. Entretanto, ainda hoje as drogas ilícitas são vistas como substâncias com poderes diabólicos, que seduzem e corrompem pessoas inocentes e desprotegidas, vendo o problema como centrado no produto. As ações de "combate às drogas" orientam-se a eliminar os produtos ilícitos do mercado informal, como

se este fosse um mal extrínseco à sociedade e não inerente a ela. Entretanto, pouco ou nada fazem para abordar as drogas que se compram nas prateleiras de supermercado, independentemente dos danos que causem às pessoas e prejuízos aos cofres públicos, em virtude de doenças, incapacidades e mortes que ocasionam.

O fato de a sociedade tolerar as drogas lícitas pode estar contribuindo para o aumento do consumo de álcool e tabaco entre os mais jovens. Uma parcela deles experimenta drogas muito cedo, com o risco de passar do uso das drogas lícitas para as ilícitas, o que nem sempre está relacionado ao aumento da idade. Porém, é preciso considerar que o uso de álcool e do tabaco não condiciona direta e naturalmente o uso de outras drogas como maconha, cocaína e demais substâncias psicoativas.

Por sua vez, o adolescente usuário de drogas ilícitas tem recebido tratamentos contraditórios, sendo tratado ao longo da história ora como doente, ora como criminoso. Tanto uma como outra forma de tratamento levam à estigmatização e contribuem para mantê-lo na clandestinidade, limitando nossa compreensão do fenômeno. Por isso, as abordagens repressivas e de combate que acompanham essa visão têm-se mostrado insuficientes e ineficazes, tendo grande responsabilidade na reprodução da violência, quase sempre associada ao mundo das drogas. Os resultados das táticas repressivas de combate às drogas se refletem nas estatísticas dos presídios superlotados e nas altas taxas de mortalidade de suas vítimas preferidas: os usuários negros e pobres oriundos das periferias. Paradoxalmente, em nome do combate às drogas, as medidas repressivas têm provocado mais prejuízos e perdas humanas do que o próprio efeito deletério das drogas.

Segundo Rodrigues (2002), a unanimidade em torno da urgência de se combater o tráfico de drogas no continente americano está amparada em lastros morais e saberes

médico-sanitaristas. Historicamente, as políticas voltadas para usuários de drogas, no plano jurídico, baseiam-se no modelo de tribunais norte-americanos, cuja idéia central é de que os consumidores, como pena, ficam obrigados a tratar sua suposta doença, a qual é diagnosticada, na maior parte dos casos, por uma autoridade jurídica. O descumprimento dessa obrigação implica uma punição legal mais severa e gera o modelo de tratamento compulsório em que os usuários passam a ser vistos tanto como doentes quanto como criminosos (BRAVO, 2007).

Bucher (2007) aponta que as visões sobre prevenção, assim como as intervenções na área do uso de drogas, são marcadas por duas concepções diametralmente opostas. Tais concepções resultam de éticas diferentes sobre o papel das drogas na sociedade, e também sobre a vida social em si, do ser humano, da visão de homem. A primeira avalia as drogas como um mal “externo” à sociedade, trazidas por traficantes e produtores. Na segunda concepção, as drogas não são trazidas de fora, mas representam um mal inerente à sociedade, secretado por ela devido a desequilíbrios, tornando-se válvula de escape para sustentar tensões intoleráveis. As drogas, dessa forma, vestem a carapuça de bode expiatório moderno, passando a representar novo “mal-estar na cultura”, caminhando ao lado da marginalização social.

2. Drogas, adolescentes e violência

É comum associar a juventude à violência. Os jovens mantêm com a violência uma relação contraditória, oscilando entre a posição de vítima e a de agressores. Compreender essa relação é crucial para a elaboração de estratégias eficazes de intervenção, que alcancem o objetivo de proteção e prevenção. Ao mesmo tempo, crescem as discussões sobre a violência juvenil e o questionamento sobre as possíveis soluções para a mesma aponta para o

caminho da simplificação e do retrocesso, no qual propostas de penas mais duras e de redução da idade penal ganham adesão. Por outro lado, poucas são as iniciativas de médio e longo prazo que contribuem para resgatá-los, educá-los e implementar suas condições de cidadania, ao enfrentarem proativamente as condições de risco e vulnerabilidade em que vivem.

Essa estreita e intrincada relação entre as drogas e o fenômeno da violência se observa principalmente em contextos comunitários de pobreza e que envolvem o tráfico. Sabemos que, em face da omissão do Estado e da carência de políticas sociais orientadas para a profissionalização e inserção profissional do jovem, o tráfico de drogas converte-se em importante fator da economia local das comunidades de baixa renda. Entretanto, o fenômeno da violência revela-se mais complexo e sua compreensão envolve outros elementos, que analisaremos a seguir, com base nos resultados do Mapa da Violência apontado pela Unesco (WASELFISZ, 2004):

- Os avanços da violência homicida no Brasil são explicados exclusivamente pelo aumento dos homicídios contra a juventude.

- Hoje, aproximadamente 40% das mortes de jovens devem-se a homicídios, enquanto na população não-jovem essa proporção é de 3,3%. No Rio de Janeiro, Espírito Santo e Pernambuco, essa proporção ultrapassa 50%.

- Os homicídios vitimam fundamentalmente a população de sexo masculino (93%) e de raça negra.

- Nos finais de semana, os homicídios aumentam dois terços em relação aos dias de semana.

- Os homicídios vêm crescendo mais rapidamente no interior dos estados do que nas capitais ou regiões metropolitanas.

Esses dados evidenciam que, entre os jovens, o direito à vida se encontra em risco e necessita de atenção especial, já que a juventude está sendo desperdiçada

em conseqüência da violência que a atinge. Indicam também que esse problema, que há tempos era exclusivo dos grandes centros urbanos, talvez em decorrência do incremento das políticas de segurança pública, começa a migrar para as pequenas cidades do interior do país. Nesse contexto, o lazer passa a constituir fonte de risco, demonstrado pelo aumento das mortes nos fins de semana.

O fenômeno endêmico de mortalidade de juvenil revela um quadro desolador, que mantém nossos jovens sob constante ameaça, fazendo com que se alternem nos papéis de vítimas e de algozes, situação que necessita ser imediatamente revertida. É preciso vencer o silêncio, a apatia, a falta de perspectiva, a ausência de projeto de futuro e a resignação ante a tamanha barbárie, que compromete o projeto de futuro de um país cuja população ainda é constituída predominantemente de jovens.

De acordo com Sudbrack e Conceição (2005), associar drogas à violência é uma das formas mais comuns de abordar e justificar ambos os problemas nos dias atuais, o que escamoteia as especificidades de cada problema e contribui sobremaneira para a construção da violência. Frequentemente essa associação é feita de forma linear e parcial, resultando no aumento das demandas por políticas repressivas de segurança e de controle em detrimento das políticas de saúde, assistência e educação. Na realidade, poucas vezes se considera o fenômeno das drogas em sua amplitude e complexidade: ou se cai em alguma forma de reducionismo sociológico, abordando-se a relação violência-tráfico como fenômeno social, ou se peca pelo reducionismo individualista da questão, que passa a ser abordada como a doença dos dependentes de drogas. Segundo as autoras, quando se inclui a participação dos usuários na construção do fenômeno, essa participação se reduz a perspectivas que reforçam a relação supostamente linear entre violência e pobreza, com destaque para o papel

da população juvenil na reprodução do fenômeno, considerada a população mais exposta e atuante no sistema de distribuição de drogas. Essas concepções traduzem-se em posicionamentos tais como:

- Eles (os jovens) são pobres e não têm do que sobreviver - justificando a inserção no tráfico pelas condições de pobreza.

- Eles (os jovens) são infelizes e precisam de drogas para se alienarem - justificando o consumo por uma demanda de alívio do sofrimento gerado pela condição de exclusão social.

- Eles (os jovens) são violentos por natureza e em virtude de falhas na educação familiar - justificando a marginalização em função de falhas na família.

- Matam porque não dão valor à vida - justificando as práticas de violência como aventuras em busca de se expor às situações de risco.

- Matam e morrem sob o efeito descontrolado das drogas - justificando os homicídios pela supressão de consciência decorrente das drogas, que privam a pessoa de auto-controle.

Mesmo considerando o aumento no que diz respeito às estatísticas de crimes ligados aos efeitos das drogas, não podemos esquecer o contexto mais amplo em que a criminalidade ocorre, sob o risco de incorrerem em diferentes formas de reducionismo. Fatores como violência, tráfico e consumo de drogas se apresentam numa relação estreita e impossível de ser separada, sobretudo nas camadas mais pobres da população. Em função disso, o desenvolvimento de ações sistêmicas em relação ao abuso de drogas torna-se ineficaz sem o amplo envolvimento e comprometimento da comunidade.

3. Onda jovem no Brasil

Como tem sido constatado em estudos anteriores (Conceição & Oliveira, no prelo), a partir da década de 1980, a sociedade brasileira empreendeu grandes esforços na

consolidação de políticas públicas voltadas à redução da mortalidade na primeira infância. Doenças como a poliomielite e grande parte das viroses infantis foram erradicadas. Um importante trabalho de saúde da família foi desenvolvido nas diferentes regiões do país para reduzir as mortes por desidratação, problemas da água e baixa qualidade nutricional. Essas ações, aliadas à universalização da educação básica (em 1996 alcançou-se o recorde brasileiro de matrículas escolares, com 96% das crianças em idade escolar na escola), contribuíram para que o Brasil, durante a década de 1990, alcançasse a chamada *onda jovem*.

Esse fenômeno ocorre quando certo país atinge, como resultado do aumento da qualidade e expectativa de vida, um ponto ótimo na relação entre população jovem e idosa, de tal forma que a economia nacional pode contar com um número expressivo de trabalhadores jovens, bem qualificados e de mais baixa remuneração que os profissionais mais experientes, quando a geração anterior ainda se encontra em idade produtiva, o que dispensa altos investimentos em previdência social.

Diferentemente de outros países, como os chamados tigres asiáticos, cujo acelerado desenvolvimento econômico se deu em função da gestão adequada da *onda jovem*, no Brasil deixamos de aproveitar essa oportunidade, não apenas em decorrência da falta de postos de trabalho para o jovem, fruto da economia recessiva, mas também por estarmos perdendo uma parte de nossos jovens pelo acirramento da violência e das práticas de risco, que não conseguimos evitar.

Esperamos ver esse quadro alterado com as recentes ações de valorização da juventude implementadas nos últimos anos. As propostas aprovadas pela IV Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2002) se resumem no “Pacto pela Paz”, que envolve uma agenda de enfrentamento da violência, da qual crianças e adolescentes são considerados as maiores vítimas.

Entre as ações, encontramos o Estatuto da Juventude, discutido em 2004 na Comissão Especial de Políticas Públicas para a Juventude da Câmara dos Deputados. Esse Estatuto, que tem o objetivo de propor e acompanhar a consolidação de políticas nas áreas de saúde, educação, trabalho e justiça, entre outras, foi o ponto de partida para a construção da Política Nacional da Juventude.

A prioridade dada às questões da juventude pelo Governo brasileiro teve como marco importante o ano de 2005, quando foram criados simultaneamente a Secretaria Nacional da Juventude, o Conselho Nacional da Juventude e o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem), em atenção à Política Nacional da Juventude.

O ProJovem trata de forma integrada e criativa temas como escolaridade, profissionalização e cidadania. Esse programa tem por objetivo ampliar o acesso e a permanência na escola, a erradicação do analfabetismo, geração de emprego e renda; promoção dos direitos humanos e estímulo à participação social do jovem. Já está implantado em todas as capitais e no Distrito Federal, além de 34 cidades metropolitanas, atendendo mais de 163 mil jovens.

Outros exemplos de políticas públicas para a juventude em realização, em ações paritárias de governo e sociedade, são: os Consórcios Sociais de Juventude, o ProUni, o Soldado Cidadão, o Pontos de Cultura, o Rondon, o Nossa Primeira Terra e o Escola de Fábrica.

Entre eles, destacamos o ProUni, que busca retirar o Brasil da posição que ocupa como país da América Latina com menor número de jovens de 18 a 24 anos cursando o ensino superior. Esse é o maior programa de bolsas de estudo da história da educação brasileira, que objetiva possibilitar o acesso de jovens de baixa renda à universidade.

Outro marco significativo da atenção à juventude e do reconhecimento de seu importante papel na transformação da realidade social brasileira foi a retomada do

Projeto Rondon. O Rondon recruta jovens nas universidades para que desenvolvam, durante as férias universitárias, trabalhos em vários estados do Brasil, nas suas áreas de estudo. Assim, a juventude brasileira é levada a conhecer a realidade do país e tem a oportunidade de contribuir para o desenvolvimento social e econômico.

Agora, o Governo Federal quer ampliar o diálogo internacional na área de juventude. Recentemente foi assinada pela Presidência a proposta de adesão do Brasil como membro pleno na Organização Iberoamericana de Juventude (OIJ), o que compromete ainda mais nosso país com as políticas em desenvolvimento para a área.

4. O papel das redes sociais na proteção

A comunidade tem um papel fundamental na proteção de crianças, adolescentes e jovens contra o envolvimento com drogas e outros comportamentos de risco. Em primeiro lugar, a escola deve ter papel protagônico entre as ações preventivas e interventivas em relação às drogas. A escola deve constituir também um espaço privilegiado de acolhimento ao adolescente, especialmente em situações de crise como as que acompanham o abuso de drogas, nas quais ele deve se sentir seguro e confiante de buscar apoio e proteção no ambiente escolar. Ademais, as iniciativas recomendadas para aumentar os fatores de proteção devem aproveitar os recursos disponíveis na comunidade, considerando as características socioculturais de seus respectivos contextos e ativando outras redes de apoio social. Ao mesmo tempo, dadas as peculiaridades locais, todas as iniciativas devem ser norteadas pelo princípio da criatividade e do aproveitamento do potencial inovador, tanto dos jovens quanto das diferentes esferas comunitárias. As ações implementadas devem ainda contribuir para o desenvolvimento comunitário, aumentando a auto-estima da comunidade e comprometendo o jovem na perspectiva de

transformação social de seu meio imediato (ROLDAN, 2001). Algumas ações nessa direção podem ser:

- Oportunidades de estudo, trabalho e de inserção sociopolítica que possibilitem ao jovem concretizar um projeto de vida e intervir nas ações e programas que lhes dizem respeito;

- Controle efetivo do comércio de drogas legais e ilegais, aliado às ações educativas e ao aprimoramento dos canais de reflexão quanto ao significado e função do uso de drogas pelos jovens e sua relação com outros comportamentos transgressivos;

- Incentivos ao envolvimento dos jovens em serviços comunitários;

- Realização de campanhas e ações que promovam o cumprimento das normas e leis pelos jovens;

- Implementação de espaços de reflexão crítica sobre o papel das mídias na construção de valores em torno do consumo, do prazer e da competição, entre outras.

Compreendendo a drogadição como um sintoma, que revela sobre disfunções entre subsistemas da pessoa, da família e da sociedade, e não como uma doença em si mesma, consideramos que a demanda desses jovens às drogas representa um movimento de busca de solução para as tantas dificuldades vividas em sua condição de vida, caracterizada por diferentes formas de exclusão. Nem sequer em contextos caracterizados por condições adequadas e dignas de vida é possível considerar, *a priori*, a demanda de drogas exclusivamente do ponto de vista da busca do prazer, sendo necessário buscar compreender outras motivações potencialmente presentes. Quando se trata de adolescentes de baixa renda, em especial, o consumo de drogas, além de também atender às demandas típicas dos processos de desenvolvimento da adolescência (curiosidade, aventura, afirmação perante os pares), parece representar uma busca de alívio diante de formas de sofrimento psíquico já fortemente instaladas em suas vidas: baixa auto-estima, insucesso na

escola, fracassos reiterados nas tentativas de ascensão social, conflitos nas relações familiares, falta de apoio e compreensão dos pais de suas necessidades adolescentes. Tais dificuldades vêm agravar as angústias naturais em relação ao futuro, às tarefas sociais e às suas responsabilidades como membros de uma comunidade.

Assim, as especificidades da relação entre risco social e uso abusivo de drogas nos solicita uma reflexão consistente sobre como, historicamente, a sociedade brasileira tem considerado o adolescente usuário de drogas. A compreensão sobre o fenômeno do consumo de drogas esteve, por muito tempo, limitada a uma relação linear do tipo causa e efeito e se negligenciou a complexidade das relações envolvidas no fenômeno. Essa perspectiva identifica, nos fenômenos relacionados com o uso de drogas, uma trama complexa de fatores, que se estende além do usuário e da droga (SUDBRACK; SEIDL; SILVA, 2003).

5. Políticas e legislação atual sobre drogas

No Brasil, a referência teórica e prática em que se baseia a implementação de políticas públicas relacionadas ao uso de drogas é o modelo das políticas de redução de danos. A proposta de redução de danos tem como princípio aliar os interesses da sociedade aos do usuário abusivo. As ações têm por ponto de partida o desconforto do próprio usuário com sua condição de dependência e objetivam apóia-lo no processo de reduzir o consumo e substituir a droga por outras de menor dano e menor potencial de indução de dependência, até a completa superação da dependência, se for o caso. A redução de danos supõe não só uma forma diferenciada de abordagem terapêutica, quando comparada às tradicionais, como também concede um *status* jurídico e político diferente para os usuários de drogas e para a comunidade, a quem se destina um lugar de protagonistas do planejamento e execução de medidas,

caracterizando-os como sujeitos de direitos e opinião.

Alinhada com a perspectiva da redução de danos, que hoje domina a reflexão internacional sobre a abordagem do uso abusivo de drogas, e que está presente no artigo 196 da Constituição Brasileira, a Política Nacional Anti-Drogas/2005 (PNAD) está comprometida com a promoção de uma sociedade protegida do uso abusivo de drogas, lícitas e ilícitas. Tem como pressupostos fundamentais: a) a clara distinção entre, de um lado, as diferentes categorias de usuários e, de outro, o traficante; b) a prioridade da prevenção sobre a repressão; c) a realização de ações coordenadas e integradas entre os diferentes órgãos e setores da sociedade, no desenvolvimento de estratégias de enfrentamento e superação dos problemas sociais decorrentes do tráfico e do consumo de drogas ilícitas; d) o desenvolvimento de uma base de dados acadêmico-científicos, que aglutine os resultados já alcançados pela experiência brasileira e internacional, nas ações orientadas à prevenção, acompanhamento e repressão do uso abusivo de drogas.

As diretrizes de ação da PNAD-2005 dividem-se em cinco eixos de intervenção, em face da problemática do uso abusivo de drogas: prevenção; tratamento, recuperação e reinserção social; redução de danos sociais e à saúde; redução da oferta; e estudos, pesquisas e avaliações.

Outro recente dispositivo jurídico importante de ser destacado é a nova lei de drogas (Lei 11.343/2006). Esta lei prevê a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal, o que não significa, em absoluto, a sua legalização. Em outras palavras, o porte de drogas para consumo pessoal perdeu seu caráter de "crime", mas continua sendo uma infração para a qual, portanto, cabe a aplicação de outras sanções, que não mais a pena de prisão. Desse modo, do ponto de vista legal, o usuário já não pode ser chamado de "criminoso". A utilização de tal rótulo, além de contrariar a nova lei

e expressar grave preconceito, também invalida qualquer preocupação preventiva e não-punitiva em relação ao usuário.

Assim, ao se considerar a questão das drogas, é importante diferenciar o usuário do traficante. O usuário é a pessoa que adquire a droga para consumo próprio, seja por dependência química, ou não. O traficante é aquele que produz ou comercializa drogas ilícitas. Para a Justiça determinar se a droga destina-se ao consumo pessoal, é necessário analisar a quantidade da substância, as condições da apreensão e as circunstâncias sociais e pessoais do portador.

A legislação brasileira anterior sobre drogas, datada da década de 1970, não fazia a diferenciação entre traficantes, usuários e dependentes, para efeitos criminais. A nova Política Nacional sobre Drogas (PNAD-2005) e demais legislações têm gerado uma mudança de paradigma na abordagem daqueles caracterizados como meros usuários ou dependentes. Em lugar da pena de prisão, serão submetidos a penas alternativas e encaminhados a tratamento médico gratuito, não compulsório. Nesse aspecto, as propostas da Organização Mundial da Saúde – OMS e as políticas públicas brasileiras convergem, ao passarem a tratar o dependente como “doente” e não como “delinqüente”. Assim, os usuários e dependentes de drogas, que foram outrora tratados como bandidos, passam a ser considerados pessoas que precisam de ajuda ou orientação.

Embora a nova abordagem contribua para uma visão mais humanitária dessas pessoas, é importante salientar que as concepções da sociedade sobre os usuários de drogas ilícitas pouco se alteraram e se continua a considerá-los como criminosos, moralmente desajustados, cúmplices e financiadores do crime de tráfico de drogas. É interessante notar que essas concepções expressam, no mínimo, um posicionamento social moralmente ambíguo, numa cultura em que as drogas lícitas são tão franca-

mente toleradas e seu consumo é parte integrante e importante das festividades e do lazer. Para um grande segmento dos adolescentes atuais, da forma como se representam e organizam seus diferentes sistemas de atividades e redes de socialização, as drogas lícitas e ilícitas fazem parte de diferentes esferas da vida social, de comemorações, de sua inserção no grupo. Em geral, o adolescente que consome drogas tem resistência em admitir que essa prática pode lhe causar problemas, gerar dependência, o que dificulta a abordagem da questão e a mudança comportamental. Além disso, a grande carga de preconceito social em torno do usuário contribui para reforçar a clandestinidade em que se inserem as práticas de consumo, além de levá-lo a isolar de sua identidade social pública, os aspectos relativos à relação com as drogas ilícitas. Como efeito, nossa compreensão mais global do fenômeno e as possibilidades de intervenção efetiva se tornam limitadas.

É preciso cultivar valores de solidariedade, tolerância e respeito na construção da cidadania plena. Os caminhos que se delineiam são os de promover políticas e estratégias que estimulem a inserção e um papel protagônico para os jovens, que se articulem esforços e iniciativas do setor público (federal, estadual e municipal), da esfera privada, das organizações não-governamentais e dos próprios jovens. É preciso promover o conhecimento, a revalorização e o fortalecimento de nossos jovens, tornando-os agentes de processos intencionais orientados para a construção de novas rotas de desenvolvimento humano e inserção social, mediadas por outros valores sociais, mais éticos, responsáveis e comprometidos com a saúde.

Referências

BRASIL. Conferência Nacional da Juventude. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www.conferenciadejuventude.com.br/index.asp?opcao=gruposdiscussao>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Programa primeiro emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/programas/primeiroemprego/conteudo/programa.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

_____. Política Nacional da Juventude. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sec_geral/Juventude/pol/pol_juventude/integra_view>. Acesso em: 10 fev. 2007.

_____. Política Nacional sobre Drogas (PNAD). Disponível em: <<http://www.senad.gov.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

BRASIL. *Relatório preliminar da comissão especial destinada a acompanhar e estudar propostas de políticas públicas para a juventude*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

BRAVO, O. A. *Tribunales terapéuticos: vigilar, castigar y/o curar*. *Psicologia e Sociedade*, 14(2), 148-162, 2002.

BUCHER, R. *A ética da prevenção*. In: *Psicologia: teoria e pesquisa*. v.23. Brasília: spe, 2007.

CARVALHO, S. *A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CONCEIÇÃO, M. I. G. ; OLIVEIRA, M. C. S. L. *A criança e o adolescente face à legislação e à política nacional sobre drogas*. (no prelo).

GALDURÓZ, J.C. ; NOTO, A. R.; CARLINI, E. A. *IV Levantamento sobre o uso de drogas entre estudantes de 1º e 2º graus em 10 capitais brasileiras – 1997*. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID. São Paulo: Escola Paulista de Medicina, 1997.

RODRIGUES, T. M. S. *A infindável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente*. *São Paulo em Perspectiva*. 16(2), 2002, p. 102-111.

ROLDÁN, C. *Adicciones: un nuevo desafio*. In: BURAK, S. D. *Adolescencia y Juventud em América Latina*. Cartago: Libro Universitario Regional. 2001.

SUDBRACK, M. F. O. *Drogas e complexidade: do caos à transformação*. In: BRASIL/SENAD/MEC (Org.). *Curso de prevenção do uso de drogas para educadores de escolas públicas*. 1. ed. Universidade de Brasília, 2006.

SUDBRACK, M. F. O. ; CONCEIÇÃO, M. I. G. ; SELDL, E. ; SILVA, M. T. (Orgs.). *Adolescentes e drogas no contexto da Justiça*. Brasília: Plano, 2003.

SUDBRACK, M. F. O. ; CONCEIÇÃO, M. I. G. *Jovens e violência: vítimas e/ou algozes?* In: L. F Costa & T. M. C. Almeida (Orgs.). *Violência no cotidiano: do risco à proteção*. Brasília: Universa, Liber Livro. 2005.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência IV: os jovens do Brasil*. In: *Unesco no Brasil*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001351/135104porb.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

Os valores em Miguel Reale

Alexandre Marques da Silva Martins

Sumário

1. Introdução. 2. O valor na teoria dos objetos. 3. Características do valor. 4. Historicismo axiológico. 5. Personalismo axiológico. 6. Tridimensionalismo jurídico. 7. Nomogênese jurídica. 8. Conclusões.

1. Introdução

O escopo do presente trabalho é o de perscrutar os valores em Miguel Reale. O falecido mestre desenvolveu a sua própria teoria dos valores, que culminou por ser a base de seu entendimento do direito, bem como – de certa maneira – de sua visão de mundo. Inicialmente, pretende-se situar os valores na teoria dos objetos e apresentar as suas principais características. Em seguida, investigar-se-á o denominado historicismo axiológico de Reale, que expõe o modo como esse jusfilósofo entendia as relações entre valores, história e cultura. Após, será analisado o personalismo axiológico, que legitima, em último plano, a teoria dos valores realeana, que considera a pessoa como valor fonte de todos os demais valores. Compreendido como o valor se expressava em Reale, será abordado o seu tridimensionalismo jurídico, que expõe como fato, valor e norma se correlacionam. Ato contínuo, discorrer-se-á sobre a nomogênese jurídica, que é o instituto que demonstra o nascedouro de uma norma. Por fim, serão

Alexandre Marques da Silva Martins é Procurador da Fazenda Nacional lotado em Bauru/SP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP e em Integração Econômica e Direito Internacional, Fiscal pela FGV/RJ.

consignadas as observações conclusivas deste trabalho.

2. O valor na teoria dos objetos

Antes de se estudar as características do valor com mais detalhes, é preciso saber onde se situa o valor na realidade do conhecimento. Daí a importância da teoria dos objetos.

É possível entender a teoria dos objetos como o estudo da natureza de algo que é passível de ser colocado como objeto do conhecimento. Como obtempera Reale em seu *Filosofia do Direito*, geralmente tem-se uma percepção assaz pequena da realidade humana. Muitas vezes, considera-se como real somente aquilo que está imediatamente diante de nossos sentidos. Aquilo que pode ser alvo de conhecimento é bem mais abrangente, contudo.

Pode-se principiar citando os objetos físicos, que são aqueles que sempre fazem referência ao espaço e ao tempo. Imagine-se um automóvel: ao se pensar, pode-se dispensar algumas qualidades do automóvel, tais como cor ou resistência, mas jamais se pode evitar de pensar na sua extensão e na sua duração. Como corpo físico que é, o automóvel terá as suas medidas ou extensão, bem como, durante a sua vida útil, fará referência ao tempo.

Por outro lado, há os objetos psíquicos. O ser humano, por suas qualidades próprias, possui toda uma série de sentimentos como paixão, raiva, amor, angústia, piedade etc. Essas sensações, que circulam no espírito humano, ao contrário dos bens físicos, dizem respeito tão-somente ao tempo. Esses sentimentos todos existem apenas enquanto duram na consciência do homem.

Os objetos físicos e os psíquicos são espécies dos denominados bens naturais. Aquilo que eles têm em comum a ponto de serem classificados num mesmo grupo é o princípio da causalidade. Com efeito, é esse princípio “que nos possibilita atingir

e explicar os *objetos naturais*, quer físicos, quer psíquicos, porque se distinguem como fenômenos que se processam, em geral, segundo nexos constantes de antecedente a conseqüente. Todos os objetos nesse domínio são suscetíveis de verificação experimental, segundo pressupostos metódicos ‘não teleológicos’, pois os processos finalísticos tornariam impossíveis a Física e a Psicologia como ciências positivas” (REALE, 2002, p. 179).

Diferentemente dos objetos naturais, há aqueles que não fazem referência nem a espaço nem a tempo. São os objetos ideais. São entidades abstratas, que existem enquanto pensadas pelo homem. A matemática e a lógica são as ciências que cuidam desses entes formais. Um quadrado, um número complexo ou um silogismo são entidades abstratas que, para existir, independem de duração no tempo (como um sentimento de frustração) ou de extensão (como uma cadeira). Estão na mente humana. Melhor ilustrando: mesmo que um professor de matemática, por exemplo, deixe de pensar em um número de uma equação por alguns dias, quando ele voltar a pensar nessa equação, o dito número lá estará, como sempre, diferentemente de algum sentimento que esse mesmo professor tenha experimentado em sua mente, pois esse sentimento jamais retornará, tendo deixado de existir simplesmente quando o professor o dissipou de sua consciência. Podem alguns confundir o objeto ideal com a sua representação gráfica: um triângulo na mente de um físico é representado quando este físico o utiliza num gráfico. A representação dessa figura geométrica não é ideal, mas física.

Prosseguindo na investigação da teoria dos objetos, o valor é tido por Reale como uma realidade autônoma. E nisso consiste uma grande inovação realeana. Embora também seja desprovido de espacialidade e temporalidade como o objeto ideal, o valor possui uma característica bem peculiar: ele só pode ser considerado a partir de alguma coisa existente anteriormente, qual seja, das

coisas valiosas. Outra diferença digna de nota é que o objeto ideal pode ser quantificável, já o valor não. Pode-se imaginar três circunferências, mas não se pode afirmar que “o Davi de Miguel Ângelo valha cinco ou dez vezes mais que o Davi de Bernini. A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois, de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma *impossibilidade absoluta de mensuração*” (REALE, 2002, p. 187). Reale admite que se possa, por meios indiretos, medir o valor quando se quer, à guisa de exemplo, saber o preço de uma estátua ou de um instrumento musical; porém, tal mensuração seria, segundo ele, simples parâmetro para tornar nosso cotidiano mais pragmático.

O valor, consoante Reale, é insuscetível de definição. Isso decorre do fato de que tanto o ser como o valer são duas categorias fundamentais do homem perante a realidade. Se tenho um automóvel antigo cheio de defeitos, ao olhá-lo, a realidade enuncia-me todas as qualidades que o meu veículo possui, principalmente os defeitos. Esse é o mundo do ser. Todavia, se sonho em ter meu automóvel repintado, com assentos novos e motor consertado, isso pertence ao mundo do dever-ser. E aqui se vislumbra a autonomia do valor como expressão do dever-ser. Ao imaginar ter um veículo melhor, faço um juízo de valor, ou seja, imagino como algo deveria ser. Disso deflui que, à luz do entendimento realeano, tanto o ser como o valor são indefiníveis. O máximo que se pode afirmar, como faz Reale, é que “ser é o que é” e que “valor é o que vale”. Na verdade, a realidade resume-se a juízos sobre o ser ou juízos de valor. Outras alegações do tipo “o homem transforma-se na sociedade” sempre consistirão num daqueles dois juízos. “Transformar-se na sociedade” significa o ser evoluindo na escala temporal.

Finalmente, objetos complexos são os objetos culturais, que representam “uma

forma de integração de ser e dever ser”. Reale aduz que tais objetos “são enquanto *devem ser*”. Vê-se, assim, que “trata-se de realidades cujo ser é entendido sempre sob o prisma de algum valor. Por essa razão, seu ser não é acessível apenas do plano do ser, mas do dever-ser que os julga, sempre, como objetos valiosos” (GARCÍA, 1999, p. 19). Nessa linha de pensamento, a cultura integra o mundo do ser e o mundo do dever-ser. Ver-se-á, logo mais, que, para Reale, a cultura é tida como forma integrativa daquilo que é natural à esfera dos valores, de sorte que, sem a mesma, a natureza careceria de significado e o valor seria inconcebível.

Compreendido como o valor situa-se na teoria dos objetos, cumpre passar-se à análise das suas características, que igualmente receberam tratamento inovador do saudoso mestre.

3. Características do valor

A primeira característica básica do valor é a bipolaridade. Isso quer dizer que todo valor tem um desvalor que lhe contrapõe. É como se o valor fosse uma pessoa que, diante de um espelho, ver-se-ia de cabeça para baixo. O desvalor é a antítese do valor. Dessa maneira, há o bom e o mau; o bonito e o feio; o certo e o incerto. Disso decorre que, para que um valor possua sentido, é mister que se exija, concomitantemente, o sentido de seu desvalor. Verificam-se, então, valores positivos e negativos em permanente conflito numa dialética de complementaridade¹.

¹ Nesta quadra, insta frisar que um instituto fundamental para que se compreenda bem o pensamento de Reale (1994), notadamente o seu tridimensionalismo concreto e dinâmico, é a dialética de complementaridade. Quando se discorrer, mais adiante, como se processa a nomogênese jurídica, ver-se-á que um complexo de valores incide sobre um complexo de fatos sociais. Na discussão legislativa, somente um ou alguns desses valores acabam prevalecendo. Com a dialética de complementaridade empregada por Reale, resta mais nítido que fato e valor estão em permanente tensão. Ambos fazem parte da realidade jurídica,

A seara jurídica é particularmente fecunda para o estudo da bipolaridade dos valores. Todo o ordenamento jurídico funda-se em valores que pretende ver tutelados, isto é, protegidos. Com efeito, pode-se asseverar que, para o lícito, existe o ilícito. Essa dialeticidade está presente tanto no plano do direito material como no do direito adjetivo. No Código Penal, em contraposição ao valor vida, há o desvalor morte. No processo penal, há um autor e um réu, cada qual defendendo interesses conflitantes: o autor pretendendo a condenação do réu e este a sua inocência. Reale vai ainda mais longe, sustentando que o motivo da existência do direito repousa na possibilidade de desrespeito aos valores que a sociedade reputa como indispensáveis à harmonia coletiva.

Implicação recíproca é outra nota do valor, na medida em que nenhum valor é concretizado sem ter interferência, ainda que indireta, na concretização de outros valores. A eventual proibição do porte de arma por civis, por exemplo, poderia servir para assegurar o valor paz. Sucede que a paz asseguraria, também, o valor segurança, e assim por diante. Destarte, pode-se asseverar que há verdadeira solidariedade entre os valores.

Da bipolaridade e implicação recíproca decorre a referibilidade. Quando uma

cada um exercendo seu papel. Por cumprirem papéis opostos, poderia haver um suposto entendimento de que fato e valor se excluiriam na trama jurídica. Entrementes, no novo enfoque preconizado por Reale, os dois elementos da relação, antes de se mutilarem, implicam-se, mas sem deixar a tensão ou conflito entre ambos de lado. Consoante Miguel Reale, em se cuidando da dialética em comento, "dá-se a implicação dos opostos na medida em que se desoculta e se revela a aparência da contradição, sem que com este desocultamento os termos cessem de ser contrários, cada qual idêntico a si mesmo e ambos em mútua e necessária correlação. É sobretudo no mundo dos valores e da *praxis* que mais se evidencia a existência de certos aspectos da realidade humana que não podem ser determinados sem serem referidos a outros aspectos distintos, funcionais, ou até mesmo opostos, mas ainda assim essencialmente complementares" (REALE, 1994, p. 72).

pessoa toma partido acerca de um valor, ela está se inclinando numa dada direção ou fim. Aquele valor que ela adota como sendo o mais apropriado em determinada situação implica um sentido, uma referência. O valor, por assim dizer, atua como verdadeiro vetor, como se fosse uma bússola apontando para uma direção.

Outra característica do valor é a preferibilidade. Situando-se o valor no plano do dever-ser, ele enuncia como algo, em tese, teria de ser. Por outro lado, o ser humano é um ser livre, ou seja, tem a possibilidade de escolher este ou aquele caminho numa determinada situação. A liberdade do ser humano – como bem realçado por Reale na vastidão de sua obra – é fundamental para o seu desenvolvimento. Nota-se, pois, a íntima relação entre valor e liberdade, já que, em razão de ser livre, o indivíduo pode escolher aquilo que lhe mais aprouver. Nessa quadra, importante salientar que a preferibilidade explica como uma sociedade, numa dada época, tem certo entendimento do mundo e da vida, dependendo do modo como os seus valores são classificados, permitindo, assim, uma hierarquia axiológica.

Outro ponto digno de menção é a objetividade dos valores. É sabido que os valores, como expressão do dever-ser, refletem o protótipo de perfectibilidade que as coisas deveriam ter. A vida do ser humano, por seu turno, inspira-se nessa idéia de perfectibilidade. A consequência disso é que os valores acabam por ter reflexo em criações e concretizações da civilização humana. Tal se dá mediante os objetos culturais (pesquisados linhas acima). Em outras palavras: os valores, realizando-se profundamente, irradiam-se no evoluir do mundo histórico-cultural.

Historicidade é a característica por excelência na teoria dos valores de Miguel Reale. Nesse diapasão, o valor não pode ser compreendido como uma realidade estanque, divorciada do desenrolar histórico-cultural do ser humano. Nas diversas

civilizações, o modo de percepção da vida e dos costumes baseava-se numa tábua de valores. Sobre o que era tido como dado, ou seja, sobre a natureza, o indivíduo possuía um leque de opções valorativas. Escolhendo uma delas, dirigia-se a um fim. Vislumbra-se, então, que os valores são históricos, decorrentes das diversas condutas estimativas do ser humano sobre aquilo que era tido como já dado. Segundo Reale, o liame entre história e valor é tão intenso que seus estudos acabaram por desaguar no “historicismo axiológico”, que é o nome de sua teoria axiológica.

Realizabilidade e inexauribilidade são as duas últimas principais notas dos valores. Por realizabilidade pode-se entender a concretização dos valores nas passagens histórico-culturais. Tido como aquilo que deve ser, o valor acaba influenciando a experiência humana, traduzindo-se, direta ou indiretamente, em atos da atividade histórico-cultural. Vê-se, pois, que entre o valor e a realidade há estreita ligação. Entrementes, quando um valor realiza-se no evoluir de um ciclo civilizatório, ele não se esgota. Daí advém a inexauribilidade axiológica. Equivale asseverar que, embora um valor possa se transformar em uma porção da realidade, ele não se resume a esta, tampouco pode coincidir *in totum* com ela. Destarte, verifica-se que o valor atualiza-se constantemente, jamais se concretizando em definitivo. O valor está sempre procurando superar a realidade, sob pena de se tornar estático e, via de consequência, deficiente. Inevitável concluir, portanto, que valor e realidade estão envolvidos numa dialética de complementaridade.

4. Historicismo axiológico

Por historicismo axiológico pode-se entender o modo como Reale interpretava a axiologia e a cultura, que, no fundo, explicam como o citado filósofo fundamentava a sua conceituação de direito. A expressão “historicismo axiológico” foi pioneiramente

utilizada pelo jusfilósofo italiano Luigi Bagnolini, que traduziu para o idioma italiano o livro *Filosofia do Direito* de Reale em 1956, para explicitar o pensamento filosófico do falecido mestre.

O historicismo axiológico implica a vital correlação entre os institutos da axiologia, história e cultura em termos de dialética de complementaridade. Nesse ponto, útil consignar que cultura deve ser compreendida como a realidade humana constituída pela pessoa no transcorrer da história. Além disso, aduza-se a forte influência da história no pensamento realeano, conforme se pode observar nas palavras do grande jusfilósofo: “é por essa razão que o nosso historicismo, o historicismo reclamado pelas perplexidades e pelos desenganos do homem contemporâneo, não se resolve nos graus sucessivos de um processo unitário, nem mesmo na ‘totalidade do processo histórico’, mas se funda antes na historicidade originária do homem e de suas alteridades” (REALE, 1994, p. 137-138).

Na análise do liame entre axiologia e história, percebe-se que o valor possui objetividade, conforme acima mencionado. Manifestando-se na concretização do mundo histórico-cultural, os valores não têm a sua existência voltada para si, mas para os indivíduos. Entretanto, disso não se pode inferir que “os valores só valham por se referirem a um sujeito concreto ou individual, posto como sua medida ou razão de ser, porque, embora seja verdade que se referem sempre à subjetividade, ela deve ser entendida como a humanidade em geral, ou seja, como ‘sujeito universal de estimativa’. Assim, não se reduz às vivências preferenciais desse ou daquele indivíduo concreto, mas às interpretações sobre a realidade que dominaram cada fase ou época histórica, que serão denominadas ‘civilizações’ com suas ‘constelações axiológicas’ correspondentes” (GARCÍA, 1999, p. 47-48).

Sucedem que nem toda valoração ou preferência subjetiva acaba por se transformar

no “complexo de valores” de cada civilização. Para que isso ocorra, é preciso que a valoração em comento esteja revestida de significação, isto é, que protagonize uma função de relevo na história.

Fenômeno complexo é o de escolha axiológica, ou, em outras palavras, de como é levado a cabo o procedimento de determinação axiológica, já que, em certas épocas históricas, pode haver uma “zona nebulosa” que deixe dúvidas sobre quais valorações subjetivas são as mais essenciais.

Para explicitar como se dá o procedimento de determinação axiológica, é curial trazer à baila a tríplice função do valor à luz do entendimento realeano. Assim, uma das teses formadoras da sua teoria tridimensional do direito é a “conseqüente reformulação do conceito de *experiência jurídica* como modalidade de experiência histórico-cultural, no qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (*função ôntica*) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (*função gnoseológica*) e como razão determinante da conduta (*função deontológica*)” (REALE, 1994, p. 62-63). É justamente a função deontológica que viabilizará o conhecimento racional dos fatores axiológicos, permitindo, via de conseqüência, a sua escolha no evoluir da história.

Logo, fazendo a função deontológica referência a um fim, este, “a partir do momento em que pode ser reconhecido como motivo de conduta, seja ela individual ou coletiva, passa a adquirir uma certa objetividade, porque transcende sempre a mera eleição empírica, situando-se antes de qualquer conduta possível. Mas, por sua vez, essa objetividade e anterioridade à conduta empírica supõe a possibilidade de chegar ao conhecimento desse fim, à sua captação ontognoseológico-racional” (GARCÍA, 1999, p. 49).

Esse processo de escolha axiológica, consoante Reale, é revestido de relatividade e incompletude, contudo. Rela-

tividade, posto que, “mesmo querendo que o conhecimento seja objetivo, sempre partimos de uma ‘intuição emocional’, em busca de uma compreensão na esfera total da vida. Por essa razão, não se deve pretender procurar a exatidão própria das ciências físico-matemáticas, nem a plenitude das conexões lógico-matemáticas. O conhecimento dos valores é uma questão de ‘compreensão’ própria das ciências humanas ou espirituais” (REALE, 1977, p. 181-186 apud GARCÍA, 1999, p. 51). A incompletude, por sua vez, deriva do fato de que jamais é factível o esgotamento de todas as estruturas axiológicas irradiadas nas diversas civilizações no transcorrer do tempo. O valor, mesmo sendo expressão autônoma do dever-ser, está em constante mutação, eis que detém a característica da inexauribilidade. Ilustrativo é o exemplo do valor justiça, que vem sofrendo alterações periódicas desde a Grécia Antiga.

Uma última questão pertinente ao liame entre axiologia e história é aquilo que Reale entende por tempo histórico. Este, captado como o lapso temporal em que os valores são atualizados, não se resume tão-somente ao presente. Na verdade, no bojo do tempo histórico, presente, passado e futuro estão em verdadeira dialética de complementaridade, conforme se pode concluir com as seguintes palavras: “... o homem é, também, a *história por fazer-se*. É próprio do homem, da estrutura mesma de seu ser, essa ambivalência e polaridade de ‘ser passado’ e ‘ser futuro’, de ser mais do que a sua própria história. E note-se que o futuro não se atualiza como pensamento, para inserir-se no homem como *ato* – caso em que deixaria de ser futuro –, mas revela-se em nosso ser como *possibilidade, tensão, abertura* para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores” (REALE, 1994, p. 137).

A exposição do conceito de tempo histórico realça sobremaneira como Reale via as ligações entre história e cultura, de um lado, e tempo histórico e tempo cultural, de

outro, estando todas essas ligações em permanente dialética de complementaridade. Saliente-se, ainda, que a exata compreensão da ligação entre tempo cultural e tempo histórico permitirá entender as “objetivações axiológicas” como maneiras de enxergar o mundo e a vida que deixam marcado cada ciclo cultural, ou seja, as “constelações axiológicas”, e, também, a eventualidade de algumas dessas objetivações protraírem-se no tempo, de modo indefinido, assumindo a forma de “invariantes axiológicas”.

Além do tempo histórico, uma outra concepção temporal igualmente desenvolveu-se: trata-se do tempo cultural, fruto do pensamento de índole filosófica a partir da cultura. Essa nova dimensão temporal pode ser conceituada como o tempo de “presencialidade ou atualidade das obras realizadas pelo homem, seguindo *linhas de relevância variáveis* de uma época para outra, porém reveladoras de certa *constância* ou *duração*, uma vez traduzidas à luz da consciência comum”, ou seja, o tempo cultural “manifesta o ‘valor atemporal’ dos eventos culturais em face dos históricos, de forma tal que eles transcendem a mera historicidade e temporalidade” (REALE, 1977, p. 222 apud GARCÍA, 1999, p. 56). Vislumbra-se, pois, que os bens culturais estão em permanente atualização, podendo daí aparecer as constantes e invariantes axiológicas.

Nas últimas décadas, o instituto da cultura tem sido alvo de importantes discussões filosóficas, em virtude de sua influência no entendimento da realidade do ser humano. Segundo a concepção realeana, tudo que o espírito concretiza no evoluir da história, em razão de criações permanentes entre o dado (a natureza) e seus próprios atos de valorar, pertence à esfera do cultural. Assim sendo, são realizações de cultura tanto o ato de plantar algo como a prolação de uma sentença.

O processo cultural pode mostrar épocas que apresentam concepções de mundo diferentes. Em vista disso, certos valores

podem marcar alguns ciclos civilizatórios, mas desaparecer em outros, ressurgindo posteriormente, em caráter eventual. Isso demonstra como o espírito busca incessantemente superar os obstáculos que surgem na sua existência. Com efeito, observa-se que, havendo uma tábua de valores preponderantes em uma fase histórica, pode-se cogitar de uma ordenação ou hierarquia no seio dos valores, ainda que essa ordenação possa alterar-se no porvir da história.

Questão de grande magnitude é aquela de se saber se cada ciclo civilizatório esgota-se em si mesmo ou se há herança no processo de seleção que se leva a cabo no transcorrer histórico. Nesse quadro, Reale sinaliza no sentido da continuidade: “no renovado esforço do homem de vencer-se e de vencer a natureza, na História concebida, em suma, como a *‘autoconsciência mesma do homem’*, os valores de uma civilização podem ser assimilados ou experimentados, com ou sem deturpação, por pessoas pertencentes a outras coordenadas estimativas, e as forças primordiais do espírito circulam através das civilizações, vivificando-as, como se cada uma delas fosse uma nota oportunamente inserida na orquestração sinfônica da qual somos, ao mesmo tempo, compositores e executores” (REALE, 2002, p. 233).

Partindo-se do pressuposto de que é viável uma ordenação axiológica, resta saber como a mesma é efetuada. Na óptica realeana, o valor mais elevado ou valor fonte é o da pessoa humana. Todos os demais valores valem em razão deste valor fundamental supremo. Em seguida, a classificação oferecida por Reale procura ter presente todas as necessidades prováveis que inquietam o ser humano. Essas necessidades são representadas em cinco valores fundamentais: o verdadeiro, o belo, o útil, o santo e o bem. Ademais, há valores subordinantes e subordinados, clarificando, assim, a gradação hierárquica dos valores.

Os valores subordinados são classificados em obediência aos valores fundamentais. Como acima exposto, os valores

podem mudar de um ciclo civilizatório para outro, alterando, pois, a ordenação dos mesmos. E é justamente essa gradação hierárquica de cada época cultural que Reale chama de “constelação axiológica”. Nesse diapasão, é oportuno frisar que inexistem hierarquias entre os valores fundamentais, sendo que estes se subordinam somente ao valor fonte, que é o da pessoa humana. Por seu turno, os valores subordinados devem fazer referência aos valores subordinantes ou fundamentais.

Perscrutando-se os valores subordinantes, quanto ao valor do verdadeiro, pode-se asseverar que ele “condiciona, em geral, a ontognoseologia em seus diversos graus e manifestações, por ter sido entendida como a parte da filosofia que se ocupa do acesso ao conhecimento do real, no sentido lato desta palavra” (GARCÍA, 1999, p. 65). No que se refere ao valor do belo, ele está vinculado às artes e à estética. O valor do útil é aquele ligado à atividade econômica ou industrial, assim como à filosofia econômica. Em seguida, surge o valor do santo, que é aquele que engloba a religião e a filosofia da religião, ou seja, neste campo, tenta-se explicar a contingência existencial humana na religião ou numa realidade de cunho transcendente. Por fim, há o valor do bem, que se refere à esfera da ética em seus vários níveis: o social (o direito e os costumes) e o individual (a moral).

Esses valores subordinantes mencionados sempre inspiraram a conduta individual e coletiva nas mais variadas civilizações. Pode-se afirmar que são um legado para os indivíduos. Embora a concepção do que é justo, falso, milagroso, feio ou barato tenha mudado constantemente no desenvolvimento da história, não é menos certo que esses valores sempre guiaram a humanidade nos seus diversos ciclos culturais. Verifica-se, então, um relativismo axiológico, que pode ser traduzido na busca incessante de um valor cujo entendimento altera-se segundo a visão de vida e de mundo que predomina numa época determinada.

Ocorre que Reale vai mais longe ainda, sustentando que alguns desses valores subordinantes desgarram-se da civilização que os concebeu para atingirem um patamar mais alto, de sorte a desempenharem um papel de caráter universal transcendente e definitivo. São as denominadas invariantes ou constantes axiológicas. Para se aperceber da relevância do assunto para Reale, basta ler as seguintes palavras suas: “não creio possa haver tema mais fascinante do que este das *invariantes axiológicas*, isto é, da existência ou não de valores fundamentais e fundantes que guiem os homens, ou lhes sirvam de referência, em sua faina cotidiana” (REALE, 1996, p. 95). Exemplo marcante de invariante axiológica é da pessoa humana. Tal invariante, “que condiciona a vida ética em geral – e a jurídica em particular –, transcende o processo empírico no qual e do qual emergiu para adquirir uma validade universal. Desse modo, superamos o transcendentalismo lógico-formal de Kant para dar lugar a uma concepção transcendental ao mesmo tempo axiológica e histórica, o que pressupõe a acolhida do pensamento de Husserl quando ele supera o *a priori* formal kantiano graças ao conceito *a priori* material, o qual condiciona transcendentalmente o conteúdo do real” (REALE, 2001, p. 63).

As constantes axiológicas, por seu turno, dariam lugar ao direito natural. Na concepção realeana, “de tais *paradigmas axiológicos* resultam determinadas *normas* que são consideradas *idéias diretoras universais* da conduta ética, costumeira e jurídica. A essas normas, que nos permitem compreender a natureza e os limites do Direito Positivo, é que denomino *Direito Natural*, de caráter problemático-conjetural... há, em suma, uma *idéia* e não um *conceito* de Direito Natural, como o *horizonte metafísico da positividade jurídica*” (REALE, 2001, p. 47-48). Vê-se, pois, que a visão que Reale tinha do direito natural é diametralmente oposta ao “dogmatismo absolutista”, típico do direito natural racionalista ou teológico.

5. Personalismo axiológico

Quando do estudo do historicismo axiológico, verificou-se que a tríade axiologia/história/cultura era fundamental para Miguel Reale. Dessa forma, partindo-se da investigação desses três elementos, pode-se concluir que os valores consubstanciam-se em parcela autônoma da realidade, não se desvinculando, contudo, da realidade histórico-cultural na qual estão mergulhados. Nesse ponto, é digno frisar que, na vasta obra realeana, às vezes, os institutos abordados são discerníveis sem serem separados, como se estivessem inseridos em universos totalmente estanques. *In casu*, axiologia, história e cultura têm, cada uma, a sua conceituação própria, mas, nem por isso, deixam de tomar parte da mesma realidade na qual interagem reciprocamente.

Os valores, no âmbito de sua gradação e gênese, possuem como fundamento a pessoa humana. Todos os demais valores fundamentais devem fazer reverência ao valor da pessoa humana. Isso restou claramente demonstrado pelo historicismo axiológico. Apesar da forte vinculação da axiologia com a história e a cultura, nota-se que a explicação última da teoria dos valores de Reale reside na figura da pessoa humana. E é essa justificação última da axiologia realeana aquilo que se chama de personalismo axiológico.

O personalismo axiológico fornece as razões de como aquilo que aparece na órbita da consciência individual ou social possui aptidão de fazer com que o ser humano fique adstrito a guiar-se por um determinado caminho, isto é, para um fim tido como motivo de conduta. Em outras palavras: o historicismo axiológico abriu a estrada para que o personalismo axiológico pudesse explicar por que o indivíduo, na sua faina histórica, revelou-se ser extremamente valorativo, bem como os motivos pelos quais o mesmo ver-se-ia jugido a dados valores.

Para que o problema acima posto possa ser deslindado, é preciso ir fundo na averi-

guação da essência humana. Conhecendo-se como esta é composta, concluir-se-á que homem, pessoa² e valor são fatores vitais na antropologia tida por Reale, de sorte que esses fatores também estão numa relação dialética de complementaridade.

A primeira característica do ser humano é a sua racionalidade ou, utilizando-se a expressão empregada por Reale, o seu poder nomotético, entendido esse como a faculdade humana “de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de *natureza simbolizante*, a começar pela instauração *radical da linguagem*” (REALE, 2002, p. 211). De fato, diferencia-se o homem dos demais seres vivos pela sua capacidade de dar sentido às coisas, pela sua capacidade de síntese ou de criação. Tal poder nomotético se revela, por si só, vinculado à liberdade que possui o ser humano, já que, em qualquer ato de reconhecimento por parte do homem, está implícita uma ação livre.

Nessa esteira, a liberdade revela-se outra notável característica do homem. Se o homem não fosse um ser livre, ele não seria capaz de tomar decisões a fim de dar sentido às coisas que o circundam. O seu poder de síntese estaria irremediavelmente mutilado. Nesse diapasão, curial obtemperar que “somente a dialética de implicação e polaridade poderá explicar-nos como é que o valor não se anula quando se insere no plano do ser, por meio da liberdade, a qual é possibilidade infinita de experiências axiológicas, isto é, de *ações* e, por conseguinte, também um valor” (REALE, 1963, p. 42).

A historicidade é a derradeira das mais importantes características do homem. Este não pode jamais ficar reduzido a uma vida causal e traçada tão-somente pelos processos de índole natural. Mediante a liberdade, o indivíduo vai selecionando aquilo que mais lhe aprouver a fim de satisfazer as suas necessidades, construindo, assim,

² Conforme será a seguir exposto, para Reale, há diferenciação entre as figuras do homem e da pessoa humana.

o edifício da sua própria história. Diante da pequenez dos motivos físico-causais para definir a natureza do ser humano, a axiologia surge para conceder lógica ao processo das suas opções. Portanto, “a dimensão histórico-cultural na antropologia realeana transforma-se numa das suas interpretações chave, conferindo-lhe uma nova dimensão dinâmica e de permanente projeção no mundo. Essa é uma das atividades primordiais, porque dela depende a constituição da própria personalidade do homem (no nível individual) e a do contexto histórico-social que o cerca (enquanto co-participante numa comunidade de indivíduos)” (GARCÍA, 1999, p. 79-80).

Vendo-se as características acima mencionadas, vislumbra-se a presença marcante do valor. O ser humano é essencialmente valorativo. Todas as suas condutas são embasadas pela concretização de algum valor. Ademais, percebe-se que o ser humano não é como tal apenas pela sua existência, mas sim em decorrência da *significação* que para ele possui a sua própria vida. Essa significação pode ser traduzida como autoconsciência da sua dignidade. Disso deflui o conceito de pessoa. Sendo um ente dotado dessa autoconsciência, ela torna-se, na óptica realeana, o valor fonte, isto é, ela vale para que todos os outros valores valham.

Nos termos do personalismo apregoado por Reale, pode-se citar Kant como aquele que pioneiramente reconheceu essa consciência de dignidade. No entendimento kantiano, o homem, enquanto tal, possui desde logo um valor inesgotável. Surge, pois, com Kant, a esfera ético-moral do homem, que o compele a atuar em virtude de fins, distinguindo-se, por conseguinte, dos demais seres. Todavia, Reale critica Kant pelo seu formalismo radical na órbita prática e, também, pela falta de uma visão histórica acerca do tema. Posteriormente, outros pensadores como Hegel tentaram suprir esse acanhamento do entendimento kantiano. Para tanto, antepuseram à defi-

nição de pessoa a de “espírito absoluto”, o que, segundo Reale, acabou por desaguar na outra extremidade da questão: “o que, na realidade, se verificava era uma perda do sentido autêntico da pessoa como ‘singularidade’, para prevalecer a pessoa como simples ‘momento de um ser transpessoal’ a que se chamou ‘sociedade’, ‘espécie’, ‘classe’, ‘raça’, ‘idéia’, ‘espírito universal’, ‘consciência coletiva’ etc.” (REALE, 1994, p. 134).

Consoante Reale, tanto Kant como Hegel, nos seus ensinamentos, não lograram levar a cabo o equilíbrio necessário entre, de um lado, a liberdade de cada ser humano e, de outro, a respectiva sociabilidade de cada indivíduo. É precisamente essa conciliação que Reale pretende efetuar. Com efeito, na visão realeana, almeja-se “superar numa nova compreensão o valor da pessoa e o valor da história, que é o homem enquanto pessoa (como revelado por Kant), com o drama histórico das pessoas coexistentes (que Hegel quis abranger numa poderosa unidade integrante)... pôr-se como pessoa é pôr-se como história, como alteridade, como comunidade, e a redução de uma à outra romperia a unidade concreta, o mesmo resultando se prevalecesse uma sobre a outra” (REALE, 1994, p. 136-137).

Visto como Reale entendia os valores, cumpre verificar como o citado jusfilósofo compreendia a relação fato/valor/norma, que, em última análise, explicava como ele concebia o direito.

6. *Tridimensionalismo jurídico*

No século XIX, o formalismo jurídico ganhou muita força, acabando por prevalecer na mentalidade da maioria dos cultores do direito. À guisa de ilustração, pode-se mencionar o movimento dos pandectistas germânicos, que, com o seu rigorismo científico, acabou dando nova roupagem ao antigo direito romano, atualizando-lhe com conceituações mais precisas e sistematizações bem profundas. Entretanto, já no final

do século citado, começou-se a vislumbrar que a realidade do cotidiano não correspondia exatamente àquela idealizada pelos partidários do formalismo. As definições e sistematizações encontradas nos códigos e leis não eram suficientes para solucionar os litígios que batiam nas portas dos tribunais. O avanço da sociedade, em especial no campo tecnológico, deixava patente a insuficiência do direito então vigente para dar uma resposta adequada às demandas forenses.

Assente o desequilíbrio entre o ordenamento jurídico e aquilo que se passava na vida social, a então ciência do direito viu-se alvo do movimento do Direito Livre (*libre recherche du droit*). Tendo como fundador François Géný, esse movimento tratou de demonstrar que o formalismo tão endeuçado pelo jurista era, na verdade, pertencente a um plano secundário. Mediante um novo debate sobre a teoria geral da interpretação, procurou-se focar o direito à luz dos fatos que efetivamente ocorriam na realidade do dia-a-dia. Eram postos em dúvida conceitos outrora considerados praticamente dogmas. Destarte, viam-se as preocupações e indagações de cunho filosófico-jurídico ingressarem no terreno da ciência do direito.

Notava-se, assim, uma atenção maior do jurista até então formalista pela filosofia. A par disso, igualmente é lícito afirmar que, com o passar dos anos, os partidários da filosofia começavam a descer de seu pedestal, deixando um pouco de lado seus “*esquemas formais e abstratos para tomarem contato cada vez mais com a positividade do direito, aprendendo a dar valor ao particular, ao contingente e ao empírico, tal como se desenrola e se dramatiza na vida dos advogados e dos juízes, no bojo, em suma, da experiência jurídica*” (REALE, 1994, p. 8).

Vislumbrava-se, então, aquilo que Miguel Reale costumava chamar de busca pelo concreto, isto é, tanto juristas como filósofos do direito passavam a conceder, nos seus estudos, mais espaço àquilo que

sucedida na realidade, no cotidiano da sociedade em geral. Entretanto, mesmo estando intensamente à procura do concreto, não se deve perder de vista que os papéis do filósofo e do jurista permanecem diversos. A este último é incumbida, em síntese, a aplicação e interpretação da legislação. E ao filósofo cabe perquirir acerca dos motivos universais embaixadores dos modelos correntes e possíveis, além dos porquês da dinâmica do operador do direito quando da interpretação da lei.

Do exposto acima, decorre, inexoravelmente, a complementaridade das pesquisas do filósofo, do jurista e, também, do sociólogo. Referida complementaridade fica bem visível quando da análise da validade do direito, que se divide em três campos ou problemas de estudo: vigência, que equivale à obrigatoriedade formal da norma legal para todos os cidadãos; eficácia, que significa a efetiva subsunção social ao conteúdo da lei; e fundamento, que traduz os valores aptos a legitimar os preceitos jurídicos numa comunidade livre. Com isso, “*enunciada desse modo a questão, parecem transparentes os nexos que ligam entre si os três problemas numa estrutura tridimensional, mas, por um complexo de motivos, uns de natureza histórica, outros dependentes das inclinações intelectuais dos investigadores, nem sempre prevalece a compreensão unitária dos fatores que compõem a realidade jurídica: não raro orientam-se os espíritos no sentido do primado ou da exclusividade de uma das perspectivas acima discriminadas, surgindo, assim, soluções unilaterais ou setorizadas*” (REALE, 1994, p. 15). Percebe-se, pois, que Miguel Reale sustentava que os institutos da vigência, eficácia e fundamento fazem parte de uma estrutura perfeitamente articulada. Via de conseqüência, o direito seria, necessariamente, tridimensional.

Na sua obra, Reale procura demonstrar a escassez das, por ele denominadas, “*teorias tridimensionais genéricas*”. Para essas teorias, vigência, eficácia e fundamento

são perscrutados abstratamente, de sorte a corresponder cada um desses fatores a áreas diferentes do saber jurídico. Por conseguinte, vigência estaria atrelada à dogmática do direito, enquanto eficácia estaria vinculada à sociologia jurídica, e o fundamento, à filosofia do direito. Nesse diapasão, a título de exemplo, Reale cita Norberto Bobbio, que, segundo ele, acolheria a tridimensionalidade tão-somente com propósitos metodológicos a fim de discriminar esferas de pesquisa.

Com o desenvolvimento da pesquisa jurídica, a concepção tridimensional genérica ou abstrata começou a perder fôlego. Surgiram, então, as primeiras teorias destinadas a compreender a realidade jurídica considerando os elementos vigência, eficácia e fundamento de forma conjunta.

Em 1940, na Alemanha, Wilhelm Sauer lança o seu "Juristische Methodenlehre", enquanto, aqui no Brasil, Reale publica "Fundamentos de Direito", bem como o seu "Teoria do Direito e do Estado". Poucos anos depois, em 1947, Jerome Hall, no âmbito do *common law*, edita "Integrative Jurisprudence". Nesses trabalhos inéditos, fato, valor e norma são tratados de forma conjunta, ou seja, são elementos sempre ligados entre si na esfera da realidade jurídica, embora se possa, às vezes, dar um enfoque maior a um ou outro, mas sempre se considerando todos os três na análise de investigação. Mencionadas obras, com a nova concepção que introduzem, apesar de terem as suas diferenças, dão início, consoante Reale, à tridimensionalidade específica.

Tanto sobre a teoria de Sauer como a de Hall, Reale (1994, p. 50) tece os seguintes comentários: "penso que só é graças à *compreensão dialética* dos três fatores que se torna possível atingir uma compreensão concreta da estrutura tridimensional do direito, na sua natural temporalidade. A meu ver, com efeito, a experiência jurídica, articulando-se e processando-se de maneira tridimensional, nem por isso perde a sua

essencial *unidade e concretitude*, a qual só pode ser unidade de processo ou dialética, o que implica a inserção do problema particular da tridimensionalidade do direito no quadro geral de uma diversa compreensão do homem, da sociedade e da história". E é essa nova compreensão, baseada numa visão original do instituto do valor, que será o alicerce do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale.

A teoria tridimensional do direito realiana é tida como concreta e dinâmica. Quando, linhas atrás, explicou-se que o estudo da vigência, da eficácia e do fundamento era o divisor de águas das diversas teorias tridimensionais, pretendeu-se deixar claro que norma, fato e valor são elementos essenciais da experiência jurídica. Assim sendo, na concepção realiana, "a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a 'implicação-polaridade' existente entre *fato e valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*)" (REALE, 1994, p. 57).

Feitas as explicações de como a concepção realiana compreendia a correlação fato-valor-norma, resta ingressar no campo da nomogênese jurídica, ou seja, do nascimento da norma jurídica.

7. Nomogênese jurídica

Como salientado anteriormente, a nomogênese jurídica corresponde ao processo de nascimento de uma norma jurídica. Não se trata aqui de analisar tecnicamente as várias etapas do processo legislativo, mas sim de como os políticos selecionam os assuntos a serem objeto de deliberação no Congresso Nacional e como esses assuntos serão colocados no papel, à luz do entendimento realiano.

Qualquer lei equivale ao instante culminante de uma gama respeitável de fatores,

que podem ser agrupados em dois tipos: os de cunho axiológico e os de cunho fático. Todavia, há de chegar um momento no qual os negociadores optem por uma das alternativas que têm a seu dispor. Importante, portanto, os ensinamentos de Miguel Reale (1999, p. 193): “nada mais incompatível com o direito do que a incerteza, a carência de uma diretriz insegura: o direito responde, de maneira primordial, ao desejo espontâneo que o homem tem de fugir à dúvida, mais pungente no plano moral da ação do que no plano intelectual da especulação pura”. Prosseguindo, ensina o citado autor que “uma opção se impõe, e toda vez que se escolhe uma via, sacrificam-se todos os demais caminhos possíveis. Dentre os vários projetos de lei em debate em um parlamento, por exemplo, a respeito de um dado assunto, por mais que se procrastine, chega o momento do *fiat lex*, átimo culminante de uma decisão. É este o momento decisório e decisivo do Poder” (REALE, 1999, p. 194).

Dessa forma, no plano do direito interno, quando a Câmara dos Deputados, por exemplo, está a debater um projeto de lei ordinária sobre medicamentos gratuitos e acesso à saúde, cada um dos deputados terá um valor sobre o tema em pauta. Alguns deputados, por influência do corporativismo da indústria de medicamentos, talvez tenham uma posição que favoreça mais referida indústria. Outros, em razão da pressão de organizações não-governamentais, podem votar por uma política mais benéfica para a população carente que necessita de remédios. Por seu turno, outros, ainda, podem tomar uma ou outra posição tendo em vista somente interesses particulares, relegando a um segundo plano o interesse público. Sucede que, por ocasião da votação em plenário, apenas um valor será eleito, ficando de lado todos os demais que gravitavam em torno da questão antes da deliberação dos deputados.

Fenômeno semelhante pode ser observado no plano externo. Com efeito, percebe-se que, sobre cada complexo fático

ocorrendo no mundo (por exemplo: guerras civis, fome em populações que vivem em regiões miseráveis, enchentes que causam milhares de desabrigados, tráfico internacional de drogas etc.), incidem outros tantos complexos axiológicos, ou seja, cada Estado possui a sua visão sobre cada um desses acontecimentos. Exemplificando: quando da elaboração de um tratado sobre direitos humanos, cada país externará o seu próprio valor sobre o tema. Assim, países mais preconceituosos contra minorias ou determinados grupos religiosos tenderão a limitar o alcance das disposições do tratado. Nessa mesma linha de raciocínio, outros Estados, ainda que internamente sejam mais liberais, podem emitir uma posição mais conservadora ou retrógrada a fim de continuarem a manter relações comerciais vantajosas com outros parceiros que igualmente participam das tratativas. Enfim, nota-se que cada membro do pacto a ser estabelecido tem o seu próprio valor acerca dos fatos postos nas mesas de negociação. É tão-somente a partir do momento em que o texto do acordo é redigido e aprovado que todos os conflitos de valores são solucionados, na exata medida em que algum ou alguns valores são escolhidos e, via de conseqüência, refletidos no texto final. Enfim, pode-se aduzir que “a condicionabilidade axiológica das tomadas de posição diante dos fatos tem uma objetividade que deriva do valor como um bem cultural com suporte na realidade... Os valores referem-se à realidade, mas a ela não se reduzem, pois, para Reale, têm um significado que aponta para uma direção de dever-ser das condutas humanas” (LAFER, 2000, p. 99).

8. Conclusões

Nesta etapa final, cumpre sejam consignadas as principais observações conclusivas do presente trabalho.

O valor é tido por Reale como uma realidade autônoma. Embora também seja desprovido de espacialidade e temporalidade

dade como o objeto ideal, o valor possui uma característica bem peculiar: ele só pode ser considerado a partir de alguma coisa existente anteriormente, qual seja, das coisas valiosas. Além do mais, diferentemente do objeto ideal, o valor não pode ser quantificável.

Historicidade é a característica por excelência na teoria dos valores de Miguel Reale. Nesse diapasão, o valor não pode ser compreendido como uma realidade estanque, divorciada do desenrolar histórico-cultural do ser humano. Ainda na seara das características dos valores, há a realizabilidade e a inexauribilidade. Por realizabilidade pode-se entender a concretização dos valores nas passagens histórico-culturais. Daí advém a inexauribilidade axiológica, ou seja, embora um valor possa se transformar em uma porção da realidade, ele não se resume a esta, tampouco pode coincidir *in totum* com ela. Destarte, verifica-se que o valor atualiza-se constantemente, jamais se concretizando em definitivo.

O historicismo axiológico implica a vital correlação entre os institutos da axiologia, história e cultura em termos de dialética de complementaridade. Para a exata compreensão desta tríade, imperioso o emprego dos conceitos de tempo cultural e de tempo histórico. Este, captado como o lapso temporal em que os valores são atualizados, não se resume tão-somente ao presente. Na verdade, no bojo do tempo histórico, presente, passado e futuro estão em verdadeira dialética de complementaridade. Por seu turno, o tempo cultural “manifesta o ‘valor atemporal’ dos eventos culturais em face dos históricos, de forma tal que eles transcendem a mera historicidade e temporalidade” (REALE, 1977, p. 222 apud GARCÍA, 1999, p. 56).

Os valores podem mudar de um ciclo civilizatório para outro, alterando, pois, a ordenação dos mesmos. E é justamente essa gradação hierárquica de cada época cultural que Reale chama de “constelação axiológica”. Ainda para o mestre em co-

mento, há os valores fundamentais ou subordinantes (o verdadeiro, o belo, o útil, o santo e o bem), que devem sempre se referir ao valor fonte, que é o da pessoa humana. Nessa esteira, alguns desses valores subordinantes desgarram-se da civilização que os concebeu para atingirem um patamar mais alto, de sorte a desempenharem um papel de caráter universal transcendente e definitivo. São as denominadas invariantes ou constantes axiológicas, que, por sua vez, poderiam dar margem ao direito natural.

A explicação última da teoria dos valores de Reale reside na figura da pessoa humana. E é essa justificação última da axiologia realeana aquilo que se chama de personalismo axiológico.

O personalismo axiológico fornece as razões de como aquilo que aparece na órbita da consciência individual ou social possui aptidão de fazer com que o ser humano fique adstrito a guiar-se por um determinado caminho, isto é, para um fim tido como motivo de conduta. Nessa trilha, inevitável concluir que o ser humano não é como tal apenas pela sua existência, mas sim em decorrência da *significação* que para ele possui a sua própria vida. Essa significação pode ser traduzida como autoconsciência da sua dignidade. Disso deflui o conceito de pessoa humana para Reale.

A teoria tridimensional do direito realeana é tida como concreta e dinâmica. Com efeito, norma, fato e valor são elementos essenciais da experiência jurídica. Assim sendo, na concepção realeana, “a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação – polaridade’ existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*)” (REALE, 1994, p. 57).

A nomogênese jurídica corresponde ao processo de nascimento de uma norma jurídica. Quando se debate um projeto de

lei no parlamento, percebe-se que sobre cada complexo fático incidem outros tantos complexos axiológicos, ou seja, cada pessoa (e notadamente os parlamentares) possui a sua visão sobre cada um dos temas em discussão no Congresso Nacional. Todavia, há de chegar um momento no qual os parlamentares optem por uma das alternativas que têm a seu dispor. A partir do momento em que uma decisão é tomada, sacrificam-se todos os demais valores que gravitavam em torno do tema.

Finalmente, é correto aduzir que o entendimento de Miguel Reale acerca dos valores permitiu-lhe ter uma concepção original do direito, que se procurava atualizar incessantemente a fim de trazer a tão desejada harmonia no seio da sociedade.

Referências

GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAFER, Celso. A legitimidade na correlação direito e poder: uma leitura do tema inspirado no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. São Paulo: Grijalbo-Edusp, 1977.

_____. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito como experiência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Hermenêutica jurídica em Kelsen

Apontamentos críticos

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Sumário

1. Introdução. 2. Direito e Ciência do Direito. 3. Norma e proposição normativa. 4. Causalidade e imputação. 5. A norma fundamental e o Direito como um sistema dinâmico de normas. 6. Do processo de determinação do Direito. 7. A interpretação jurídica em Kelsen. 8. Alguns pontos críticos no modelo interpretativo da Teoria Pura. 8.1. A interpretação como mecanismo subsidiário da aplicação. 9. Conclusão.

1. Introdução

José Florentino Duarte, em sua tradução à “Teoria Geral das Normas”, de Kelsen (1986), alertava o leitor desejoso de aprofundar-se na obra do mestre de Viena que se portasse como um verdadeiro discípulo, desarmado, por mais ilustrado que fosse, pois somente assim, inspirado pela modéstia, poderia captar o pensamento do mestre. Entretanto, a advertência soa mais grave quando o propósito é a crítica. Confira (KELSEN, 1986, p. V):

“Se, porém, o leitor pretende criticar a Kelsen, então o problema assume outra projeção: arme-se, primeiro, de amplísimos conhecimentos jusfilosóficos e, mesmo com uma bagagem científica imensa, o árduo labor será difícil, quiçá improfícuo, como aconteceu com aqueles que se arrojaram, se aventuraram, se arriscaram a tal cometimento”.

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha é Juiz Federal, Doutorando em Direito Público (PUC-MG), Mestre em Direito (UGF-RJ) e especialista em Direito Processual Público (UFF-RJ).

Kelsen talvez seja daqueles magníficos autores que paradoxalmente assumem o ápice da lista dos mais citados e também dos menos lidos no meio jurídico (ao menos em nosso país). De suas obras somente ouvimos falar por referências diretas ou indiretas e, mesmo assim, somente de uma forma parcial, já que, do vasto universo de artigos e livros (ultrapassam a cifra de seiscentos), as referências parecem estacionar na órbita da Teoria Pura do Direito. Talvez isso justifique a falência das empreitadas críticas a que nos referimos no excerto acima transcrito.

Mesmo diante dessa evidente dificuldade, certo é que alguns dos postulados kelsenianos são de difícil sustentação na atualidade, sobretudo em face das evoluções experimentadas nos campos da Filosofia e Teoria do Direito, que aportaram novas dimensões (e por que não dizermos também novos paradigmas) à ciência jurídica, de que é exemplo o giro lingüístico-pragmático.

Esse trabalho não tem por escopo a crítica da teoria pura do direito, porquanto seria natimorta e fracassada, seja pelo esforço decorrente da dimensão da obra criticada, seja pela extensão da pesquisa daí derivada, o que fugiria por completo aos modestos objetivos perseguidos. Por isso mesmo, efetuamos um corte epistemológico, buscando um tema sobre o qual Kelsen não se debruçou demasiado, a saber, a hermenêutica jurídica. O mestre foi econômico no seu tratamento, o que inicialmente sinalizaria para a falsa conclusão de que a sua análise seria mais simples. Puro engano! Após uma breve pesquisa, percebemos que o tema, a despeito da referida economia, está conectado com diversos outros postulados seus, como, aliás, é uma nota típica do sistema por ele construído, o que inflaciona nosso estudo.

Exatamente por isso, o trabalho tem início com uma análise introdutória daqueles institutos ou elementos da obra de Kelsen que manifestam uma conexão mais direta com a hermenêutica jurídica. Armados

dessas notas iniciais, partiremos para uma exposição do modelo de interpretação jurídica posto por ele. Finalmente, colocaremos algumas considerações que parecem inserir algumas fissuras em seu sistema, justificando-as.

2. *Direito e Ciência do Direito*

Kelsen (1999), ao lançar a sua teoria pura do direito, foi alvo de não poucas críticas, as quais, também não raro, acabavam por contradizerem-se. Como ele mesmo reconheceu, por vezes sua teoria era tachada de fascista, ao passo que os fascistas a viam como liberal-democrata; por sua vez, os comunistas a viam como ideologia de um Estado capitalista, ao mesmo tempo em que os nacionais-capitalistas a desqualificavam. Se no campo político a celeuma não se resolvia, melhor sorte não lhe restou entre os religiosos. A teoria Pura era, para alguns, ligada à escolástica católica e, para outros, uma teoria protestante do Estado e do Direito, havendo também quem a visse como marcada por um ideário ateuísta (KELSEN, 1999, p. XIII). Kelsen (1999) explica essa crítica multifacetada, que não escapa a qualquer orientação política ou religiosa, exatamente em razão do seu grau de pureza. Então, em que consiste e a que se refere tal pureza?

Inspirado no êxito das ciências da natureza, pretendia Kelsen (1999) reproduzi-lo no âmbito das ciências naturais, especificamente na Ciência do Direito, o que almejava conseguir depurando-a de qualquer elemento estranho ao seu objeto, sobretudo os de índole política. Esse objetivo é explícito no prefácio à primeira edição da sua "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 1999, p. XI):

"Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua

especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência¹, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.

Desse excerto já podemos constatar que a pureza pretendida por Kelsen não se refere propriamente ao Direito, uma vez que ele bem o reconhece como “campo da disputa política e da afirmação de valores” (SGARBI, 2006, p. 33), mas à ciência, que tem nele o seu objeto, ou seja, a Ciência do Direito. De fato, denunciando a confusão que se estabelece entre a “Jurisprudência” e outros setores do conhecimento humano, tais como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política, justificada na evidente conexão existente entre elas e o próprio Direito, pugna por uma purificação da Ciência que o estuda, visando antes determinar o que ele é, em vez de pretender afirmar o que ele deveria ser, conseqüência imediata da promiscuidade entre aqueles setores². Esvai-se daí a crença de poder “definir um Direito justo e, conseqüentemente, um

¹ A expressão jurisprudência não tem aqui o mesmo sentido que empregamos em nosso país, mas como obra dos teóricos do Direito, em nosso meio jurídico indevidamente denominada “doutrina”.

² “Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1999, p. 2).

critério de valor para o Direito positivo”, o que configuraria para o mestre um renascer de uma metafísica do Direito natural” (KELSEN, 1999, p. XVIII).

Em suma, a pureza de sua teoria se refere à Ciência do Direito e consiste basicamente em excluir do seu campo de estudos tudo aquilo que não se refira ao seu objeto, tudo aquilo que não seja possível de determinar-se como Direito e, em última análise, tudo aquilo que não se possa identificar com a norma jurídica³.

3. Norma e proposição normativa

Partindo da delimitação do objeto da ciência jurídica, Kelsen estabelece a distinção entre norma e proposição normativa.

A norma jurídica seria um imperativo posto pela autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas lingüísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz (a diferença aqui não é de ordem qualitativa, pois sempre estamos em um processo de determinação do Direito, como adiante melhor esclareceremos).

Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, tal como fica claro no excerto seguinte (KELSEN, 1999, p. 81):

³ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica” (KELSEN, 1999, p. 79).

“Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica, ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, de autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica”.

Exatamente por isso, o cientista do Direito não pode, despidendo-se da necessária neutralidade, estabelecer proposições alicerçadas em juízos de valor que extrapolem a sua função meramente descritiva do sistema de normas. A pureza da teoria, portanto, é uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico), ou seja, ao cientista do Direito, impõe-se descrever o objeto da sua ciência e não valorá-lo; as proposições jurídicas são da ordem do ser e, por isso mesmo, não tem cabimento falar-se em validade ou invalidade da proposição, senão na sua verdade ou falsidade⁴.

4. Causalidade e imputação

Para Kelsen (1999), na natureza os eventos estão conectados entre si segundo um princípio causal, daí por que as ciências que a descrevem – ciências da natureza –

⁴ “A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo (*sic*) ser verdadeiras ou inverídicas.” (KELSEN, 1999, p. 82).

estão alicerçadas em um princípio causal. Exemplificando: se deixo um corpo solto no espaço, ele cai porque sobre ele atua uma força – o peso – decorrente da aceleração da gravidade. Em outras palavras, quando solto um corpo outrora suspenso, constato o efeito da sua precipitação, causado pela atuação da gravidade sobre aquela massa. Portanto a lei que rege o seu movimento está estabelecida segundo um princípio causal. Prosseguindo na análise, a física, ciência que, entre outros objetos, estuda o movimento, descreve aquela lei (proposição) asseverando: dado que um corpo seja solto no espaço, ele se precipitará em velocidade crescente, porque sobre a sua massa atua a aceleração da gravidade. Portanto, *se é A, então é B* (se solto o corpo, então ele cai).

Por sua vez, o princípio ordenador nas ciências sociais não é a causalidade, mas a imputação. Aqui, a estrutura da norma reguladora é bem distinta. Em primeiro lugar, por sua origem, que é derivada de um ato da vontade humana. Quando a prisão de alguém é determinada em razão do crime cometido, somente por assimilação verbal poderíamos afirmar que ele é preso “por causa” do ilícito perpetrado. A expressão assume aí uma conotação completamente distinta da hipótese anterior. Pode ocorrer (e freqüentemente ocorre) de alguém praticar um crime e mesmo assim permanecer em liberdade, sem que, com isso, a norma penal que determina a sua prisão deixe de ser válida. O que apenas podemos afirmar (proposição normativa) é que, dado que alguém pratique determinado ato ilícito, então essa pessoa *deve ser* presa. Em outras palavras: *se é A, então deve ser B* (se o homicídio é cometido, então o seu autor deve ser preso)⁵,

⁵ A expressão “deve ser” é plurissignificativa e aqui o seu conteúdo semântico não está ligado à idéia de probabilidade, ou seja, no sentido de que se A comete um crime, então provavelmente será preso. Em verdade, o “deve ser” aqui empregado significa que se A comete um crime, então há uma determinação legal que impõe a aplicação da pena de prisão (ele deve ser preso), no sentido de dever ser preso. A norma prevalece mesmo que esse dever não se materialize, como vimos.

mesmo quando B não ocorra. Resumindo, “a conseqüência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa” (Kelsen, 1999, p. 91).

Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a conseqüência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, conseqüência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de “causação” é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal⁶.

5. A norma fundamental e o Direito como um sistema dinâmico de normas

Do mundo do ser não deriva o dever ser! Explica-o Adrian Sgarbi (2006, p. 42):

“Uma vez que de um ser (mundo dos fatos, mundo regido pela causalidade e cuja manifestação se observa nas leis físicas) não deriva um dever (mundo das normas, mundo regido pelo princípio da imputação e que se manifesta nos comandos jurídicos), apenas de uma norma pode advir a validade de outra norma”.

Para Kelsen (1986), quando afirmo que uma norma vale, isso significa que ela vincula um indivíduo, que ele deve pau-

⁶ “O pressuposto a que é imputada a conseqüência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o ato generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao ato generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas conseqüências, o número dos elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado.” (KELSEN, 1999, p. 101).

tar a sua conduta segundo o que nela está preceituado. O que lhe dá esse atributo não é o seu conteúdo, mas sobretudo a legitimação de quem a põe, ou seja, a norma vale porque, independentemente do que vem a estabelecer, é um ato produzido por alguém autorizado a fazê-lo (competência). Assim, a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior.

Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena.

Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou *norma fundamental*⁷.

Para Kelsen, os sistemas normativos podem ser de dois tipos: estáticos ou dinâmicos. Os primeiros são estruturados com base em um conteúdo previamente determinado, que pode ser alcançado por mera dedução, pelo que todas as normas do ordenamento

⁷ Em sua obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, Kelsen (1986, p. 329) introduz ligeira alteração no conceito de norma fundamental antecipado em sua Teoria Pura, afirmando que “a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado (...) Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade.”

já estariam contidas na norma pressuposta e, assim, a conduta que ela determina aos indivíduos é devida em razão do seu conteúdo. Portanto, a norma fundamental desse sistema não confere apenas um fundamento de validade, mas também um conteúdo válido (ou de validade). O mestre exemplifica (KELSEN, 1999, p. 218):

“Assim, por exemplo, as normas – não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos – podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicar-lhe fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda”.

Os sistemas dinâmicos, por sua vez, não valem por seu conteúdo deduzido da norma fundamental. O que importa é um quadro de determinação de competências, as quais, quando exercidas, é que vão revelar os conteúdos normativos. Como destacamos, a questão reside na outorga de validade à norma posta. Se ela pressupõe um fundamento que lhe confira tal atributo, então esse fundamento, sobretudo na concepção dinâmica do sistema normativo, só pode estar em outra norma. Se essa outra norma, por sua vez, é também questionada, devo buscar uma outra que lhe dê suporte de validade e assim sucessivamente, o que poderia levar-nos a um *regressum ad infinitum*. Portanto, necessariamente devemos recorrer a uma norma fundamental que dê sustentação ao sistema. “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 1999, p. 228). Que fique claro que ela somente alcançaria a sua finalidade se concebida abstratamente, algo efetivamente

que não existe e, portanto, não sendo objeto de um ato de vontade, é puro pensamento, o que lhe acarreta um problema não solucionado, que já se viu adiantado em sua obra póstuma, a saber, a contradição. De fato, se a norma fundamental tem por fim conferir unidade ao ordenamento normativo, sendo mera abstração ela contradiz a realidade e a si mesma⁸.

Alinhado à sua finalidade de purificação da Ciência do Direito, não se poderia pressupor em Kelsen uma norma posta por um ato de vontade, cujo conteúdo fosse mera dedução de um preceito validante. Tal postura conduziria a um questionamento do sistema posto, em razão de critérios metajurídicos. Portanto, o Direito seria um sistema dinâmico, segundo o qual, a Constituição, como primeiro ato de vontade posto com base na norma fundamental, deixa fora de questão o seu conteúdo e o da ordem jurídica erigida com base nela. Não importa “se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se a ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (KELSEN, 1999, p. 225).

6. Do processo de determinação do Direito

Para Kelsen, a produção normativa, como vimos, é fruto de um ato de vontade, a qual, não nega ele, está permeada de interferências políticas, religiosas, ideologias, valorações etc., mas que deve ser explicado

⁸ “a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: ‘Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição’ – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferência de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade.” (KELSEN, 1986, p. 329).

pela Ciência do Direito sob um regime depurado, visando-o somente pelo prisma do seu objeto (a norma jurídica). Assim, o que confere validade ao ato não seria propriamente o seu conteúdo, mas a autorização para produzi-lo. Essa perspectiva faz do sistema jurídico um sistema dinâmico de normas, como visto.

Conseqüência desse modelo, é que o princípio da causalidade não se presta a explicar essa realidade sensível (mundo do ser), ao contrário, é ela que deve ser conduzida pela norma, segundo o princípio da imputação (dever ser), daí a característica primordial da norma como ato de vontade.

Quando o legislador põe a norma legal, independentemente do seu conteúdo (ao menos de certa forma⁹), o que a torna válida é o fato de ele estar autorizado pela Constituição a estabelecê-la. Assim, a lei é concebida como aplicação da Constituição. Da mesma forma, o juiz e o administrador, ao estabelecerem a sentença ou o ato administrativo (vistos também como normas), estão aplicando a legislação.

⁹ Veja que o próprio Kelsen (1999), ao enfrentar a questão das antinomias, assevera que “a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1999, p. 231). Assim, uma norma que simultaneamente proíbe o aborto em determinada situação e o autoriza, sob o mesmo pressuposto, não faz sentido e não pode ser tida como válida somente porque derivada da autoridade competente. Não bastasse esse aspecto, também é reconhecido que as constituições, a par das normas de atribuição de competência para a produção normativa, as quais Kelsen denomina de materialmente constitucionais, encerram em seu bojo outras que circunscrevem o domínio do conteúdo normativo a ser posto pelo legislador, sobretudo no que tange à imposição de restrições materiais. Portanto, de certa forma, há também a possibilidade de a autoridade competente não editar um ato normativo válido, porque desviante daquele conteúdo prévio. Entretanto, isso não faz o sistema vincular-se a um princípio estático, posto que, qualquer que seja a norma posta, não deriva por dedução lógica da norma fundamental, como um seu elemento analítico.

Fica claro, portanto, que não há uma distinção de ordem qualitativa¹⁰ entre legislação e execução, posto que todo ato de legislação nos conduz à idéia de aplicação de uma norma superior. Confirma (KELSEN, 2003, p. 124):

“(...) costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito considerado como simples reprodução (...) Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”.

E prossegue (KELSEN, 2003, p. 125):

“Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados”.

A distinção, portanto, seria apenas de grau, posto que, à medida que descemos na pirâmide normativa, o grau de liberdade do aplicador vai reduzindo.

¹⁰ “Decerto que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito que este.” (KELSEN, 1999, p. 393).

7. A interpretação jurídica em Kelsen

Kelsen (1999) construiu um sistema estritamente lógico, razão pela qual, a despeito de haver dedicado poucas linhas ao tema da interpretação no Direito, certo é que o fez ao final da sua obra clássica (Teoria Pura do Direito), exatamente porque pressupõe as noções que previamente exploramos.

De fato, partindo-se da idéia de aplicação, recém abordada, os órgãos jurídicos, ao produzirem as normas do sistema, estão ligados a um processo de aplicação do Direito, pelo que a interpretação é algo que deve necessariamente acompanhar esse processo de progressão de um escalão normativo superior a um inferior. É que, ao produzir a lei, o legislador está, em última análise, aplicando a Constituição, o que exige a compreensão prévia do que é aplicado. Da mesma forma, ao prolatar uma sentença, se a tomamos como resultado de um processo de aplicação das leis, impõe-se a compreensão prévia das leis que aplico. Tal característica nos leva a uma compreensão da interpretação jurídica como um processo universal e essencial à produção do Direito.

Por outro lado, os indivíduos, sujeitos às normas postas pelos órgãos aplicadores do Direito, estão obrigados ao *dever ser* nelas instituído e, ao se conduzirem na forma devida, diz-se que observam tais normas (jamais a aplicam, porque não criam Direito). De qualquer forma, também aqui, a determinação normativa precisa ser apreendida pelo sujeito ao qual é destinada, pelo que também para ele, nesse processo de observância do Direito, assume relevo a interpretação jurídica.

Estabelecida a distinção entre aplicação do Direito e a sua observância, Kelsen (1999) deduz daí a diferença entre o que denominou interpretação autêntica e não-autêntica¹¹.

¹¹ Não se retorna aqui à clássica distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, em que é tomada a primeira somente como aquela levada a efeito pelo próprio órgão que produziu a norma. Para Kelsen (1999), a interpretação é autêntica quando conduzida por um órgão aplicador do Direito, tal

A primeira é aquela levada a efeito pelo órgão aplicador do Direito, ao passo que não-autêntica é a empreendida pelos que apenas obedecem às normas jurídicas.

Como visto, a produção normativa, tomada como ato de aplicação do Direito, pressupõe um substrato de validade que, em certa medida, também determina o conteúdo da norma a ser produzida. Uma sentença, por exemplo, ao estabelecer a norma aplicável a um caso determinado, está, de certa forma, produzindo o Direito e também o aplicando, já que, em certa medida, é um ato de execução da legislação. Em que pese a sua natureza executiva, não pode estar inteiramente determinada pela norma do escalão superior, porquanto, como a norma jurídica é um ato de vontade, como tal estaria desnaturada, nessa hipótese. Por isso mesmo, Kelsen (1999) introduziu a noção de *moldura normativa*, compreendida como aquele âmbito de liberdade em que atua o órgão aplicador do Direito¹² (KELSEN, 1999, p. 388):

“A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

Portanto, vê-se que há um quadro de relativa indeterminação, a justificar aquele

como visto. Assim, quando um juiz interpreta a lei no processo de que resulta a sentença, estamos diante de interpretação autêntica.

¹² Kelsen (1999) exemplifica: “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever” (KELSEN, 1999, p. 388).

espaço de liberdade reservado ao aplicador do Direito, a que Kelsen denominou moldura normativa. É irrelevante que tal indeterminação tenha sido desejada ou não (tal como ocorre, v.g., em decorrência da plurisignificatividade semântica dos termos empregados na norma), ou ainda que ela se circunscreva ao fato condicionante ou à consequência condicionada, o que importa é que ela existe e que todo ato que se deixe enquadrar naqueles limites será válido.

Ora, se, como vimos, o ato de criação normativa é um ato de aplicação do Direito; se esse pressupõe a compreensão do que é aplicado; e se o compreendido não pode ser univocamente determinado, então o ato de interpretação que o pressupõe consiste exatamente na determinação daqueles limites em que a aplicação seria válida, ou seja, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem” (KELSEN, 1999, p. 390).

Por tudo isso, sempre fracassaria a tentativa de buscar um método que pudesse proporcionar um sentido unívoco para a norma a aplicar. Qualquer das opções até hoje experimentadas falharam exatamente porque não consideraram aquele quadro de indeterminação próprio da norma validante (de escalão superior) e, por via de consequência, porque esqueceram que o ato de aplicação do Direito é resultado, para Kelsen, de um ato de conhecimento (interpretação que conduz o aplicador ao quadro normativo possível), combinado com um ato de vontade (aplicação propriamente dita em que, nos limites da moldura estabelecida, é eleita uma possível norma).

É o que sintetiza o mestre (KELSEN, 1999, p. 394):

“(…) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar

combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica”.

Finalmente, no âmbito da Ciência do Direito, como não se trata de uma posição vinculante, criadora, a interpretação se limita ao aspecto gnosiológico, é puro ato de conhecimento, daí a crítica da Teoria Pura à Jurisprudência dos Conceitos, que pretende exatamente, por um ato de conhecimento, criar Direito novo.

Portanto, a única possibilidade da interpretação empreendida pela “jurisprudência” é a de evidenciar as múltiplas possibilidades significativas da norma e, em consequência, retornamos ao princípio norteador da Teoria Pura, do qual concluímos que a adoção de preferências nesse processo configuraria intervenção de juízos políticos sobre o ato de conhecimento, o que, para a Ciência do Direito, seria desastroso, já que desnaturaria o seu objeto.

8. Alguns pontos críticos no modelo interpretativo da Teoria Pura

O conjunto teórico incorporado pela Teoria Pura do Direito traz inúmeras vantagens. Os cortes epistemológico e axiológico introduzidos por Kelsen (1999) conduzem à depuração de ideologias e juízos de valor na Ciência do Direito, aproximando-a da idéia científica de rigor e precisão. Se de um lado esse aspecto de ciência rigorosa, de inspiração matemática, contamina o mestre, de outro, não o deixa conduzir-se por um método que tenha por objetivo proporcionar a infalibilidade e a certeza na aplicação do Direito. Kelsen está mais atraído por uma análise do modo jurídico de operação do que pela prescrição de um roteiro adequado, visando ao ideal de certe-

za e univocidade (que lhe parece inatingível no Direito¹³).

De fato, ao estabelecer o ato de produção do Direito como um ato de vontade, desautoriza qualquer pretensão de objetividade e certeza inquestionável. A pureza da Ciência Jurídica estaria exatamente em reconhecer na norma o limite do seu objeto, dele expurgando quaisquer incursões na seara do dever ser.

Quando a Ciência Jurídica, em vez de apenas descrever o seu objeto o valora, imiscui-se no ato de produção jurídica, pretendendo afirmar o que deve ser o Direito. Se assim ocorresse, o órgão de produção jurídica deveria apenas conformar-se ao que já estaria antecipadamente determinado a ele, o que conduziria ao absurdo, por exemplo, de imaginarmos que da Constituição somente haveria a possibilidade de uma única solução legislativa, o que seria um absurdo, sobretudo diante da já afirmada natureza do ato de aplicação do Direito como um ato de vontade. Esse quadro conduziria a uma antecipação fracassada, já que o objeto da Ciência do Direito é a norma jurídica, competindo a ela descrever a ordem posta e não opinar sobre como ela deveria ser (da ordem do ser não pode derivar o dever ser).

Entretanto, esse construto bem elaborado parece desconsiderar alguns problemas de fundo, sobretudo no quadrante da interpretação jurídica, como adiante vamos apontar.

8.1. A interpretação como mecanismo subsidiário da aplicação

Como visto, o modelo kelseniano propõe que uma norma jurídica encontra o seu fundamento de validade em outra norma de escalão superior. Essa norma, a despeito

¹³ “com a sua teoria da norma fundamental, a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente (...)” (KELSEN, 1999, p. 228).

to de sua função formal de atribuição de competência para a elaboração de outra, pode, em certa medida, determinar o conteúdo da norma validada, mas jamais essa delimitação será absoluta, sempre permanecendo um quadro ou moldura, dentro do qual se movimentará o órgão de produção jurídica. Assim, mesmo considerando o ato normativo um ato de aplicação do Direito, sempre existirá um âmbito de aplicação que permite afirmar a natureza voluntária do ato produzido.

Nesse contexto, como vimos, a aplicação pressupõe o conhecimento da(s) norma(s) aplicada(s), o que faz sobressair o papel subsidiário da interpretação jurídica, que teria por objeto exatamente a determinação daquela moldura normativa, a fim de pré-estabelecer os limites de atuação válida do órgão de aplicação normativa.

Esse modo de ver as coisas evidencia uma operação por etapas, que, em um primeiro momento, eu conheceria a realidade para depois aplicá-la (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). Esse fracionamento do processo compreensivo vai de encontro à visão de compreensão como aplicação, de matiz gadameriana e tão bem colocado por Lênio Streck (2006, p. 141):

“O texto não é, assim, apenas um enunciado lingüístico, que não se sustenta em discursos de fundamentação; o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação”.

É evidente o recurso à diferença ontológica, base da hermenêutica filosófica, em que se estabelece a distinção, sem cisão, entre ser e ente, ou seja, o ente somente existe no seu ser e o ser, por sua vez, somente pode ser o ser de um ente! Essa tessitura filosófica foi manejada por Streck (2006) para estabelecer a distinção entre norma e texto.

Efetivamente, o texto não contém a norma, como algo que, sendo-lhe inerente, pudesse ser expurgado por um ato do intérprete (tal como pressupõem aqueles que vêem a interpretação como a busca do sentido e do alcance da lei (cf. MAXIMILIANO, 1984, p. 1). Na visão de Streck (2006), o texto está para o ente, assim como a norma para o seu ser. Esse sentido textual revela a norma no seu acontecer, no seu desvelar histórico, e essa sua verdade não pode ser enclausurada.

Nesse sentido é que se pode também vislumbrar a norma somente na sua aplicação. Ora, “na escrita, o sentido do falado está aí por si mesmo, inteiramente livre de todos os momentos emocionais da expressão do anúncio” (GADAMER, 2002, p. 571). Não há uma intenção a ser reconstruída, tampouco um plexo de sentidos inicialmente dado. Não há reconstrução do sentido do texto, mas construção contextual da norma pelo intérprete. Daí o acerto de Gadamer (2002), ao afirmar que interpretação é *applicatio*.

Esse argumento agrega dificuldades à sustentação do modelo interpretativo fracionado proposto por Kelsen (1999), já que, não havendo um sentido imanente, aquela moldura não pode ser apreendida, senão no momento mesmo da aplicação da norma, e aí já não nos parece haver espaço para falar sequer em moldura.

Não bastasse isso, parece que não foi percebido o caráter histórico da verdade e o papel dos sujeitos na sua conformação. De fato, afirmar que há uma moldura prévia que limita o sentido possível da normatividade, cabendo ao intérprete encontrar essas fronteiras, deixaria para trás (ao menos) a questão da dinâmica do quadro. Pelo menos deveríamos considerar que aqueles limites também são cambiantes. É que não há um sentido prévio inerente ao texto normativo, que deva ser buscado, mas um uso concretizado pelos sujeitos, que se inserem em um contexto comunicativo interativo e dialético.

Parece que ainda se está arraigado a uma noção de verdade inerente ao objeto,

uma herança do pensamento metafísico, que se manifesta na dualidade sujeito-objeto, como se a norma validante pudesse encerrar em si mesma um sentido próprio, apto a ser captado por um solipso sujeito, ainda que esse sentido esteja cerrado em uma moldura de possibilidades, dentro da qual o órgão legiferante pudesse conduzir-se. Como se ele, legislador, devesse buscar, por exemplo, os possíveis sentidos da Constituição unicamente a partir da Constituição.

O ser humano é o único ente que, em seu ser, tem um mundo, no sentido de que está atrelado a uma tradição que herda e que, ao mesmo tempo, vai reconstruindo. É dessa conversa com a tradição que os sentidos se desvelam, razão pela qual, não se pode pretender uma objetividade estéril, nem mesmo para o cientista do Direito. Ele e também o órgão de aplicação do Direito, e ainda aquele que apenas obedece às normas jurídicas, estão unidos desse substrato histórico que conduz ao que denominamos pré-compreensão, a qual, longe de ser um problema para a compreensão do Direito, é uma condição de possibilidade dela. Essa situação hermenêutica do sujeito estabelece um horizonte que projeta um raio de visão compreensiva.

A busca frenética por uma objetividade científica descola o direito da realidade. Pretender ver o intérprete como uma mônada, isolada do mundo e da história, capaz de apreender a realidade afastando-se dela é uma pretensão absurda. O homem é um ser histórico e é pela e na história que trava contato com os entes intramundanos.

9. Conclusão

O arquétipo racional estabelecido por Kelsen, que superficialmente procuramos expor, não pode ser cindido, pelo que a sua teoria da interpretação jurídica está conformada aos substratos da sua Teoria Pura.

A objetividade que pretende empreender no momento interpretativo, como

uma etapa preparatória ao momento de aplicação do Direito, bem como a postura neutra do cientista do Direito, que não pode senão compreender o seu objeto de estudo, o Direito, descrevendo-o sem valorá-lo, acabam por empobrecer demasiadamente o seu modelo.

Veja que não pretendemos criticar toda a obra de Kelsen, como desde o início alertamos, mas apenas questionar os pressupostos do seu modelo interpretativo, muito embora, dada a íntima conexão que acabamos de mencionar, nossas críticas acabam-se refletindo também em outros postulados da sua Teoria Pura.

Efetivamente, a neutralidade como ideal da Ciência do Direito não pode sustentar-se, em face da noção de situação histórica do intérprete. A compreensão não pode dar-se fora da situação em que ele se encontra, porque “toda forma de compreensão é historicamente situada, de sorte que toda possibilidade de realização se dá apenas no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer” (PEREIRA, 2007, p. 27). Corolário dessa premissa é que o intérprete só compreende partindo de pré-compreensões advindas daquele horizonte em que se situa.

É exatamente por isso que a pretendida neutralidade do intérprete (seja do cientista do Direito, seja daquele que o aplica, seja ainda do que meramente compreende a norma para observá-la) é fracassada.

Como dissemos, constatar esse quadro de pré-compreensão não nos revela um obstáculo, mas antes uma condição de possibilidade do conhecimento (PEREIRA, 2007, p. 28):

“Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia do seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.). Por esse motivo, fracassará todo

empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição a qual pertence aquele que se dá ao conhecer”.

Assim, Kelsen, em seu ideal de pureza científica, busca uma objetividade na Ciência do Direito, somente alcançada pela distinção entre as noções de ser e dever ser. Ao cientista não cabe externar juízos do segundo tipo, cabendo apenas dizer o que o Direito é. Em última análise, reconhece que a ele cabe tão-somente compreender o Direito de forma ascética, contemplativa, sem introjetar-se em seu objeto de estudo. A questão que fica é: como fazer isso? Como poderia o intérprete anular as suas pré-compreensões que a tradição lhe deixou? Como poderia ele saltar da história para ver a história?

Da mesma forma, quando o aplicador do Direito estabelece uma nova norma, ele o faz autorizado e balizado por outra, de escalão superior (o legislador, por exemplo, produz a lei, autorizado e, de certa forma, conformado pela Constituição), concretizando um ato de vontade manifestado na sua opção de eleição de uma entre as várias possibilidades que a moldura normativa lhe autoriza. Assim, o ato de aplicação do Direito seria um ato de vontade, precedido de um ato de puro conhecimento, consistente na identificação daquele rol de possibilidades já antecipadamente presentes na norma autorizadora.

Novamente aqui, temos uma submissão a um juízo de mera constatação de uma realidade que me é dada: a moldura normativa. Caberia ao aplicador do Direito aplicá-lo por um ato de vontade, permeado de ingerências políticas, morais etc., portanto um ato de liberdade que, todavia, é precedido de um ato estéril, de mero conhecimento, livre de todas essas interferências. Novamente permanece a questão: como fazê-lo? Esse salto para fora da história é uma premissa assumida: “Como se fosse

possível vender os olhos para aquilo que forma a nossa herança cultural, como se nos fosse dado pular a nossa própria sombra” (PEREIRA, 2007, p. 33).

Se fixamos a idéia de que não existe um ser entificado, um sentido estático aprisionado no tempo pela lei, apto a ser descoberto pelo intérprete, logo percebemos a dificuldade de adoção das premissas que orientam a teoria da interpretação em Kelsen.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3 ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança

Uma reflexão sobre o caso Ashely

Ana Carolina Brochado Teixeira
Luciana Dadalto Penalva

Sumário

1. O caso. 1.1. Encefalopatia estática: sintomas e prognósticos. 1.2. O que foi feito com Ashley? 1.3. Os pais de Ashley e suas razões. 2. Abrangência da autoridade parental. 3. Direitos de personalidade: seriam eles renunciáveis? 3.1. O direito à procriação. 3.2. O direito ao desenvolvimento físico. 4. Conclusão.

1. O caso

Ashley é uma garota americana de nove anos portadora de uma doença rara chamada “encefalopatia estática”. Em 2004, foi submetida a um procedimento cirúrgico para retirar seu útero e suas glândulas mamárias e, desde então, está tomando altas doses de hormônio para interromper seu crescimento, tudo com o consentimento de seus pais.

Tal fato só foi divulgado pela mídia no início do ano de 2007, pois o médico que realizou as cirurgias apresentou o caso à comunidade científica norte-americana, narrando a situação. A repercussão dessas interferências médicas tomou uma proporção mundial, gerando debates acalorados sobre a eticidade dessas medidas, que só foram feitas porque os pais da criança entenderam serem esses os meios mais adequados de garantir a qualidade de vida de sua filha.

Diante disso, este artigo propõe algumas reflexões sobre o que seria, nesse

Ana Carolina Brochado Teixeira é Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Professora de Direito Civil. Advogada. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Luciana Dadalto Penalva é Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG.

caso, o melhor interesse dessa criança, que está totalmente entregue aos cuidados dos pais, por total impossibilidade de fazê-lo sozinha. A discussão passa, inevitavelmente, pelo estudo sobre titularidade e exercício de direitos de personalidade, bem como sobre cessão e renúncia dos mesmos. Tais questionamentos teóricos serão feitos à luz do caso concreto de Ashley, de modo a verificar-se se as “verdades dogmáticas” aplicam-se indistintamente a todas as situações, ou se podem sofrer variações de acordo com as *nuances* do caso concreto.

1.1. *Encefalopatia estática: sintomas e prognósticos*

Primeiramente, é preciso ressaltar que o objetivo deste estudo não é aprofundar na análise da síndrome da qual Ashley é portadora, até pelo cunho jurídico deste. Contudo, para o melhor entendimento do caso, é de suma importância uma compreensão, ainda que superficial, da doença encefalopatia estática, que se constitui em uma síndrome neonatal.

Na literatura médica, poucos são os autores que tratam especificamente dessa síndrome, por ser extremamente rara. A Encefalopatia, mais conhecida como paralisia cerebral, é gênero do qual fazem parte, segundo a classificação mais aceita pelos neurologistas, 7 (sete) categorias maiores, 34 (trinta e quatro) menores e várias subcategorias.¹ A paralisia cerebral pode ser relacionada com vários fatores, entre eles: hereditariedade, infecções congênitas, malformações congênitas, complicações obstétricas, uso de drogas e medicamentos pela gestante, exposição a radiações, fatores perinatais (prematuridade e baixo peso, por exemplo) e fatores pós-natais (infecções e traumas cranianos, entre outros).

¹ Sobre esse assunto, ver: Paralisia Cerebral: abordagem para o pediatra em geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007.

Sua sintomatologia é a mais variada possível, embora seja comum em todos os tipos de encefalopatias o desenvolvimento motor retardado. Os portadores de paralisia cerebral leve têm alterações finais de movimento; os de paralisia cerebral moderada sofrem dificuldades variáveis em relação à fala e movimentos e, por sua vez, os de paralisia cerebral grave têm incapacidade para andar, usar as mãos e falar.²

A síndrome da qual Ashley é portadora é um tipo grave de paralisia cerebral, denominado encefalopatia estática pelo seu caráter persistente, ou seja, por sua irreversibilidade. Enfim, em que pese os avanços da neuropediatria nas pesquisas de encefalopatias, não há, no momento, tratamento capaz de reverter o quadro de Ashley, cujo desenvolvimento mental cessou aos três meses de vida e, hoje, com nove anos, não fala, não anda, não senta e se alimenta exclusivamente por sondas.

1.2. *O que foi feito com Ashley?*

Em 2004, Ashley foi submetida, no Hospital de Criança de Seattle, com o aval do diretor do Centro Treuman Kartz para Bioética Pediátrica, Dr. Douglas Diekema, e de seus pais, a dois procedimentos cirúrgicos: retirada das glândulas mamárias e remoção do útero. Desde então, está tomando altas doses de estrogênio a fim de manter-se pequena e retardar seu desenvolvimento sexual. Tal medida foi tomada porque a criança, aos seis anos, já estava apresentando sinais de puberdade precoce.

² “... apesar de caracterizada pela disfunção motora, a PC é sempre acompanhada por outras desordens da função cerebral. Entre elas as anormalidades de cognição, visão, audição, fala, sensações táteis, atenção e comportamento. A epilepsia geralmente está presente, bem como defeitos na função gastrointestinal e crescimento. As desordens de funções corticais mais altas têm impacto importante nas atividades da vida diária e afetam tarefas como vestir-se ou apertar botões em uma criança que aparentemente é levemente afetada.” (CÂNDIDO, Ana Maria Duarte Monteiro. Paralisia Cerebral: abordagem para a pediatria geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007).

O referido médico concedeu uma entrevista à rede de televisão americana CNN,³ na qual afirma que, antes de dar seu parecer sobre o caso, constatou que Ashley nunca falaria, andaria e seria eternamente dependente de seus pais para tudo o que precisasse fazer. Além disso, sua função cognitiva equivalia à de uma criança com seis meses de vida e, por essas razões, foi favorável à realização das cirurgias e do tratamento hormonal.

Quanto aos benefícios que o tratamento trouxe à Ashley, afirma que será mais fácil cuidar dela, pois seu tamanho será sempre o de uma criança de nove anos, além de que seus pais poderão facilmente abraçá-la e colocá-la em uma cadeira de rodas para passear. Quanto ao desenvolvimento sexual, ela não menstruará; portanto, não sofrerá traumas ao ver sangue saindo de seu corpo sem entender do que se trata. Por fim, a retirada do útero tem a função de evitar uma gravidez, que, em virtude de sua incapacidade permanente, será indesejada. Ashley está tomando altas doses de hormônio para atender à finalidade pretendida pelos pais. Questionado quanto aos riscos que a alta dosagem de estrogênio pode trazer, Dr. Burkholder limitou-se a dizer que são os mesmos da ingestão de anticoncepcionais orais.

Finalmente, sobre os prognósticos acerca do desenvolvimento de Ashley, informou que, quando adulta, terá feição de mulher, corpo de uma menina de nove anos e desenvolvimento mental de um bebê de seis meses e concluiu dizendo que todos os procedimentos se justificam pelos motivos já descritos.

1.3. Os pais de Ashley e suas razões

Os genitores justificam o tratamento dizendo que a intenção foi melhorar a qualidade de vida de sua filha e destacam que a decisão foi fácil porque os benefícios

³ Disponível em: <http://www.cnn.com/2007/HEALTH/01/11/ashley.ethicist/index.html?eref=rss_latest>. Acesso em: 29 mar. 2007.

eram maiores do que os riscos de uma cirurgia. Em resumo, utilizam os mesmos argumentos do Dr. Douglas Diekema para justificar os procedimentos médicos e cirúrgicos realizados em Ashley.

A divulgação do tratamento realizado na criança trouxe à baila várias questões acerca dos reais motivos que levaram os pais de Ashley a proporem aos médicos medidas capazes de interromper seu crescimento e sua puberdade, motivando a reflexão sobre os limites da autoridade parental em casos como esse. Além disso, é preciso delimitar outras questões: a conduta dos pais de Ashley é moralmente aceita? É juridicamente viável? Será que esses pais pretendem facilitar a própria vida, na medida em que terão menos trabalho em cuidar da filha quando esta ficar adulta, ou de fato visam exclusivamente o bem-estar da criança? O direito à reprodução é um direito fundamental e, portanto, indisponível? Quais os limites da autoridade parental nos casos em que os filhos têm pouco ou nenhum discernimento? Existe um direito fundamental ao desenvolvimento físico?

A discussão que ora propomos visa refletir sobre tais questionamentos.

2. Abrangência da autoridade parental

Todos sabemos que o poder familiar – ou autoridade parental, nomenclatura por nós preferida, por ser mais adequada ao seu conteúdo constitucional⁴ – tem a duração equivalente à menoridade dos filhos, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição Federal de 1988. E também que a autoridade parental é um múnus de direito privado, um poder jurídico, isto é, um feixe de poderes – deveres atribuído pelo Estado aos pais, para serem exercidos no interesse dos filhos. A Constituição estabelece que cabe aos pais a tarefa de criar, educar e

⁴ Sobre a diferenciação da nomenclatura, remetemos a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-7.

assistir os filhos enquanto menores. O exercício do poder familiar nos coloca diante de duas questões: a abrangência quantitativa e qualitativa da autoridade parental.

A rigor, até que a prole alcance a maioridade, ou seja, complete 18 (dezoito) anos, os pais devem guiar a sua vida, bem como decidir por ou com eles, vez que, dependendo da idade, irão representá-los (até 16 anos) ou assisti-los (de 16 a 18 anos). Entretanto, na medida em que a Constituição Federal determinou que a criança e o adolescente são alvos de proteção especial, por serem pessoas em desenvolvimento, valorizando a construção da sua personalidade, temos que analisar de forma criteriosa a forma de exercer a autoridade parental. Isso porque a criação e educação dos filhos ocorrem como um processo: tanto maior é a atuação dos pais quanto menor são os filhos, ou melhor, quanto menos discernimento eles têm. À medida que vão crescendo, faz-se menos necessária a intervenção parental, vez que, através dessa mesma convivência e do processo educacional, vivenciam situações que lhes conduzem à paulatina aquisição da maturidade. Dessa forma, vão-se tornando mais aptos para o exercício dos direitos fundamentais e, principalmente, a fazerem opções, com mais liberdade. Entretanto, discernimento importa, para nós, o exercício da liberdade com a correlata responsabilidade, ou seja, ter condições psíquicas de assumir as conseqüências dos seus atos.

O que propomos é, então, uma forma qualitativamente diferenciada do exercício do poder familiar, respeitando a formação do menor, bem como as fases galgadas de construção da personalidade por ele. Essa nova perspectiva da autoridade parental vai integralmente ao encontro do princípio norteador em matéria infanto-juvenil: o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Segundo Tânia da Silva Pereira (1999, p. 3), “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses

de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. Não existe uniformidade ou definição rígida do que seja tal princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Não obstante seja impossível defini-lo de antemão, temos que buscar seu núcleo essencial, que se constitui na possibilidade de o menor exercer seus direitos fundamentais. E é bastante salutar que o faça por si próprio, na medida em que adquire discernimento.⁵

Afirma Maria Clara Sottomayor (2002, p. 197) que, embora o interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável pelo seu caráter vago e elástico, facilitando interpretações subjetivas, tem um núcleo conceitual que deve ser preenchido por valorações objetivas. Essas se atrelam à estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.

Poderíamos dizer que o núcleo conceitual nomeado pela autora portuguesa encontra-se, exatamente, na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente. Tal princípio, aliado à doutrina da proteção integral, visa à proteção da criança, do adolescente, bem como de seus direitos, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas também é atribuído à sociedade e à família, conforme determina o art. 227 da Carta Constitucional, constituindo-se, destarte, um dever social (Cf. PEREIRA, 1999, p.14). Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser protegida e promovida, mediante o exercício dos di-

⁵ Sobre a possibilidade de se respeitar a vontade da criança e do adolescente, remetemos a MEIRELES, Rose Melo Venceu, et al. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335-354; TEPEDINO, Gustavo. *A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias*. No prelo (original gentilmente cedido pelo autor).

reitos fundamentais.⁶ Despiciendo, neste momento, questionarmos qual a forma de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela população infanto-juvenil. Ao que nos parece, a relação parental é o modo prioritário, em regra, de assegurar-lhes a experiência de tais direitos, tendo em vista que o relacionamento familiar é a primeira experiência do menor com o outro, principalmente com os pais. É a experiência primeira da alteridade. Esse “outro”, por sua vez, recebeu do Estado um múnus, um feixe de poderes e deveres a serem exercidos em benefício dos filhos, o que nos autoriza a caracterizar a autoridade parental como poder jurídico, no que tange às inúmeras categorias das situações jurídicas.⁷

Portanto, quantitativamente, pensamos que é possível uma redução gradativa da abrangência da autoridade parental, em prol da realização da personalidade da criança e do adolescente, relativizando o regime das incapacidades, previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, quando estão em jogo interesses existenciais da criança e, principalmente, do adolescente. Assim, poderão eles participar das decisões que definirão o rumo de suas vidas. Sensível a tal necessidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA determinou a oitiva do adolescente no processo de adoção, devendo a sua opinião ser considerada (art. 28, § 1º). O mesmo deve ocorrer em casos de guarda e visitas/convivência familiar quanto à prática de atos ligados ao Direito de Família. Também devemos pensar na valorização da vontade do menor em situa-

ções ligadas ao Biodireito, como, por exemplo, na continuidade ou na interrupção de tratamentos médicos.⁸ Nesses casos, o que deve prevalecer: a decisão dos pais ou a autodeterminação dos filhos? Não existem respostas prontas e preestabelecidas, mas o discernimento é a “peça fundamental” para resolver os casos concretos.

Além do aspecto “quantitativo” da autoridade parental, há, também, o qualitativo, que tem maior relevância para o desenvolvimento das idéias propostas no presente estudo. Imbuídos do múnus do poder familiar, o que podem os pais fazer “em nome” dos filhos? Sob o ponto-de-vista patrimonial, a resposta é óbvia: representá-los ou assisti-los nas situações jurídicas patrimoniais. Para isso, questiona-se a validade do regime das incapacidades para todos os atos, que se exteriorizam mediante o instituto da representação, tendo em vista que esse modelo foi construído “em e para outra realidade”, o que provoca o questionamento da “validade da continuidade de sua utilização sem nenhuma reformulação” (Cf. CARBONERA, 2004, p. 162). Nesse sentido, Silvana Carbonera (2004, p. 162) afirma:

“A consequência da capacidade ou de sua falta é a necessidade de inserir no mundo jurídico pessoas que ainda não tenham condições de atuar individualmente. Neste ponto, o instituto da representação vem suprir esta falta. Contudo, podem ser observados claros contornos patrimonialistas no momento de sua elaboração: se um menor não pode comprar ou vender validamente por ser incapaz, que o possa fazer se estiver representado ou assistido! Mas será que a representação também é suficiente para

⁶ Tal condição lhes foi garantida pelo art. 6º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor é o seguinte: “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

⁷ Sobre o tema, recomendamos a leitura de TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. *Anais...*Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004, p. 305-324.

⁸ Tais idéias foram desenvolvidas em TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 5., 2006, São Paulo: IOB THomson, 2006, p. 103-123.

atos de disposição quando o bem é indisponível, como é o caso do corpo humano?”

A nova questão que surge é se também poderão tomar decisões cuja repercussão se dê na órbita existencial, como, por exemplo, no exercício de direitos de personalidade e, em última instância, de direitos fundamentais. É a partir dessa reflexão que pensaremos na atitude dos pais de Ashley, se seria ou não admitida no Brasil.

Quando uma criança nasce, ela é totalmente dependente dos pais ou de seus cuidadores, vez que patente sua grande fragilidade psicofísica. À medida que vai crescendo – como já dissemos –, vive um gradativo processo de aquisição de autonomia, que vai-se manifestando paulatinamente, justificadora, por outro lado, da diminuição da interferência dos pais. Entretanto, estamos a pensar em uma criança que não tem a menor possibilidade de uma vida com autonomia, vez que sua integridade psicofísica está altamente comprometida pela síndrome que a acomete. Entretanto, não se pode ignorar que, “mesmo que um sujeito de direito passe sua vida toda sem praticar nenhum ato ou negócio jurídico, de cunho patrimonial ou não, ainda assim será titular de um círculo mínimo de direitos de personalidade” (CARBONERA, 2004, p.151).

Por essa razão, é de suma relevância refletirmos sobre o que os pais podem ou não fazer, como titulares do poder familiar, com uma criança nessas condições. Os genitores de Ashley a submeteram à cirurgia de retirada do útero e à impossibilidade do crescimento, ou seja, comprometeram o exercício de relevantes direitos seus, tais como sua integridade física e o direito à reprodução.

O caso de filhos incapazes – principalmente se menores – é bastante peculiar e exige que a autoridade parental seja exercida de forma qualitativa e quantitativamente diversa, pois, quanto menor o discernimento, menor a autonomia e mais densa a interferência dos pais.

3. Direitos de personalidade: seriam eles renunciáveis?

Os direitos de personalidade se referem intrinsecamente à pessoa humana, respeitando à sua esfera individual, que prima pela busca da sua realização enquanto tal. Tais direitos estão atrelados à cláusula de tutela da pessoa humana, esculpida pelo Princípio da Dignidade Humana, vinculado aos demais objetivos da República, inscritos na Constituição Federal de 1988.

As características comumente elencadas para os direitos personalíssimos são “a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade” (TEPEDINO, 2004, p. 33). Além dessas, também é bastante citada a indisponibilidade, que “retira do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis” (TEPEDINO, 2004, p. 34). Essa característica é a que será por nós discutida, tendo em vista que o foco do presente trabalho é investigar a possibilidade de os pais de Ashley renunciarem por ela a direitos personalíssimos, especificamente o direito à procriação e à integridade física.

A primeira questão cinge-se à viabilidade de renúncia – e, portanto, de exercício – de direitos de personalidade por outrem, *in casu*, pelos pais, no exercício da autoridade parental. Poderiam eles exercer tais direitos pelos filhos? É claro que não, e esse é exatamente o problema da contraposição entre poder familiar e exercício dos direitos personalíssimos, pois estes só podem ser exercidos pelo titular, sob pena de se descaracterizarem como tal, além de não cumprir sua função constitucional de tutela da personalidade. Sobre essa problemática, manifesta-se Pietro Perlingieri (2007, p. 260):

“A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não cor-

responde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício (...).”

Ultrapassada a questão da impossibilidade de exercício de direitos personalíssimos por terceiros, voltamos ao exame da possibilidade de serem eles renunciáveis, não obstante a doutrina afirme pela irrenunciabilidade. Tal problema torna-se relevante tendo em vista que os pais de Ashley optaram pela histerectomia⁹ e pelo impedimento do crescimento da filha, por julgarem condizentes com os interesses desta, operando-se, portanto, uma renúncia, em nome dela, de seus direitos de personalidade.

Quando se analisa o exercício – ou não – do direito de personalidade pelo próprio titular, o conflito localiza-se entre autonomia privada e a propalada irrenunciabilidade dos direitos personalíssimos, uma vez que a pessoa pode entender que a forma que melhor realiza sua personalidade é por meio da disponibilidade de algum direito de personalidade, como é um caso de um transexual.¹⁰ Por essa razão, entendemos

⁹ “É a retirada do útero, que pode ser total, quando se retira o corpo e colo do útero, ou subtotal, quando só o corpo é retirado. Na maioria das vezes, é feita através de uma incisão no abdômen, por onde se retira o útero (histerectomia abdominal). Em alguns casos, também pode ser feita através de um incisão na vagina, por onde se retira o útero (histerectomia vaginal). Uma outra abordagem é a histerectomia por videolaparoscopia, onde a cirurgia é realizada por pequenos orifícios de 5 a 10 mm no abdômen e a retirada do útero é feita pela vagina. Às vezes, essa cirurgia é acompanhada da retirada dos ovários e trompas (histerectomia total com anexectomia bilateral).” (Disponível em: < www.miomma.com.br>, acesso em: 3 dez. 2007).

¹⁰ Sobre o tema, recomendamos a leitura de SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da redesignação do estado sexual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética, Biodireito e o novo*

ser possível afirmar que alguns direitos de personalidade, em circunstâncias excepcionais, são renunciáveis ou disponíveis, porque visam à realização de um objetivo maior – concretização da dignidade humana – desde que tal escolha seja privativa do titular. O art. 11 do Código Civil diz que essa renunciabilidade só pode ocorrer, excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei.

Existem hipóteses, inclusive, em que o ordenamento jurídico corrobora com tal entendimento, como, por exemplo, “no caso de cessão de direito de imagem para fins de publicidade, ou ainda da disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano (rim, pulmão, sangue, material genético), em vida ou *post-mortem*, para fins de transplante e tratamento (...)” (AMARAL, 2006, p. 250). Entretanto, a autonomia não pode se limitar a tais situações, tendo em vista que são múltiplos os direitos personalíssimos, não estando todos eles previstos taxativamente, seja no Código Civil de 2002 ou em leis esparsas. Assim, a impossibilidade *a priori* de renúncia a direito de personalidade deve ser vista de forma crítica, mediante uma análise na qual fato e norma dialoguem, de modo a perquirir a função de determinada situação jurídica, vez que é por meio dessa perspectiva que se cumprirão os objetivos constitucionais.

Não obstante tais observações, o caso Ashley não se enquadra nessa situação de a criança ou seus pais poderem renunciar a seus direitos personalíssimos, pois, além de tal disposição não poder ser feita pelos pais – e sim pelo titular –, Ashley, em razão da idade que acarreta a incapacidade absoluta para a prática de atos jurídicos, também não detém nenhum discernimento para se autodeterminar, no aspecto patrimonial ou existencial. É sob esse enfoque que será

Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.199-222; KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. ano 4, v. 14, jul.-set. 2003, p. 41-71.

estudada a conduta de seus pais ao determinarem o não-exercício, pela filha, dos direitos à procriação e à integridade física.

3.1. O direito à procriação

O desejo de procriar acompanha o ser humano desde criança, pois as pessoas aprendem que ter filhos faz parte da ordem natural da vida. Na Antiguidade, as mulheres inférteis eram consideradas bruxas, pois se entendia que o diabo as controlava, impossibilitando-as de ter filhos (Cf. MURARO, 1991, p. 15). Com o desenvolvimento da medicina, descobriu-se que a infertilidade é um problema biológico completamente desassociado de questões místicas. Assim, iniciou-se uma era de pesquisas cujo principal objetivo era fazer com que as mulheres inférteis pudessem engravidar, respaldado por um suposto direito à reprodução.

Desta feita, o Direito foi-se adaptando a essa nova situação e vários estudos discutiram técnicas de inseminação artificial e seus efeitos jurídicos, além de grandes debates acerca da criopreservação de embriões. Contudo, em que pese poder-se falar hoje que há uma diversidade de discussões jurídicas a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos,¹¹ poucos são os estudiosos¹² da ciência jurídica que pesquisam a existência de um possível direito à procriação, razão pela qual os apontamentos deste artigo têm um caráter preliminar e visam apenas incitar a comunidade jurídico-científica a debater a questão.

O Direito no Brasil vem sofrendo grandes transformações desde que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor. Isso porque a atual Constituição brasileira deslocou as atenções jurídicas que antes

eram voltadas ao patrimônio para a pessoa humana, de modo que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a permear e a legitimar todas as decisões jurídicas pátrias. Portanto, questões envolvendo problemas bioéticos são atualmente objeto de análise e pesquisa para o profissional do direito, pois afetam diretamente o homem e a sociedade, sendo uma das finalidades precípua do Direito regular relações entre estes.

O texto constitucional brasileiro consagrou, em seu art. 226, § 7º, o direito ao livre planejamento familiar. Por isso, entende-se que esse direito, à luz dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade entre homens e mulheres, perfaz um verdadeiro direito reprodutivo. Todavia, questionamos: a Carta Magna brasileira, ao consagrar o direito ao livre planejamento familiar, também consagrou o direito à procriação? Ou, em outras palavras, é possível dizer que existe no ordenamento jurídico brasileiro um direito a procriar? Em caso afirmativo, seria ele um direito personalíssimo?

Falar em um direito à procriação significa dizer que a todo ser humano deve ser garantido o direito de ser pai/mãe biológico, de gerar uma criança e que tal direito está limitado tão-somente nos Princípios da Dignidade Humana e da Paternidade responsável, segundo o art. 226, § 7º, CF/88.

Respaldadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia Privada, entendemos haver um direito à procriação, pois a possibilidade de procriar é uma condição humana, devendo inclusive ser alçada à qualidade de direito de personalidade, por ser um direito sem o qual a personalidade do ser humano seria insatisfeita¹³. No entanto, ressalte-se que, sob a égide da Autonomia Privada, é um direito que só será exercido se houver

¹¹ Sobre esse assunto, ver: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*

¹² Sobre esse assunto, ver: SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, *passim*.

¹³ Acerca desse tema, ver: TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

manifestação de vontade da pessoa, sendo possível seu não exercício se assim seu titular quiser.

Desta feita, o caso Ashley torna-se ainda mais interessante diante do impasse ao qual nos conduzem as conclusões esboçadas. Já concluímos que Ashley é uma criança desprovida de autonomia e, portanto, a autoridade parental de seus pais é de um grau quantitativo elevado e qualitativo diferenciado. Desse modo, por ser o direito à procriação um direito da personalidade – todavia, passível de disponibilidade, como já abordado no item anterior –, questionamos se seria possível entendermos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que os pais de Ashley praticaram uma conduta lícita ao permitirem a realização da histerectomia.

Acreditamos que não, porque, apesar do amplo campo de incidência da autoridade parental dos pais de Ashley, esse poder – dever não lhes confere o direito de decidir sobre a supressão da capacidade reprodutiva dela, mesmo perpassado pelo fundamento de que estariam defendendo seus melhores interesses. Assim, em que pese o amplo poder de decisão que estes possuem, apenas ela poderia solicitar que a histerectomia fosse realizada, ou seja, apenas Ashley poderia não exercer esse direito de personalidade, se tivesse discernimento para fazê-lo.

Entendemos como válidas as justificativas para a realização de tal procedimento; entretanto, acreditamos que cabe aos pais de Ashley, no exercício amplo de sua autoridade parental – tendo em vista que durante toda a vida de Ashley este múnus será exercido em grande grau, seja por meio do poder familiar enquanto ela for menor, seja mediante a curatela, quando ela se tornar maior –, efetivar o dever de cuidado e vigilância, garantindo que esta não seja vítima de abuso sexual e levá-la a médicos ginecologistas a fim de averiguar sua saúde reprodutiva.

Enfim, realizar a histerectomia e a retirada das glândulas mamárias, sob a

justificativa de serem essas cirurgias garantidoras do bem-estar de Ashley, parece-nos mais uma atitude voltada para diminuir as dificuldades de cuidado e vigilância – deveres inerentes à autoridade parental e, por óbvio, voltados à garantia do bem-estar da filha –, pois certamente exercer o poder familiar de uma filha desprovida de autonomia, de vontade e de mobilidade motora é um múnus que muito exige dos pais, do que uma atitude humanista, voltada para o bem-estar da criança.

Isso porque as relações jurídicas que envolvem menores devem ser respaldadas pelo princípio do Melhor Interesse da Criança, e, no caso em tela, acreditamos não ser possível vislumbrar que os procedimentos realizados vão ao encontro desse princípio, tendo em vista que o exercício dos deveres da autoridade parental em sua plenitude gerariam os mesmos efeitos práticos que os procedimentos invasivos aos quais Ashley foi submetida, quais sejam, evitariam que a menor fosse vítima de abuso sexual e preveniriam eventuais doenças.

Enfim, não cabe ao Direito – pelo menos ao Direito brasileiro – legitimar condutas individualistas em detrimento da proteção dos direitos de personalidade. Em suma, acreditamos ser a conduta dos pais de Ashley uma conduta ilícita e que a existência de um caso desse no Brasil deveria ser encarada como uma violação frontal aos direitos de personalidade e à Dignidade da Pessoa Humana.

3.2. O direito ao desenvolvimento físico

O direito ao desenvolvimento físico de Ashley enquadra-se no direito de personalidade à tutela da integridade física, de que são exemplos os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil de 2002, que vedam a disposição do próprio corpo que importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar bons costumes, permitem a disposição total ou parcial, desde que gratuita, do próprio corpo para depois da morte, uma

vez feita com objetivos científicos ou altruísticos, além de proibirem que alguém seja forçado a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica que lhe acarrete risco de vida, respectivamente.

O direito à integridade física é, portanto, inegável componente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 93-102) afirma, inclusive, que é um dos principais corolários desse princípio. A integridade física constitui, juntamente com o aspecto psíquico, o atual conceito de saúde, estabelecido pela nossa Constituição Federal de 1988, bem como pela Organização Mundial de Saúde - OMS. Assim, o impedir do crescimento físico de Ashley por seus pais significa uma interferência direta em sua saúde. Como já mencionamos, justificaram sua conduta ao argumento de facilitação da mobilidade da filha, tendo em vista que, com o seu crescimento, ficaria mais difícil sua locomoção, o que é feito pelos próprios pais. Novamente, paira a questão: eles estão buscando a facilitação das próprias vidas, como cuidadores da filha, ou, de fato, o que é melhor para a criança?

O art. 2º da Declaração de Helsinque, de 1964, afirma que “os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência”, o que significa que não impera mais a antiga concepção de interesse público que determinava o primado do social sobre o individual. Para o caso em análise, importa estabelecer que não é o interesse dos pais - mesmo que no exercício do seu papel de cuidadores e responsáveis pela filha - que deve prevalecer, mas o interesse de Ashley, em sua condição de vulnerabilidade, não apenas por ser menor, mas também pela sua condição de deficiente física e mental. Então, é o seu “melhor interesse” que deve ser atendido.

Em questões existenciais dessa natureza,

“o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se

trata de sua saúde, física e psíquica (...). A regra expressa o conceito de não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito do seu destino e de suas próprias escolhas.” (MORAES, 2003, p. 99)

Por essa razão, mesmo que pudéssemos admitir que os pais, pela condição de extrema hipossuficiência de Ashley, pudessem escolher pelo exercício ou não desse seu direito de personalidade, o pensamento condutor é no sentido de preservar sua integridade física, vez que inexistente autonomia. Essa situação também é observada quando da necessidade de transfusões de sangue em filhos de Testemunhas de Jeová menores, cujos pais pretendem não transfundi-los, mas a orientação é no sentido de se proceder à transfusão, tendo em vista que estes podem escolher, quando dotados de maturidade, religião diferente da dos pais.¹⁴ Estão em jogo, nesse caso, os bens jurídicos *vida x liberdade religiosa*, relativamente a pessoas que não têm capacidade de entender e querer e, por essa razão, a intangibilidade de sua vida deve ser preservada - o que não significa que, quando a pessoa menor de idade for do-

¹⁴ “Os Tribunais estadunidenses trazem casos ricos sobre a recusa dos pais a tratamento médico dos filhos, por professarem fé que não permite a transfusão de sangue. No caso *In re Sampson*, a Suprema Corte de Nova Iorque confirmou a autorização outorgada por juiz da vara de família para que Kevin Sampson, de quinze anos de idade, fosse operado para correção de deformidade física que o afastou da escola desde os nove anos. A mãe, Testemunha de Jeová, recusava-se a autorizar a cirurgia, que requeria transfusão de sangue. (...) Portanto, somos pela prevalência de processos universais de tratamento médico em crianças e adolescentes que necessitam de transfusão sanguínea, mesmo que seus pais professem religiões que a proibam. Entendemos, todavia, que há adolescentes que, mesmo incapazes legalmente, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ao tratamento médico preconizado. Em casos assim, esgotadas as medidas de persuasão, a decisão final deverá ser proferida pelo Judiciário, que deverá buscar a justiça para o caso concreto.” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 136-137).

tada de discernimento, não poderá ter sua vontade valorada juridicamente.¹⁵ Pelas mesmas razões, está em questão a integridade física de uma criança que não tem – e nunca terá, ao que tudo indica – condições de se manifestar pelo exercício ou não de seus direitos de personalidade. Por isso, ela deve ter sua integridade preservada, ainda mais pelo caráter vitalício do impedimento de seu crescimento.

4. Conclusão

Diante do caso sob reflexão e dos apontamentos ora exarados, concluímos que:

a) pelas pesquisas médicas, a doença de Ashley, hoje, não tem cura, sendo ela totalmente dependente dos pais para toda a vida, o que leva à ampliação da autoridade parental, em situação de total ausência de discernimento;

b) a renúncia de direitos de personalidade só é possível pelo próprio titular, em situações em que este seja dotado de maturidade e responsabilidade, nos limites autorizados pelo Ordenamento Jurídico, conjugados com o caso concreto;

c) por essa razão, a supressão dos direitos à procriação e à integridade física, questão decidida pelo médico e pelos pais de Ashley, não condiz com o Princípio do Melhor Interesse da Criança, de modo que os procedimentos feitos visam facilitar os cuidados com Ashley, mas não, efetivamente, tutelá-la.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

¹⁵ Isso ocorre em alguns países como a Inglaterra, onde, a partir de 16 anos de idade, é possível a pessoa consentir com tratamentos médicos (menor maduro). (SILVA apud MORAES, 2006, p. 154)

BURKHOLDER, Amy. *Ethicist in Ashley case answers questions*. Disponível em: <http://www.cnn.com/2007/HEALTH/01/11/ashley.ethicist/index.html?eref=rss_latest>. Acesso em: 15 mar. 2007.

CÂNDIDO, Ana Maria Duarte Monteiro. *Paralisia cerebral*: abordagem para a pediatria geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007.

CARBONERA, Silvana. Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas. *Ciência e opinião*. v. 1, n. 2/4. Curitiba, jul. 2003/dez. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MURARO, Rose Marie. *O Martelo das feitiçeras*. 8 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. *O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança'. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da redesignação do estado sexual*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2005.

SILVA, Denis Franco. *O princípio da autonomia privada: da invenção à reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, caderno Direito e Justiça. v.14, t. 1, p. 197, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 5., 2006, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias*. No prelo. (original gentilmente cedido pelo autor).

_____. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 4., 2004, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004.

_____. A Tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

O desenvolvimento do novo regionalismo asiático no direito de integração

Notas sobre a ASEAN e APEC

Fabrizio Bertini Pasquot Polido

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Associação das Nações do Sudeste Asiático – ASEAN. 2.1. Os fundamentos para a criação da ASEAN como bloco regional no Sudeste Asiático. 2.2. O status da ASEAN nas negociações multilaterais do GATT/OMC. 2.3. Os acordos preferenciais de comércio da ASEAN de 1977 e os percalços da integração regional. 2.4. Rumo à consolidação da Área de Livre Comércio da ASEAN (AFTA). 2.5. A Zona Asiática de Investimentos (ZAI), programas coordenados de investimentos e o Regime de Cooperação Industrial (AICO). 2.6. Estratégias de ampliação do regionalismo no âmbito da ASEAN e impactos sobre o comércio multilateral: a inclusão regional da China. 3. Organização de Cooperação Econômica do Pacífico Asiático (APEC). 3.1. Algumas premissas da criação da APEC e o desenvolvimento do regionalismo no Pacífico-Asiático. 3.2. Caracterização da APEC e problemas de determinação de sua personalidade no Direito Internacional Público. 3.3. Princípios básicos da cooperação econômica pragmática implicada no regionalismo moldado pela APEC e percalços da institucionalização. 4. O novo regionalismo asiático e noções de regionalismo aberto. 4.1. Fundamentos do regionalismo aberto. 4.2. Regionalismo concorrencial. 4.3. Liberalização competitiva. 4.4. Identidade asiática. 5. Perspectiva geral do regionalismo no Pacífico Asiático e as novas tendências. Conclusões.

Fabrizio Bertini Pasquot Polido é Advogado e Consultor em São Paulo. Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Realizou estudos de Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Universidade de Tübingen, Alemanha, e “Master of Laws” (LL.M.) pela Università degli studi di Torino, Itália, e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). É Professor de Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da FAAP.

1. Considerações iniciais

Uma realidade singular no contexto de integração regional hoje arquitetado pelas

novas dimensões do Direito Internacional Econômico surge em evidência e revela como, nas relações de cooperação entre Estados, sobretudo no hemisfério sul, diferentes processos de regionalismo emergem nas formas e originalidade com que são constituídos.¹ O aumento significativo do número de acordos de livre-comércio concluídos entre Estados nas últimas duas décadas e a necessidade de remodelação da própria unidade do sistema multilateral do comércio edificado sob as bases do GATT/OMC também devem ser objeto de atenção e reflexões práticas, em especial no que concerne à região do Sudeste Asiático e seu desenvolvimento histórico nos últimos cinquenta anos. Todo esse movimento não é caracterizado pelo ineditismo. Um problema elementar à história da humanidade, que se fez mais ou menos unificada e fragmentada, tem sido um desejo constante dos Estados de buscar a defesa dos espaços nacionais, a proteção dos mercados, a promoção de estabilidade monetária, conservação de padrões sociais conquistados e a preservação de identidade cultural de determinado povo. Tudo isso em um processo de nítida comunitarização, que pode ser identificado com clareza no caso dos blocos regionais (Cf. GREWE, 2000, p. 70). O caso asiático, por suas características, acena para uma interessante proposição de reconsideração dos processos de integração regional, pelo menos em seu distanciamento dos fenômenos clássicos concebidos pelas escolas do Direito de Integração.²

Ainda nas negociações do antigo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947 (GATT 47), hoje incorporado ao GATT 94 (Anexo I-A do Acordo Constitutivo da OMC), havia uma preocupação das Partes

¹ Sobre isso, ver fundamentalmente DIHN; DAILLIER; PELLET, 1992, p. 615 e ss.; MAHIOU, 1993, p. 57 e ss.; LAWRENCE, 1996, p. 70 e ss, especificamente sobre regionalismo na Ásia e Oceania; BELLIS; GARCIA JIMENEZ, 1997, p. 35 e ss.

² Sobre tais questões, ver LAWRENCE, 1996, p. 70 e ss.; CHASE, 2006, p. 1 e ss; estudos em CASELLA; LIQUIDATO, 2006; e CELLI JR., 2006, p. 19 ss.

Contratantes em chegar a um modelo comum de análise dos acordos regionais de livre-comércio.³ Em foco estavam justamente a aplicação geral da cláusula da nação mais favorecida justificada pelo princípio da não discriminação contido no Artigo I do Acordo, e as exceções oferecidas pelo Artigo XXIV relativamente às uniões aduaneiras, áreas de livre-comércio e acordos de transição envolvendo uniões aduaneiras e áreas de livre-comércio. Segundo o Artigo XXIV, alguns requisitos devem ser observados pelos Estados Membros da OMC quanto à criação de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras a partir de acordos preferenciais, especificamente: (i) a não criação de uma situação mais restritiva – após a conclusão do acordo – em termos tarifários e/ou regras de comércio para os Membros que dele não sejam partes; (ii) inclusão de um cronograma para a formação de união aduaneira ou da área de livre comércio em um prazo razoável, entendido como sendo este de 10 anos (genericamente conhecido como “prazo de implementação”); e (iii) margem de flexibilidade para considerar válidos os acordos preferenciais cuja abrangência de harmonização ou eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias não seja total, sobretudo quanto à expressão “com relação a substancialmente todo o comércio”, contido no § 8º do Artigo XXIV do GATT.⁴

Com efeito, o Artigo XXIV do GATT serve de medida de compatibilidade entre os acordos preferenciais de comércio e as normas estabelecidas no sistema multilateral do comércio. Em sua justificativa, está a possibilidade de tais acordos proporcionarem uma expansão do comércio internacional de bens, serviços e tecnologias a partir

³ A expressão “acordos regionais de livre-comércio” ou “acordos preferenciais de comércio” é aqui empregada de acordo com a terminologia adotada pela Organização Mundial do Comércio a “todo e qualquer acordo bilateral, regional e plurilateral, de natureza preferencial”.

⁴ Sobre a dificuldade de aplicação do Artigo XXIV do GATT, cf. LOWENFELD, 2003, p. 39 e ss; JACKSON, 2000, p. 157 e ss.

da redução das barreiras ao livre-comércio entre os Estados envolvidos. Essas preocupações embasaram a criação do Comitê sobre Acordos Regionais da OMC, em 1996, justificando ainda a necessidade de exame concreto dos acordos preferenciais concluídos pelos Estados Membros e da avaliação de seus impactos estruturais sobre a unidade de sistêmica do comércio internacional.⁵

Notadamente após a conclusão da Rodada Uruguai, a proliferação de acordos preferenciais de comércio entre os diferentes Estados Membros também provocou importantes reflexões em torno da “fragmentação” do sistema do comércio multilateral, levando boa parte da atenção acadêmica para os trabalhos do Comitê sobre Acordos Regionais da OMC (Cf. LAWRENCE, 1996, p. 10 e ss; POMFRET, 1998, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2005; CHASE, 2006). A multiplicação das preferências e das desvantagens comerciais entre Estados, o aumento da concorrência entre blocos regionais e uma pressão pela liberalização dos fluxos de comércio entre determinados países, sem a consideração de uma totalidade de sujeitos, dão margem para o surgimento de novos elementos de uma análise teórica que não corresponde àquela classicamente empregada para justificar as diferentes fases de um processo de integração clássico. O movimento evolutivo ou involutivo de formação de áreas de livre comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns é imediatamente identificado pelo contexto normativo do Artigo XXIV do GATT/OMC e, em diferentes perspectivas, poderia ser estudado.

⁵ Para uma visão geral dos recentes trabalhos do Comitê de Acordos Regionais, da OMC, ver: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regcom_e.htm>. Ver ainda documentos WT/REG/M/27, Committee on Regional Trade Agreements - Twenty-Seventh Session - Note on the Meetings of 12 - 13 October and 17 November 2000; WT/REG/W/41, Committee on Regional Trade Agreements - Mapping of Regional Trade Agreements - Note by the Secretariat, 11 out 2000.

O regionalismo não é um processo de integração envolvendo apenas estruturas normativas comuns estabelecidas pelos Estados, ou instituições políticas e econômicas organizadas a partir dessa estrutura. Nele estão inseridos aspectos da geometria de poderes entre Estados nas relações internacionais, efeitos da globalização e a dinâmica e unidade do sistema multilateral do comércio. Identificar o regionalismo é reconhecer um universo de exceções entre princípios que fundamentam as instituições do GATT/OMC, em sua estrutura constitucional e também a legitimidade de seu processo decisório (Cf. PETERSMANN, 2004, p. 585 e ss; 2005, p. 647 e ss). De fato, essa tendência é refletida nas novas formulações de acordos de livre-comércio concluído entre Estados, referindo-se a um complexo de normas que regulamentam não apenas os fluxos de comércio intrabloco, mas também estruturas de tratamento preferencial para serviços, proteção de direitos de propriedade intelectual, investimentos, mecanismos de solução de controvérsias, políticas de concorrência e proteção do meio-ambiente.

É justamente nesse contexto que se apresenta o processo de integração regional no Pacífico Asiático. Desde a década de 60, inúmeras iniciativas foram sendo adotadas pelos Estados da região para alavancar um processo de integração que não teria correspondência direta com aquele que se desenvolvia na Europa ocidental (como evidente no modelo de constituição da Comunidade do Carvão e do Aço e que chegou ao formato atual da União Européia). O surgimento de organizações internacionais de caráter regional, fóruns governamentais de discussão, acordos de aproximação econômica e redes de cooperação entre Estados identificam um processo de “regionalismo multidimensional”, que tem no caso do Pacífico Asiático sua expressão mais bem acabada. Uma possível delimitação espacial desse regionalismo seria então fluida por não se concentrar, exclusivamente, nos fundamentos geográficos e territoriais de cooperação econômica

estabelecida entre Estados de um mesmo continente. Ela vai além, compreendendo objetivos de políticas comuns, segurança e estabilidade, desenvolvimento social e cultural e, igualmente, representatividade dos membros no sistema do GATT/OMC. Tais objetivos levam os Estados à criação de colações e redes em nível transnacional, bem como organizações que tenham o escopo de cooperação em torno de acordos regionais, inter-regionais e trans-regionais.

O regionalismo no Pacífico Asiático oferece importantes exemplos desses fenômenos: a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), a Associação da Ásia Meridional para Cooperação Regional (SAARC), Conselho para Cooperação Econômica do Pacífico (PECC), a Organização de Cooperação Econômica do Pacífico Asiático (APEC), o Fórum do Pacífico Sul (South Pacific Forum), Acordo de Livre Comércio do Pacífico (Pacific Regional Trade Agreement), União do Pacífico (Pacific Union), Parceria Econômica Estratégica do Trans-Pacífico (Trans-Pacific SEP) e o Acordo de Relações Econômicas e Comerciais entre Austrália e Nova Zelândia (ANZCERTA).⁶

Eles revelam novos elementos para a análise do processo de integração regional e cooperação econômica entre Estados, tais como as noções debatidas no presente trabalho, de regionalismo aberto, regionalismo concorrencial, liberalização competitiva e identidade asiática.⁷

Algumas das recentes tendências do novo regionalismo asiático, compreendendo a importância de dois casos específicos, a

⁶ Do ponto de vista geopolítico, especificamente, o regionalismo é analisado a partir da Bacia Ásia-Pacífico (Pacific Rim), compreendendo ainda o Sudeste Asiático, Leste Asiático, Ilhas do Pacífico, o Mar da China Meridional e Oceania. No presente trabalho, não examinamos o processo de integração na Ásia Meridional, Sudoeste Asiático, Estados do Índico-Pacífico e o Oriente Médio. O novo regionalismo asiático se justifica no contexto do Pacífico Asiático, em especial quanto aos aspectos da APEC e da proliferação de acordos de livre-comércio na região (bilaterais, regionais, inter-regionais e trans-regionais).

⁷ Ver itens 4.1 e 4.2 *supra*.

ASEAN e a APEC, são objeto do presente artigo. O item 2 busca apresentar os fundamentos, estrutura e funcionamento da ASEAN, além do significado histórico do contexto de negociações do GATT/OMC para a Organização. São analisados os Acordos Preferenciais de Comércio da ASEAN de 1977, os planos de investimentos coordenados, a constituição da Área de Livre Comércio da ASEAN, seus fundamentos e estrutura, bem como a Zona Asiática de Investimentos e Regime de Cooperação Industrial, e a inserção da China no regionalismo asiático com a conclusão da Área de Livre Comércio entre China e ASEAN. O item 3 revisita o contexto de surgimento da Organização de Cooperação Econômica do Pacífico Asiático (APEC), as premissas de sua criação, estrutura e caracterização no Direito Internacional Público. Em destaque são considerados os princípios da cooperação econômica pragmática na APEC (abertura, igualdade e institucionalização evolutiva) e as recentes negociações entre os Estados participantes como temas do desenvolvimento do regionalismo do Pacífico. O item 4 envolve o debate sobre novo regionalismo asiático, os fundamentos do regionalismo aberto e as noções ali implicadas, como o regionalismo concorrencial e liberalização competitiva, e a da identidade asiática. Tendências do regionalismo no Pacífico Asiático são ainda discutidas no item 5. Como conclusão, o trabalho oferece uma visão geral sobre a relevância do tema do novo regionalismo asiático para o desenvolvimento progressivo de novas instituições do Direito de Integração e premissas para sua reavaliação.

2. Associação das Nações do Sudeste Asiático – ASEAN

2.1. Os fundamentos para a criação da ASEAN como bloco regional no Sudeste Asiático

O regionalismo asiático não é um fenômeno recente do ponto de vista histórico, mas remete a diferentes origens

e fundamentos no contexto das relações econômicas internacionais, antes mesmo que uma explicação teórica fosse oferecida pelos processos de cooperação e integração regional surgidos paralelamente ao desenvolvimento do sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC. Ainda em 1954, em plena Guerra Fria, países como Austrália, Estados Unidos, Filipinas, França, Nova Zelândia, Paquistão, Reino Unido e Tailândia criaram a Organização do Tratado do Sudeste Asiático (a SEATO)⁸, como forma de expressar o exercício da chamada “legítima defesa coletiva” e justificar os mecanismos de intervenção militar na região⁹ (Cf. DIHN; DAILLIER; PELLET, 1992, p. 577 e ss). Os Membros tinham como objetivo primário estabelecer uma política regional comum de contenção do comunismo na Ásia, fazendo frente à política nacional perseguida pela China e antiga URSS. Até a extinção da SEATO, em 1977, não chegaram a qualquer atuação concreta relativamente ao objetivo perseguido. Em questão estavam justamente as medidas unilaterais adotadas pelos Estados Unidos com o intuito de buscar, no âmbito daquela Organização, uma medida de legitimidade para intervenção no Vietnã, Laos e Camboja no espaço de defesa coletiva regional, ainda que não recebesse apoio expresso da França e do Paquistão (Cf. CAMILLIERI, 2003, p. 58 e ss; SUDO, 2001, p. 13 e ss)¹⁰.

⁸ O Pacto de Manila ou Tratado do Sudeste Asiático de Defesa Coletiva (Southeast Asia Collective Defence Treaty) foi concluído em 8 de setembro 1954, logo após a retirada da França da Indochina, e posteriormente extinto em 1977 pelos Membros. A secretaria da SEATO estava sediada em Bangkok, na Tailândia, com diversas conferências realizadas em Manila, nas Filipinas, sob o mandato do Presidente Ferdinand Marcos.

⁹ Explicando a polêmica em torno da aplicação do Artigo 51 da Carta da Organização das Nações Unidas sobre o exercício da legítima defesa coletiva pelos Estados.

¹⁰ Sobre as origens do regionalismo asiático. Importante observar que um dos fatores de enfraquecimento e fracasso da Organização esteve especialmente na incapacidade de os Estados atuarem conjunta e pacificamente na solução das controvérsias envolvendo a região da Indochina no período do

Paralelamente à iniciativa da SEATO e da frustração dos objetivos iniciais ali projetados, alguns países mantiveram relações diplomáticas mais estreitas na região, o que conduziu à criação, em 8 de agosto de 1967, da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), com a conclusão da Declaração de Bangkok¹¹. Originalmente são signatários a Indonésia, Tailândia, Filipinas, Malásia e Cingapura. Após a entrada em vigor da Declaração de Bangkok no plano internacional, a ASEAN foi ampliada com a adesão de Brunei, em 1985, Mianmma, Laos, Camboja, em 1997, e do Vietnã em 1999.

A estrutura constitucional da ASEAN compõe-se fundamentalmente dos tratados celebrados entre os Estados Membros desde a Declaração de Bangkok de 1967, entre os quais devem ser destacados: a Declaração de Kuala Lumpur sobre a Zona de Paz, Liberdade e Neutralidade, de 1971¹², Declaração de Dempasar sobre a ASEAN¹³, o Tratado de Dempasar sobre Amizade e Cooperação no Sudeste Asiático de 1976 e respectivo Protocolo de Manilla de 1984¹⁴, Acordo Quadro relativo à Cooperação Econômica no âmbito da ASEAN de 1992 (“Acordo Quadro sobre

Pós-Guerra. A finalidade pela qual havia sido criada e a influência dos Estados Unidos em militarizar os conflitos da região prolongaram os efeitos da crise até sua dissolução.

¹¹ *Bangkok Declaration*, 8 August 1967 (aqui referida como “Declaração de Bangkok de 1967” ou “Declaração da ASEAN de 1967”). A versão consolidada do tratado pode ser consultada em: <<http://www.aseansec.org/1212.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

¹² *Zone of Peace, Freedom and Neutrality Declaration*, 27 November 1971, disponível em: <<http://www.aseansec.org/145.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

¹³ *Declaration of ASEAN Concord of February 24, 1976*, tratando fundamentalmente da expansão da cooperação entre os Estados membros nas áreas econômicas, sociais, políticas e culturais. A versão consolidada do tratado pode ser encontrada em: <<http://www.aseansec.org/145.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

¹⁴ *Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*, of February 24, 1976; *Protocol Amending the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*, December 15, 1987.

Cooperação Econômica de 1992”), Acordo de Cingapura sobre o Regime de Tarifa Comum Preferencial Efetiva (TCPE) para a Área de Livre-Comércio da ASEAN, de 1992¹⁵, o Protocolo de Emenda ao Acordo Quadro relativo ao Desenvolvimento da Cooperação Econômica no âmbito da ASEAN, de 15 de dezembro de 1995¹⁶, Protocolo de Manila sobre Mecanismo de Solução de Controvérsias da ASEAN, de 20 de novembro de 1996, o Segundo Protocolo de Manila relativo à emenda ao Tratado de Dempasar sobre Amizade e Cooperação no Sudeste Asiático, de 25 de julho de 1998¹⁷, o Plano de Ação de Hanoi de 1998, a Declaração sobre a Conduta das Partes no Mar da China Meridional de 2002 e a Segunda Declaração da ASEAN de Bali, de 7 de outubro de 2003¹⁸.

Com a conclusão da Declaração de Bangkok de 1967, os Estados Membros buscaram assentar uma estrutura muito simplificada para a Organização estabelecida, apoiando-se fundamentalmente na seguinte composição:

(i) Conferência Anual de Ministros das Relações Exteriores, ou “Conferência Ministerial da ASEAN”;

(ii) Comitê Permanente, sob a presidência do Ministro das Relações Exteriores do Estado em que é realizada a Conferência Ministerial, integrando-se por autoridades diplomáticas dos Membros e cuja principal atribuição está a coordenação dos trabalhos da Associação nas conferências ministeriais;

(iii) o Comitê Ad-Hoc e Comitês Permanentes de Especialistas e Oficiais em determinadas matérias;

¹⁵ Agreement on the Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme For The ASEAN Free Trade Area, 28 January 1992.

¹⁶ Protocol to Amend the Framework Agreement on Enchancing Asean Economic Cooperation, as of December 15, 1995.

¹⁷ Second Protocol Amending the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia, Manila, Philippines, as of July 25, 1998.

¹⁸ Disponíveis em: <<http://www.aseansec.org/145.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

(iv) a Secretaria Nacional da ASEAN estabelecida em cada Estado Membro a quem compete levar a cabo o trabalho da Associação e auxiliar a Conferência Ministerial, o Comitê Permanente e os demais Comitês¹⁹.

Importante destacar que a ASEAN pode ser classificada como uma organização internacional de caráter regional, considerando a variedade das formas de Estados e organizações internacionais no domínio do Direito Internacional Público clássico. A Declaração de Bangkok de 1967 faz referência expressa à criação de uma “Associação para Cooperação Regional entre Países do Sudeste Asiático”. A doutrina costuma tratar a ASEAN como uma organização regional, distinguindo-a das organizações internacionais de vocação universal. Na visão de Michel Virally (1983, p. 255 e ss), as organizações regionais têm uma função de “segmentação” da sociedade internacional, porque estão ligadas a uma solidariedade particular na ordem comunitária internacional²⁰.

De fato, a Declaração de Bangkok estabelece que a representação da vontade coletiva dos Estados Membros esteja centrada na Organização constituída, vinculando-os a partir de princípios muito amplos de cooperação e esforços conjuntos²¹. O documento considera a criação de uma estrutura para a ação comum entre os Estados da ASEAN relativamente à cooperação regional, com base no espírito da igualdade e parceria, contribuindo para

¹⁹ Cf. *ASEAN Declaration*, Parágrafo Terceiro, referindo-se ao “maquinário” da Associação de Estados do Sudeste Asiático.

²⁰ O autor considera a ASEAN na categoria das “organizações de caráter regional, sub-regionais, inter-regionais e organizações de Estados produtores de bens”, como seria o caso da OPEP, especificamente.

²¹ Ver o Parágrafo Quinto da Declaração de Bangkok de 1967, no qual os Estados reafirmam: “the Association represents the collective will of the nations of South-East Asia to bind themselves together in friendship and cooperation and, through joint efforts and sacrifices, secure for their peoples and for posterity the blessings of peace, freedom and prosperity”.

paz, progresso e prosperidade na região.²² Os Estados comprometem-se igualmente a organizar um cenário de cooperação ampla, invocando determinados valores, tais como a existência de “responsabilidade primária” pelo fortalecimento da *estabilidade*, econômica e social, da região, e de *segurança* em relação ao desenvolvimento nacional pacífico e progressivo. Tais valores, segundo a Declaração da ASEAN, devem ser assegurados sem interferência externa na região e permanecer livres de quaisquer formas de coerção. A partir desse cenário, a Organização buscaria preservar as “identidades nacionais” dos Membros.²³

Buscando estreitar as relações de cooperação, tais como nas áreas econômica, política, social e cultural, os Estados Membros estabeleceram objetivos comuns na Declaração da ASEAN de 1967, entre os quais merecem destaque a intensificação do crescimento econômico, progresso social e desenvolvimento cultural na região. Nesse sentido, esforços conjuntos seriam estabelecidos com base nos princípios da parceria e igualdade entre os Membros, com vistas ao aprofundamento de “uma comunidade próspera e pacífica de Estados do Sudeste Asiático”.²⁴ Os objetivos de estabilidade e

segurança regionais também são previstos no documento, a serem alcançados, segundo o compromisso de respeito à paz, observância do Direito nas relações com os Estados e adesão aos princípios da Carta da Organização das Nações Unidas.²⁵

Mais amplamente, a Declaração da ASEAN prevê a colaboração e assistência mútua em matérias de interesse comum, em todos os campos, tais como social, cultural, técnico e científico e administrativo, assistência e capacitação técnica recíproca, nas áreas educacionais, profissionais e administrativas, a colaboração na área da agricultura e indústria, a expansão do comércio, incluindo o estudo dos problemas relacionados ao comércio internacional de bens, melhorias em seus transportes e infra-estruturas de comunicação, além da elevação do padrão de vida das populações dos Membros.²⁶ Outros objetivos, como o de promoção de estudos sobre o Sudeste Asiático e a manutenção de uma “cooperação estreita e benéfica” com organizações internacionais e organizações regionais que tenham objetivos e propósitos similares àqueles da ASEAN, também são estabelecidos pela Declaração. Na atualidade tais objetivos são reiterados na atividade de pesquisa e estudos consolidados nos trabalhos do Banco Asiático do Desenvolvimento (ADB)²⁷, Instituto de Estudos do Sudeste Asiático (ISEAS)²⁸ e os Relatórios Anuais da ASEAN.²⁹

É certo que a ASEAN tenha historicamente revertido a tendência natural de sua

²² Assim, cf. nos *consideranda* da Declaração da ASEAN: “DESIRING to establish a firm foundation for common action to promote regional cooperation in South-East Asia in the spirit of equality and partnership and thereby contribute towards peace, progress and prosperity in the region;”

²³ Assim, conclui-se da seguinte passagem da Declaração: “the countries of Southeast Asia share a primary responsibility for strengthening the economic and social stability of the region and ensuring their peaceful and progressive national development, and that they are determined to ensure their stability and security from external interference in any form or manifestation in order to preserve their national identities in accordance with the ideals and aspirations of their peoples”.

²⁴ Cf. Parágrafo Segundo, nº 1 da Declaração da ASEAN: “To accelerate the economic growth, social progress and cultural development in the region through joint endeavours in the spirit of equality and partnership in order to strengthen the foundation for a prosperous and peaceful community of South-East Asian Nations.

²⁵ Cf. Declaração da ASEAN de 1967, Parágrafo Segundo, nº 2.

²⁶ Cf. Declaração da ASEAN de 1967, Parágrafo Segundo, especialmente nº 5 (“the expansion of their trade, including the study of the problems of international commodity trade, the improvement of their transportation and communications facilities and the raising of the living standards of their peoples”).

²⁷ *Asian Development Bank* (<http://www.adb.org>).

²⁸ *Institute of Southeast Asian Studies* (<http://www.iseas.edu.sg>).

²⁹ Conteúdo dos relatórios disponíveis em: <<http://www.aseansec.org/4913.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2006.

formação. A Organização era vista em sua tarefa de neutralização de tensões militares regionais, desenvolvendo estratégias de negociações comuns para responder ao avanço do comunismo na China e antiga URSS.³⁰ Somente no fim da década de 70, como será analisado, é que o foco da ASEAN deslocou-se funcionalmente para o estabelecimento de uma organização de caráter regional preocupada com o desenvolvimento de um quadro normativo de acordos preferenciais de comércio e a criação de uma zona de livre comércio.

Durante o processo de formação de uma “identidade asiática” comum ao regionalismo no Pacífico Asiático³¹, os Membros originários da ASEAN contribuíram com o êxito da cooperação encetada pela organização, ainda que não totalmente decorrente da estrutura normativa dos tratados celebrados. A explicação estaria no fato de terem implementado internamente metas de estabilidade política e assentado as forças propulsoras que delimitavam o crescimento econômico regional. Esse seria o resultado ao menos alcançado entre a segunda metade da década de 80 e o início da crise asiática em 1997. Tal esforço sugere, em boa medida, as reformas domésticas estabelecidas pela Indonésia, Malásia e Tailândia no período considerado e que nunca poderiam ser ignoradas no contexto do regionalismo asiático (Cf. POMFRET, 1998, p. 146).

A partir primeiramente de uma estratégia de manutenção da paz e segurança na região do Sudeste Asiático, a ASEAN pôde criar uma agenda de crescimento econômico, de desenvolvimento cultural e social, baseada nas relações de cooperação e alinhamento, por assim dizer, entre as esferas governamentais dos Membros e uma intensa disseminação dos efeitos (alcance) de um processo

de integração que gradativamente tomava corpo entre os Estados (NARLIKAR, 2003, p. 172).³² De fato, essa realidade se estendeu para tantas ocasiões, comprovadas pela assiduidade com que as Conferências Ministeriais foram sendo realizadas, como pela criação do Fórum Regional da ASEAN em julho de 1994 e até hoje atuante. Nesses casos, os objetivos de manutenção de paz e segurança regionais continuam casados àqueles de desenvolvimento de uma estrutura para cooperação econômica entre os Membros (VAN MEERHAEGHE, 1998, p. 13).

É importante considerar que as normas criadas no âmbito da ASEAN e sua aplicação nos campos da cooperação política, econômica, social e cultural, especialmente conforme estabelecidos nos dispositivos da Declaração de Bangkok, aparecem como modelos para formulação de políticas legislativas domésticas em países em desenvolvimento. Aqui se destacam, fundamentalmente, ações comuns da Organização no campo da integração econômica e da chamada “cooperação funcional”. Na primeira área, a ASEAN estabelece a atuação dos Membros relativamente aos acordos preferenciais de comércio, iniciativa de integração da ASEAN (IAI), alimentação e agricultura, direitos aduaneiros, solução de controvérsias, telecomunicações e tecnologias da informação, relações econômicas, finanças, indústria, propriedade intelectual, investimentos, energia e recursos minerais, serviços, pequenas e médias empresas, turismo e transportes.³³ Para tais setores, especificamente, são formulados projetos e planos de ação envolvendo redes universitárias, cultura e informação, gerenciamento das catástrofes naturais, controle do tráfico de drogas e narcóticos, educação, saúde e nutrição, HIV/AIDS e controle de pande-

³⁰ A criação da ASEAN era vista como forma de equilíbrio de forças no cenário geopolítico em relação à China, ou ainda como alternativa de cooperação econômica entre os Estados em relação ao Japão e Coreia. (Cf. NARLIKAR, 2003, p. 167).

³¹ Sobre isso, ver item 4.4, em que o tema é melhor analisado.

³² Com referência aos “positive spillover effects” e “synergistic interactions” da cooperação regional no caso da ASEAN.

³³ Sobre isso, ver a extensa atuação da ASEAN nas áreas implicadas no processo de integração, disponível em: <<http://www.aseansec.org/4810.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2006.

mias, relações de emprego, desenvolvimentos rural e erradicação da pobreza, ciência e tecnologia, direitos das mulheres, proteção da criança e adolescente.³⁴

A ASEAN também destaca a adoção de políticas comuns entre os Estados Membros nas áreas de cooperação envolvendo as chamadas questões transnacionais. Nessa categoria estão inseridos, fundamentalmente, os objetivos de proteção do meio ambiente, controle da poluição transfronteiriça e transporte de materiais perigosos, crime e terrorismo internacional e tráfico de drogas. Os Estados Membros consideram tais questões como expressões da área de fronteira de atuação internacional da ASEAN.

No campo do desarmamento e não-proliferação de armas nucleares, a tradição alcançada pela Organização no plano internacional resultou da adoção pelos Membros da importante *Declaração sobre a Zona de Paz, Liberdade e Neutralidade* (ZOPAN), ainda em 1971, tendo sido posteriormente aprofundada com a criação do Programa da ASEAN para Promoção da Não-Proliferação de Armas Nucleares de 1993.³⁵ Um movimento favorável às políticas regionais de desmilitarização de não-proliferação concretizou-se com a entrada em vigor do Tratado sobre a Zona Livre de Armamentos Nucleares do Sudeste Asiático de 1995³⁶, por meio do qual os Estados Membros da ASEAN estabeleceram a criação de “zonas de desarmamento nuclear”, como tentativa de afastar, por

completo, a ingerência dos Estados Unidos na região (como acontecia até o início da década de 90 em bases militares na Indonésia). Criava-se igualmente a Comissão para a Zona Livre de Armamentos Nucleares do Sudeste Asiático (“Commission for the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone”), dotada de importantes atribuições no contexto de desarmamento nuclear na Ásia, sobretudo pelo apelo que representou a concepção geral de preservação da segurança regional.³⁷

A mesma preocupação no domínio da ASEAN estendeu-se para o campo da *proteção internacional do meio ambiente*, levando os Estados Membros à composição de uma trama de instituições e procedimentos regionais para a aplicação e observância das normas comunitárias, fundamentalmente, da Declaração de Manila sobre o Meio Ambiente de 1981, e a Declaração de Jacarta sobre Desenvolvimento Sustentável de 1987 e o Acordo da ASEAN de 2002 sobre Poluição Transfronteiriça.³⁸ Em destaque está a importância dos projetos pioneiros implementados sob a égide do Programa Ambiental da ASEAN (“ASEAN Environmental Programme” – ASEP) e que justificam a cooperação regional em amplas bases de atuação. Em tal contexto favorável, os Estados Membros tiveram incentivos para tratar de temas implicados na cooperação projetada desde a Declaração de Bangkok de 1967 e que estiveram, igualmente, relacionados ao desenvolvimento histórico do regionalismo asiático. A proteção do meio ambiente, nesse caso, aparece como um

³⁴ Assim, ver objetivos estabelecidos pelos Membros na Quinta Reunião Ministerial da ASEAN sobre Bem-Estar Social e Desenvolvimento (a AMMSWD), realizada em Dezembro de 2004, disponíveis em: <<http://www.aseansec.org/8558.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2006.

³⁵ *Declaration on the Zone of Peace, Freedom and Neutrality of 1971*. A Declaração foi adotada em Kuala Lumpur, em 27 de novembro de 1971; *Programme of Action on ZOPFAN*, adotado na 26ª Conferência Ministerial da ASEAN, realizada em Cingapura, em Julho de 1993.

³⁶ *Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone*, concluído em Bangkok, em 15 de dezembro de 1995. Versão consolidada do tratado pode ser consultada em: <<http://www.aseansec.org/2082.htm>> .

³⁷ Sobre a importância das iniciativas da ASEAN nesse campo, ver GOLDBLAT, 1995, p. 125 ss. Em seu importante estudo, o Professor Goldblat ressalta as novidades de um “quadro regional” relativo à não-proliferação das armas nucleares no Pacífico Asiático, analisando extensivamente a criação das zonas de não utilização de armamento nuclear, o uso da energia nuclear para fins pacíficos e a relevância dos trabalhos da Comissão criada pelo Artigo 8º do Tratado de Bangkok de 1995 no contexto da ASEAN.

³⁸ As versões consolidadas dos instrumentos podem ser consultadas em: <<http://www.aseansec.org/8919.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2006 .

dos elementos relevantes do processo de integração regional na ASEAN. Daí porque sua observância é indiscutivelmente reconhecida como “questão transnacional” no domínio da Organização, resultando, para os Membros, obrigações e responsabilidades típicas do Direito Internacional do Meio Ambiente (MUSARE, 1995, p. 283 e ss; SOARES, 2001, p. 163 e ss).³⁹

2.2. O status da ASEAN nas negociações multilaterais do GATT/OMC

A relação entre os Estados Membros da ASEAN e as negociações multilaterais encetadas pelas Partes Contratantes do antigo Acordo Geral de Comércio e Tarifas de 1947 (GATT 47) foi estruturada a partir da formação de uma “coalizão regional” de Estados, indicando, inclusive, a importância da Organização para a evolução histórica e institucional do sistema multilateral do comércio em sua atual configuração (NARLIKAR, 2003, p. 169 e ss.). Tal coalizão somente se concretizaria graças à mentalidade e desenvolvimento das negociações entre os Estados da ASEAN, e uma pressão pela integração regional alternativa daqueles modelos tradicionalmente assentados pelos países da Europa e Estados Unidos.

No caso da ASEAN, os Membros cuidadosamente evitaram aspirações políticas que acabassem por minar o processo de negociações multilaterais (como o risco de um possível distanciamento dos demais Estados no âmbito do GATT), buscando manter igualmente um “estilo opaco” no contexto do regionalismo. A própria opção que fizeram quanto à estrutura normativa e instituições inicialmente adotadas para conduzir o processo de integração segundo a proposta originária mostram muito bem esse sintoma. À primeira vista, a Declaração de Bangkok de 1967 revela que os Membros se preocupavam mais em “assegurar sua

estabilidade e segurança de ingerências externas” e “promover a paz e a estabilidade por meio do respeito à paz e ao direito nas relações entre os países da região”, do que formalmente atuar nas frentes de negociações do sistema multilateral do comércio e atingir estágios formais de um processo de integração regional com base no exemplo da então Comunidade Européia (Idem, p. 169 e ss).

Ocorre que a participação da ASEAN no contexto do GATT 47 e seu reconhecimento como coalizão de Estados nas negociações multilaterais contribuíram para elevar, consideravelmente, a qualidade das consultas e dos modelos aplicados ao processo decisório baseado no consenso, especialmente durante as Rodadas Tóquio e Uruguai. Ainda em 1973, foi criado o “Comitê de Genebra da ASEAN” para coordenação e centralização das negociações conjuntas dos Membros da ASEAN na Rodada Tóquio do GATT, e que se mantém até a atualidade, com mandato rotativo de seis meses entre os participantes (ASEAN, 1973).⁴⁰ Resultados positivos da atuação do Comitê foram em parte constatados pela capacidade de compartilhamento, entre os Membros, de força de trabalho e recursos humanos diplomáticos nas negociações no âmbito do GATT 47 e que conduziram à constituição da OMC em 1994.

Ainda no início da década de 80, a ASEAN formulava uma “instância coordenada” de negociações, que se estenderia a outros momentos das Reuniões Ministeriais da OMC, como expressada em Seattle. A preparação de uma coalizão de Estados africanos fundada no modelo de coordenação dos trabalhos pelos Membros da ASEAN apontou para a importância desse processo, bem como na elevação substancial do número de propostas encaminhadas por tais grupos relativas à alteração de normas substantivas e procedimentais no

³⁹ Para a atualidade do tema e destacando as obrigações implicadas na cooperação internacional nesse campo.

⁴⁰ Sobre isso, cf, fundamentalmente ASEAN, Joint Communique of the Sixth ASEAN Ministerial Meeting, Pattaya, 16-18 April 1973.

arcabouço normativo do GATT/OMC. O modelo seguiu, inclusive, à formação de grupos de negociações na OMC, como o caso do G-21, em razão de suas vantagens e soluções para a participação dos países em desenvolvimento no contexto das negociações multilaterais (HOECKMAN; MARTIN, 2001, p. 105 e ss). Na atualidade, oito Estados da ASEAN são igualmente Membros da OMC, entre os quais: Brunei, Camboja, Indonésia, Malásia, Mianmar, as Filipinas, Cingapura e Tailândia. O Laos e o Vietnã são candidatos à acesso.

Assim, seria possível afirmar que a ASEAN tenha revelado, gradativamente, uma habilidade de consolidar uma coalizão efetiva de Estados, em relevo entre os países em desenvolvimento, e estruturada sob uma opção de regionalismo alternativo no contexto do sistema multilateral do comércio. O êxito, como constatado, pode ser explicado pelo elemento geoestratégico de cooperação no Sudeste Pacífico, além dos objetivos primários da Declaração de Bangkok de 1967. No entanto, se essa é a tese em favor da efetividade da “coalizão regional”, como forma de justificar o impulso das negociações multilaterais no GATT/OMC, as pretensões mesmas da ASEAN rumo à consolidação de um processo de integração regional passariam absolutamente despercebidas das mesas de negociação entre Membros (ou pelo menos não evidentes conforme o estado das negociações pretéritas) (NARLIKAR, 2003, p. 170).

O fator determinante no caso analisado é apontado como sendo um “mínimo grau de integração regional” nos moldes clássicos, mas que não teria prejudicado o surgimento de uma coalizão regional no contexto das negociações multilaterais do GATT/OMC. Isso em grande medida resultou da aproximação entre Membros da ASEAN com interesses muito parecidos no domínio do comércio internacional, abrindo caminho, igualmente, para o novo regionalismo asiático. Esse aspecto é tanto mais peculiar quanto desprezioso, sobretudo no que tange ao

alargamento e institucionalização do bloco com base em tratados e convenções que justifiquem, do ponto de vista constitutivo, formas clássicas de integração, tais como as zonas de livre comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns. Por outro lado, os Estados Membros da ASEAN buscariam evitar a negociação isolada de acordos bilaterais de investimento ou acordos de livre-comércio concluídos, mas antes negociar em nível trans-regional (Exemplo: ASEAN-China, ASEAN-Japão, ASEAN-Coreia). Isso seria compatível com a lógica da coalizão regional (NARLIKAR, 2003, p. 175).⁴¹

As crises dos mercados asiáticos de 1997, no entanto, já tinham apontado para uma mudança de paradigma em torno de tais negociações, sobretudo pelas estratégias unilaterais adotadas por alguns Membros, como seriam os casos específicos de Cingapura e da Tailândia, nas negociações multilaterais do GATT/OMC. O Comitê de Genebra da ASEAN mantém-se formalmente em atividade, porém adepto a uma flexibilidade pela qual seus integrantes têm ampla liberdade de atuação em diferentes *fora*. E isso é bastante evidente no curso das negociações relativas a acordos de livre comércio celebrados entre Membros da ASEAN e países da Ásia, União Européia, além da Austrália e, notadamente, Estados Unidos (HOECKMAN; MARTIN, 2001, p. 106).

2.3. *Os acordos preferenciais de comércio da ASEAN de 1977 e os percalços da integração regional*

No início da década de setenta, e havendo observado a dificuldade de realização dos objetivos previstos na Declaração de

⁴¹ Referindo-se ao “ávido apoio ao multilateralismo” dos Estados Membros da ASEAN. Esse exemplo demonstra que o poder de barganha nas negociações do GATT/OMC em termos de associações de Estado não necessariamente advém do tamanho do mercado comum ou integrado que se pretende alcançar em um processo de integração regional nos modelos clássicos. Graus de institucionalização podem não resultar no fortalecimento esperado do comércio e a cooperação intrablocos.

Bangkok de 1967 pela ASEAN, a ONU analisaria as principais alternativas para expansão da cooperação econômica regional. Naquele momento, propostas eram justamente formuladas para elevação do comércio na região e a coordenação de atividades de investimento entre os Estados Membros. Em verdade, elas apontavam para a necessidade da adoção de acordos preferenciais de comércio e desenvolvimento, de projetos, de média e grande escala, de investimento entre os cinco Membros originais.⁴²

A solução apresentada pela ONU buscava antes confirmar a tese de que o “comércio coordenado” entre os Estados e políticas públicas domésticas relacionadas à proteção do investimento estrangeiro poderiam promover o desenvolvimento de estruturas econômicas complementares nos países asiáticos. Assim, também, a adoção de medidas receptivas pelos governos em relação à atração de investimentos nos setores automobilísticos permitiria alcançar benefícios de economias de escala no processo produtivo a ser compartilhado entre os Estados da ASEAN (Cf. DEROSA, 1995, p. 29-30). Havia então uma perspectiva geral de desenvolvimento regional com base na elevação dos fluxos de investimentos inter-regionais e intrabloco, bem como no fortalecimento do processo de industrialização doméstica.

Interessante notar que a adoção das recomendações da ONU pelos Estados da ASEAN coincidiu com a queda do comunismo no Laos, Vietnã e Camboja. Em 1976, reunidos na Primeira Cúpula de Bali, os Membros reconhecerem uma nova realidade no cenário regional, chegando à formulação de dois programas de investimentos coordenados e um sistema

⁴² Isso levava a constatação de que a ASEAN projetou um grau limitado de cooperação econômica (a fairly limited degree of economic cooperation), como observado por Van Meerhaeghe (1998, p. 13). Há quem sustente que, até 1977, a ASEAN era uma organização regional sem “conteúdo econômico”, concepção que parece ser um tanto quanto exagerada (Cf. POMFRET, 1998, p. 102).

preferencial de acordos de livre-comércio. Obrigações recíprocas eram estabelecidas para o desenvolvimento de vários setores envolvidos na Declaração da ASEAN, tais como nas áreas política, econômica, social, informação e cultura, segurança e melhorias do funcionamento da ASEAN. No tocante à cooperação econômica, os Estados objetivavam determinadas áreas, tais como (i) bens essenciais, especialmente energia e alimentos; (ii) indústria; (iii) comércio; (iv) abordagem comum para os problemas relacionados à Ordem Econômica Internacional.

Quanto às relações econômicas entre os Membros, com vistas ao estabelecimento do comércio intrabloco, os Estados reafirmavam a cooperação em todos os campos a fim de promover o crescimento da produção e comércio regional para promoção do desenvolvimento das estruturas econômicas dos Estados, individualmente considerados, e entre os Membros da ASEAN, propícios ao desenvolvimento e à proteção e elevação dos investimentos.⁴³

Com efeito, em 1977 os Estados Membros concluíram os Acordos Preferenciais de Comércio da ASEAN (“ASEAN Preferential Trading Arrangements of 1977”)⁴⁴, em torno do objetivo de consolidação da *expansão*

⁴³ Cf. *Declaration of ASEAN Concord of 24 February 1976*, item B.3:

“Cooperation in Trade

i) Member states shall cooperate in the fields of trade in order to promote development and growth of new production and trade and to improve the trade structures of individual states and among countries of ASEAN conducive to further development and to safeguard and increase their foreign exchange earnings and reserves.

ii) Member states shall progress towards the establishment of preferential trading arrangements as a long term objective on a basis deemed to be at any particular time appropriate through rounds of negotiations subject to the unanimous agreement of member states.

iii) The expansion of trade among member states shall be facilitated through cooperation on basic commodities, particularly in food and energy and through cooperation in ASEAN industrial projects.”

⁴⁴ *Agreement on ASEAN Preferential Trading Arrangements*, de 24 de Fevereiro de 1977, disponível

quantitativa do comércio intrabloco pela redução de barreiras tarifárias e não-tarifárias. No entanto, no período subsequente a entrada em vigor de tais Acordos, essa expansão teria sido praticamente insignificante, tanto pela adoção persistente de barreiras não-tarifárias por Estados como a Tailândia e Malásia como pela oposição, erigida por alguns Membros, impedindo o êxito dos programas de investimentos coordenados no âmbito da ASEAN (TAN, 2004, p. 937).

Os Acordos previam ainda a criação de listas de bens submetidos ao tratamento preferencial e “itens sensíveis”, a fim de assegurar a proteção de certos segmentos da indústria doméstica. Tais listas, por sua natureza, compreendiam boa parte dos produtos comercializados intrabloco, mas não pareciam corresponder à prática observada. Os Membros da ASEAN não eram tão favoráveis ao desenvolvimento do processo de integração regional com base em uma zona de livre comércio, uma vez que suas economias não apresentavam graus de complementaridade, e objetivavam, em suas políticas domésticas, a proteção dos mercados internos. Apesar de os Acordos Preferenciais de 1977 terem reduzido as tarifas de exportação aplicáveis ao comércio intrabloco a patamares satisfatórios, sua implementação nos mercados da ASEAN tornou-se insustentável. A criação de listas e mais listas de produtos submetidos ao tratamento preferencial na região enfraquecia os tímidos esforços de liberalização do comércio; na prática revelavam que os Acordos Preferenciais de 1977 serviriam como estrutura normativa para substituição de importações entre Estados, muito mais do que estabelecer objetivos de liberalização e coordenação de investimentos, como anteriormente concebidos na Declaração dos Estados Membros de 24 de fevereiro de 1976 (TAN, 2004, p. 938).

Em boa medida, a insustentabilidade dos Acordos Preferenciais de 1977 esteve

em: <<http://www.aseansec.org/1376.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2006.

associada às políticas domésticas adotadas pelos Membros. Isso era claro pela inexistência de consenso sobre o processo de integração regional e adoção de estratégias individuais de investimentos públicos para a criação de plataformas industriais voltadas para a exportação intensiva, a exemplo do que ocorria com a Coreia do Sul e o Japão. Além desse elemento, os Estados da ASEAN – por tudo aquilo que idealizavam as normas e princípios da Declaração de Bangkok – buscavam, como “ideologia regional”, uma ênfase no exacerbado sentimento de soberania nacional, justificada na preocupação de segurança. Em grande medida, isso teria sido um dos obstáculos relevantes – sempre ressaltado nas Conferências da ASEAN – para o aprofundamento do processo de cooperação econômica e integração entre Estados da região, os quais deveriam de alguma forma ajustar suas instituições domésticas à estrutura do regionalismo objetivado. A prioridade dos Membros, no entanto, sempre foi (como ainda parece ser até hoje) a ampliação de relações comerciais com vários Estados ao mesmo tempo, num processo de abertura para a economia mundial e “inserção global” no sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC.⁴⁵

⁴⁵ Penso que uma certa lógica seja inclusive subvertida pelo senso comum, sobretudo por aqueles que se subjugam “especialistas em Direito do Comércio Internacional”. O sentido real que tem o processo de integração regional não se confunde com o mero fortalecimento de “relações comerciais” entre Estados, mas repousa antes no adensamento e aprofundamento de instituições justificadas nos vários pilares da cooperação internacional, que é sempre muito mais ampla e sólida. O caso da ASEAN, ainda na década de 70, parece remeter a um baixo grau de concretização desse objetivo geral do próprio sistema do Direito Internacional. A técnica empregada nos Acordos Preferenciais de 1977 é exemplo interessante para tantos desinformados e seduzidos pela “liberalização dos fluxos de comércio” e “acesso a mercados”. Curiosamente, as listas de produtos submetidos a tratamento preferencial compreenderiam, já na metade da década 80 e com todas as alterações sofridas da versão original dos Acordos Preferenciais de 1977, apenas 5% dos bens comercializados intrabloco. Até mesmo as relações comerciais (tantas vezes tomadas

2.4. Rumo à consolidação da Área de Livre Comércio da ASEAN (AFTA)

Durante toda década de 80 e início da década de 90, os Estados membros da ASEAN concentraram seus esforços nas negociações envolvendo o comércio multilateral e faziam-se representar fundamentalmente como bloco regional entre as Partes Contratantes do GATT 47. Ainda antes da conclusão da Rodada Uruguaí e a conseqüente constituição da Organização Mundial do Comércio, os Ministros de Estado da ASEAN na Quarta Cúpula de Cingapura, em janeiro de 1992, observando algumas oportunidades com relação ao desenvolvimento da integração no Sudeste Asiático (Cf. HAAS, 1997, p. 329 e ss; HAAS, 1994, p. 862 e ss), adotaram o Acordo Quadro de Cooperação Econômica que levaria à criação da Área de Livre Comércio da ASEAN - AFTA ("Acordo Quadro de Cooperação Econômica na ASEAN de 1992").⁴⁶

Em essência, o momento das negociações na região do Sudeste Asiático parece indicar que os Estados da ASEAN estavam atentos ao processo de integração européia, especialmente quando do desenvolvimento das instituições da então Comunidade Econômica Européia (CEE), projetado com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht de 1991. A mesma preocupação dos Estados da ASEAN estaria centrada na constituição do NAFTA em 1992, pela posição assumida pelos Estados Unidos na região, cuja influência se fazia presente desde o período subsequente à Segunda Guerra Mundial. A oportunidade de criação da Área de Livre Comércio da ASEAN justificaria, então, a inclusão do bloco em vários mercados,

como razão de ser da integração regional) seriam praticamente irrisórias se comparadas à liberdade de fluxo de comércio supostamente desejável para uma zona de livre comércio mínima.

⁴⁶ *Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation* (January 28, 1992), disponível em: <<http://www.aseansec.org/1165.htm>>. Sobre histórico das negociações, ver BOWLES, 1997, p. 219 e ss.; KARTADJOEMENA, 2001, p. 203 e ss.; GREENWALD, 2006, p. 193 e ss.

como solução de "inserção global" no comércio internacional (TAN, 2004, p. 939).

Como implícito na própria terminologia adotada, o Acordo Quadro de 1992 não estabelece objetivos detalhados para a criação de uma zona de livre comércio, mas, fundamentalmente, um conjunto de planos gerais para o estreitamento das relações de cooperação econômica entre os Estados da ASEAN. Em seu artigo 2(A), o Acordo Quadro estabelece o plano de criação de uma zona de livre comércio embasada nas relações intrabloco.⁴⁷ O objetivo principal da futura AFTA seria o de "intensificar a cooperação entre os Membros para aumentar sua competitividade internacional e integração com o mundo".⁴⁸ Em última análise, tal objetivo seria o de posicionar concorrencialmente a ASEAN como base regional de produção voltada para o mercado internacional. O propósito de estimular o comércio intrabloco, portanto entre os Estados membros, seria um objetivo secundário (TAN, 2004, p. 939).

Para alcançar a criação do AFTA, em janeiro de 1993, os Estados membros celebraram o Acordo relativo ao Regime Comum Efetivo Tarifário Preferencial da AFTA ("Acordo sobre o Regime CEPT")⁴⁹, que tem como objetivo principal a redução progressiva das alíquotas dos impostos de exportação a patamares entre 0% a 5% até 2008. Vale destacar que o Regime CEPT é considerado, pelo Acordo Quadro de Cooperação Econômica de 1992, como o mecanismo principal para a Área de Livre

⁴⁷ "Article 2

A. Cooperation in Trade

1. All Member States agree to establish and participate in the ASEAN Free Trade Area (AFTA) within 15 years. A ministerial-level Council will be set up to supervise, coordinate and review the implementation of the AFTA".

⁴⁸ "intensify cooperation among the members of ASEAN to increase their international competitiveness and integration with the world".

⁴⁹ *Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area*, disponível em: <<http://www.aseansec.org/12375.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

Comércio da ASEAN⁵⁰. Até 2004 os seis Estados originalmente signatários do Acordo sobre o Regime CEPT reduziram as tarifas para 99% dos produtos comercializados e incluídos em listas de tratamento preferencial. Os novos Membros da ASEAN, como Vietnã, Laos, Mianmar e Camboja, deverão implementar as obrigações assumidas no Acordo sobre o Regime CEPT entre 2008 e 2010⁵¹. Em janeiro de 1995, vale ressaltar, os Membros reduziram as tarifas incidentes sobre bens industriais importados e produtos agrícolas e outros bens primários dentro da região (variando entre 0 a 5% já no ano de 2003), como forma de justificar os objetivos estabelecidos no plano geral contido no Acordo Quadro de 1992, desenvolvido pelo Regime CEPT.⁵²

Ainda em 1994, houve inclusão do tema dos serviços na agenda de negociações da Área de Livre Comércio da ASEAN, resultando na conclusão do “Acordo Quadro da ASEAN sobre Serviços”, de 15 de Dezembro de 1995⁵³, o qual estabelece obrigações gerais de liberalização do comércio de serviços no espaço regional. A

⁵⁰ Cf. Artigo 2(A).2: “The Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme shall be the main mechanism for the AFTA. For products not covered by the CEPT Scheme, the ASEAN Preferential Trading Arrangements (PTA) or any other mechanism to be agreed upon, may be used.”

⁵¹ O Acordo Quadro de 1992 estabelece a obrigação de liberalização do comércio intrabloco a partir da redução e eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias, como previsto no Artigo 2.A(3): “Member States shall reduce or eliminate non-tariff barriers between and among each other on the import and export of products as specifically agreed upon under existing arrangements or any other arrangements arising out of this Agreement.”

⁵² Cf. especificamente Artigo 4º do Acordo sobre o Regime CEPT de 1992, no qual foi estabelecido o cronograma geral de implementação das medidas de redução das tarifas preferenciais.

⁵³ ASEAN Framework Agreement on Services, 15 December of 1995; posteriormente emendado pelo Protocolo de 2003 sobre Liberalização de Serviços (Protocol to Amend the ASEAN Framework Agreement on Services). As versões atualizadas dos tratados podem ser encontradas em: <<http://www.aseansec.org/12039.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2006.

assinatura do Protocolo de Phnom Penh sobre Liberalização de Serviços, em 2003, aprofundou os objetivos estabelecidos no Acordo Quadro, buscando compreender várias áreas correlatas, tais como transporte marítimo, telecomunicações, turismo e atividades negociais.

É importante observar existem muita reticência e pessimismo na literatura sobre o tema relativo ao avanço das negociações da AFTA, o que parece expressar um “conflito de abordagens” com a orientação oficial assumida pela Conferência dos Ministros da ASEAN, ainda que esta tivesse indiretamente reconhecido a *inconsistência* do modelo.⁵⁴ O processo de integração levado a cabo pelos Membros seria uma espécie de “gargalo” regional e vem sendo, em grande medida, seriamente prejudicado pela crise dos mercados asiáticos em 1997, quando a atuação da Organização teria sido desviada dos caminhos da implementação do plano geral da AFTA, como estabelecidos no Acordo Quadro de 1992 (Cf. GREENWALD, 2006, p. 193 e ss).

Os Membros da ASEAN também tomaram outros rumos nas negociações do sistema multilateral do comércio, o que se explica pela celebração de acordos preferenciais com países da Ásia, Europa e Estados Unidos, desviando-se também dos objetivos gerais da AFTA. O exemplo de Cingapura oferece uma explicação, por seu turno, à essência do problema enfrentado primeiramente no contexto de edificação da cooperação econômica na região do Sudeste Asiático. A crise dos mercados financeiros de 1997 teria levado o país a se

⁵⁴ Assim, ver a declaração oficial em: <<http://www.aseansec.org/12021.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2006. “The ASEAN Free Trade Area (AFTA) has now been virtually established. ASEAN Member Countries have made significant progress in the lowering of intra-regional tariffs through the Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme for AFTA. More than 99 percent of the products in the CEPT Inclusion List (IL) of ASEAN-6, comprising Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore and Thailand, have been brought down to the 0-5 percent tariff range.”

separar, na prática, da coalizão formada anteriormente com bloco da ASEAN no sistema do GATT/OMC, levando-o a não poupar esforços para conclusão de acordos de livre comércio com os Estados Unidos, Austrália e Japão.

Há razões, no entanto, para supor que a integração regional na Ásia, a partir do desenvolvimento da cooperação econômica concebida no contexto da ASEAN, seja na verdade um longo e demorado processo. A implementação dos Planos Gerais, conforme estabelecidos no Acordo Quadro de Cooperação Econômica de 1992, e a conseqüente constituição da Área de Livre Comércio da ASEAN dependeriam, em muito, de um melhor redirecionamento das negociações entre os Estados e comprometimento sobre o ajustamento das instituições domésticas, desde reformas legislativas até um nivelamento das economias nacionais. Os sucessivos acordos e protocolos celebrados no âmbito da ASEAN, desde a conclusão do Acordo Quadro de 1994, constataam a preocupação dos Estados de incrementar o grau de institucionalização do bloco; o contexto normativo de tais documentos se tornou mais detalhado e formalizado, relacionando os objetivos da Área de Livre Comércio da ASEAN a uma miríade de obrigações a serem observadas pelos Membros (Cf. GREENWALD, 2006, p. 210).

O Regime CEPT, ao fornecer a estrutura tarifária para a implementação do AFTA, também parece ser amplo o suficiente para induzir os Estados Membros à não observância de seus dispositivos. O mesmo se observa quanto ao provável retrocesso em torno da exclusão de bens das listas de tratamento preferencial no comércio intrabloco. O Regime CEPT adotou uma abordagem setorial para classificar os produtos, a partir de três listas básicas. A “Lista de Inclusão” diz respeito aos bens que serão submetidos a tarifas preferenciais de exportação; a “Lista de Produtos Sensíveis” compreende o comércio preferencial de bens primários agrícolas e a “Lista de

Exceção Geral” refere-se aos bens permanentemente excluídos do Regime do CEPT por razões de segurança nacional, danos à saúde pública e aqueles dotados de valor artístico, histórico e arqueológico.⁵⁵

Os Estados da ASEAN têm a opção, segundo o Regime do CEPT, de excluir bens das listas adotadas para o comércio preferencial intrabloco, em três categorias: (a) a adoção de uma lista temporária de exclusão; (b) produtos agrícolas sensíveis e (c) exceções gerais. Vários problemas foram sendo detectados desde 1997, como, por exemplo, a exclusão pelo Vietnã de 165 categorias de produtos na Lista de Exceção Geral, como automóveis, motocicletas, computadores, equipamentos de informática e telecomunicações, leite, bebidas alcoólicas e derivados de açúcar. No Laos, vários produtos também foram classificados como incluídos na Lista de Exceção Geral, tais como veículos automotivos, embarcações de pequeno porte e bens supérfluos, como cigarro, bebidas alcoólicas e derivados do petróleo. Talvez o mais sério impasse seja aquele estabelecido entre Malásia, Indonésia e Tailândia quanto ao setor automotivo, já que os países inseriram os bens neles fabricados na Lista de Exceção Geral.

Importante destacar que o AFTA foi notificado ao GATT ainda durante as negociações da Rodada Uruguai pelos Estados Membros da ASEAN⁵⁶, de acordo com o Artigo IV sobre Comércio e Desenvolvimento. Ainda àquele período, o Regime CEPT era visto pelos Membros como compatível com o Artigo XXIV do GATT, já que não resultaria em barreiras significativas ao comércio com outros Estados não integrantes da ASEAN (Cf. STEPHENSON, 1994, p. 439 e ss). Até hoje o Comitê de Acordos Regionais da OMC não emitiu nenhum relatório sobre os impactos do Acordo AFTA sobre o alcance normativo do Artigo XXIV do GATT e do Artigo V do GATS. Em especial, a pre-

⁵⁵ Cf. Artigos 2º e 9º do Acordo sobre o Regime CEPT de 1992, (nota 49 *supra*).

⁵⁶ ASEAN Secretariat, 1993, p. 9.

ocupação estaria na análise pela Secretaria sobre a liberalização do comércio intrabloco, as regras de origem e os dispositivos transitórios contidos no quadro normativo do AFTA e do Regime CEPT.⁵⁷

2.5. *A Zona Asiática de Investimentos (ZAI), programas coordenados de investimentos e o Regime de Cooperação Industrial (AICO)*

Como examinado anteriormente, na Primeira Cúpula de Bali de 1976, os Membros da ASEAN reconhecerem a necessidade de criação dos chamados “programas de investimentos coordenados” como forma de alavancar a cooperação econômica intrabloco e que seriam, futuramente, redirecionados para as negociações do Acordo Quadro sobre a Zona de Investimentos Asiática (ZAI), concluído em 7 de outubro de 1998. Paralelamente à implementação da Área de Livre Comércio da ASEAN, a ZAI ofereceria, a investidores estrangeiros atuais e potenciais, um ambiente propício, na região da ASEAN, para atividades de produção intensiva, implementação de plataformas industriais e investimentos diretos. Para isso, os Estados Membros já haviam adotado o Acordo relativo ao Regime de Cooperação Industrial da ASEAN (“AICO”), em 1º de novembro de 1996,⁵⁸ a fim de substituir as antigas formas de cooperação na área econômica.

Do ponto de vista estrutural, o Acordo AICO abre espaço para a criação de empresas integradas verticalmente que possam atuar na ASEAN como plataformas de produção regionais. Contratos cooperativos podem ser celebrados entre duas

empresas originárias de diferentes países, sendo-lhes oferecidas tarifas preferenciais e acesso irrestrito aos mercados dos Estados da ASEAN. Até março de 2003, foram autorizados 104 projetos classificados nos modelos do Acordo relativo ao Regime de Cooperação Industrial. Muitos deles eram apresentados por empresas atuantes nos setores automobilístico, elétrico e eletrônico e de alimentos, como os conglomerados formados pela Toyota, Honda e Sony.⁵⁹

Um dos principais problemas do Regime de Cooperação Industrial da ASEAN estaria no limitado alcance de acesso aos mercados pelos bens fabricados, já que muitos não são objeto de tratamento preferencial uniforme em todos os Estados Membros. Acesso irrestrito aos mercados diz respeito às empresas sediadas nos Estados participantes apenas. Do mesmo modo, bens primários oferecidos somente podem ser importados e utilizados como insumos para a produção dos bens submetidos ao Regime de Cooperação Industrial da ASEAN (TAN, 2004, p. 942). Por outro lado, o AICO atraiu uma série de investimentos estrangeiros diretos para os Estados membros da ASEAN, especialmente do Japão, como mencionado, nas áreas da alta tecnologia, setores automobilístico e eletro-eletrônico.

2.6. *Estratégias de ampliação do regionalismo no âmbito da ASEAN e impactos sobre o comércio multilateral: a inclusão regional da China*

2.6.1. *Aspectos políticos das relações entre a ASEAN e a China*

A criação da ASEAN em 1967, com a Declaração de Bangkok, assumia primeiramente uma série de objetivos de caráter político e de cooperação econômica, os quais eram vistos pela China como forma de justificar a existência de uma “associação militar com fins antichineses” no continente asiático

⁵⁷ Sobre a análise dos impactos da área de Livre Comércio da ASEAN pelo Comitê, ver WT/REG/W/45, Committee on Regional Trade Agreements: Rules of Origin Regimes in Regional Trade Agreements – Background Survey by the Secretariat, 05/04/2002; WINDEN; KENEVAN, 1993, p. 224 e ss; BOWLES, 2003, p. 37 e ss.

⁵⁸ *Basic Agreement on the ASEAN Industrial Cooperation Scheme*, disponível em: <http://www.aseansec.org/economic/eco_aico.htm>. Acesso em: 2 jul. 2006.

⁵⁹ Ver informações da Secretaria da ASEAN em: <<http://www.aseansec.org>>.

(HOON, 1977, p. 4 e ss).⁶⁰ Por um longo período no curso da História, esse primeiro sentimento marcaria as relações entre o bloco de Estados do Sudeste e a República Popular da China, as quais entraram em nítido declínio a partir da década de 60. No cenário da Guerra Fria e conseqüente profusão da bipolaridade entre as potências – Estados Unidos e a antiga URSS –, uma verdadeira “aura de desconfiança” havia sido instaurada entre a China e os vizinhos asiáticos. Ela era confirmada pelas políticas adotadas pelo Estado chinês e sua influência imediata sobre os Estados da ASEAN, como, por exemplo, o apoio expresso a grupos comunistas atuantes em tais países (Cf. HAACKE, 2003, p. 113; GREENWALD, 2006, p. 199).

A transformação das relações entre China e Estados Unidos na primeira metade da década de 70, no entanto, foi modificando a realidade do regionalismo no Sudeste Asiático, em especial pela mudança dos padrões das relações de cooperação econômica entre os países. Alguns, como Malásia, Tailândia e as Filipinas, foram os primeiros Membros da ASEAN a restaurar relações diplomáticas com a China. Outros problemas surgiam nesse contexto, dificultando a progressiva aproximação entre os Estados, como a indiferença relativa ao reconhecimento da ingerência dos Estados Unidos na região ainda no período que precedeu a Guerra do Vietnã. Somente em 1978 é que a China manifestava seu interesse em estreitar as relações com a ASEAN, como possível solução e fator acessório (complementar) ao seu processo de reforma econômica doméstica. A partir desse momento, o fluxo de comércio recíproco entre China e ASEAN representaria uma elevação de

⁶⁰ Observando que a ASEAN foi sendo historicamente considerada pela China como uma “aliança contra-revolucionária” e “instrumento do imperialismo dos Estados Unidos” sobre os países asiáticos. Hoon (1977) cita um trecho extraído da *Peking Review* (n.10, Aug 18, 1967, p.40), em que se expressa: “This reactionary association formed in the name of economic co-operation is a military alliance directly specifically against China.”

US\$ 0,2 bilhões para US\$ 4,2 bilhões (Cf. BA, 2003, p. 622-623).

No início da década de 90, as relações bilaterais entre a China e a ASEAN foram marcadas pela controvérsia internacional sobre o “Arquipélago Spratly”, concernente à reivindicação territorial de um grupo de ilhas situadas na parte sul do Mar da China Meridional. Na disputa estavam envolvidos China, Taiwan, Vietnã, Malásia, Brunei e as Filipinas.⁶¹ Buscando inicialmente endereçar o litígio no plano regional, em 1992 os Ministros das Relações Exteriores da ASEAN adotaram a “Declaração da ASEAN sobre o Mar da China Meridional”⁶², na qual enfatizavam a necessidade de solucionar todas as questões jurisdicionais e de soberania relacionadas ao Arquipélago, sem recurso ao uso da força na região. Em 1º de agosto de 1995, a controvérsia foi igualmente discutida, sem nenhum efeito, no Fórum Regional da ASEAN, cuja competência está associada às questões de segurança e paz em nível regional⁶³. Somente em 2002, após anos de negociações individuais entre os Estados, a China assinou um Acordo derivado da Declaração de 1992, que ficou conhecido como “Declaração sobre a Conduta das Partes no Mar da China Meridional”.⁶⁴ Esse documento é considerado como um dos pilares da segurança regional entre os Estados da ASEAN e a China e estabelece uma cláusula geral de solução de controvérsias por mecanismos pacíficos.

Do ponto de vista institucional, o litígio envolvendo o Arquipélago Spratly demons-

⁶¹ Para uma exposição detalhada do caso, ver ACHARYA, 2001, p. 133 (mencionando que o litígio sobre as Ilhas Spratly tem sido visto, pelos Estados da ASEAN, como um dos conflitos mais significativos no período do Pós-Guerra Fria no Sudeste Asiático).

⁶² *ASEAN Declaration on the South China Sea*, de 22 de julho de 1992, disponível em: <<http://www.aseansec.org/1196.htm>>. Acesso em: 3 mai. 2006.

⁶³ Sobre a repercussão no Fórum Regional da ASEAN, ver KODAMA, 1996, p. 368.

⁶⁴ *Declaration on the Conduct of the Parties in the South China Sea*, de 4 de Novembro de 2002, disponível em: <<http://www.aseansec.org/13163.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2005.

trou a inconsistência da coesão entre os Estados da ASEAN em torno de uma estratégia de negociação comum com a China, já que todos os envolvidos buscaram, individualmente, invocar mecanismos próprios para solução da controvérsia internacional. A ASEAN, como bloco regional, parecia enfraquecida nesse contexto (GREENWALD, 2006, p. 212). Tal sintoma ficaria ainda mais evidente pela frustração de objetivos de cooperação política estabelecidos na Declaração de Bangkok de 1967, já que no documento existe previsão sobre mecanismos de consultas internas entre os Estados Membros, tanto em nível intergovernamental, como nas Conferências Ministeriais.

Aparentemente, os efeitos da influência externa da China sobre disputa territorial envolvendo o Arquipélago Spratly não foram neutralizados de modo suficientemente transparente, com o que se poderia concluir que a ASEAN se tornou um grupo político regionalizado, de “solidariedade duvidosa” – pelo menos se considerada a diversidade de seus Membros (KODAMA, 1996, p. 384). Isso levaria à conclusão sobre a necessidade de adoção de uma estrutura de integração mais aprofundada, a partir da reforma dos tratados celebrados entre os Estados da ASEAN, bem como o refinamento dos mecanismos pacíficos de solução de controvérsias, centrado nas negociações conjuntas entre os Membros. Ainda aqui restaria a difícil tarefa de afirmar um processo de institucionalização do bloco, desejável no momento em que a China emerge como um dos Estados mais importantes no processo de inserção e concorrência nas relações econômicas internacionais da perspectiva asiática.

2.6.2. A implementação do Acordo de Livre Comércio entre ASEAN e China (ACFTA)

O processo de acessão da China à Organização Mundial do Comércio iniciado em 2001 encetou nova realidade no regionalismo asiático. A pressão comercial entre Estados levou à celebração, com a ASEAN, do Acordo sobre Comércio de

Bens do Acordo Quadro de Cooperação Econômica de 4 de novembro de 2002.⁶⁵ Entre os principais objetivos comuns está a criação e implementação de uma Área de Livre Comércio entre a China e a ASEAN (ACFTA). Importante destacar que, em 24 de novembro de 2004, o Acordo Quadro foi notificado ao Comitê de Acordos Regionais da OMC, para que o órgão pudesse examinar concretamente os efeitos da Área de Livre Comércio China-ASEAN sobre o sistema multilateral do comércio.⁶⁶ Em especial estão considerados os dispositivos do Acordo relativamente ao período de 10 anos para implementação das medidas de eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias aos fluxos de comércio intrabloco e tratamento diferencial e flexibilidades para novos Estados da ASEAN, tais como Camboja, Mianmar e Vietnam.

O surgimento do ACFTA corresponde exatamente à tendência de aumento e pressão pela concorrência entre blocos regionais surgidos no Pacífico Asiático, as reformas econômicas domésticas e o crescimento exponencial da China nesse contexto. Os impactos do ACFTA em relação ao sistema multilateral do comércio seriam sentidos justamente no tocante ao volume de exportações originadas dos Estados Partes, confrontado com o fluxo do comércio internacional em outros blocos regionais (Cf. KONG, 2004, p. 839 e ss). Entre os objetivos gerais do ACFTA, está a cooperação econômica sobre a estrutura de liberalização do comércio de bens. Acredita-se que a área de livre comércio em questão venha inaugurar um dos maiores blocos regionais no plano internacional, superando processo de

⁶⁵ *Agreement on Trade in Goods of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China* (November 4, 2004). A versão consolidada do Acordo pode ser consultada em: <<http://www.aseansec.org/16646.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2006.

⁶⁶ Cf. documento WT/COMTD/N/20, Committee on Trade and Development – Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of South East Asian Nations and the Peoples Republic of China, 21 December 2002.

integração implicados respectivamente no NAFTA e a União Européia em termos de contingente populacional efetivo (Cf. GREENWALD, 2006, p. 193 e ss; WANG, 2005, p. 17 e ss). Com a consolidação dos objetivos propostos pelos Estados, o Acordo abrange uma região de aproximadamente 1,7 bilhão de consumidores, e um volume de comércio anual na cifra de 1,23 trilhão de dólares.

2.6.3. A evolução da ASEAN e perspectivas do ACFTA como contraponto ao regionalismo no Sudeste Asiático

Desde sua constituição em 1967, os Estados Membros da ASEAN não deixaram de observar os problemas relacionados à insuficiência de um quadro normativo que tivesse como objetivo ulterior o de constituir uma zona de livre comércio evoluindo para uma “União Asiática”. A crise financeira internacional de 1997, como mencionado, fez com que os Estados enfrentassem os efeitos arrasadores da intensa circulação de capital especulativo de curto prazo originado de países da Europa e Estados Unidos, e que desencadeou uma preocupação da ASEAN quanto à formação de uma “identidade asiática”, hoje refletida nas alternativas de regionalismo assimilada pelos Estados da região. Isso se constata igualmente pelo crescente número de acordos de livre comércio concluídos, liberalização competitiva e pressão pela inserção dos Membros no sistema do comércio multilateral. No entanto, ainda restariam dúvidas em relação ao processo de integração regional, em especial quanto à necessidade de criação de instituições que pudessem concretizar políticas comuns adotadas no contexto da ASEAN. Essa dificuldade seria, portanto, confrontada com o próprio êxito e viabilidade do Acordo de Livre Comércio entre ASEAN e China.

Assim também o *deficit* nas negociações quanto à consolidação de um sistema regional de solução de controvérsias dotado de efetividade também aparece como fator indicado pela literatura como tendente ao

enfraquecimento dos objetivos relacionados à constituição da Área de Livre Comércio ASEAN-China. Esforços de integração em moldes institucionais poderiam ser questionados nesse contexto, já que os Estados não chegaram ao consenso quanto à solução conjunta do litígio envolvendo o *Arquipélago Spratly*. Os Estados – então igualmente Partes no Acordo sobre Comércio de Bens de 2002 que estabelece a ACFTA – muito hesitaram até chegar à solução diplomática na Declaração sobre o Mar da China Meridional. Obviamente, o caso *Spratly* se afasta, do ponto de vista temático, das negociações travadas no contexto de criação do ACFTA, já que nem todos Membros da ASEAN reivindicam os territórios das ilhas no Mar da China Meridional. Todavia, a China foi capaz de romper com a coesão do bloco e negociar bilateralmente com cada um dos Estados, o que poderia ser um obstáculo potencial para futuras negociações envolvendo a formulação e concretização dos objetivos previstos para o futuro ACFTA (Cf. GREENWALD, 2006, p. 210).

Por outro lado, a ausência de uma autêntica estrutura constitucional normativa para a ASEAN (por conta da insuficiente abrangência dos tratados e acordos concluídos desde 1967 com a Declaração de Bangkok) sugeriria o colapso do ACFTA. Como visto, a dificuldade de se estabelecer um sistema regional de solução de controvérsias prejudicaria a capacidade dos Estados Partes (China e os Membros da ASEAN) de resolver controvérsias futuras. A reforma do arcabouço normativo da ASEAN poderia sustentar a efetividade do futuro ACFTA. A China, por sua vez, não teria condições de, em tão curto período de tempo, alcançar o patamar de reformas de instituições e legislação domésticas exigido para a implementação das obrigações assumidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio (Cf. SHEN, 2004, p. 268-271).⁶⁷

⁶⁷ Observando que um dos desafios reais da China seria superar a ajustabilidade dos regimes jurídicos e administrativos domésticos.

Seria também impossível analisar o problema sem uma abordagem geopolítica da cooperação regional a ser alcançada pelo futuro ACFTA no contexto do regionalismo do Sudeste Asiático, tanto pela ambição dos países em desenvolvimento envolvidos, como pelas problemáticas relações dos Estados Membros da ASEAN e a China (Cf. GREENWALD, 2006, p. 195).⁶⁸

É importante ressaltar que, com exceção de Cingapura, os demais Estados da ASEAN são países cujas economias domésticas apresentam muitas semelhanças entre si, por fatores que passam pela localização geográfica, aspectos históricos e culturais e modelos de desenvolvimento social. As particularidades dos Estados da ASEAN, contando com elevado contingente populacional e vantagens comparativas no comércio internacional (em especial na produção e mão-de-obra intensiva), serviriam como incentivo para o funcionamento do ACFTA. Ainda seria cedo, no entanto, para uma análise mais aprofundada.

3. Organização de Cooperação Econômica do Pacífico Asiático (APEC)

3.1. Algumas premissas da criação da APEC e o desenvolvimento do regionalismo no Pacífico-Asiático

Paralelamente à existência da ASEAN como organização regional formada por países do Sudeste Asiático, em 1989 a iniciativa do primeiro ministro australiano Bob Hawke levou à criação da Organização de Cooperação Econômica do Pacífico Asiático (APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation), primeiramente como uma espécie de “diálogo ministerial informal” ou “fórum de discussões” entre Estados da região Ásia-Pacífico. A APEC contava então com 12 Estados, a saber, Austrália,

⁶⁸ Referindo-se às dúvidas quanto ao sucesso do ACFTA (“the troubled history of Chinese-ASEAN relations casts significant doubt vis-à-vis the long-term feasibility of ACFTA”).

Nova Zelândia, Estados Unidos, Canadá, Japão, Coreia do Sul e os seis então Estados Membros da ASEAN. Em 1991, ingressaram China, Hong Kong, Taiwan, Peru, México, Chile, Papua Nova Guiné, Rússia e Vietnã, totalizando 21 Estados participantes.⁶⁹

Muito de seu surgimento está associado às alternativas encontradas pelos países da região Ásia-Pacífico para lidar com incertezas da Rodada Uruguai do GATT. De um lado, havia a concepção da ASEAN, entabulada pela Malásia de promover a idéia de uma organização mais ampla envolvendo Estados da Ásia setentrional e oriental, com a criação da EAEC (*East Asian Economic Caucus*), que evoluiria para uma área de livre comércio a partir da conclusão de amplo acordo de livre comércio de alcance trans-regional entre os Estados. De outro lado, havia a proposta sustentada pela Austrália, parcialmente adepta à preocupação de que seu governo fosse deixado de fora de um modelo de regionalismo entabulado por uma organização sem objetivos delimitados, que fosse integrada por Estados de ambos os lados do Pacífico. Com efeito, a iniciativa de criação da APEC surge nesse contexto, com apoio dos Estados Unidos e Japão⁷⁰ (Cf. POMFRET, 1998, p. 147).

A evolução da APEC aproveitou o êxito da experiência da ASEAN na região, em torno da concepção de “cooperação extensiva” preconizada pela Declaração de Bangkok de 1968. Como visto, entre os Estados participantes da APEC, 12 são Membros da ASEAN, o que sugere, ainda, sua influência direta sobre a atuação do Conselho para Cooperação Econômica do Pacífico (PECC).⁷¹ São identificados

⁶⁹ Na atualidade, a APEC é integrada por 21 Estados, entre os quais: Austrália, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, China, Hong Kong, Indonésia, Japão, República da Coreia, Malásia, México, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Peru, Filipinas, Rússia, Cingapura, Taiwan, Tailândia, Estados Unidos, Vietnã.

⁷⁰ Mencionando que a Austrália seria a única criança sem um bloco”.

⁷¹ Sobre o PECC, ver item 4.1 *infra*.

interesses econômicos comuns entre tais países e um precedente factível para consultas diplomáticas com Estados que se mantiveram por tanto tempo distanciados do regionalismo asiático, como é o caso de Hong Kong, Taiwan e China.

Na Declaração dos Líderes da APEC, adotada em 15 de novembro de 1995 em Borgor, Indonésia (*Declaração de Borgor*), os Estados participantes buscaram esboçar o futuro curso do que seria a cooperação econômica projetada no bloco. Entre os objetivos, está o compromisso de crescimento acelerado, equilibrado e equitativo, não apenas concentrado na região do Pacífico Asiático, mas difundido pelo mundo.⁷² Com mudança em torno das premissas para a liberalização do comércio e aumento significativo do intercâmbio de investimentos na região, a APEC ainda parece manter a visão estratégica que norteou sua criação em 1989. Tanto é assim que boa parte das negociações tem sido impregnada pela visão pragmática de questões de ordem política e militar na região e a estabilização de uma estrutura aberta e ao mesmo tempo flexível para cooperação econômica entre os Estados do Pacífico Asiático.

Essa estrutura é ajustada para que a diversidade dos participantes possa manter a existência de um fórum inter-governamental de diálogos ministeriais, sem a pretensão, ao menos oficialmente manifestada, de constituição de uma organização internacional de caráter regional por meio de um tratado, como é o caso da ASEAN. Essa estrutura flexível e aberta, porquanto não existam requisitos formais de acesso ao bloco, parece justificar-se na intenção dos Estados participantes de

⁷² APEC Economic Leaders' Declaration of Common Resolve, as 15 November, 1994, disponível em: <http://www.apec.org/apec/leaders_declarations/1994.html>. Ver § 1 da Declaração, com a seguinte passagem: "(...) to chart the future course of our economic cooperation which will enhance the prospects of an accelerated, balanced and equitable economic growth not only in the Asia-Pacific region, but throughout the world as well").

catalisar processos regionais de desenvolvimento mediante reformas intensivas e politicamente orientadas sobre as economias nacionais na região da Ásia-Pacífico (Cf. DRYSDALE; ELEK, 1997, p. 37 e ss).⁷³ Um dos aspectos, no entanto, para ajustamento da interdependência dos Estados da APEC passa pela constatação da necessidade da possível adoção de normas diretamente relacionadas à regulamentação dos crescentes fluxos de comércio e investimentos intrabloco até a repressão de manifestações nacionalistas na Ásia.

Com efeito, a "visão conjunta" dos Estados participantes - e é essa a expressão semântica que define a abordagem adotada nas Declarações dos Líderes da APEC nos anos seguintes à sua criação - reitera a preocupação em torno do fortalecimento e desenvolvimento da cooperação econômica em curso no Pacífico Asiático. Para isso, a APEC orienta-se por determinados princípios previstos na Declaração de Borgor de 1995, a saber, o da parceria igualitária, responsabilidade compartilhada, respeito recíproco, interesse comum e benefício comum. Como objetivos, a Declaração expressamente estabelece (i) o fortalecimento do sistema aberto do comércio multilateral, (ii) o incremento nas relações de liberalização do comércio e investimento na região; (iii) e a intensificação da cooperação para o desenvolvimento no Pacífico Asiático.⁷⁴

A Declaração de Borgor reconhece igualmente que o crescimento econômico dos Estados participantes estaria assentado em um "sistema aberto do comércio multilateral", o qual repousa na potencial

⁷³ Isso está evidente no Parágrafo 9º da Declaração de Borgor de 1994: "In order to facilitate and accelerate our cooperation, we agree that APEC economies that are ready to initiate and implement a cooperative arrangement may proceed to do so while those that are not yet ready to participate may join at a later date."

⁷⁴ Ver Parágrafo 3º da Declaração de Borgor de 1994, em que os líderes econômicos da APEC reiteram: "(...) APEC needs to reinforce economic cooperation in the Asia-Pacific region on the basis on equal partnership, shared responsibility, mutual respect, common interest, and common benefit".

liderança da APEC na região, e vem coincidindo, como observado, com o próprio desenvolvimento das negociações levadas a cabo pelos Estados Membros da OMC para a reconstrução do sistema multilateral do comércio.⁷⁵ A APEC assumiria, como valor nuclear para assentar a cooperação estabelecida em sua criação, uma “liderança dos participantes”, lançando a propaganda de liberalização do comércio e investimentos em escala mundial.⁷⁶ Como será analisado, isso é um dos reflexos do chamado “regionalismo aberto” no contexto asiático e admite importantes conseqüências no âmbito do sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC.

Em sua estrutura aberta e flexível, a APEC reúne um amplo espectro de competências *rationae materiae* nas negociações entre os Estados participantes, especialmente para buscar meios alternativos de implementação de políticas transnacionais, executadas por meio de redes de cooperação dotadas de elevado grau de efetividade. Essa questão é analisada por alguns autores como Slaughter (2004, p. 137 e ss), Van Themaat (1998, p. 13 e ss) e Klabers (2002, p. 11), ao observarem os vários perfis do processo de cooperação regional no plano internacional, para além do campo econômico ou de relações de trocas comerciais, e que confluem para os objetivos gerais de integração. Nesses casos – o que é mais característico – não existe uma relação de

dependência entre as formas de cooperação analisadas e a constituição de uma organização internacional nos moldes clássicos, *i.e.*, uma instituição criada por Estados que mantenha estrutura orgânica, sistema decisório baseado em procedimentos formais e um órgão jurisdicional ou mecanismo adjudicatório próprio de solução de controvérsias, mas antes uma espécie de fórum intergovernamental organizado por uma secretaria.

A lógica de criação da APEC também parece centrada nos temas do Consenso de Washington, que vêm significativamente influenciar a direção e abordagem da atuação dos vários pilares do sistema econômico internacional (Banco Mundial, FMI e o GATT/OMC) durante toda a década de 90 e até hoje sentida entre os Estados em suas relações internacionais. Para além da retomada das premissas da Nova Ordem Econômica Internacional (NIEO), como impregnada na retórica e prática do Direito Econômico Internacional nas décadas de 70 e 80⁷⁷, alguns princípios aparecem ressaltados como *fundamentos* do processo de integração no Pacífico Asiático no caso do regionalismo proposto segundo o modelo da APEC.

Nesse domínio, em especial, a atuação da APEC apareceria justificada no dever geral dos Estados em torno da cooperação pelo desenvolvimento global no contexto das relações econômicas internacionais.

⁷⁵ Assim, cf. Parágrafo 5º da Declaração de Borgor de 1994. Curioso observar que os Estados da APEC, em Borgor, concordaram em observar, “integralmente e sem demora”, as obrigações assumidas no âmbito do então GATT 47, e a chamar a atenção dos demais Estados signatários para a importância de tal compromisso no contexto da Rodada Uruguai. Importante verificar, ainda no Parágrafo 5º, a retórica ensaiada pelos Estados participantes da APEC: “Full and active participation in and support of the WTO by all APEC economies is key to our ability to lead the way in strengthening the multilateral trading system”.

⁷⁶ Cf. Parágrafo 10 da Declaração de Borgor: “Our goal is an ambitious one. But we are determined to demonstrate APEC’s leadership in fostering further global trade and investment liberalization. Our goal entails a multiple year effort”.

⁷⁷ Sobre isso, ver Resoluções 3201/VI e 3202/VI, da Assembleia Geral da ONU, de 1º de maio de 1974, contendo a Declaração e Programa de Ação sobre a criação de uma Nova Ordem Internacional (NIEO); Resolução 3281/XXXI, de 12 de dezembro de 1974, estabelecendo a “Carta de Direitos Econômicos e Deveres dos Estados”, e Resolução 3362/VII, de 16 de setembro de 1975, sobre desenvolvimento e cooperação econômica internacional. Tais documentos endereçam as principais controvérsias entre países desenvolvidos e em desenvolvimento quanto às negociações iniciadas no contexto do sistema constitucional das Nações Unidas, em matéria de cooperação econômica e desenvolvimento, e até hoje estagnadas. Até hoje, o vazio instaurado pelas controvérsias nas negociações norte-sul deu margem à emergência das idéias do Consenso de Washington.

Essa cooperação estimula igualmente uma crescente interdependência entre Estados no regionalismo, afetando importantes áreas como comércio, relações monetárias e financeiras, investimentos, transferência de tecnologia, regulação das atividades das empresas e práticas de negociações, bem como abastecimento de bens de primeira necessidade, energia, a proteção do meio ambiente e desenvolvimento sustentável. A coordenação de várias atividades nesses campos poderia chegar à implementação coerente de uma ordem econômica internacional consentânea com a realidade do regionalismo.⁷⁸

Importante observar que os Estados participantes são muito diferentes entre si, com níveis de desenvolvimento econômico justificados por diferentes motivações históricas, culturais e religiosas. Boa parte da atuação da APEC também se reflete na atual política dos Estados Unidos no sistema do comércio multilateral nos pilares do GATT/OMC rumo à construção de estratégias de negociações de acordos de livre-comércio orientadas pelo bilateralismo e regionalismo. Mas o argumento do livre-comércio não aparece como valor único a moldar a cooperação no âmbito da ASEAN. Os Estados têm-se interessado por resgatar debates sobre segurança e poderio militar na região. Nesse ponto em especial, existe uma espécie de convergência por superposição de temas de negociação entre a ASEAN, individualmente considerada, e a APEC, com seu espectro mais abrangente.⁷⁹ Parece que o gigantismo econômico

⁷⁸ Cf. ainda sobre o tema, princípios adotados na Resolução da Conferência da Associação de Direito Internacional (ILA) realizada em 1986, em Seoul, sobre os aspectos jurídicos da Nova Ordem Econômica Internacional, analisados por Van Themaat (1998, p. 13 e ss).

⁷⁹ Como evidências desse movimento, os Estados da região Ásia-Pacífico se reuniram já em 1994 no Primeiro Fórum Regional da ASEAN (ARF) para discutir temas de segurança e militarismo, o qual prosseguiu em Brunei (1995) e Jacarta (1996). Consideram a necessidade de uma evolução em três objetivos compactos para as negociações futuras, quais sejam: a construção

da região do Pacífico Asiático não tem chegado à etapa de edificação de um sistema regional em que segurança regional e estabilidade política sejam assegurados sem a interferência factual dos Estados Unidos e sua habilidade para a manutenção de força militar no contexto (HELLMANN, 1997, p. 70 e ss).

No campo dos investimentos, a atuação da APEC parece ser significativa. Os Estados participantes têm concentrado esforços para liberalização dos fluxos de investimento intrabloco, em especial com a implementação dos objetivos do Plano de Ação de Manila de 1996, sobre a adoção de medidas comuns para simplificação do esquema de captação e coordenação de investimentos estrangeiros diretos na área industrial e tecnológica. Em 2001, com a adoção do Acordo de Xangai sobre o Alargamento da APEC, os Estados participantes buscaram estabelecer uma plataforma de comunicação eletrônica e meios digitais para fortalecimento das empresas beneficiadas por uma plataforma comum de investimentos.

3.2. Caracterização da APEC e problemas de determinação de sua personalidade no Direito Internacional Público

Por vários fatores, o caso da APEC parece apontar para um novo formato de regionalismo no Pacífico Asiático, no qual prioridade é concedida muito mais à estabilização de um “fórum intergovernamental de diálogos” entre Estados participantes do que necessariamente à constituição de uma organização internacional. Os benefícios, em tantos momentos ressaltados nas Declarações dos Líderes da APEC, indicam uma forma de “cooperação econômica pragmática”. Nesse contexto, são enfatizadas relações comunitárias e a existência de estratégias de persuasão nas estruturas decisórias intergovernamentais, muito

de confiança entre os participantes, diplomacia preventiva e sistema pacífico de solução de controvérsias. Sobre isso, ver HIROSE, 2003, p. 239 e ss.

mais do que coerção dependente da iniciativa de alguns dos Estados.⁸⁰ Por várias razões, existe dificuldade em se conceber a APEC como organização internacional de caráter regional, ainda que tal “fórum de diálogos” entre Estados apareça impropriamente denominado como organização de cooperação.

O documento básico da APEC, a Declaração de Seattle de 20 de novembro 1993, refere-se à instituição como o Fórum de Cooperação Ásia-Pacífico. Nele estão formulados alguns princípios gerais, como o reconhecimento da “interdependência econômica” entre os Estados participantes, e a concepção de mudança em torno de uma “comunidade de economias” da região do Pacífico Asiático. À luz das teorias clássicas, resta pouco claro o *status* da APEC entre os sujeitos do Direito Internacional Público, sobretudo as organizações internacionais. Ela poderia ser considerada “estrutura para diplomacia ocasional” ou “instituição internacional” (KLABERS, 2002, p. 11)⁸¹, a exemplo do que aconteceria com o Conselho do Ártico⁸² e o Acordo Wassenaar sobre controles de exportação de tecnologias de dupla utilização e armas convencionais⁸³.

⁸⁰ Assim, ver a leitura crítica apresentada por DRYSDALE; ELEK, 1998, p. 42-43: “The ‘new regionalism’ in East Asia and the Pacific gives priority to achieving substantive economic benefits rather than to the construction of elaborate administrative structures or formal international treaties. The benefits of practical economic cooperation will increase confidence and nurture a sense of trust and a progressively wider set of shared interests. Accordingly, community-building has precedence over institutional-building, and persuasion is preferred to compulsion”.

⁸¹ Referindo-se a “full-blown organization, framework for occasional diplomacy”.

⁸² O Conselho do Ártico (*Arctic Council*) constitui-se em “fórum intergovernamental” orientado para a abordagem comum das questões e preocupações dos “governos e dos povos do Ártico”; é integrado pelo Canadá, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia, Rússia e Estados Unidos. Sobre sua estrutura, ver <http://www.arctic-council.org/>.

⁸³ “Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies”, de 1995, objetivando estabelecer um “novo tipo de cooperação multilateral”, contribuindo

No limite, a APEC teria sua base fundante em um tratado de cooperação que estabelece um secretariado comum e algumas estruturas permanentes, porém destituída de personalidade jurídica. Essas estruturas se constatarem nos planos de ação conjunta dos Estados participantes, em especial relativamente a políticas de investimento e liberalização do comércio intrabloco (Cf. MEERHAEGHE, 1998, p. 14).

Oficialmente, os Estados participantes admitem que a APEC constrói-se em um espaço intergovernamental cooperativo de relações econômicas e comerciais multilaterais⁸⁴, como se representada por um agrupamento de Estados, mas destituída de personalidade jurídica de Direito Internacional. Em grande medida, essa constatação decorre da linguagem empregada nas Declarações de Líderes da APEC (Seattle/1993, Borgor/1994 e os instrumentos normativos subsequentes). Em outra abordagem, a APEC poderia ser enquadrada na categoria das redes de redes formadas por um grupamento de Estados cuja estrutura reside fundamentalmente em uma trama de órgãos ministeriais nacionais, legislativos e judiciários, e que formam uma entidade ou conjunto de Estados representados por autoridades governamentais, organizada mediante um secretariado supranacional com poderes meramente informacionais e de diplomacia política.

A estrutura de funcionamento da APEC é bastante racionalizada, concentrando-se

com a segurança e estabilidade em nível regional e internacional, a partir dos valores da transparência e responsabilidade em relação à transferência de armas convencionais, impedindo seu acúmulo injustificado nos Estados.

⁸⁴ “Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) operates as a cooperative, multilateral economic and trade forum. It is unique in that it represents the only intergovernmental grouping in the world committed to reducing trade barriers and increasing investments without requiring its members to enter into legally binding obligations. The forum succeeds by promoting dialogue and equal respect for the views of all participants and making decisions based on consensus to achieve its free and open trade and investment goals.”

em esfera política, esfera de trabalhos, planos de ação, e atuação de setores da sociedade (autoridades governamentais, setores da indústria e serviços, academia, instituições de pesquisa) e organizações não-governamentais (observadoras perante o fórum intergovernamental). Ela retrata, portanto a participação de diversos atores e não apenas dos Estados propriamente ditos. O quadro do fórum em questão é fundamentalmente apresentado como (i) a Reunião dos Líderes; (ii) Conselho Consultivo de Negócios da APEC; (iii) Conferência Ministerial; (iv) Reuniões Ministeriais Setoriais; (v) Reunião de Altos-Funcionários; (vi) Secretaria da APEC; (vii) Comitês, entre os quais: Comitê sobre Comércio & Investimento, Comitê Econômico (CE), Comitê Administrativo e Orçamentário (CTI), Grupos Especiais de Tarefas, Comitê sobre Cooperação Econômica e Técnica, e Grupos de Trabalho.

Como instituição internacional, a APEC poderia ser considerada muito incipiente diante das categorias de organizações internacionais no Direito Internacional Público clássico – problema que somente poderia ser contornado se houvesse um tratado entre os Estados participantes estabelecendo um corpo distinto de órgãos e competências compartilhadas em direção ao fortalecimento da dimensão supranacional da organização. Na perspectiva de uma “ordem internacional fragmentária”, no entanto, os agrupamentos de Estados, sob a forma de redes de cooperação ou fóruns intergovernamentais, constataam uma categoria diferente de organização, a qual reside, fundamentalmente: i) nas relações horizontais entre órgãos dos Estados que a formam e que detêm competências semelhantes; (ii) em uma estrutura decisória, informacional, solidária e exclusiva; e (iii) na atuação contida de uma secretaria supranacional que coopera com as autoridades domésticas, antes de com elas concorrer.⁸⁵

⁸⁵ Esse cenário seria o que Slaughter (2004, p. 137) chama de “ordem internacional horizontal” fundada em redes de redes, exemplificando os casos da Commonwe-

Importante ainda observar que existe uma superposição de competências entre redes de cooperação e organizações internacionais no caso do Pacífico Asiático: a ASEAN, APEC e outros Estados asiáticos estão reunidos no Conselho para Cooperação Econômica do Pacífico (PECC).

A APEC também é considerada, em tal contexto, representante de uma das “zonas de alto grau de mundialização” no plano internacional. Com essa expressão, pretende-se definir regiões ou blocos-regionais que representam, do ponto de vista do sistema multilateral do comércio, uma concentração de intenso volume de trocas comerciais e plataformas industriais, de comunicação e de inovação. No limite, trata-se de uma zona regional econômica e comercial ajustada às diversas vertentes da globalização (DRYSDALE; ELEK, 1997; BHAGWATI, 2004).

3.3. Princípios básicos da cooperação econômica pragmática implicada no regionalismo moldado pela APEC e percalços da institucionalização

O alargamento da APEC, segundo a lógica da Declaração de Borgor de 1994, passa pela reconsideração de flexibilidade das negociações entre os Estados participantes, a partir daqueles valores que justificaram sua constituição em 1989, como a capacidade de consenso, confiança recíproca, além de princípios fundantes, como da abertura, igualdade e evolução, os quais passaram a integrar o processo normativo de cooperação entre Estados na região Ásia-Pacífico (DRYSDALE; ELEK, 1997, p. 41). Essa visão em muito dependeu, e continuará a depender, da influência específica da ASEAN, sobretudo no contexto da APEC e passa pela consideração específica de tais princípios no modelo de integração regional proposto a partir da Declaração de Borgor de 1994. Retomo aqui algumas distinções específicas nesse sentido.

alth, o Sistema dos Estados Nórdicos, a APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*), e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Princípio da abertura. A APEC, como fórum de Estados, permanece aberta à entrada de quaisquer outros Estados que mantenham relações econômicas com a região e que demonstrem a intenção de contribuir com os objetivos econômicos comuns estabelecidos nas Declarações de Líderes. Daí porque parece ser requisito implícito à manutenção da APEC e subsequente alargamento do fórum criado, que sua estrutura seja mantida flexível e que propostas para cooperação entre os participantes atuais não implique discriminação entre outros participantes. Importante observar que a APEC adotou expressamente, como será analisado, o princípio do “regionalismo aberto”, que imporia, à primeira vista, o reconhecimento de uma cooperação econômica “reciprocamente benéfica” entre os Estados. O princípio da abertura, por sua vez, não diz respeito apenas à proteção de interesses econômicos nas relações entre os Estados, mas parece passar pelo gerenciamento da cooperação ampla no espaço compreendido pelos países da Ásia-Pacífico (Idem, p. 41).

Princípio da igualdade. O princípio da igualdade também refere-se a um dos princípios fundantes da APEC e diz respeito à equalização dos poderes de representação no fórum intergovernamental. À medida que se eleva a importância econômica dos Estados participantes, mudanças na influência política intrabloco também serão sentidas. Uma das saídas legitimamente democráticas, nesse contexto, seria evitar uma correlação entre o poderio econômico do Estado participante à representatividade no fórum e à capacidade de definir a agenda de negociações e os resultados da diplomacia econômica dos países da região Ásia-Pacífico (Ibidem, p. 42).

Princípio da institucionalização evolutiva. Trata-se do reconhecimento da necessidade de institucionalização gradual e pragmática do fórum intergovernamental criado. Tal processo compreende o adensamento de juridicidade dos acordos e tratados que

possam responder a princípios básicos de uma futura organização e também normas substantivas sobre o processo de cooperação a ser estabelecido entre os Estados participantes, admitindo-se o consenso como valor a justificar o processo decisório.

Muito ceticismo paira sobre tal modelo. Apesar dos esforços e da frequência decisiva com que são realizadas as Reuniões de Líderes, a APEC parece ter permanecido em um regionalismo “amorfo”, com obrigações não discriminatórias pouco atrativas para outros Estados.⁸⁶ Em quase dez anos de criação da APEC, observa-se uma frustração quanto à falta de efetividade das medidas empregadas pelos Estados participantes para conduzir à criação de uma organização regional no Pacífico Asiático (RAVENHILL, 2002, p. 186). Questões como essas permanecem à espera de novas formulações, como as que a seguir serão analisadas.

4. O novo regionalismo asiático e noções de regionalismo aberto

4.1. Fundamentos do regionalismo aberto

Os exemplos da ASEAN e da APEC, pela diversidade metodológica com que podem ser analisados, apresentam pontos em comum e levam à constatação de novas vertentes no regionalismo clássico e um apelo para reconsideração das teorias da integração. Fala-se aqui em “novo regionalismo asiático”. Em destaque no início do século XXI, a região do Pacífico Asiático veio assistindo à multiplicação dos acordos preferenciais de comércio, de caráter bilateral, regional ou trans-regional. Os fatores identificados, em geral, apontam para as crises dos mercados asiáticos de 97, a pró-

⁸⁶ Cf., criticamente, POMFRET (1998, p. 147), observando que: “Despite the high-level attendees at this and subsequent annual summits in Indonesia (1994) and Japan (1995), APEC has remained rather amorphous with its commitment to non-discriminatory ‘open regionalism’”.

pria fragmentação do sistema multilateral do comércio, a concorrência pela formação dos blocos regionais numa nova tendência do regionalismo e a globalização econômica – como fenômeno unitário que representa. Como observei no contexto de emergência da APEC, o “regionalismo aberto” parece indicar um dos valores fundantes a justificar tendências novidadeiras para a integração regional no Pacífico Asiático. Trata-se, inclusive, do reconhecimento de que teoria e prática associadas ao Direito de Integração têm passado por um período de transformação de paradigmas.⁸⁷

O novo regionalismo é expressão utilizada para identificar formas que superam os modelos clássicos de integração regional, deduzidos dentro da lógica normativa do Artigo XXIV do antigo GATT 47 e incorporado no GATT 94, como exceção ao princípio da não-discriminação no sistema do comércio multilateral; operativamente, creio que seja uma noção a designar *tendências* de cooperação regional no cenário mundial, especialmente nas duas últimas décadas. O novo regionalismo direciona-se pela inserção dos Estados na ordem econômica internacional a partir de programas, estratégias e blocos, e não, necessariamente, justificado por um valor único, qual seja, o de liberalização dos fluxos de comércio e acesso a mercados. É importante ressaltar que essa nova retórica de análise da integração regional e cooperação econômica entre Estados não está livre de críticas e inconsistências. Suas idéias centrais e instituições parecem ser também não apropriadas para determinadas formas de cooperação econômica entre Estados.

A idéia central sobre o “regionalismo aberto” aparecia muito evidente no curso das negociações levadas a cabo nas Conferências para Cooperação Econômica do Pacífico de 1978 e 1980, quando países da região buscavam assentar propostas específicas para integração, sem preocupação

⁸⁷ Cf. fundamentalmente importantes estudos de JAYASURIYA, 2004, p. 1 e ss.

específica com a instituição de uma organização internacional. Na primeira Reunião em Camberra, em 1980, 11 Estados do Pacífico Asiático criaram a PECC a partir do “I Pacific Community Seminar”, entre os quais: Austrália, Canadá, Indonésia, Malásia, Japão, Coréia do Sul, Nova Zelândia, Filipinas, Tailândia, Cingapura, Estados Unidos, Papua Nova Guiné, Ilhas Fiji e Tonga. As delegações eram formadas de autoridades do governo, líderes empresariais e membros da academia, além de funcionários do Banco Asiático de Desenvolvimento. A PECC se consolidou como rede de caráter regional, caracterizada pela independência e orientada para cooperação econômica entre os participantes e proposta de integração gradual de mercados domésticos. A PECC reivindica para si a constituição de um “fórum informal regional” para tratar de questões econômicas dos participantes, com medidas livres da ingerência de políticas governamentais, além da valorização de procedimentos informais e órgãos transnacionais envolvendo instituições de pesquisa.⁸⁸

Nas Conferências da PECC, os participantes apontavam para premissas comuns da cooperação econômica na região. Entre elas havia a necessidade contínua de evitar controvérsias militares e de segurança, a partir da criação de um “sentimento comunitário” geral, sem ameaça à paz. Os Estados participantes acreditavam que os acordos já existentes, bilaterais e regionais, de cooperação econômica e acordos preferenciais de comércio, não seriam prejudicados com a conclusão de quaisquer outros novos acordos regionais celebrado entre eles, mas antes, seriam vistos como complementares. Em tal concepção de “regionalismo aberto”, são reconhecidos o envolvimento e o estreitamento institucional entre governos, setores da academia, empresas, organizações da sociedade civil, além da desnecessidade de institucionali-

⁸⁸ Sobre isso, ver descrição detalhada em: <<http://www.pecc.org/statements.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2006.

zação de organizações sob estruturas decisórias burocráticas. Os Estados deveriam concentrar esforços de negociações em áreas de interesse recíproco e reconhecer que mecanismos adjudicatórios de solução de controvérsias (e.g. a constituição de um tribunal ou órgão jurisdicional comum) podem ser de difícil implementação em áreas sensíveis quando os litígios entre eles fossem endereçados em fóruns de discussão periódicos.

O “regionalismo aberto” posiciona os compromissos de liberalização dos fluxos intrabloco de comércio de bens, serviços e tecnologias. Esse seria um “objetivo futuro” dos Estados participantes, os quais, por meio de tratados e acordos, chegariam à adoção de normas substantivas relacionadas à implementação de obrigações recíprocas em intervalos gradativos (“integração gradual e prospectiva”) no processo de integração. A noção analisada reconhece a composição estrutural de blocos regionais por Estados em diferentes estágios de desenvolvimento, em momentos distintos daqueles modelos clássicos de integração regional que pressupõem especificamente o nivelamento das economias domésticas e harmonização normativa. Sobre isso, o caso da União Européia seria o exemplo mais acabado. Do ponto de vista estrutural, a integração pelo regionalismo aberto ocorre por meio da interseção de órgãos estatais, regionais e redes, como é o caso específico da APEC, baseado em objetivos de crescimento e desenvolvimento regional a partir de um fórum de discussões intergovernamental estruturado sob uma secretaria comum (MAULL; WANANDI; SEGAL, 1998, p. 84).

A Declaração de São Francisco sobre o Regionalismo Aberto de 1992⁸⁹ aprofundou algumas das idéias em torno do conceito analisado. A “abertura” da região seria um dos fatores para o dinamismo econômico

⁸⁹ PECC, *San Francisco Declaration on Open Regionalism of 1992: A Pacific Model for Global Economic Cooperation*, disponível em: <<http://www.pecc.org/statements/GM/92-SanFranIX.html>>.

dos Estados do Pacífico Asiático, e “complementar” ao sistema multilateral do comércio do GATT/OMC. De acordo com o texto da Declaração, algumas premissas podem ser aqui reformuladas. Primeiramente, o compromisso por um modelo de regionalismo aberto permitiria levar a região a avanços significativos e contribuições para um “sistema econômico internacional muito mais efetivo”. Em segundo lugar, a eliminação das barreiras ao livre-comércio deveria considerar os diferentes estágios de desenvolvimento dos países. O caminho rumo à liberalização dos fluxos de comércio deveria ser estruturado por acordos sub-regionais e trans-regionais. Por fim, com vistas à manutenção do ímpeto de crescimento, a região deve buscar políticas públicas comuns para fortalecimento do dinamismo econômico.

Outras abordagens sobre o regionalismo aberto no contexto de integração do Pacífico Asiático também foram estabelecidas posteriormente, como na Quinta Reunião Ministerial de Seattle da APEC, em novembro de 1993, quando os Estados participantes adotaram a Declaração sobre a Estrutura de Cooperação Econômica e Investimentos na Ásia-Pacífico.⁹⁰ O instrumento ressalta a necessidade de as Partes trabalharem sob as bases da APEC “rumo ao desenvolvimento do regionalismo aberto” e interdependência econômica orientada pelo mercado na região. Os Estados participantes reconheciam ainda a necessidade de desenvolver um papel mundial para a APEC como um fórum de Estados que funciona com base no consenso. A nota distintiva, nesse contexto, dar-se-ia pelo regionalismo aberto e comprometimento em relação ao fortalecimento do sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC.⁹¹

⁹⁰ APEC, *Declaration on an Asia Pacific Economic Cooperation Trade and Investment Framework*, disponível em: <http://www.apec.org/apec/ministerial_statements/annual_ministerial/1993_5th_apec_ministerial>. (Fifth APEC Ministerial Meeting Seattle, Washington/USA, 17-19 November 1993).

⁹¹ Ver os consideranda da Declaração: “1. Determined to work through APEC toward the further

O novo regionalismo no Pacífico Asiático se explica, igualmente, a partir das bases do Consenso de Washington, quando, especificamente, modelos de integração regional passam a enfatizar a liberalização desenfreada do comércio internacional e expansão de mercados (fundamentalmente os casos do Acordo NAFTA e a União Européia) e a idéia de que o desenvolvimento institucional nesses processos deva ser dependente e coordenado por respostas racionais e funcionais dos Estados envolvidos. Essa racionalidade permanece extremamente problemática, já que subestima, em certa medida, a relevância de diferentes tipos de projetos políticos adotados individualmente dentro dos Estados e a real extensão dos efeitos do processo de integração sobre os ordenamentos jurídicos domésticos (aqui compreendidos entre instituições e leis internas), decorrentes da aceitação de determinadas estratégias de regionalismo (JAYASURIYA, 2004, p. 2).

O novo regionalismo asiático parece ser igualmente um “regionalismo multi-dimensional”, especialmente porque os Estados – ainda como sujeitos clássicos do Direito Internacional Público e, portanto, potenciais endereçados de direitos e obrigações resultantes de tratados e convenções que celebrem – passam a atuar em várias “frentes” rumo à criação de novas organizações internacionais de cooperação econômica e blocos regionais. Em algumas dessas frentes, eles optam por ampliar, quantitativa e qualitativamente, espaços institucionalizados para solução de conflitos

development of open regionalism and market-driven economic interdependence in the Asia Pacific region; 2. Challenged their desire to capitalize upon the strong and dynamic growth in regional trade and investment through increased cooperation and facilitation; 3. Recognizing that GATT principles are the cornerstone of the multilateral, international trading system and the basis for economic cooperation in APEC, and remaining committed to those principles; 4. Mutually determined to develop APEC’s global role as a forum operating through consultation and by consensus, distinguished by open regionalism and committed to the strengthening of the multilateral trading system embodied by GATT (...).”

(políticos e diplomáticos). Esses seriam os casos dos fóruns regionais intergovernamentais. No caso da integração regional no Pacífico Asiático, existe uma preocupação dos Estados implicados em relação aos efeitos refratários da crise asiática, o futuro das negociações multilaterais no domínio do GATT/OMC, a emergência da China e a mentalidade visionária de projetos de regionalismo bem distanciados dos modelos clássicos de integração e cooperação regional. O regionalismo aberto, ora super qualificado, aparece como uma “variante asiática” do novo regionalismo da década de 90 e que se desenvolve no século XXI em plena expansão (Idem, p. 2-3).⁹²

O quadro de integração regional pretendido pelos Estados participantes da APEC, ainda que pouco revestido de normatividade, tem sido um ingrediente crucial para a economia asiática. O regionalismo aberto tem sido possível graças a estruturas flexíveis dentro de uma nova “política econômica internacional”. O cenário regional foi sendo assimilado à turbulência nos mercados financeiros, circulação de capital especulativo, fixação dos câmbios locais e paridade com o dólar norte-americano e a proteção de investimentos diretos advindos do Japão, com nítido movimento de influxo nas últimas décadas. Nesse ambiente, o regionalismo aberto aparece não apenas como uma vertente da integração, mas também um processo dinâmico cujo controle é moldado por constelações particulares de fatores domésticos e internacionais (Ibidem, p. 5).⁹³ O papel do Direito de Integração, como domínio especializado do Direito Internacional, seria o de absorver essa realidade tão particular.

⁹² Mencionando especificamente a existência, no caso da APEC, de um “projeto político mais ou menos coerente de governança regional”.

⁹³ Referindo-se à seguinte passagem: “the importance of conceptualizing regionalism not as some inexorable process of regional economic integration, but as a dynamic process whose governance is shaped by particular constellations of domestic and international forces”.

O projeto do novo regionalismo asiático apresenta-se como uma estratégia de liberalização do comércio internacional ora aproximada, ora distanciada das negociações multilaterais do GATT/OMC, e caracteriza-se pela presença de um conjunto de estruturas informais e não de um adensamento de juridicidade. Ele está centrado no surgimento de uma forma de mercantilismo que influi de sobremaneira na compreensão do comércio internacional, distinguindo-se entre setores submetidos e os não submetidos às relações econômicas entre Estados, vale dizer, relações econômicas internacionais neomercantilistas (JAYASURIYA, 2004, p. 22).

O caso do regionalismo aberto também indica uma estratégia de liberalização unilateral do fluxo de comércio de bens, serviços e tecnologias, contando com uma extensão limitada de benefícios para Estados não participantes da APEC baseada no princípio da não discriminação e cláusula da nação mais favorecida decorrentes da sistemática do GATT/OMC. A ASEAN está igualmente incluída nessa estrutura, uma vez que seus Estados Membros são participantes da APEC. Uma das justificativas reside, justamente, no fato de que um maior acesso ao comércio dentro da região do Pacífico Asiático – pelo volume de negócios e contingente humano – poderia elevar os efeitos positivos do comércio internacional, projetando os Estados sobre outros blocos regionais e países a partir da aplicação da cláusula da nação mais favorecida (Idem).⁹⁴

⁹⁴ A noção “regionalismo por blocos”, muito aproximada ao de regionalismo aberto, está muitas vezes justificada na idéia de que a liberalização do comércio internacional a partir de estratégias unilaterais dos Estados não é efetiva. Para aqueles não participantes da APEC, haveria apenas benefícios se eles se apoiassem em suas agendas domésticas de liberalização. Para alcançar benefícios da liberalização do comércio, a APEC teria que fazer concessões para não participantes, especialmente pelo volume das trocas em seus mercados. A formação de um bloco como esse, no entanto, não parece ser viável do ponto de vista político e econômico: de um lado, existe uma grande diferença entre os níveis de desenvolvimento entre os

Em seu impulso por institucionalização, o regionalismo aberto aponta para a existência de vários sujeitos envolvidos, os quais, no Direito Internacional Público clássico, não ficariam restritos às figuras dos estados e organizações internacionais, como endereçados de normas e responsabilidades. Pode ir mais além daquele cenário que compreende sujeitos de outras esferas de poder (e conseqüentemente competências), tais como empresas transnacionais, *lobbies*, grupos de interesse, organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, em direção à criação de coalizões dominantes nas negociações, a partir de estruturas flexíveis e caracterizadas por objetivos graduais de cooperação (e não necessariamente integração).

4.2. Regionalismo concorrencial

A idéia de um “regionalismo concorrencial” deriva imediatamente da concepção analisada de regionalismo aberto, em particular no que diz respeito à *abertura* dos processos de cooperação econômica e integração regional estruturados sob a recente experiência dos Estados do Pacífico Asiático quanto a APEC. No campo das relações internacionais e do direito econômico internacional, a noção de regionalismo concorrencial estaria próxima ao ideário liberal preconizado por Friedrich von Hayek (2002, p. 9 e ss), quando o autor afirma que a concorrência nos mercados é “processo de descoberta” encetada pelos agentes econômicos. No estudo do regionalismo aberto, essa competição aparece claramente na interação das decisões dos Estados em aderir a acordos de livre comércio mais eficientes dentro de um quadro amplo de alternativas impostas. Essa decisão surge após um processo de experimentação dos objetivos,

Estados envolvidos, e o fato de que significativa fração do volume de comércio no Pacífico Asiático é inter-regional (excluindo os Estados Unidos) e não intra-regional. Do ponto de vista político, o fortalecimento do NAFTA retardaria maiores avanços da integração regional promovida pela APEC isoladamente.

interesses comuns e melhores habilidades de cada um dos Estados envolvidos em determinado processo de integração. A partir desse processo de descoberta, o número de adesões ou de procura em torno de um determinado acordo preferencial de comércio determinará o êxito da constituição de um bloco regional, fundado na maior ou menor institucionalização.

Algumas premissas são desenvolvidas pelos autores em torno do regionalismo concorrencial. A integração regional serviria de estratégia, para países em desenvolvimento, de inserção e acesso a mercados, com vistas ao crescimento econômico das partes envolvidas. Blocos regionais competitivos não buscariam avançar nas etapas de integração clássicas (zona de livre comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns), mas antes o fortalecimento de redes a partir do poder dos Estados nacionais. Os elementos culturais envolvidos poderiam ser aproveitados para acelerar o processo de integração e manter a solidariedade interna da estrutura criada (papel do capital social implicado no processo de integração, com a participação de vários atores: governo, academia, empresas, organizações da sociedade civil, *lobbies* etc.); trata-se de “estratégia de regionalismo” interessada em estabelecer esferas de influência nas negociações do comércio multilateral (Cf. SCHOTT, 2004, p. 25; UNCTAD, 2005).

Os efeitos do regionalismo concorrencial aparecem igualmente questionados, já que a inserção de uma enorme quantidade de acordos preferenciais de comércio, bilaterais e regionais, no sistema multilateral do comércio conduzido pela OMC, sob os critérios normativos previstos no Artigo XXIV do GATT 94 e Artigo V do GATS, poderia acentuar a divisão do cenário internacional em blocos que competem entre si pela maior ou menor unidade. Cria-se uma lógica hostil em que vantagens são concedidas apenas a alguns Estados, justamente aqueles que melhor respondem à dinâmica do regionalismo concorrencial,

nivelados a formas já estabilizadas de integração segundo os modelos clássicos, como seria o próprio caso do NAFTA e da União Européia. Isso é mais uma consequência lógica da estrutura normativa do Artigo XXIV do GATT.

No caso asiático, o Acordo de Livre Comércio entre a ASEAN a China, o ACFTA é um bom exemplo de convergência em torno do regionalismo concorrencial. As reformas levadas a cabo pelos países nos setores econômicos e financeiros resultaram em uma agenda de integração regional, na qual um dos Estados envolvidos, no caso, a China, acaba por assumir um papel de relevo. As relações chinesas privilegiaram apenas recentemente a conclusão de acordos de parceira econômica, como no caso específico de Hong-Kong e Macau, além do Acordo Quadro com a ASEAN para a constituição de uma área de livre comércio. Como analisado, a dimensão do que seria esse modelo de regionalismo após a entrada em vigor do Acordo que institui a ACFTA alcança maiores projeções do que o NAFTA e a União Européia individualmente considerados.

Parece que a exceção ao princípio da não-discriminação, como um dos mecanismos normativos do GATT/OMC, ao legitimar formas de regionalismo também levou à consolidação de um emaranhado de tratados e acordos paralelamente à estrutura normativa principal do sistema multilateral do comércio; estes têm aprofundado o grau de normatividade das áreas co-relatas, tais como barreiras tarifárias e não tarifárias, liberalização de serviços e investimentos, proteção de direitos de propriedade intelectual, regras de origem, regulamentação da atividade industrial e fiscalização sanitária pelos Estados. Os efeitos desses acordos, se efetivamente criam desvios ou distorções ao livre comércio, poderiam ainda elevar encargos administrativos para os Estados e para empresas exportadoras, sem mencionar a oportunidade para corrupção. Com efeito, o regionalismo

concorrencial vai aos poucos preparando um espaço em que determinados Estados estão inseridos em processos de integração regional e outros ficam de fora. Cada um em sua própria lógica, eles também se excluem e são incluídos simultaneamente. Preferências ou vantagens a alguns Estados concedidas tornam-se desvantagens para outros (SCHOTT, 2004, p. 25).⁹⁵

4.3. Liberalização competitiva

A noção de “liberalização competitiva” deve ser entendida no contexto do multilateralismo e efeito imediato da expansão dos acordos regionais de livre-comércio no plano internacional. Pioneiramente, estudos de Bergsten (1996, p. 13 e ss; 1997, p. 10 e ss) sustentam que os acordos preferenciais podem desencadear uma onda geral de liberalização do comércio em direção a um livre comércio mundial, especialmente porque os Estados estariam mais suscetíveis a concorrer pelos melhores acordos com outros Estados, seja regionais, seja bilaterais. A liberalização competitiva, nesse sentido, levaria a uma maior abertura dos mercados domésticos, proporcionada pela acessão dos países envolvidos aos blocos regionais mais eficientes e adesão a novos acordos de livre comércio. Isso seria explicado pelo receio de os Estados serem deixados de lado ou de fora de um determinado processo de integração regional (BERGSTEN, 1996, p. 13).

Por outro lado, o liberalismo competitivo, para além dos efeitos que manifesta no plano do Direito Econômico Internacional, aparece como ímpeto e discurso diplomáticos para negociações de acordos preferenciais de comércio. A própria APEC é um bom exemplo. Os Estados participantes reconhecem, no contexto do regionalismo aberto, que o processo de concorrência entre acordos regionais e multilaterais levaria a uma coalizão de vencedores; cada Estado

⁹⁵ “Preferences granted to some are handicap imposed to others”.

teria vantagens em propor um maior número de acordos preferenciais como reflexo de uma maior ou menor aptidão em perceber as “oportunidades decorrentes da liberalização dos fluxos do comércio internacional” (Cf. FRANKEL, 1997, p. 220).⁹⁶

No caso do Pacífico Asiático, por exemplo, os Estados formariam uma somatória das economias domésticas cujo significado prático alcança parcela significativa da economia mundial. A partir dela, sendo proposta flexível e aberta para constituição de um bloco regional (mediante fórum intergovernamental), pressionariam outros Estados à acessão ou a constituição de organizações regionais de cooperação. Não haveria, necessariamente, uma liberalização unilateral ou regional, mas antes a formação de um substrato para o multilateralismo, já que os Estados ficariam mais atentos a todas as fases da integração regional de que eles não fossem parte, e passariam, com isso, a compor coalizões (Idem, p. 221). Nessa lógica, acredita-se ainda que, diante da liberalização competitiva, acordos preferenciais seriam mais arrojados para a eliminação das barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio internacional e, por isso, impulsionariam as negociações multilaterais, ampliando reformas liberalizantes nos Estados.

A “liberalização competitiva” não pode ser ignorada como um importante paradigma justificando a racionalidade de acordos preferenciais de comércio, enquanto também venha-se justapor ao sistema multilateral do comércio centrado. Aqui nesse caso, existe uma concorrência entre obrigações de tratados que vinculam Estados, desde aquele contexto que Nettesheim (2000, p. 145 e ss) denomina de “aparência de ordenamento internacional econômico”,

⁹⁶ Relacionando o “liberalismo competitivo” no comércio internacional com a teoria dos jogos. O autor ressalta a inadequação dessa análise, em especial pela impropriedade em se comparar estruturas econômicas com abordagens de estratégia no contexto do regionalismo.

referindo-se à OMC, e os compromissos assumidos em acordos bilaterais e regionais de livre comércio, numa manifestação mais remota da experiência na evolução histórica do Direito Internacional.

De fato, tanto a dimensão como a complexidade desses acordos preferenciais, na lógica que molda a “liberalização competitiva”, também reabrem as questões de saber se o regionalismo estaria contido ou não no sistema multilateral do comércio. Não somente pelo fato de os acordos discriminarem positivamente Estados não-partes – ainda que sob o rótulo do Artigo XXIV do GATT 94 eles possam ser de outro modo classificados – como por compreender normas cuja incompatibilidade/incoerência com o sistema multilateral seria de difícil constatação pelos mecanismos estabelecidos.⁹⁷ Ainda que essas normas sejam elementares (fundantes) para assegurar a implementação das obrigações assumidas entre os Estados relativamente ao comércio preferencial intrablocos, elas poderiam chegar a elevar custos de transação para todos os envolvidos – Estados partes e não-partes –, em especial pela criação de barreiras de acesso aos mercados e os retrocessos em direção ao protecionismo das indústrias domésticas.

Aqui caberia uma reflexão ainda mais profunda. Casos como o do NAFTA, por exemplo, ilustram a difícil questão de saber se o “liberalismo competitivo” levaria mesmo, no limite, a uma ampla adesão dos Estados do continente americano ao bloco ou ampliação do mesmo, como propõe ser a constituição da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA). Ou se, de outro lado, tal “liberalização competitiva” não serviria para a manutenção de um acordo preferencial de comércio mais compacto e ancorado em um regime específico de

tarifas preferenciais, subsídios e complexas regras de origem, que, no limite, pressuporiam o protecionismo da indústria doméstica norte-americana (Cf. SCHOTT, 1996, p. 20). Ora, nessa concepção, a prédica examinada em nada complementa o sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC. Pelo contrário, ela prejudica a evolução de processos de cooperação e integração regional efetivamente fundados em estruturas constitucionais mínimas (como poderia ser o caso da ALCA, por exemplo) e se entrecacha com o desenvolvimento das instituições do sistema GATT/OMC. Um modelo como esse não seria desejável.

4.4. *Identidade asiática*

Outro fator para o estabelecimento do regionalismo aberto na Ásia foi justamente a criação de uma “identidade asiática”, ancorada na solidariedade e objetivos de estabilidade e paz regionais implicadas na cooperação entre Estados. O exemplo da ASEAN, como analisado, parece apontar para essa constatação. Os Estados Membros entendiam, como consenso, o reconhecimento da integração econômica regional como componente de uma “integração econômica internacional”, orientadas pelo processo de inserção desses Estados no mercado global. Por muito tempo, essa identidade asiática foi vista como reação dos países contra a ingerência dos Estados Unidos na região; mas sua noção é um exercício de reflexão, vista pela literatura como uma expressão de considerar a intrusão de valores morais e políticos ocidentais no contexto asiático, sem rejeitar, por outro lado, os aspectos dinâmicos da modernização econômica-tecnológica que reorientaram as instituições domésticas nesses Estados (HIGGOTT, 1998, p. 42-68).

A identidade asiática no regionalismo também parece apontar para um movimento de integração de Estados para a formação de coalizões políticas em negociações internacionais, especialmente como ocorreu, de sobremaneira, na Rodada Uruguai do

⁹⁷ Bastaria observar o tormentoso trabalho do Comitê sobre Acordos Regionais da OMC, sem chegar a muitas análises em relação a acordos preferenciais especificamente sensíveis no contexto do sistema multilateral.

GATT/OMC. Membros da ASEAN estavam conjuntamente alinhados para firmar uma posição de bloco nas negociações comerciais multilaterais e alcançar benefícios gerais com a liberalização do comércio, a partir de um discurso mais alinhado com os efeitos criativos decorrentes da criação da Área de Livre Comércio da ASEAN (AFTA).

Outra contra-evidência da influência da “identidade asiática” no regionalismo foi a possível formação de uma chamada “blindagem regional”, em resposta a futuros sintomas de crise no mercado financeiro internacional, a exemplo do que ocorrera inicialmente com a Tailândia em 1997 (BHAGWATI, 2004). Esse contexto reiterou as percepções de muitos Estados asiáticos de que suas prioridades divergiam em muito daquelas estabelecidas nas experiências de integração regional do Ocidente (exatamente a União Européia e o NAFTA), além dos modelos de ajustamento das instituições domésticas e reformas liberais propostas pelo Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

Na visão asiática, haveria um certo ressentimento em relação aos Estados Unidos e União Européia pela simplicidade com que a crise asiática foi resolvida, em especial pelas culpas e retrocessos. A identidade asiática não seria compatível com a lógica explicando a origem das crises de 1997. Enquanto aqueles culpavam os governos asiáticos pela falta de instituições e políticas governamentais adequadas ao sistema financeiro internacional, os Estados da região, em especial os Membros da ASEAN prejudicados, entendiam justamente que essa origem estaria nos fluxos de capital especulativo de curto prazo que inundavam os mercados asiáticos, diretamente de investidores de grandes conglomerados empresariais e governos do Ocidente. Diferentemente, os Estados asiáticos, na conformação de tal “blindagem regional” preferiram optar por enfatizar a necessidade de assistência internacional e controle dos fluxos de capital especulati-

vo. Não apenas essas políticas domésticas seriam divergentes do padrão eurocentrista e pragmático norte-americano. A identidade asiática também vem de uma percepção de que as soluções oferecidas pelos países desenvolvidos eram pouco efetivas e satisfatórias e que seus modelos de políticas governamentais eram muito oportunistas, centradas apenas na contenção das calamidades (de todas as ordens, como as crises financeiras, colapsos na rede de saúde pública, desastres naturais) para estabelecer coercitivamente uma agenda nem um pouco bem-vinda de reformas (RAVENHILL, 2002, p. 212).

A identidade asiática também formula as políticas regionais de cooperação, avançando a temas que tocam conjuntamente a ASEAN e a APEC. Na Terceira Cúpula da ASEAN *Plus Three* de 1999, em Manila, China, Japão e Coreia do Sul estariam aptos a desenvolver um plano comum de cooperação nas áreas de comércio, investimentos, coordenação financeira e monetária, transferência de tecnologia e intercâmbio científico entre os Estados (Cf. SUDO, 2001, p. 116).

5. Perspectiva geral do regionalismo no Pacífico Asiático e as novas tendências

A crise asiática de 1997, para além de ter chamado a atenção dos Estados da ASEAN e da APEC quanto à necessidade de fortalecimento institucional dos blocos, transformou a realidade da cooperação econômica na região do Pacífico Asiático. A interdependência econômica entre os Estados, já constatada na velocidade com que a crise financeira dos mercados da Tailândia, Filipinas e Indonésia havia-se difundido na região, criou um ambiente criativo em relação à cooperação, que passou a ser uma resposta preventiva as crises futuras que os países asiáticos pudessem enfrentar. Além do caso específico da ACFTA, Estados da ASEAN concluíram acordos bilaterais de livre comércio com outros países, tais como Japão, Coreia do Sul, Chile, Estados Unidos,

Austrália e Nova Zelândia. Esses são desafios que se apresentam no regionalismo do Pacífico Asiático.

A questão da proliferação de acordos de livre comércio na região tem atraído a atenção de vários autores, dividindo-se entre uma crítica favorável, de um lado, e a rejeição parcial com relação aos potenciais benefícios trazidos por tais negociações à própria continuidade da ASEAN. O mesmo se estende ao questionamento da compatibilidade de tais acordos com o sistema multilateral do comércio do GATT/OMC (CHASE, 2006, p. 1-30). De um lado está o reconhecimento de uma “identidade do Sudeste Asiático” como paradigma de um novo regionalismo fundado em uma abordagem da “multiplicidade de vias” ou alternativas, ao contrário da tradicional concepção unitária do regionalismo confrontado com o sistema multilateral do comércio.⁹⁸

Questiona-se se haveria hoje um consenso geral de que o regionalismo, ao menos como desenhado no contexto do Pacífico Asiático, poderia apresentar-se como “complementar” ao Sistema GATT/OMC, e conducente à criação de um bloco regional voltado para coesão nas negociações multilaterais, dotado de legitimidade com relação aos Estados integrantes. Seria ainda precoce afirmar que a proliferação de acordos regionais no Sudeste Asiático levaria à criação de um único bloco regional. Há no entanto casos específicos que podem ser assim estabelecidos: o bloco formado pelo Acordo ACFTA⁹⁹; o bloco ASEAN-Japão; e um terceiro, ASEAN-Coréia do Sul.

Um quarto bloco regional, mais amplo, resultaria da adoção definitiva, do Acordo “ASEAN Plus Three”¹⁰⁰, congregando sub-

⁹⁸ A referência aqui é feita à contraposição entre o “single-track approach” e “multi-track approach”, analisado por Won-Mog-Choi (2003, p. 50).

⁹⁹ Cf. item 2.6.2. A implementação do Acordo de Livre Comércio entre ASEAN e China (ACFTA) *supra*, sobre o Acordo de livre-comércio ASEAN-China.

¹⁰⁰ A evolução das negociações pode ser consultada em: <<http://www.aseansec.org/16580.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2006.

sistemas de cooperação regional no Pacífico Asiático. Em 2004, os Estados Membros da ASEAN, alguns Estados participantes da APEC, Japão, China e Coréia buscaram alicerçar um movimento de integração regional a partir de um amplo acordo de cooperação nas áreas política, econômica, social, segurança regional e financeira. Um dos problemas enfrentados estaria justamente na abordagem conduzida pela China e o Japão para o futuro regionalismo asiático e que resume diferentes visões em torno da “identidade asiática” formulada no contexto da ASEAN (RAVENHILL, 2002, p. 211).

Os resultados do *ASEAN Plus Three* são ainda pouco previsíveis, mas apontam, do ponto de vista do Direito Internacional, para a *comunitarização* das instituições no Pacífico Asiático, em especial pela superposição de competências entre os blocos agregados, criação de uma grande zona de livre comércio compreendendo a totalidade dos Estados da região e a criação de um Fundo Monetário Asiático (Idem).¹⁰¹

Outras alternativas também aparecem mais claras. A consolidação do bloco regional a partir da implementação dos objetivos do futuro Acordo ACFTA, entre ASEAN e China, poderia compreender ainda Macau e Hong Kong, além do possível ingresso de Taiwan, pelas afinidades culturais e comerciais hoje existentes entre os países. Outro bloco seria aquele integrado por Japão e Estados da ASEAN, a partir da existência do Acordo de Livre Comércio concluído com Cingapura. Finalmente, um terceiro seria aquele conduzido pela Coréia, também com relação ao Acordo de Livre Comércio estabelecido com o Japão, atraindo a atenção da ASEAN, ou centrado em Cingapura apenas (daí a criação de um Acordo Japão-Coréia-Cingapura).

O quadro a seguir resume algumas das perspectivas do regionalismo em curso no Pacífico Asiático.

¹⁰¹ Mencionando a existência de um “new sense of communal identity among Asian countries”.

Etapa/Período	Acordos	Objetivos e Princípios	Paradigmas
Velho regionalismo (1954 – década 70)	SEATO, ASEAN (estrutura original)	Objetivos político-militares, manutenção da paz e estabilidade regionais, criação de coalizões e alianças entre Estados Unidos, ONU e os Estados da região	Guerra Fria; Direito Internacional da Coexistência; abordagem realista nas Relações Internacionais
Novo Regionalismo (década de 80 até hoje)	PECC, APEC, ARF, ASEAN (alargamento)	Princípio da abertura, cooperação industrial e coordenação de investimentos, criação de redes de organizações (OI's ONG's e governos), acordos regionais de livre-comércio e trans-regionais; regionalismo concorrencial e liberalização competitiva,	Consenso de Washington; integração de mercados; Direito Internacional da Cooperação Econômica e do Desenvolvimento
Segundo Novo Regionalismo (desde 1997)	APT (ASEAN Plus Three)	Inter-regionalismo, sub-regionalismo, convergência regional e primeiro estágio de integração	Militarismo econômico; gerenciamento regional; Direito Internacional Comunitário

Fonte: Adaptado de *Liu e Regnier* (2003), p. 224/ *Asia Pacific Development Journal*, v. 1, Jun. 2004, p. 8.

Conclusões

O presente trabalho buscou apontar para algumas características comuns do regionalismo no Pacífico Asiático, centrando a análise nos casos da ASEAN e da APEC. Como visto, a prioridade dos Membros da ASEAN tem sido a ampliação das relações comerciais com vários Estados ao mesmo tempo, num processo de abertura para a economia mundial e posicionamento estratégico no sistema do comércio multilateral do GATT/OMC. Os Estados da ASEAN reconhecem que o bloco requer maior institucionalização para alcançar a realização dos objetivos do Acordo AFTA. Como visto, o mínimo grau de integração regional nos moldes clássicos não evitou o surgimento de uma coalizão regional no contexto das negociações multilaterais no GATT/OMC, aberta à negociação coletiva de acordos bilaterais de investimento ou

acordos de livre comércio concluídos, como no caso dos Acordos ACFTA, ASEAN-Japão, ASEAN-Coréia.

Quanto à APEC, em especial, a atenção desvia-se para sua originalidade no contexto do Pacífico Asiático. O formato da cooperação regional alcançada difere em absoluto de quaisquer das alternativas concebidas nos clássicos modelos de integração, especialmente pela caracterização que tem no Direito Internacional. Daí porque falar-se em “fórum intergovernamental de diálogos” entre os Estados participantes. A principal contribuição da APEC tem sido a formulação do conceito de regionalismo aberto.

Os exemplos da ASEAN e da APEC, pela diversidade metodológica com que podem ser analisados, apresentam pontos em comum e levam à constatação de novas vertentes no regionalismo clássico e um apelo para reconsideração das teorias da integração. Fala-se aqui em “novo regio-

nalismo asiático". Em destaque no início do século XXI, a região do Pacífico Asiático veio assistindo à multiplicação dos acordos preferenciais de comércio, de caráter bilateral, regional ou trans-regional. Os fatores identificados, em geral, apontam para as crises dos mercados asiáticos de 97, a própria fragmentação do sistema multilateral do comércio, a concorrência pela formação dos blocos regionais numa nova tendência do regionalismo e a globalização econômica – como fenômeno unitário que representa. Como observei no contexto de emergência da APEC, o “regionalismo aberto” parece indicar um dos valores fundantes a justificar tendências novidadeiras para a integração regional no Pacífico Asiático. Trata-se, inclusive, do reconhecimento de que a teoria e prática associadas ao Direito de Integração têm passado por um período de transformação de paradigmas.¹⁰²

Referências

- ABI-SAD, Sérgio Caldas Mercador. *A potência do dragão: a estratégia diplomática da China*. Universidade de Brasília, 1996.
- ACHARYA, Amitav. *Constructing a security community in southeast Asia: ASEAN and the problem of regional order*. Indonesia: ASEAN, 2001.
- ADB. *Asian development outlook 2001*. Hong Kong; New York: Oxford University, 2002.
- ANDERSON, Desaix. APEC focus: accomplishment and challenge. *Pacific Rim Law & Policy Journal*. v. 4. Washington, 1995.
- ASEAN. *Joint communiqué of the sixth ASEAN ministerial meeting*. Pattaya: ASEAN, 16-18 abr. 1973.
- BA, Alice D. China and ASEAN: re-navigating relations for a 21st-century Asia. *Asian Survey*. v. 43. California, 2003.
- BELLIS, Jean-Francois; GARCIA JIMENEZ, Gonzalos (Ed.). *Regionalism and multilateralism after the Uruguay round: convergence, divergence and interaction*. Brussels: European Interuniversity, 1997.
- BERGSTEN, C. Fred. *Competitive liberalization*. Washington: Institute for International Economics. 1996.
- _____. *Whither Apec?: the progress to date and agenda for the future*. Washington: Institute for International Economics. 1997.
- BHAGWATI, Jagdish N. *In defense of globalization*. New York: Oxford University, 2004.
- BIRD. *South Asia's Integration into the world economy*. New York: World Bank Publications, 1997.
- BOWLES, Paul. ASEAN, AFTA and the new regionalism. *Pacific Affairs*. v. 70, n. 2. San Francisco, 1997.
- _____. The ASEAN free trade area (AFTA) and its compatibility with GATT/WTO. *Asian Yearbook of International Law*. [S. 1.], v. 8. 2003.
- BRESLIN, Shaun et al (Ed.). *New regionalisms in the global political economy: theories and cases*. London; New York: Routledge, 2002.
- CAMILLERI, Joseph A. *Regionalism in the new Asia-Pacific order*. Northampton: Edward Elgar, 2003.
- CANDELARIA, Sedfrey M. The legal characterization of the Asia-Pacific economic cooperation (APEC) and the individual action plans in international law. *Ateneo Law Journal, Philippines*. v. 44, n. 2, 2000.
- CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera (Coord.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CASTAN, Melissa. APEC: international institution?: a pacific solution. *University of Tasmania Law Review*. v. 15. Tasmânia, 1996.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. Teoria geral da integração: em busca de um modelo alternativo. In: MERCADANTE, Araminta de A.; CELLI JÚNIOR, Umberto (Org.). *Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CHASE, Kerry. Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT article XXIV. *World Trade Review*. v. 5, n. 1. Cambridge, 2006.
- CHOI, Won-Mog. Regional economic integration in east Asia: prospect and jurisprudence. *Journal of International Economic Law*. v. 6. Cambridge, 2003.
- COICAUD, Jean-Marc; HEISKANEN, Veijo. *The legitimacy of international organizations*. New York; Tokyo: United Nations University Press, 2001
- DASH, Kishore C. The political economy of regional cooperation in south Asia. *Pacific Affairs*. v. 69, n. 2. Vancouver, 1996.
- DE MESTRAL, Armand. The north american free trade agreement: a comparative analysis. *Recueil des Cours*. [S. 1.], v. 275, 1998.
- DENTERS, Erik M.; SCHRIJVER, Nico (Ed.). *Reflections on international law from the low countries: in honour*

¹⁰² Cf. fundamentalmente importantes estudos de JAYASURIYA, 2004, p. 1 e ss.

of Paul de Waart. The Hague: Kluwer International, 1998.

DEROSA, Dean A. *Regional trading arrangements among developing countries: the ASEAN example*. Washington: IFPRI, 1995.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. 4 ed. Paris: LGDJ, 1992.

DRYSDALE, Peter; VINES, David. *Europe, east Asia and APEC*. Cambridge University, 1998.

_____; ELEK, Andrew. APEC: community-building in east Asia and the Pacific. In: HELLMANN, Donald C.; PYLE, Kenneth B. (Ed.). *From APEC to xanadu: creating a viable community in the post- cold war Pacific*. Armonk: M.E. Sharpe, 1997.

ELEK, Andrew. Trade policy options for the Asia-Pacific region in the 1990's: the potential of open regionalism. *The American Economic Review*. v. 82, n. 2. Pittsburgh, 1992.

FAYE, Andrew A. APEC and the new regionalism: GATT compliance and prescriptions for the WTO. *Law & Policy in International Business*. v. 28. Washington, 1996.

FISCHER, Thomas C. A commentary on regional institutions in the pacific rim: do APEC and ASEAN still matter?. *Duke Journal of comparative and international law spring*. v. 13. Durham, 2003.

FRANKEL, Jeffrey A. *Regional trading blocs in the world economic system*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

FUKASE, Emiko; MARTIN, Will. Free trade area membership as a stepping stone to development: the case of ASEAN. *World Bank discussion paper series*. , v. 421. Washington, 28 fev. 2001. Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org>>. Acesso em: [200-?].

GOLDBLAT, Jozef. The nuclear non-proliferation régime: assessment and prospects. *Recueil des Cours*. [S. 1.], v. 256, 1995.

GREEN, Carl J. APEC and trans-pacific dispute management. *Law and policy in international business*. v. 26. Washington, 1995.

GREENWALD, Alyssa. The Asean-China free trade area (ACFTA): a legal response to china's economic rise?. *Duke Journal of comparative and international law*. v. 16. Durham, 2006.

GREWE, Wilhelm G. *The epochs of international law*. Berlin; New York: Walter de Gruyter. 2000.

HAACKE, Jürgen. ASEAN's diplomatic and security culture: a constructivist assessment. *International relations of the Asia-Pacific*. v. 3, n. 1. Cambridge, 2003.

_____. Seeking influence: China's diplomacy towards ASEAN after the asian crisis. *Asian Perspective*. v. 26, n. 4. Oregon, 2002.

_____. *ASEAN's diplomatic and security culture: origins, development, and prospects*. London: Routledge Curzon, 2003.

HAAS, Deborah. Out of others' shadows: ASEAN moves toward greater regional cooperation in the face of the EC and NAFTA. *American university journal of international law and policy*. v. 9. Washington, 1994.

HAAS, Michael. ASEAN's pivotal role in Asian-Pacific regional cooperation. *Global Governance*. [S. 1.], v. 3, 1997.

HELLMANN, Donald C. America, APEC and the road not taken: international leadership in the post-cold war interregnum in the Asia-Pacific. In: _____. PYLE (Ed.). *From APEC to Xanadu: creating a viable community in the post-cold war pacific*. Armonk: M. E. Sharpe, 1997.

HIGGOTT, Richard. The international politic economics of regionalis: the Asia-Pacific and Europe compared. In: COLEMAN, William D.; UNDERHILL, Geoffrey R. (Ed.). *Regionalism and global economic integration*. London: Routledge, 1998.

HILAIRE, Alvin; YANG, Yongzeheng. The United States and the new regionalism/bilateralism. *Journal of World Trade*, [S. 1.], v. 38, n. 4, 2004.

HIROSE, Kazuko. *A social theory of international law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003.

HOECKMAN, Bernard; MARTIN, Will. *Developing countries and the WTO: a pro-active agenda*. Oxford: Blackwell, 2001.

HOON, Khaw Guat. *An analysis of China's attitudes toward ASEAN: 1967- 1976*. Indonésia: Institute of Southeast Asian Studies, 1977.

JACKSON, John. *The world trading system*. 2 ed. Cambridge: The MIT, 2000.

JANOW, MERIT E. Assessing apec's role in economic integration in the Asia-Pacific region. *Northwestern journal of international law and business winter-spring*. v. 17. Chicago, 1996, 1997.

JAYASURIYA, Kanishka. *Asian regional governance*. London: Routledge, 2004.

KAHN, Sallem M.; KAHM, Zahira. Asian economic integration: a perspective on south Asia. In: WIEMER, Calla; CAO, Heping (Ed.). *Asian economic cooperation in the new millennium*. Singapore: World Scientific. 2004.

KARTADJOEMENA, H. S. ASEAN and the international trading system: regional trade arrangement vs. the

- WTO. In: MYA, Than. *ASEAN beyond the regional crisis: challenges and initiatives*. Singapore: ISEAS, 2001.
- KHAI LEONG, Ho; KU, Samuel (Ed.). *China and southeast Asia*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2005
- KILLION, M. Ulric. Chinese regionalism and the 2004 ASEAN-China accord: The WTO and legalized trade distortion. *North Carolina Journal of international law and commercial regulation*. v. 31. North Carolina, 2005.
- KLABBERS, Jan. The changing image of international organizations. In: COICAUD, Jean-Marc; HEISKANEN, Veijo (Ed.). *The legitimacy of international organizations*. New York; Tokyo: United Nations University. 2001.
- _____. *An introduction to international institutional law*. Cambridge University, 2002.
- KODAMA, Yoshi. Asia-Pacific Region: APEC and ASEAN. *International Lawyer*, [S. 1.], v. 30, 1996.
- KONG, Qingjiang. China's WTO accession and the ASEAN-China free trade area: the perspective of a Chinese lawyer. *Journal of international economic law*. v. 7, n. 4. Oxford, 2004.
- LAWRENCE, Robert Z. *Regionalism, multilateralism, and deeper integration*. Washington: Brookings Institution, 1996.
- LEONG Ho Khai; KU, Samuel C.Y. (Ed.). *China and southeast Asia: global changes and regional challenges*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2005.
- LEWIS, Jeffrey D.; ROBINSON, Sherman; WANG, Zhi. *Beyond the Uruguay round: the implications of an Asian free trade area*. v. 1. Policy, Research Working Paper no. WPS 1467. Disponível online em: <<http://www-wds.worldbank.org>>. Acesso em: 30 jun. 1995.
- LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford University, 2003.
- MAHIOU, Ahmed. Le cadre juridique de la coopération sud-sud: quelques expériences ou tentatives d'intégration. *Recueil des Cours*. [S. 1.], v. 241, 1993.
- MATSUSHITA, Mitsuo; AHN, Dukgeun (Ed.). *WTO and east Asia: new perspectives*. London: Cameron May, 2004.
- MAULL, Hanns; WANANDI, Jusuf; SEGAL, Gerald. *Europe and the Asia pacific*. London: Routledge, 1998.
- MEERHAEGHE, M. A. G. Van. *International economic institutions*. The Hague: Kluwer. 1998.
- MİYASAKI, Sylvio. Uma visão abrangente dos processos de integração econômica no Pacífico Asiático. In: AMARAL JÚNIOR, Aberto; SANCHEZ, Michelle R. (Org.). *Relações sul-sul: países da Ásia e o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras: 2004.
- MUNI, S. D. India and the post-cold war world: opportunities and challenges. *Asian Survey*, [S. 1.], v. 31, n. 9, 1991.
- MURASE, Shinya. Perspectives from international economic law on transnational environmental issues. *Recueil des Cours*, [S. 1.], v. 253, 1995
- NARLIKAR, Amrita. *International trade and developing countries*. London: Routledge. 2003.
- NETTESHEIN, Martin. Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung: Überlegungen zum Entwicklungsstand des internationalen Wirtschaftsrechts, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, [S. 1.], v. 19, 2000.
- NEW regionalism in the global political economy. London: Routledge. 2002.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Addressing institutional challenges to the WTO in the new millennium: a longer-term perspective. *Journal of International Economic Law*. v. 8, n. 3. New York, 2005.
- _____. Challenges to the legitimacy and efficiency of the world trading system: democratic governance and competition culture in the WTO. *Journal of international economic law*. v. 7, n. 3. New York, 2004.
- POMFRET, Richard. *The economics of regional trading arrangements*. New York: Oxford University, 1998.
- PORTO DE OLIVEIRA, Amaury. Formação de uma economia regional no leste asiático. In: AMARAL JÚNIOR, Aberto; SANCHEZ, Michelle R. (Org.). *Relações sul-sul: países da Ásia e o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras: 2004.
- PUGH, Michael e SIDHU, Waheguru P.S. *The united nations and regional security*. Boulder, 2003.
- RAVENHILL, John. *APEC and the construction of pacific rim regionalism*. Cambridge University, 2002.
- RUDNER, Martin. APEC: the challenges of Asia pacific economic cooperation. *Modern asian studies*, [S. 1.], v. 29, n. 2, 1995.
- RUGMAN, ALAN M. Towards an investment agenda for the Asia pacific economic cooperation (APEC). *Transnational Corporations*, [S. 1.], v. 6, 1997.
- SALMAN, Salman M. A.; UPRETY, Kishor. *Conflict and cooperation on South Asia's international rivers*. Dordrecht: Kluwer Law International. 2002.
- SCHOTT, Jeffrey J. *Free trade agreements: US strategies and priorities*. Washington: Institute for International Economics. 2004.
- _____. *WTO 2000: setting the course for world trade*. Washington: Institute for International Economics, 1996.
- SHEN, Sibao. WTO and China's legal system. In: MATSUSHITA, Mitsuo; AHN, Dukgeun (Ed.). *WTO*

and East Asia: new perspectives. London: Cameron May, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.

SOARES, Guido F. S. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.

STEPHENSON, Sherry M. ASEAN and the multi-lateral trading system. *Law and policy in international business winter*, [S. l.], v. 25, 1994.

SUDO, Sueo. *The international relations of Japan and South East Asia: forging a new regionalism*. London: Routledge, 2001.

TAN, Lay Hong. Will ASEAN economic integration progress beyond a free trade area?. *International and comparative law quarterly*. v. 53. Oxford, 2004.

THAKUR, Ramesh C.; NEWMAN, Edward. *Broadening Asia's security discourse and agenda: political, social, and environmental perspectives*. New York; Tokyo: United Nations University Press, 2004.

TOW, William T.; Hyun, In-Taek (Ed.). *Asia's emerging regional order*. New York: United Nations University, 2000.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Policy issues in the spaghetti bowl: challenges for developing countries*. Geneva: United Nations Publications, 2005.

VAN MEERHAEGHE, M. A. G. *International economic institutions*. Dordrecht: Kluwer, 1998.

VIRALLY, Michel. Panorama du droit international contemporain: cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, [S. l.], v. 183, 1983.

VON HAYEK, Friedrich. Competition as a discovery procedure. *The quarterly journal of Austrian economics*. v. 5, n. 3.

_____. Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. In: *Kieler Vortrage*. n. 56. Institute fur Weltwirtschaft, University of Kiel, 1968.

WANG, Vincent Wei-Cheng. The logic of China-ASEAN FTA: economic statecraft of peaceful ascendancy. In: LEONG, Ho Khai; KU, Samuel C. Y. (Ed.). *China and southeast Asia: global changes and regional challenges*. [S. l.: s. n.], 2005.

WIEMER, Calla; CAO, Heping (Ed.) *Asian economic cooperation in the new millennium*. Singapore: World Scientific, 2004.

WINDEN, Peter; KENEVAN, Andrew. Flexible free trade: the ASEAN free trade area. *Harvard international law journal winter*. v. 34. Cambridge, 1993.

HAYEK, Friedrich von. Competition as a discovery procedure. *The quarterly journal of Austrian economics*, [S. l.], v. 5, n. 3, 2002.

Siglas

ACFTA	Acordo de Livre Comércio ASEAN-China
AFTA	Área de Livre Comércio da ASEAN – AFTA
AICO	Acordo relativo ao Regime de Cooperação Industrial da ASEAN de 1996
ANZCERTA	Acordo de Relações Econômicas e Comerciais entre Austrália e Nova Zelândia
APEC	Organização de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico
ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático
AUSFTA	Acordo de Livre Comércio entre Austrália e Estados Unidos de 2004
CEPT	Regime Comum Efetivo Tarifário Preferencial da AFTA (Esquema CEPT)
GATT 47	Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947
SAARC	Associação da Ásia Meridional para Cooperação Regional
SUSFTA	Acordo de Livre Comércio entre Cingapura e Estados Unidos de 2003
TUFTA	Acordo de Livre Comércio entre Tailândia e Estados Unidos de 2004
USTR	United States Trade Representative
ZAI/AIA	Zona Asiática de Investimentos de 1998 (Asian Investment Área)
APTAs	Acordos Preferenciais de Comércio da ASEAN
APT	ASEAN Plus Three (ASEAN Mais Três)
PECC	Conselho para Cooperação Econômica do Pacífico

Liberdade religiosa, separação Estado-Igreja e o limite da influência dos movimentos religiosos na adoção de políticas públicas

Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro

Sumário

1. Natureza jurídica e elementos integrantes do conceito de separação Estado-Igreja. 2. A religião do Estado e a religião do povo num regime de separação. 3. Os grupos religiosos como verdadeiros grupos de interesse e sua legítima participação no processo político – a necessidade de proteção ao pluralismo. 4. A separação Estado-Igreja e os limites da influência exercida por grupos religiosos no comportamento estatal. A obrigatoriedade da utilização, pelo Estado, de uma razão pública.

O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra os dispositivos da Lei de Biossegurança que permitem, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* – tem levantado importantes discussões sobre temas que, corriqueiramente abordados, com profundidade, na experiência doutrinária estrangeira, tinham merecido, até então, pouca atenção por parte dos estudiosos nacionais: a questão da separação Estado-Igreja e dos limites de influência que os movimentos religiosos (enquanto verdadeiros grupos de interesse) podem exercer, especialmente num Estado majoritariamente católico, como o é o Brasil, sobre os comportamentos estatais, em tema de adoção e implementação de políticas públicas, especialmente

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro é Assessora-chefe da Escola Judiciária Eleitoral do TSE, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e Professora de Direito Constitucional.

daquelas que, por igualmente envolverem premissas vinculadas a dogmas de fé, têm sido denominadas *políticas mistas* (aborto, células-tronco, distribuição de contraceptivos e casamento homossexual).

Pois bem, antes de tudo o mais, cumpre precisar, ainda que em termos sumários, qual a natureza jurídica e qual alcance deve ser conferido à cláusula da separação Estado-Igreja (entre nós veiculada pela norma inscrita no inciso I do art. 19 da Constituição da República, consubstanciadora de verdadeira vedação constitucional de natureza federativa), para que, a partir dessas delimitações materiais, seja possível a identificação daqueles comportamentos que, por violarem este específico regime, culminam por colocar em situação de perigosa lesividade os direitos integrantes do estatuto constitucional da liberdade religiosa no Brasil.

1. Natureza jurídica e elementos integrantes do conceito de separação Estado-Igreja

Impende destacar, de início, que, ao contrário da liberdade religiosa, que se qualifica como um *princípio fundamental*¹, a inspirar a produção das regras consubstanciadoras dos direitos de liberdade religiosa, as normas veiculadoras da cláusula da separação entre Estado e Igreja consubstanciam verdadeiras garantias fundamentais (ou direito-garantias)².

¹ Sobre a classificação, como princípio fundamental, do valor da liberdade religiosa, conferir: BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. *O conselho nacional de justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais*: uma decisão que viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10039>>.

² Sobre o conceito de direito-garantia, conferir: ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 117-118. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33.

Essa classificação jurídica deriva, inicialmente, do fato de que a cláusula da separação, em vez de declarar direitos aos cidadãos, esgota-se no estabelecimento de regras de conduta voltadas à imposição de um comportamento estatal essencialmente fundado em determinados parâmetros, quais sejam, os da neutralidade axiológica em matéria religiosa e da não-ingerência institucional e dogmática em relação às Igrejas.

As normas veiculadoras do regime de separação, portanto, nada mais fazem do que consagrar a exigência de um determinado tipo de organização estrutural do Estado, para que os indivíduos possam efetivamente exercer um outro bem jurídico que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico (a liberdade religiosa), o que é um dos elementos individualizadores das garantias fundamentais.

Trata-se, além disso, de veículo normativo que impõe ao Estado a adoção de um único posicionamento (e não de uma faculdade dúplice, tal como ocorre com os direitos, especialmente os de liberdade), outra típica característica das normas-tutela ou das garantias fundamentais ou, ainda, dos “*direito-garantias*”.

De outro lado, a cláusula da separação entre Estado e Igreja não se reveste do requisito da autonomia existencial, pois retira sua razão de ser e seus fundamentos legitimadores dos próprios direitos densificadores do princípio maior da liberdade religiosa, a exigirem, para sua integral concreção, um regime no qual ente estatal e movimentos religiosos mantenham uma postura de recíproca neutralidade e não-ingerência. O que implica dizer que o regime de separação e as limitações comportamentais a ele inerentes só fazem sentido no contexto de um Estado que tenha como objetivo e como fonte de sua legitimação a proteção e a defesa intransigente da liberdade religiosa dos cidadãos.

Jorge Miranda (2000, p. 95-96), ao traçar a distinção entre direitos e garantias – dis-

tinção essa que apenas reforça o entendimento de que a cláusula constitucional da separação Estado-Igreja qualifica-se mesmo como típica garantia fundamental –, tece as seguintes considerações:

“As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado;

As liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva ou negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas.

As liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada”.

Isso quer dizer, pois, que a separação entre Estado e Igreja nada mais é do que uma garantia fundamental (direito-garantia), voltada especificamente à proteção dos direitos integrantes do conceito maior de liberdade religiosa, pois a história das sociedades já evidenciou que a associação entre político e religioso, entre os poderes temporal e espiritual, gera o aniquilamento das liberdades e promove intolerância e perseguições.

Não é por outro motivo que as aspirações individuais por uma total liberdade em tema de fé vieram acompanhadas da reivindicação por um regime que apartasse as figuras do Estado e da Igreja, impedindo, com isso, que os instrumentos a cargo dos poderes públicos fossem utilizados como meios de divulgação religiosa e de compulsória conversão, em total destruição de um dos fundamentos básicos da própria idéia de religião, que é a conversão interior pela fé e pelo voluntarismo, e não a imposição pela força e pela espada.

A conclusão a que se chega, pois, é a de que as normas que consubstanciam, em um dado ordenamento constitucional, o regime de separação possuem uma finalidade específica, consistente em assegurar

que o princípio da liberdade religiosa não seja ofendido em razão da interferência do Estado em matéria de fé (ou da ilegítima interferência religiosa em assuntos estatais), pois, se não há plena liberdade religiosa quando o Estado se imiscui na seara espiritual (e vice-versa), então é preciso estabelecer uma cláusula constitucional de garantia, que, ao vedar tais comportamentos, confira um manto de proteção àquela liberdade fundamental.

A idéia, pois, é a de que, para que se possa falar em atribuição de máxima efetividade ao princípio da liberdade religiosa, imperiosa é a consagração institucional do direito-garantia da separação entre Estado e Igreja, e, para que se possa cogitar num regime de efetiva separação, imprescindível é a imposição, aos poderes públicos, de parâmetros de conduta fundados tanto na idéia de neutralidade axiológica, como na premissa da não-ingerência institucional e dogmática nos assuntos internos das organizações religiosas³.

O primeiro requisito indispensável à existência de um regime de separação refere-se à imposição, ao ente estatal, de uma postura de neutralidade axiológica em tema de religião.

Cumprir enfatizar, desde logo, que a exigência de neutralidade axiológica não se confunde com a noção de não-confessionalidade estatal, ou, simplesmente, com o caráter laico do Estado.

³ Para Thierry Rambaud (2004, p. 7-8): “Resulta dessa primeira análise que três garantias principais de um regime de separação dos cultos e do Estado podem ser identificadas: a neutralidade do Estado de um ponto de vista axiológico; o igual tratamento de todas as coletividades religiosas, nenhuma podendo receber um tratamento particular que lhe seja favorável ou desfavorável (digo eu, requisito intrínseco à idéia de neutralidade axiológica, a implicar um comportamento que impeça o Estado de enviar mensagens no sentido da preleção de uma determinada crença em detrimento das demais ou das convicções de ateus e agnósticos); a incompetência do Estado para conhecer de questões religiosas e eclesiásticas e seu corolário, o reconhecimento da liberdade institucional das coletividades religiosas”.

É claro, contudo, que um Estado que professa determinada religião, ou seja, que confessa sua crença numa determinada fé (que, portanto, será erigida à condição de religião estatal ou de religião oficial) ou que prega o ateísmo, jamais poderá ser enquadrado num regime de neutralidade axiológica, pois o fato é que, ao escolher uma específica doutrina religiosa em detrimento de todas as demais (ou ao optar pela negação da religião), o Estado abandona qualquer postura de imparcialidade no dissenso religioso, para se tornar, ele próprio, um agente propagador daquela específica doutrina que foi por ele eleita.

Entretanto, se todo Estado confessional fracassa no atendimento do requisito da neutralidade axiológica, nem todo ente estatal laico cumpre tal exigência, pois, como dito, para que se tenha um regime de plena consagração da liberdade religiosa, não basta ao Estado não professar, oficialmente, nenhuma doutrina, é preciso que ele, Estado, além disso, mantenha-se neutro, abstando-se de exercer qualquer influência no livre mercado de idéias religiosas e no dissenso interconfessional.

O requisito da neutralidade axiológica, portanto, apóia-se na absoluta necessidade de se preservar o voluntarismo em matéria de fé, pela imposição, ao ente estatal, de uma postura neutra, incapaz de exercer indevidas influências no livre mercado de idéias religiosas, no dissenso interconfessional e nas escolhas individuais.

Isso significa, portanto, que, num regime de separação, além de ser vedado ao Estado professar uma específica doutrina religiosa (tal como ocorre nos Estados confessionais), também lhe é obstado conferir tratamento diferenciado ou privilegiado a qualquer crença e enviar, por seus comportamentos, sinais aos seus cidadãos no sentido da preferência ou de uma identificação estatal com determinado pensamento religioso. Até porque, enfatize-se, qualquer comportamento do Estado capaz de transmitir aos indivíduos, mesmo que sutilmente, uma tal

mensagem de identificação e preferência por determinada religião traz, ainda, um outro recado, consistente, este sim, num juízo de demérito e de exclusão, no que concerne a todos aqueles cidadãos filiados às convicções religiosas preteridas⁴, que, geralmente, são aquelas crenças minoritárias.

A interferência do Estado, portanto, no mercado da fé desequilibra a livre disputa entre crenças⁵, interfere na formação das convicções individuais e, ainda, tem a potencialidade lesiva de transmitir aos demais membros da sociedade (não-adeptos do pensamento religioso que mereceu a chancela estatal) um estigma de inferioridade e também de exclusão, que, além de incompatível com o valor da igual dignidade de que são titulares todos os cidadãos, mostra-se capaz de se tornar, ele próprio, um ilegítimo fator de conversão em favor da religião prestigiada pelo ente estatal.

Vê-se, pois, que a exigência de uma postura de neutralidade axiológica em matéria religiosa funda-se na necessidade de se preservarem a livre formação das consciências religiosas e a liberdade material de escolha dos indivíduos, a exigirem, portanto, que o Estado não interfira no mercado de idéias religiosas e não se utilize de sua carga simbólica e de sua força institucional para conformar as opções pessoais em tema de fé⁶. Daí que a liberdade religiosa impõe um livre mercado de idéias religiosas⁷ (que só

⁴ “O Estado crê e confessa, considerando umas determinadas crenças como as únicas verdadeiras. Não só valora negativamente a falta de crença como também qualquer outra crença que não seja a do Estado: *cuius regio eius religio*”. (LLAMAZARES FERNANDEZ, 1995, p. 54).

⁵ Sobre o assunto, conferir: PFEFFER, Leo. *Creeeds in competition*. New York: Harper & Brothers, 1958.

⁶ Nos dizeres de Jónatas Machado (1992, p. 176), “... competindo as confissões religiosas no mercado das idéias como alternativas entre si, a sua igual liberdade é, a um tempo, uma consequência necessária e uma condição indispensável da e para a liberdade religiosa individual”.

⁷ A expressão livre mercado de idéias religiosas é atribuída, por Jónatas Machado (1996, p. 349), a Oliver

será realmente livre se estiver a salvo de possíveis desequilíbrios ocasionados pela interferência estatal), a preservar uma das principais características do fenômeno religioso: o voluntarismo⁸.

O requisito da neutralidade axiológica, pois, vai além das exigências ditadas pela mera não-confessionalidade, impondo, em acréscimo, a proibição de que o ente estatal exerça qualquer influência no livre mercado de idéias religiosas e conforme, por meio de sua chancela, as opções religiosas (ou irreligiosas) de seus cidadãos, o que prestigia não só o aspecto voluntário que é próprio das adesões religiosas, mas, também, a igual dignidade de que são titulares todas as convicções (independentemente se minoritárias ou majoritárias).

Irretocáveis, sob tal aspecto, as palavras de Donald Giannella (1968, p. 517), que, ao enfatizar a relação existente entre volunta-

rismo religioso e a cláusula da separação, assim se manifestou:

“A idéia de voluntarismo religioso é naturalmente um aspecto importante da liberdade de consciência garantida pela cláusula do livre exercício religioso. Mas uma interpretação mais ampla da cláusula da separação também confere expressão à dimensão social desse valor, restringindo o uso do poder político na conformação das forças ideológicas e sociológicas que conferem forma social à religião. O crescimento e o avanço de uma crença religiosa devem derivar do apoio voluntário de seus membros. O voluntarismo em matéria religiosa, portanto, adapta-se àquela parte duradoura da crença americana que assume que tanto a religião como a sociedade será fortalecida se as aspirações espirituais e ideológicas buscarem reconhecimento social com apoio em seus méritos intrínsecos. A independência institucional das Igrejas é concebida como uma garantia da pureza e do vigor de seus papéis na sociedade, e a livre competição de crenças e idéias busca garantir a excelência e a vitalidade das Igrejas, em benefício de toda a sociedade. As conquistas práticas do voluntarismo religioso em nossa sociedade pluralista exigem um substancial isolamento do processo político em relação às pressões religiosas e aos dissensos interconfessionais. O tipo de dissenso religioso causado pelo envolvimento de religião e política foi, em grande parte, o mal histórico contra o qual a cláusula da separação foi editada como representando um ‘artigo de paz’” (sem grifos no original).

Para além da exigência da neutralidade axiológica, que busca assegurar o voluntarismo em matéria de fé, a cláusula-garantia da separação supõe, ainda, a presença de um outro parâmetro comportamental, sem o qual não haverá que se falar na existên-

Holmes, que se baseou, para cunhar tais dizeres, nos ensinamentos de Stuart Mills.

⁸ Em outro trabalho, Jónatas Machado faz uso da expressão “mercado da concorrência espiritual”. Nele, apesar de questionar a utilização de termos econômicos em tema de liberdade religiosa (temendo, com tal utilização, uma “banalização do fenômeno religioso pelos diversos operadores jurídicos, levando-os a pretender regulá-lo como se o mesmo dissesse respeito à produção e à comercialização de um bem ou de um serviço”), o autor afirma que “o que caracteriza o fenômeno religioso, em toda a sua riqueza e complexidade, é o estado de concorrência espiritual que se verifica entre os diversos movimentos, independentemente da sua dimensão. Cada um deles autocompreende-se, geralmente, como possuindo a experiência religiosa mais autêntica, pura e completa, procurando apresentar-se como tal aos olhos da comunidade. Esta depara-se, desde logo, com o facto social da pluralidade religiosa, ou seja, com uma competição entre confissões religiosas tipicamente *marked based*, que naturalmente requer o estabelecimento de um mercado livre das idéias (*free marketplace of ideas*). Sobre a aplicação de teorias econômicas ao estudo do fenômeno religioso, conferir: POSNER, Richard; MCCONNELL, Michael. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, 1989.

A analogia do mercado permite iluminar alguns aspectos da relação das confissões com o Estado, evidenciando, desde logo, que por detrás desta jaz o problema fundamental da relação das confissões religiosas umas com as outras”. (MACHADO, 1996, p. 201-203)

cia de uma real separação entre Estado e Igreja: o da não-ingerência, a tutelar, de seu turno, a autenticidade do fenômeno religioso, preservando-se, com isso, aquilo que foi felizmente definido por James Wood Jr. (1989, p. 204) como o “inviolável direito da religião de ser verdadeira para si mesma”.

Cumprir registrar, neste ponto, que a não-ingerência estatal, a configurar elemento integrante do conceito de separação, deve se projetar em relação a dois aspectos da vida das Igrejas, quais sejam, o aspecto institucional ou organizacional e o aspecto dogmático, atinente ao conteúdo mesmo das doutrinas de fé.

Daí por que o requisito da não-ingerência abrange tanto a não-ingerência institucional, de sorte a tutelar o direito fundamental à auto-organização religiosa, como a não-ingerência dogmática, a proteger a própria autenticidade dos conteúdos das doutrinas de fé. Ambas as matérias (organização institucional e doutrina de fé), portanto, e em razão da cláusula da separação (e do indispensável requisito da não-ingerência), traduzem-se, em relação ao Estado, em matérias *interna corporis*, ou seja, em matérias transferidas ao âmbito reservado das próprias Igrejas, infensas, em regra, por isso mesmo, a qualquer atuação interventiva ou conformadora por parte dos poderes públicos. Ambos os assuntos, ainda (organização interna e doutrina religiosa), consubstanciam verdadeiras “questões religiosas” (*religious question doctrine*), insuscetíveis, desse modo, de serem alteradas, conformadas ou mesmo avaliadas (em termos de juízo de valor) pelos poderes públicos (incluindo-se, nesse conceito, até mesmo o Poder Judiciário, que também não terá competência para proceder a qualquer julgamento cujo resultado dependa de uma análise, de uma valoração, das matérias inseridas nas questões religiosas). (MACHADO, 1996, p. 229).

A não-ingerência dogmática, portanto, traduz-se num impedimento a que o Esta-

do interfira, avalie, emita juízos de valor, chancele, censure ou conforme qualquer doutrina espiritual pregada por organizações religiosas. Parte-se, pois, da premissa da total incompetência estatal em matéria de verdades religiosas, as quais não podem ser medidas, avaliadas, referendadas, rechaçadas ou alteradas por qualquer autoridade pública.

Não é o Estado um fiscalizador da correta aplicação de leis divinas. Não é ele um intérprete ou um instrumento de positivação de mandamentos sagrados. Não pode o Estado se interpor entre os indivíduos e a sua fé. Nem incentivar ou referendar algumas doutrinas e desestimular outras, pois, para tanto, seria preciso emitir um juízo de valor ou de preferência a que o ente estatal, precisamente porque incompetente em matéria de fé, não se revela apto a formular. Não pode o Estado se apropriar, ainda, para justificar suas condutas, do discurso religioso, pois tal comportamento, além de transmitir uma idéia de identificação (violando a neutralidade-axiológica e desequilibrando o mercado de idéias) e de implicar um juízo de preferência (que o Estado é incompetente para emitir, nos termos da não-ingerência doutrinária), poderia posicionar, ilegitimamente, as autoridades públicas, como verdadeiros intermediários entre as mensagens sagradas e seus reais destinatários (os indivíduos).

Daí as corretíssimas observações de Jônatas Machado (1994, p. 55-56), no seguinte sentido:

“... aos órgãos estaduais está vedada qualquer autocompreensão vinculada a uma mundividência fechada, de natureza religiosa, filosófica ou ideológica, oficial. Assim, eles não podem, de forma alguma, querer converter incrédulos ou abalar a fé dos crentes. Do mesmo modo, não lhes pertence fazer proselitismo religioso nem propaganda anti-religiosa. O Estado não pretende ser um protagonista escatológico de uma qualquer ‘história da

salvação'. Ele não pretende resolver o problema da verdade, não dispondo, além do mais, de qualquer critério externo ou de uma 'rule of recognition' que lhe permita saber em concreto, se está perante uma verdade transcendente ou apenas *perante um religioso suficientemente poderoso para alimentar a ambição de controlar e instrumentalizar o processo político-legislativo e impor, desse forma, as suas concepções a todos os cidadãos e grupos*. É a esta luz que devem ser entendidas as normas constitucionais consagradoras da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado" (sem grifos no original).

Deve, portanto, o Estado, por imperativos impostos pela não-ingerência dogmática, abster-se de qualquer comportamento valorativo que esteja relacionado às premissas de fé, às doutrinas religiosas difundidas pelas Igrejas, deixando, à livre avaliação dos indivíduos, a validade ou não das verdades professadas. A partir daí, o crescimento e a prosperidade de cada entidade religiosa será uma decorrência da postura que adota em relação a seus fiéis e do valor intrínseco de suas crenças, e não, ao contrário disso, de uma atuação conformadora ou chanceladora do Estado, ou de um juízo de valor (positivo ou negativo) emitido pelos poderes públicos.

É também por esse motivo, e na linha do requisito inerente à não-ingerência institucional, que os assuntos "internos" das Igrejas, tais como ritos, liturgias, critérios de admissão de fiéis, normas hierárquicas, sanções disciplinares, requisitos de ascensão na carreira eclesiástica, organização dos templos, critérios de recolhimento e de administração de contribuições financeiras, formas estabelecidas para a melhor difusão da fé e sanções eclesiásticas, devem permanecer, em regra, em esfera reservada à própria Igreja, infensos, portanto, a indevidas ingerências ou avaliações por

parte dos poderes públicos⁹. Porque a organização interna da Igreja (com suas regras permissivas ou proibitivas) nada mais é do que um reflexo da própria doutrina religiosa por ela professada, não competindo ao Estado interferir ou julgar assuntos que dizem respeito apenas à religião e à fé, eis que não incumbe a ele, Estado, velar pela correta aplicação do direito canônico.

Em verdade, esse requisito inerente à cláusula-garantia da separação (o da não-ingerência institucional e dogmática) culmina por tutelar uma das dimensões em que se projeta o princípio maior da liberdade religiosa (ao lado das dimensões individual e coletiva), qual seja, a da liberdade institucional das organizações religiosas.

A liberdade institucional das entidades religiosas representa a positivação de um típico direito fundamental de índole essencialmente negativa¹⁰, a estabelecer um núcleo de matérias (sejam elas ligadas à

⁹ É de se mencionar, a respeito da autonomia institucional desfrutada pelas Igrejas, que dispõem de um amplo espaço de autodeterminação, o histórico voto proferido, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Hahnemann Guimarães, no MS 1.114 (Rel. Min. Lafayette de Andrada). Em tal caso – que conta, ainda, com parecer pela manutenção do ato presidencial, da lavra de Haroldo Valladão, então Consultor-Geral da República –, pretendia-se a reabertura dos templos da Igreja Católica Apostólica Brasileira, fechados em razão de decreto presidencial que acolheu requerimento do Arcebispo do Rio de Janeiro. Esta última autoridade eclesiástica, ao encaminhar à Presidência da República seu pedido de fechamento religioso, afirmava que a Igreja Brasileira violara o direito de culto da Igreja Católica Apostólica Romana, por utilizar, a primeira, as mesmas insígnias, vestes e ritos utilizados por esta última. Muito embora a ordem tenha sido denegada, o respectivo acórdão conta com voto vencido histórico do Ministro Hahnemann Guimarães, dedicado à liberdade religiosa e à liberdade interna das Igrejas. A respeito desse voto, assim se posicionou Pontes de Miranda (1971, p. 118): "Ainda há consciências livres e brasileiras, no país, para aplaudirem o voto, estritamente jurídico, do ilustre Ministro".

¹⁰ Observe-se, por oportuno, que mesmo os direitos de índole essencialmente negativa possuem, por igual, uma dimensão positiva ou prestacional, voltada ao dever de proteção e de fornecimento dos meios necessários ao efetivo exercício (em termos materiais)

organização interna das entidades religiosas, sejam elas relacionadas aos próprios dogmas de fé por elas pregados) que foi subtraído do poder de conformação, intervenção ou análise valorativa por parte dos poderes públicos, sob pena de, em assim não sendo, restar comprometida a própria autenticidade do fenômeno religioso, que, em vez de se qualificar como uma projeção das respectivas doutrinas, configurará simples resultado de ingerências, adequações e padronizações externas.

Percebe-se, pois, a importância dessa exigência inerente à cláusula da separação, em tema de maximização do princípio da liberdade religiosa, pois, sem Igrejas livres de ingerências externas, não haverá que se falar, presente o desvirtuamento das doutrinas pregadas, em fiéis igualmente livres.

Frise-se, por relevante, que a noção mesma de não-ingerência institucional e dogmática (inerente ao conceito de separação) volta-se, de um lado, contra o Estado, que, por muitos séculos, fez uso das Igrejas como instrumento de justificação e legitimação de suas políticas, nelas interferindo de forma a moldar-lhes, casuisticamente, o respectivo conteúdo. Registre-se, entretanto, que esta exigência derivada do regime de separação opõe-se, por igual, contra as próprias Igrejas, que, a partir de um conveniente imbricamento organizacional, valiam-se dos instrumentos estatais para divulgar suas doutrinas, fazê-las prevalecer no corpo social, converter pela força e para esmagar dissidentes.

E é tendo em conta exatamente a necessidade de se conferir, contra os poderes públicos, uma especial proteção à esfera de autodeterminação consagrada em favor das entidades religiosas, e de igualmente se conferir, já agora em favor do poder público, um manto protetor contra a ilegítima apropriação e instrumentalização de suas estruturas funcionais por movimentos religiosos, que a cláusula da separação

Estado-Igreja impõe ao Estado a adoção de comportamentos estritamente fundados nos parâmetros da não-ingerência institucional e da não-ingerência dogmática. Somente assim, ou seja, somente quando presentes, além da necessária neutralidade axiológica, esses dois requisitos, é que se poderá falar num regime de separação a conferir ampla efetividade ao princípio da liberdade religiosa. E é somente num tal regime de separação que se poderá concretizar o cenário ideal em tema de fé, qual seja, aquele que em que se registram “Igrejas livres, num Estado livre, constituído por indivíduos igualmente livres”.

É por esse motivo que, muito embora os destinatários imediatos das normas consubstanciadoras do direito-garantia da separação Estado-Igreja sejam mesmo os indivíduos, titulares dos inalienáveis direitos derivados do princípio maior da liberdade religiosa, igualmente figuram como beneficiários desse regime as entidades religiosas, titulares de inquestionável autonomia em relação aos assuntos vinculados às respectivas organizações internas e doutrinas de fé, e o próprio Estado, cujo aparelho funcional fica protegido contra ilegítimas instrumentalizações, levadas a efeito por movimentos religiosos que pretendem se valer das estruturas burocráticas dos poderes públicos, para fins de imposição, a toda a sociedade, de suas respectivas e particulares doutrinas e municipalidades.

Daí a total propriedade de se afirmar que o manto protetivo inerente à cláusula da separação possui alcance trifronte, tutelando, a um só tempo, a liberdade dos cidadãos, a liberdade dos movimentos religiosos e a liberdade do próprio Estado.

2. A religião do Estado e a religião do povo num regime de separação

Ultrapassada a análise dos requisitos inerentes à cláusula da separação, uma afirmação pode ser prontamente feita por

do respectivo bem jurídico tutelado. Daí a parte final do inciso VI do art. 5º da CF.

qualquer estudioso: a de que é vedado ao Estado professar uma religião, ou seja, a de que, num regime de separação, não se pode cogitar de um Estado confessional. É claro que, como dito antes, a idéia de separação não se esgota na não-confessionalidade estatal, exigindo, para além disso, comportamentos pautados pela neutralidade axiológica e pela não-ingerência por parte dos poderes públicos.

Entretanto, essa exigência de não-confessionalidade e de neutralidade estatal é freqüentemente questionada por aqueles que entendem que, numa democracia, não pode ser vedado ao Estado a adoção de uma postura que, em atendimento às próprias demandas sociais, venha prestigiar os ensinamentos e a doutrina da religião (ou das religiões) majoritária (s), em detrimento das demais, minoritárias e menos convencionais, e também de ateus, agnósticos ou humanistas seculares.

O pensamento, portanto, é aquele fundado na regra da maioria, permitindo ao Estado, enquanto agente de promoção social, o atendimento às demandas majoritárias, inclusive em matéria de religião. Ao assim proceder, o Estado estaria dando concreção ao princípio da igualdade, pois estaria tratando desigualmente, na exata medida em que se desiguam, aquelas religiões que, em termos de número de fiéis e de organização institucional, distinguem-se das demais¹¹.

Segundo tal orientação, não poderia o Estado, em detrimento das próprias opções externadas pela maioria ou por grande parte de sua população, conferir tratamento idêntico a entidades religiosas que possuem importância social altamente diferenciada

¹¹ Perfila a tese de que a religião majoritária deve receber tratamento diferenciado Campoamor (1974, p. 23), para quem “nada hay em todo esto de privilegio: No es el Estado sino la sociedad quien decidirá que confesión habrá de beneficiarse más por disfrutar de mayor arraigo. Se trata, pues, de igualdad en las condiciones de desarrollo y no de igualdad forzada y artificial, del mismo modo cuando el Estado financia los gastos electorales de los partidos lo hace en base a los votos recibidos, respetando la indicación de la sociedad”.

entre si¹². Sendo certo, ainda, que, em regra, as religiões majoritárias são também as mais antigas e tradicionais, o que faz de suas doutrinas não apenas ensinamentos religiosos, mas, sobretudo, elementos integrantes da cultura e do próprio padrão de moralidade nacionais, merecedores, portanto, de um diferenciado tratamento “de referendo” por parte do Estado.

Contudo, não se pode deixar de consignar que todas essas razões, voltadas à justificação de um tratamento privilegiado a determinadas Igrejas e a suas doutrinas, em detrimento de todas as demais, violam flagrantemente a cláusula da separação (apoiada numa idéia de neutralidade axiológica e não de preferências) e ofendem os princípios da igual dignidade e da igual liberdade religiosa de que são titulares todos os indivíduos e todos os movimentos religiosos.

É que a admissão de tais diferenciações transmitiria um claro sinal de que, aos olhos do Estado, e também em razão das preferências majoritárias dos cidadãos, algumas doutrinas religiosas seriam mais importantes, mais adequadas ou mais verdadeiras que as outras, em clara exclusão e diminuição do valor intrínseco das demais entidades.

Além disso, a concessão de privilégios ou chancelas estatais a determinadas crenças, com apoio no respectivo número de fiéis, apenas eternizaria e acentuaria uma situação de desigualdade entre doutrinas, pois, ao tratar uma religião de modo especial, o Estado, interferindo no livre mercado das idéias religiosas e rompendo com sua necessária postura de neutralidade, transmitiria uma mensagem de identificação, que, por

¹² Para Themistocles Brandão Cavalcanti (1949, p. 93), “a verdadeira política deve se basear na mais ampla liberdade (...). É óbvio, entretanto, que esta política não exclue a inclinação por uma religião que seja realmente a expressão do sentimento de uma grande maioria. Constitue mesmo esta política, um bom sentido da liberdade e a expressão de uma orientação democrática que não pode ser desprezada, em uma coletividade bem organizada”.

sua vez, somente viria fortalecer ainda mais a superioridade de uma religião em relação às demais, dando origem a um círculo vicioso de desigualação. Ou seja, quanto maior fosse a Igreja, maior seria o prestígio estatal a ela conferido, o que a tornaria ainda maior, e exigiria, em seqüência, ainda mais privilégios; numa roda viva que pode culminar com o próprio extermínio dos grupos religiosos minoritários, com o conseqüente fim do pluralismo religioso e com a aniquilação da liberdade material de escolha religiosa (pois somente se pode livremente escolher num contexto de multiplicidade de opções). (MACHADO, 1996, p. 173).

Não custa mencionar que a consagração constitucional de direitos fundamentais desempenha uma função tipicamente contramajoritária, pois impede que determinados valores, dada sua centralidade mesma, sejam violados por interesses de maiorias muitas vezes eventuais. Além disso, aqueles que mais necessitam da previsão e da proteção de direitos são os grupos minoritários, que, por seu pequeno poder de influência na tomada de decisões públicas, acham-se em posição de nítida vulnerabilidade tanto em face do Estado como em relação aos demais grupos.

Em verdade, e como bem acentuado pelo Justice Ginsburg, da Suprema Corte Americana, “uma parte essencial da nossa Constituição (...) é a história da extensão de direitos e proteções constitucionais a pessoas até então ignoradas ou excluídas” (tradução livre)¹³.

Acresce que a proteção das minorias assume especial relevância em tema de religião, pois foram as reivindicações dos movimentos religiosos minoritários que culminaram com a consagração de cláusulas amplamente protetivas da igual liberdade religiosa de todos, como o é a

¹³ *United States v. Virginia et al.* (94-1941), 518 U.S. 515 (1996). No original: “A prime part of the history of our Constitution (...) is the story of the extension of constitutional rights and protections to people once ignored or excluded”.

cláusula da separação¹⁴. Daí a advertência de Jónatas Machado (1994, p. 54):

“O problema da fundamentalização e constitucionalização da liberdade religiosa faz-se precisamente em nome da proteção das confissões minoritárias contra a coligação teológico-política dominante alicerçada num entendimento teológico e exclusivista da liberdade eclesiástica. Na essência do constitucionalismo está precisamente uma certa desconfiança, tipicamente republicana, em relação quer às coligações teológico-políticas quer às formas de democracia pura, desconfiança que está na base do propósito de contrapor ao voluntarismo das maiorias, políticas e religiosas, uma estrutura institucional racionalizada de limitação do exercício do poder político a partir da garantia de um catálogo de direitos fundamentais (*Bill of Rights*) e de princípios como o da separação de poderes e o da separação das confissões religiosas do Estado (*Bill of Powers*). No constitucionalismo, a fundamentalidade dos direitos fundamentais consiste, em boa medida, em os mesmos serem considerados demasiado importantes para ficarem na disponibilidade das maiorias” (sem grifos no original).

Também assim para Leo Pfeffer (1980, p. 11), que, ao tratar a questão da necessária

¹⁴ Akhil Reed Omar (1998, p. 21), de seu turno, encontra um forte “majoritarianismo” subjacente às duas primeiras emendas à Constituição Norte-Americana. No seu entender, “the perspective furnished by the first two proposed amendments suggests that an even stronger kind of majoritarianism underlies our First Amendment. The body that is restrained is not a hostile majority of the people, but rather Congress; and the earlier two amendments remind us that congressional majorities may in fact have ‘aristocratic’ and self-interested views in opposition to views held by a majority of the people. Thus, although the First Amendment’s text is broad enough to protect the rights of unpopular minorities (like Jehovah’s Witnesses and Communists), the Amendment’s historical and structural core was to safeguard the rights of popular majorities (like the Republicans of the late 1790s) against a possibly unrepresentative and self-interested Congress”.

proteção a ser conferida pelo Estado aos movimentos religiosos “marginais”, e ao enfatizar que tais movimentos são precisamente aqueles em favor dos quais foram estabelecidos os direitos de liberdade, assim se expressou:

“O objetivo da cláusula da liberdade religiosa garantida pela Primeira Emenda é o de proteger crenças impopulares. Não é necessário uma Constituição para se assegurar segurança a (...) bem estabelecidas e reconhecidas religiões. O coração da Primeira Emenda seria mortalmente ferido se as religiões que hoje nós chamamos de cultos fossem excluídas da zona de proteção em razão de seu desprestígio aos olhos das autoridades governamentais ou da maioria da população Americana”.

Além disso (e essa realidade aplica-se sensivelmente ao Brasil), não se pode perder de perspectiva as advertências feitas por Jónatas Machado (1996, p. 229-230), no sentido de que muitas das religiões majoritárias garantiram sua hegemonia ao longo da história nacional às custas da própria supressão da liberdade religiosa individual e dos direitos das demais organizações religiosas, competindo ao Estado, nesse contexto, em vez de perpetuar as consequências derivadas de anos de nefasta dominação, trabalhar, com total neutralidade, para que as religiões possam igualmente disputar entre si, num contexto de ampla divulgação de idéias religiosas que apenas vem a favorecer e a ampliar a liberdade de escolha dos indivíduos.

Finalmente, não se pode confundir os conceitos de povo e de Estado. O povo nada mais é do que um dos elementos constitutivos do Estado (o elemento humano), com ele não se confundindo (DALLARI, 2005, p. 99-100). De modo que, mesmo que os cidadãos de determinado país filiem-se, em sua grande maioria, a uma específica religião, isso não autoriza que o Estado, enquanto entidade, venha também a adotar como

sua as doutrinas pregadas pela religião da maioria de seus cidadãos, em detrimento de todos os demais indivíduos, pois o fato é que foi precisamente a união entre Estado e grupos religiosos majoritários (com as conseqüentes perseguições e imposições unilaterais daí resultantes) o elemento subjacente às reivindicações pela consagração, em sede constitucional, da liberdade religiosa e da separação Estado-Igreja.

Como bem pontuado por Leo Pfeffer (1981, p. 223), a propósito do contexto norte-americano, “afirmar que os Estados Unidos são uma nação Judaico-Cristã é tão inconsistente com o espírito da Primeira Emenda como dizer que são uma nação Cristã. Roger Williams pontuava que ‘nenhum Estado ou nenhum país pode verdadeiramente ser chamado de cristão, muito embora os Cristãos vivam nele’. Da mesma maneira, nenhum Estado ou país comprometido com as cláusulas da Primeira Emenda pode ser denominado de Judaico-Cristão, muito embora cristãos e judeus nele se encontrem”¹⁵.

Além disso, a consagração, como religião oficial do Estado, daquela crença que é adotada pela maioria dos cidadãos, ou a transformação, em política estatal, dos mandamentos derivados de religião majoritária, culmina por afetar, de modo sensível, considerada a instauração do círculo vicioso de desigualação acima referido, não só a liberdade religiosa das religiões preteridas e de ateus, agnósticos e humanistas seculares. Comportamentos estatais nesse sentido atingiriam, também, a liberdade religiosa dos próprios adeptos da religião majoritária, que, em decorrência do apoio oficial e dos conseqüentes arrefecimento do

¹⁵ No original: “... to say that the United States is a Judeo-Christian nation is as inconsistent with the spirit of the First Amendment as to say it is a Christian nation. Roger Williams asserted that ‘no civil state or country can be truly called Christian, although the Christians be in it. Likewise, no civil state or country committed to the First Amendment can be called Judeo-Christian, although Christians and Jews be in it’.”

pluralismo religioso e enfraquecimento do mercado de idéias, terão menores condições de exercerem um juízo de avaliação e de comparação da doutrina que professam e de, inclusive, optarem, de modo livre e consciente, por eventual troca religiosa (reversibilidade das opções de fé). Ausente, pois, um contexto de multiplicidade de opções e de livre mercado de idéias, ausente estará, por igual, o direito material de todos, quanto ao exercício de uma livre escolha em matéria religiosa.

Nesse sentido, irretocáveis as palavras de Jónatas Machado (1994, p. 51), que, ao narrar a experiência histórica portuguesa de dominação e de hegemonia da Igreja Católica e ao afirmar que, num Estado de Igreja oficial, nem mesmo os adeptos da religião majoritária e estatalmente privilegiada desfrutam de liberdade religiosa material, assim se manifestou:

“Refira-se que mesmo a liberdade dos católicos, individualmente considerados, era significativamente cerceada. Em boa verdade, ela era praticamente inexistente, na medida em que, desde logo, dificilmente teriam acesso ao conhecimento de outras crenças religiosas. Mas, se mesmo assim ainda quisessem optar por uma delas, teriam que o fazer com enormes custos políticos, jurídicos e sociais, ou, então, passar, pura e simplesmente, para a clandestinidade e para o segredo. A liberdade pressupõe alternativas. As alternativas pressupõem tanto o conhecimento como a possibilidade de optar sem ser penalizado. Ora, num sistema de religião oficial, os católicos não tinham nenhuma destas coisas. Neste ‘jogo de soma zero’ representado pela construção teológica da liberdade religiosa, a única beneficiária era, verdadeira e objectivamente, a instituição Igreja Católica”.

Prosseguindo em seu pensamento, Jónatas Machado (Idem) afirma que o argumento acima referido – no sentido de que a

existência de uma religião majoritária em nada autoriza comportamentos especiais do Estado em relação a tal específica crença, sem que, com isso, restem comprometidos os direitos de liberdade religiosa de todos – justifica a conclusão de que, “mesmo numa situação hipotética de identidade entre cidadão e membro de uma confissão religiosa (v.g. idem *cives et christianus*), a oficialização desta e o seu tratamento privilegiado sempre seriam incompatíveis com o direito individual à liberdade religiosa”.

Por esse modo de ver as coisas, portanto, alegações fundadas no caráter majoritário de determinado pensamento religioso jamais se revelarão aptas a afastarem as imposições derivadas da cláusula da separação Estado-Igreja, pois o ente estatal, precisamente porque constitucionalmente vinculado ao dever de proteção e defesa dos direitos fundamentais de todos, jamais poderá apresentar padrões de conduta que, em tema de opções religiosas, enviem aos indivíduos a subalterna mensagem de que, sob a perspectiva do poder público, existem cidadãos de primeira classe (que têm o privilégio de ver suas crenças homenageadas e acolhidas pelos órgãos estatais) e cidadãos de classes inferiores (que precisam compulsoriamente acolher e cumprir determinações públicas que nada mais fazem do que conferir a chancela de “oficial” a pensamentos religiosos com os quais intimamente não se concorda).

3. Os grupos religiosos como verdadeiros grupos de interesse e sua legítima participação no processo político – a necessidade de proteção ao pluralismo

De tudo quanto visto, constata-se que o Estado, para que dê cumprimento aos mandamentos derivados da cláusula da separação e para que, em assim o fazendo, confira máxima efetividade ao princípio da liberdade religiosa, deve manter uma conduta, em relação às instituições religiosas, fundada nos parâmetros de neutralidade

axiológica e de não-ingerência institucional e dogmática, independentemente da existência, ou não, no corpo social, de um específico movimento religioso congregador da maioria dos cidadãos.

Entretanto, os rumos do Estado, suas prioridades, suas políticas públicas, o modo de alocação de seus recursos, são ditados – respeitadas as normas constitucionais – pelo grupo que, cumpridas as regras do jogo democrático, conseguiu ascender ao poder político, obtendo a chance de imprimir ao Estado uma política mais adequada às suas ideologias, visões de mundo, preferências e, até mesmo, impressões a respeito de qual rumo nacional atende de modo mais completo aos anseios da população. O requisito democrático da alternância de poder, portanto, faz com que diferentes grupos políticos e de interesses, fundados num consenso mínimo a respeito das regras do jogo democrático, possam se alternar na condução da vida política, a ela conferindo, em cada momento, diferentes ideologias e visões de mundo. (LEITÃO, 1987, p. 220 e ss).

Presente essa realidade, é de se questionar qual a possível participação das religiões no processo político. Ou, ao contrário disso, se essa participação seria indesejável, pois poderia colocar em risco a existência de um Estado axiologicamente neutro diante do fenômeno religioso, com grave risco ao regime de liberdades públicas.

Como se sabe, nenhum indivíduo e nenhuma entidade podem ser privados de seus direitos pelo só fato de professarem uma fé, pois não há que se falar em liberdade religiosa naqueles Estados em que a filiação a uma crença se traduz na automática restrição de direitos, em clara demonstração de hostilidade religiosa e em nítido descompasso com a neutralidade demandada por um regime de separação que se funde na maximização da liberdade.

Pois bem, presente essa consideração, já se conclui que não é legítima, num Estado plural e protetivo, qualquer norma que venha a proibir que fiéis ou autoridades ecle-

siásticas possam assumir cargos públicos, sejam eles de confiança ou não. Os critérios de ingresso na máquina pública devem ser fundados nos elementos da capacidade e da habilitação e não numa análise valorativa da crença professada ou do posto eclesiástico ocupado pelos indivíduos, pois, como visto, o Estado não dispõe de competência para tecer qualquer análise meritória sobre o valor de conteúdos de fé, também não podendo assumir uma postura de hostilidade em relação às religiões.

Da mesma maneira, tanto fiéis como autoridades eclesiásticas podem legitimamente se habilitar à ocupação de cargos eletivos¹⁶, desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei eleitoral e pela Constituição.

Em Portugal, por exemplo, o próprio texto constitucional trouxe regra impeditiva de que partidos políticos utilizem, em sua denominação, nomenclatura ou expressão religiosa¹⁷, estando interditados, de igual modo, de utilizarem, em seus emblemas, símbolos religiosos. Tal regra não foi adotada pela Constituição brasileira, sendo legítimos, portanto, aqui, a criação de partidos “cristãos”, partidos “muçulmanos”, partidos “judeus”, e assim por diante, pois a premissa adotada é a de que a filiação religiosa de pessoas e entidades, ou a ideologia predominantemente religiosa de partidos políticos, não deve ser escamoteada e não pode gerar qualquer restrição de direitos por parte do poder público.

Não se pode perder de perspectiva que os grupos religiosos, enquanto participantes de um mercado de idéias religiosas, no qual disputam entre si pela preferência dos fiéis e pela predominância de suas verdades, também precisam e devem ser enquadra-

¹⁶ Nesse sentido, ver: *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978).

¹⁷ Artigo 51, 3º: “Os partidos políticos não podem, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos”.

dos na noção de “grupos de interesse”. É dizer: os movimentos religiosos, enquanto detentores de uma específica mundividência que entendem verdadeira e que, por isso mesmo, desejam ver prevalecida na sociedade, também devem ser encarados como verdadeiros grupos de interesses, que desejam convencer a sociedade quanto às suas idéias e, também, influenciar o comportamento do Estado e das autoridades públicas, para que suas particularizadas crenças sejam respeitadas e materializadas através dos atos estatais¹⁸.

E essa atuação dos movimentos religiosos como verdadeiros grupos de interesse não pode ser encarada sob qualquer viés negativo ou restritivo, pois, numa sociedade plural, a variedade de idéias deve ser desejada e estimulada, sendo certo que as Igrejas, além de se posicionarem em relação a assuntos vinculados à fé, também possuem, como sabido, suas particulares convicções a respeito de assuntos políticos, sociais, econômicos, científicos, de saúde pública, desempenhando, portanto, um importante papel social¹⁹. Daí as corretíssimas observações do Justice William Rehnquist, no sentido de que os mandamentos derivados da cláusula da separação não impedem que se reconheça “o importante papel que

a religião ou que as organizações religiosas podem desempenhar na solução de determinados problemas de natureza secular” (tradução livre)²⁰.

A respeito dessa específica análise do fenômeno religioso, voltada à percepção, nas Igrejas, de verdadeiros grupos de interesse, que, como os demais, buscam fazer prevalecer suas convicções no corpo da sociedade e, também, nas ações governamentais, assim se posicionou Leo Pfeffer (1991, p. 99), em trabalho especialmente dedicado ao tema:

“Eu tenho sugerido que os grupos religiosos, de modo explícito ou não, buscam transformar suas particulares hierarquias e valores em imperativos categóricos para a comunidade como um todo, incluindo aqueles membros da comunidade que estão fora de suas respectivas esferas. Cada grupo religioso, conscientemente ou inconscientemente, procura modelar a cultura da comunidade de acordo com os seus próprios conceitos de bem comum. Tendo em vista que governo e lei são meios altamente potentes de transformar valores particulares em regras universais de conduta, cada grupo religioso em situação de concorrência buscará obter junto ao governo o reconhecimento de que seus particulares valores são os melhores”²¹ (sem grifos no original).

¹⁸ Para John Francis (1992, p. 803-804): “Today few western European politicians are likely to see churches as representing such inclusive ideological movements. Rather, they are more likely to see them as interest group who also possess moral issue agendas but also who compete for resources and regulatory sympathy”. “... churches and synagogues of the widest variety have freely operated as political pressure groups, even directly in the body politic, without legal discrimination or restraint. Recognition of the role played by organized religion in the body politic is, therefore, essential to understanding America’s political as well as religious history”. (WOOD JR., 1993, p. 146).

¹⁹ James Wood Jr. (1968, p. 258) menciona, a esse respeito, que uma das providências adotadas por regimes totalitários é exatamente a de circunscrever as Igrejas a matérias unicamente espirituais, evitando que elas contribuam em eventual formação de dissenso a respeito de assuntos políticos. Tem-se, portanto, um efetivo controle sobre o papel a ser desempenhado pelas religiões.

²⁰ Manifestação proferida no julgamento do caso BOWEN v. KENDRICK, 483 U.S. 1304 (1987), em que se reconheceu a constitucionalidade do *Adolescent Family Act* (AFLA), que autorizava o repasse de verbas federais a organizações públicas e privadas (aí incluídas as de índole confessional), voltadas ao combate da gravidez na adolescência e ao aborto.

²¹ No original: “Each religious group, consciously or unconsciously, attempts to shape the culture of the community according to its own concept of the good life. Since government and law are a highly potent and effective means of translating particular values into universal rules of conduct, each competing religious group will seek to prevail upon the government to accept its particular values as the best”. Sobre a importância adquirida pela religião na solução de problemas seculares enfrentados pelo Estado, ver: WOOD JR., James E. Religion, the state, and sexual morality. *Journal of Church and State*, 1988.

O fato, portanto, é o de que as Igrejas são portadoras e veiculadoras de específicas idéias que desejam ver acolhidas não só pela sociedade, mas também pelo Estado. Daí por que as organizações religiosas devem ser encaradas como verdadeiros grupos de interesse, que disputam entre si a influência no comportamento estatal a partir de suas convicções religiosas.

Tal circunstância, por si só, e em princípio, não se revela apta a ameaçar a cláusula da separação entre Estado e Igreja, pois, assim como ocorre com grupos propagadores de determinadas convicções sociais, filosóficas e políticas, é da natureza mesma das entidades veiculadoras de específicos pensamentos, aí incluído o pensamento religioso, além de inerente e necessária ao pluralismo e à democracia, a tendência de se buscar uma máxima influência à conduta estatal, com o prevalectimento de convicções particulares em detrimento das demais.

Vedar, pois, aos movimentos religiosos o direito de participação no espaço público de troca de idéias, o direito de pregação de suas crenças e doutrinas, o direito de tentar ver prevalectente, no corpo social, suas específicas mundividências significaria atribuir à cláusula da separação uma noção conceitual que, ao apoiar-se em nítida hostilidade religiosa, culminaria por indevidamente se afastar de qualquer parâmetro que seja fundado na idéia de neutralidade axiológica.

É dizer: não há – nem pode haver – nada na cláusula da separação Estado-Igreja que se traduza num juízo de valor negativo a respeito do importante papel desempenhado pelas religiões na sociedade, do próprio conteúdo de suas doutrinas de fé, e da participação dos grupos religiosos nos processos de tomada de decisões políticas. O que há, isso sim, é um juízo de valor negativo, emitido especificamente quanto a alguns particularizados modos de relacionamento entre Estado e Igreja que, no decorrer da história, revelaram-se verdadeiros instru-

mentos de perseguição, de guerras e de lesão aos direitos individuais²².

Cumprir repetir, por relevante, que a noção de voluntarismo religioso (ou seja, de liberdade material de escolha em relação a qualquer convicção religiosa ou anti-religiosa) pressupõe, como visto, que o Estado, fundado numa postura axiologicamente neutra, não interfira, por meio de suas condutas (sempre revestidas de especial simbolismo e força coercitiva), na livre troca de idéias religiosas, pelo que qualquer comportamento estatal apto a exercer indevida influência nas opções individuais e, como consequência, apto a enfraquecer o aspecto voluntário das adesões em tema de religião implicará em ofensa direta à cláusula da separação e, como efeito consequencial, ao princípio maior da liberdade religiosa.

Se é assim, ao mesmo tempo em que é vedado ao Estado professar determinada religião (como ocorre nos Estados confessionais) ou emitir sinais aptos a serem interpretados como mensagens de preferência por específica crença, também lhe é proibido, por igual, assumir uma postura de hostilidade religiosa e, por isso mesmo, de aberta difusão de uma crença atéia, agnóstica, ou simplesmente anti-religiosa. Pois, se ao Estado impõe-se uma postura de neutralidade e de não-interferência em matéria de religião, então não se pode admitir seja ele utilizado como instrumento de pregação de qualquer postura individual em relação à fé (seja ela de aderência a uma específica religião, seja ela de rejeição a todas as crenças), sob pena de violação, por igual modo, da cláusula da separação.

É por tal motivo que se mostra revestida da maior pertinência a expressão utilizada por Jorge Miranda, que, ao descrever as hi-

²² Para Jónatas Machado (1996, p. 231), “a neutralidade confessional do Estado não pretende, de forma alguma, hostilizar o fenômeno religioso em geral ou uma confissão religiosa em particular. Ela pretende apenas afastar a coerção e a discriminação do âmbito religioso, fazendo valer, também nesse domínio, o seu programa de liberdade e igualdade jurídica de todos os cidadãos e formações sociais”.

póteses de Estado hostil à religião, a eles se refere como Estados de “confessionalidade negativa”, a evidenciar, portanto, que o Estado ateu nada mais é do que uma espécie de Estado confessional, que adotou uma específica posição em tema de fé e que dela se tornou um instrumento de propagação. Miranda Campoamor (1974, p. 13), de seu turno, segue pensamento semelhante, ao afirmar que “o ateísmo seria a Igreja oficial dos países comunistas”²³.

O fato, portanto, é o de que a cláusula da separação Estado-Igreja jamais pode ser interpretada em qualquer sentido que a faça coincidir com a noção mesma de hostilidade religiosa. Num Estado que seja democrático e plural, grupos religiosos, assim como os demais grupos veiculadores de determinados posicionamentos filosóficos, morais ou políticos, devem ter assegurado não só o seu lugar no espaço público de discussões e debates, mas também o seu direito de tentar fazer prevalecer, no corpo social, suas específicas mundividências.

Esse também é o pensamento de Habermas (2004, p. 145-146), que, após advertir que “o Estado liberal (...) desperta nos fiéis a suspeita de que a secularização ocidental poderia ser uma via de mão única, que deixaria a religião à margem”, enfatiza o que se segue, *verbis*:

“A política liberal não tem o direito de externar o conflito permanente ligado à autocompreensão secular da sociedade, nem fazer com que ele só se realize na mente dos fiéis. O senso comum, democraticamente esclarecido, não é um conceito singular, mas descreve a constituição mental de uma esfera pública, composta por uma pluralidade de vozes. Em tais questões, as maiorias seculares não devem tirar conclusões antes de ouvir atentamente a objeção dos oponentes, que se sentem lesados em suas convicções religiosas. Elas devem

considerar essa objeção como uma espécie de veto prorrogado, a fim de examinar o que podem aprender com ele. Considerando a origem religiosa de seus fundamentos morais, o Estado liberal deveria contar com a possibilidade de que, em vista dos desafios totalmente novos, ‘a cultura do entendimento humano comum’ (Hegel) não atinja o nível de articulação da história de sua própria gênese”.

4. A separação Estado-Igreja e os limites da influência exercida por grupos religiosos no comportamento estatal. A obrigatoriedade da utilização, pelo Estado, de uma razão pública

Vê-se, pois, que a participação de movimentos religiosos no espaço público não só é legítima, como, também, relevante numa sociedade que se pretenda inclusiva e pluralista.

Deve-se ponderar, contudo, que, muito embora seja desejável ao pluralismo a riqueza de pensamentos e as trocas e disputas travadas entre eles (o que apenas amplia o espaço de debates, contribuindo para o próprio exercício material da liberdade de escolha individual pelos cidadãos), a influência exercida pelos grupos religiosos sobre o Estado jamais pode chegar ao extremo de motivar comportamentos que violem as exigências inerentes à cláusula da separação (quais sejam, da neutralidade axiológica e da não-ingerência), pois, em tal ocorrendo, restará altamente comprometido o regime de liberdades, que é a própria condição de existência de uma sociedade plural.

Em verdade, se a (legítima e desejada) influência exercida por grupos religiosos sobre o comportamento estatal chegar ao inaceitável ponto de culminar com a consagração de políticas sectárias, discriminatórias, ou mesmo com a eleição, para fins de adoção e justificação de atos oficiais,

²³ No original: “El ateísmo sería la Iglesia oficial de los países comunistas”.

de uma específica doutrina espiritual, em detrimento de todas as demais existentes no corpo social, então ultrapassadas estarão as fronteiras de atuação das Igrejas que são impostas pela cláusula da separação. Em casos tais, portanto, não mais se poderá falar na legítima, desejada e constitucionalmente assegurada atuação de grupos de interesse de viés religioso, num contexto de concretização do pluralismo, mas, isso sim, na própria tentativa de subalterna instrumentalização do Estado, para fins de estabelecimento, por leis e atos de caráter impositivo, de um específico pensamento religioso, ético ou moral, cuja aceitação, ou não, deveria ter sido reservada à esfera íntima de cada cidadão, e não imposta por meio de atos gerais e cogentes, emanados das autoridades públicas.

É preciso, portanto, que todos estejamos atentos às advertências de Leo Pfeffer (1971, p. 99) (já utilizadas neste escrito), no sentido de que, “tendo em vista que governo e lei são meios altamente potentes de transformar valores particulares em regras universais de conduta, cada grupo religioso em situação de concorrência buscará obter junto ao governo o reconhecimento de que seus particulares valores são os melhores”.

Entretanto, não se deve jamais esquecer que não compete ao Estado, por efeito do regime de separação, exercer qualquer juízo eletivo a respeito das doutrinas religiosas em disputa, para, a partir dessa escolha, adotar políticas públicas de privilégios ou tomar decisões políticas que sejam fundadas em razões essencialmente confessionais.

Os limites de atuação das entidades religiosas enquanto grupos de interesse, portanto, encontram sua fonte normativa na própria cláusula da separação Estado-Igreja e nas exigências que dela derivam, o que implica dizer que os comportamentos estatais podem, sim, sofrer a legítima influência de grupos religiosos, desde que essa influência não resulte na adoção de políticas públicas que, ao traduzirem a elei-

ção de um específico pensamento religioso em detrimento dos demais, culminem por ofender os parâmetros da neutralidade axiológica e da não-ingerência institucional e dogmática, e por comprometer os direitos de igual liberdade religiosa titularizados por todos os cidadãos.

Cumprir acrescentar, ainda, que eventuais políticas públicas revestidas de substrato religioso (e derivadas da atuação positiva de grupos religiosos junto ao aparato estatal) não apenas violam a cláusula assecuratória da separação e ofendem os direitos de igual liberdade religiosa de todos os indivíduos, mas também colocam sob forte suspeita a própria legitimidade da atuação do Estado, que tem o poder-dever de fundamentar e motivar suas políticas públicas a partir da noção mesma de “razão pública” (tal como preconizado por Rawls), ou seja, em bases discursivas que se mostrem intersubjetivamente válidas, isto é, passíveis de serem aferidas e compreendidas, em termos igualitários, por todos os cidadãos, independentemente da crença professada.

Ou seja, não se pode perder de perspectiva que a compreensão e a aceitação dos pensamentos de cunho religioso estão essencialmente condicionadas pela fé, o que importa dizer que o conteúdo mesmo de crenças e doutrinas religiosas só se reveste de significação e sentido para aquelas específicas pessoas que são filiadas ao respectivo movimento, sendo de pouca ou nenhuma validade para os que propagam crença diversa e para aqueles que em nada crêem.

É por esse motivo que os fundamentos inerentes aos discursos e pensamentos religiosos, porque apoiados essencialmente na fé individual, não socorrem ao Estado, no que se refere ao dever de justificação e motivação de seus atos e políticas, pois essa particularizada exigência de fundamentação deve ser atendida em termos que sejam “intersubjetivamente válidos”, ou seja, aferíveis, compreensíveis e perti-

nentes não só àquela parcela de cidadãos seguidora de determinada crença, mas a todos os indivíduos.

Demais disso, as convicções religiosas (ou crenças) fazem parte, ao lado do amor, daquilo que se apreende pela intuição e não pela razão²⁴. Daí por que serem as divergências de fundo religioso aquelas de equacionamento mais delicado, pois ignoram todos os métodos que a lógica e a razão conhecem para explicar determinados fenômenos.

Em tema religioso, portanto, não há que se falar em convencimento pela lógica do argumento²⁵, o que abre perigosos flancos à utilização da força como fonte de compulsória conversão. Nos dizeres de Sampaio Dória, "... as religiões se distinguem das demais realidades opináveis em duas coisas.

²⁴ Neste sentido, as palavras de Sampaio Dória (1958, p. 722), *verbis*: "Nas coisas sobrenaturais, porém, nas doutro ou doutros mundos, o caminho para se vir a saber alguma coisa já não é a observação lógica. Esta seria, quando muito, um processo auxiliar. O caminho da verdade religiosa é a fé, é a tendência íntima, mais instintiva que consciente, para aderir à verdade de certas afirmações, independentemente, e, até, contra factos e provas. Crê-se, ainda, no incrível. *Credo ad absurdum*".

²⁵ Eis o que consta, no ponto, do pensamento de Sampaio Dória (1958, p. 716-717): "Dividem-se as coisas cognoscíveis em dois grupos: as passíveis de observação científica, e aquelas para a busca de cujo conhecimento não decidem os métodos lógicos. Tanto pode o homem opinar sobre as realidades sensíveis deste mundo, como sobre realidades sobrenaturais, cuja existência admita. As opiniões sobre aquelas podem ser demonstradas de modo que a todos persuada. As opiniões sobre estas, porém, embora atraentes, só logram adesão por aqueles que já sejam de índole mística (...). É o que se verifica principalmente em matéria religiosa (...). Haverá, realmente, esse poder sobrenatural? (...) São incógnitas até hoje indecifráveis no campo da ciência. Não obstante, fazem os homens sobre elas afirmações convictas, estruturam doutrinas, sistematizam filosofias e, ao impulso das convicções que os animem, oram, pregam, associam-se, devotam-se, e chegam até ao extremo das guerras, no empenho de propagar as opiniões que os inebriem. Os dois grupos de conhecimento são inconfundíveis: os científicos, cuja verdade, uma vez provada, todos aceitam; e os religiosos, cuja verdade, por mais calorosas que sejam as pregações, é constantemente negada por quem não tenha fé".

Primeira, os assuntos religiosos são matéria de fé. Segunda, os assuntos religiosos são planos inclinados a paixões, que desviam, a intolerâncias, que degradam"²⁶.

E é exatamente essa natureza do pensamento religioso (e sua necessária vinculação à fé individual para fins de compreensão e aceitação de seu conteúdo) que o torna absolutamente inservível para fins de eleição, justificação e motivação de políticas públicas, pois, repita-se, para aquela parcela dos cidadãos que não professa a crença subjacente ao ato estatal, este se acha despropositado, impertinente, esvaziado de conteúdo e despido de fundamentação.

Jónatas Machado (1996, p. 148-149), com propriedade, refere-se à exigência, aos poderes públicos, da utilização

"... de uma linguagem publicamente acessível e intersubjectivamente válida, isto é, suscetível de ser examinada e avaliada de acordo com as capacidades naturais do intelecto humano. Tal exigência decorre das idéias conjugadas de república das razões e de razão pública. Em face das mesmas, pode dizer-se que essa utilização constitui um dever cívico no contexto de uma comunidade política formada por cidadãos livres e iguais e conformada de acordo com princípios de justiça assentes em bases de razoabilidade e racionalidade. Do ponto de vista dos órgãos estaduais, *ela traduz-se no dever de adoptar um discurso legitimador e fundamentante do poder político e do seu exercício em termos confessionalmente neutros*. No fundo, trata-se de procurar, no domínio das questões políticas em que podem estar em causa a operação de diferenciações jurídicas ou o emprego de formas de coacção, justificar as opções a que se chegue, *não por via de argumentos deduzidos de premissas teológico-confessionais particulares ou referidos a um determinado*

²⁶ Idem, p. 721.

sistema simbólico, mas através de uma linguagem susceptível de ser aceita por todos como consistente com os seus direitos de igual liberdade. Isto, para não se desembocar no conflito sectário ou no exercício de uma pura dominação contrária à dignidade dos indivíduos” (sem grifos no original).

Vê-se, portanto, que a legítima participação de movimentos religiosos, na condição de verdadeiro grupo de interesse, no espaço público de discussão e de troca de idéias, jamais poderá desembocar na eleição, pelo Estado, de uma dada crença, para fins de adoção ou motivação de políticas públicas ou de atos oficiais. É que, além de não competir ao Estado, por força da cláusula da separação, emitir qualquer juízo de valor ou de preferência a respeito de dogmas de fé, também não lhe é dado utilizar, como fundamento de suas condutas, pensamentos religiosos que, por sua natureza mesma, carecem de significação e de sentido àquela parcela da população que, titular de igual dignidade e merecedora de igual respeito, é adepta de posicionamento diverso em matéria de religião²⁷.

Mencione-se, finalmente, que os limites impostos pela cláusula da separação à influência passível de ser exercida, por movimentos religiosos, nas condutas dos poderes públicos apenas protegem e garantem as finalidades buscadas pela consagração desse específico regime: a proteção da liberdade dos indivíduos, e, também, da liberdade interna das organizações religiosas e da liberdade do próprio Estado.

É que o patrocínio, pelo Estado, para fins de eleição ou justificação de políticas públicas, de uma específica crença religiosa, com a conseqüente apropriação de um dado discurso religioso, tem o efeito

²⁷ A esse respeito, Ronald Dworkin (1994, p. 6) enfatiza como os pensamentos defendidos pela Igreja têm-se colocado em rota de colisão com os de um outro grupo de interesses que desfruta de sensível poder na sociedade americana: aquele representado pelos movimentos femininos.

de gerar a emissão, aos cidadãos, de mensagens de potencial altamente lesivo ao regime de liberdades públicas: 1) a de que a religião se qualifica como um instrumento (um meio) do Estado, apta a legitimar seus comportamentos e suas políticas, em total transgressão à noção de separação das esferas espiritual e temporal e com possíveis e graves repercussões na própria autonomia interna das Igrejas; ou, ainda, 2) a mensagem, igualmente grave, de que o aparato burocrático do Estado foi instrumentalizado por organizações religiosas, havendo este se transformado não num ente responsável pela tutela intransigente dos direitos igualmente titularizados por todos os cidadãos, mas, isso sim, num agente de propagação e de unilateral imposição de um específico pensamento confessional, em total aniquilamento dos direitos de liberdade e em nítida afronta ao aspecto essencialmente voluntário que deve prevalecer em tema de adesão religiosa.

A separação Estado-Igreja e as denominadas questões mistas: aborto, células-tronco, métodos contraceptivos e casamento homossexual

Inobstante as premissas acima lançadas, cumpre asseverar que, em determinadas situações, e dada a própria natureza de algumas matérias (que podem envolver, simultaneamente, juízos científicos, juízos morais, juízos éticos ou juízos religiosos), não se revela tão nítida a linha de separação que, ordinariamente, deve colocar em campos distintos o discurso confessional e o discurso secular; os valores religiosos e os valores e prioridades do Estado.

Trata-se, portanto, daqueles particularizados casos nos quais se mostra particularmente delicado precisar se uma dada política pública ou se uma determinada conduta (mesmo que omissiva) imputada ao poder público acha-se ou não afetada em sua validade, considerada sua excessiva vinculação (ou não) a um específico dogma religioso. É o que ocorre com as chamadas “políticas mistas”, ou seja, com aquelas maté-

rias que possuem forte coloração religiosa, mas que se projetam, por igual, nas esferas pertinentes à saúde pública, ao biodireito, à igualdade de gênero e à livre orientação sexual individual²⁸.

E é exatamente esse forte imbricamento entre fator religioso e fatores outros, todos eles desvinculados de qualquer premissa de fé, o que caracteriza as chamadas *políticas mistas* e o que as torna objeto de acirrada polêmica e controvérsia tanto no seio da coletividade, como no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Pois o fato é que, como dito acima, em tema de religião, não há que se pretender o convencimento pela lógica do argumento, eis que o pensamento religioso se apreende pela intuição e pela fé, e não pela razão. E, tendo em vista que as chamadas *políticas mistas* caracterizam-se, principalmente, por essa sobreposição de esferas espiritual e temporal, sua adoção pode ser fervorosamente defendida por uns e igualmente rejeitada por outros, sem que cada um dos titulares de posicionamentos divergentes seja capaz de convencer o outro do acerto de sua premissa, pois, repise-se, a compreensão e a aceitação de premissas religiosas são condicionadas pela fé individual, e não pela razão.

Cumprе mencionar, por oportuno, que as discussões dessas matérias que, por sua natureza mesma, envolvem, a um só tempo, premissas de fé e premissas seculares, incluindo-se, portanto, naquilo que se pode denominar *políticas mistas*, têm colocado a temática religiosa em posição de inquestionável centralidade, no que concerne aos debates travados em torno das convicções de candidatos a determinados cargos eletivos e, também, em torno das crenças dos próprios indicados aos cargos mais elevados da magistratura.

²⁸ Para Habermas (2004, p. 146), “o limite entre as razões seculares e as religiosas é fluido. Por isso, o estabelecimento desse controverso limite deveria ser entendido como uma tarefa de cooperação, que exige que ambos os lados adotem também a perspectiva do outro”.

É dizer: tendo em vista a forte coloração religiosa que determinados temas podem assumir (tal como ocorre com as questões inerentes às pesquisas com células-tronco, às políticas de distribuição de contraceptivos, ao aborto e ao enquadramento jurídico a ser dado às relações homoafetivas), indagações a respeito das crenças de candidatos a cargos eletivos ou de juizes indicados aos postos mais elevados da magistratura nacional tornaram-se não só freqüentes, como também pertinentes e necessárias à perquirição do posicionamento pessoal de cada um desses indivíduos, no que concerne às matérias enquadradas na noção de *política mista*. Pois não se pode jamais desconsiderar que aqueles que possuem uma determinada crença religiosa terão todo o seu pensamento permeado pela própria verdade inerente à doutrina que professam, o que torna absolutamente impossível isolar os conteúdos integrantes de uma determinada manifestação e as origens das respectivas influências. O fato, portanto, como bem reconhece Dworkin (2006, p. 64), é que, para aquelas pessoas que crêem, “suas convicções religiosas são seus princípios políticos”.

Em interessante análise sobre a dimensão que as questões religiosas assumiram nas disputas subjacentes às eleições presidenciais norte-americanas de 1984, James Wood Jr (1984, p. 402 e ss), editor fundador do *Journal of Church and State*, esclarece que Ronald Reagan e seu vice, Bush, eram vistos como “*God’s instruments in rebuilding America*”. O papel das crenças religiosas no contexto da disputa política era tal que, pela primeira vez na história, dois livros atribuídos a um Presidente no efetivo exercício de seu cargo foram publicados no período eleitoral (*Abortion and the Conscience of the Nation* e *Ronald Reagan: In God I Trust*).

De se referir, no ponto, que, muito embora fortemente apoiado por grupos conservadores cristãos, a juíza indicada por Reagan à Suprema Corte Americana, Justice Sandra Day O’Connor, de posições

moderadas, foi um dos votos favoráveis à manutenção do reconhecimento da constitucionalidade do aborto, o que, para Robert Boston (2003, p. 20), teria irritado a direita religiosa norte-americana, cujo apoio foi determinante à vitória presidencial de Reagan.

A importância da discussão religiosa, derivada da influência determinante exercida pelas crenças nas chamadas *questões mistas*, também é abordada por Matthew Franck (2006, p. 452-453), no que se refere, especificamente, à composição dos juízes da Suprema Corte Americana e ao interesse que suas respectivas preferências religiosas têm suscitado na opinião pública e no meio político.

É que, como dito, temas como aborto, pesquisas com células-tronco, distribuição pública de métodos contraceptivos e relações homoafetivas são de tal modo permeados pelo pensamento religioso que perguntas, na sabatina pelo Poder Legislativo, a respeito de “quão cristão” ou “quão católico” é um indicado a uma vaga na mais alta Corte daquele país tornaram-se comuns, com o perigo de se restabelecerem, tal como advertido pelo autor, os atestados ideológicos, expressamente vedados pelo artigo VI da Constituição Americana²⁹ e incompatíveis, de qualquer sorte, com o conceito de liberdade individual de crença³⁰.

Ao analisar idêntico tema – perguntas sobre a respectiva crença religiosa, dirigidas aos indicados à Suprema Corte –, D’Army Bailey (2006, p. 446) chega à conclusão de que tais questionamentos são não apenas oportunos, como também necessários, pois “os juízes possuem crenças, essas crenças são relevantes em seus processos decisórios e, portanto, partilhar tais convicções

²⁹ Para o autor, esses problemas decorrem de uma autopolitização da Corte (que teria extrapolado de suas funções), a ameaçar a politização das crenças religiosas.

³⁰ No sentido da inconstitucionalidade de exigências de atestados ideológicos, conferir: MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 440.

religiosas não implica reconhecer qualquer ameaça à necessidade de que a justiça seja imparcial. Tais crenças, por isso mesmo, devem ser abertas a escrutínio” (tradução livre)³¹.

No que concerne especificamente à realidade política americana, o fato de muitas políticas laicas guardarem estreita vinculação com princípios de índole essencialmente religiosa tem levado os Estados Unidos, no entender de Dworkin (2006, p. 53), a vivenciarem um momento de acentuado uso político do “apelo e da retórica religiosas”, capaz de gerar um sectarismo e uma divisão que são nocivas à própria sociedade. E essas políticas axiologicamente vinculadas à religião – aqui denominadas *políticas mistas* – seriam, para o autor, aquelas referentes a aborto, pesquisas com células-tronco e casamento homossexual. (Idem, p. 54-55).

Ao buscar equacionar o problema relativo aos limites dentro dos quais pode o Estado se valer de determinado pensamento religioso, para fins de adoção, ou não, de específica política pública (especialmente quando se tratar de uma *política mista*, a versar assunto com necessária projeção na esfera do pensamento religioso), Dworkin adota o mesmo marco teórico aqui eleito: a cláusula da separação Estado-Igreja e todos os elementos conceituais que a integram.

Assim, para referido autor, a resposta a ser dada à pergunta sobre o papel a ser desempenhado pela religião em tema de adoção de políticas públicas (aí incluídas as *políticas mistas*) está a depender de um posicionamento prévio, necessariamente vinculado à abrangência e ao alcance que se pretende conferir à cláusula da separação Estado-Igreja.

Por esse modo de ver as coisas, o limite da influência do pensamento religioso em tema de políticas estatais será neces-

³¹ “the judges have beliefs, their beliefs are relevant to their decision-making, and sharing those beliefs will not threaten impartial justice. Those beliefs should be open to inquiry”.

sariamente condicionado por um juízo antecedente, sobre se o Estado deve ser laico e conviver com a religião de seus cidadãos, ou se o Estado deve ser religioso, admitindo a descrença de alguns de seus cidadãos (Ibidem, p. 56). A opção por um ou outro modelo, pois, vinculará o grau de permeabilidade estatal às verdades religiosas, *verbis*:

“Esses dois modelos refletem princípios de moralidade política que são contrários entre si, e, muito embora nós, em algum momento, sejamos forçados, por determinadas políticas práticas, a construir alguma solução de compromisso entre eles, qualquer argumento sério a respeito do lugar da religião no governo e na vida pública deverá, no limite, representar um debate a respeito desses dois ideais” (tradução livre).

Partindo, portanto (tal como ora defendido neste trabalho), da premissa de que a cláusula da separação Estado-Igreja, enquanto direito-garantia, deve ser compreendida de forma a conferir a mais ampla efetividade aos direitos fundamentais de liberdade religiosa, impondo, ao Estado, comportamentos que se pautem pelos parâmetros da neutralidade axiológica e da não-ingêrência (seja dogmática, seja institucional), de sorte a se preservar a voluntariedade e a autenticidade que são inerentes ao fenômeno religioso e a se assegurar que a liberdade de escolha religiosa pelos indivíduos seja exercida num ambiente de pluralidade, fundado na igual dignidade de crenças, a primeira opção (Estado laico que convive com as crenças individuais) é a única que se revela passível de escolha.

E essa opção por uma defesa intransigente do regime de separação Estado-Igreja traz como consequência inevitável a adoção de um posicionamento que rejeita, por incompatível com o princípio maior da liberdade religiosa, qualquer grau de permeabilidade estatal ao pensamento religioso que resulte na adoção de políticas

públicas que consagrem ou tornem impositiva uma específica verdade religiosa, em detrimento de todas as demais existentes no corpo social.

O pensamento religioso, portanto, por se apoiar, essencialmente, na idéia (excludente) de monopólio da verdade e por depender, para sua compreensão e aceitação, da fé individual, deve ser reservado à esfera íntima de cada cidadão, competindo unicamente ao Estado a função de neutra proteção e guarda de um ambiente religioso que seja fundado na pluralidade, na livre circulação de idéias (e no livre proselitismo), na igualdade material entre crenças e na igual dignidade de que são titulares todos os indivíduos e todos os movimentos religiosos.

E é por esse mesmo motivo que, em tema de *políticas mistas* – ou seja, daquelas matérias que envolvem, a um só tempo, políticas laicas estatais e pensamentos religiosos –, deve o Estado abster-se de qualquer medida que torne um específico comportamento compulsoriamente obrigatório ou peremptoriamente proibido, pois, para tanto, seria preciso exercer um juízo valorativo e eletivo em matéria religiosa a que o Estado, em função da cláusula da separação, não se acha autorizado a proceder.

Não se pode ignorar, no ponto, que a religião, dadas as suas particularidades, qualifica-se como uma realidade que, muito embora complexa, mostra-se inquestionavelmente incindível. Crença e culto, pensamento e conduta, fé e ação, portanto, nada mais são do que duas faces de um único e indivisível fenômeno: o fenômeno religioso (que alcança, por igual, a própria vida interna ou orgânica das entidades religiosas).

É por essa razão que se pode afirmar que o princípio maior da liberdade religiosa, em sua máxima efetividade, está a depender da simultânea consagração dos direitos de liberdade religiosa em três dimensões distintas: a individual (consubstanciadora

dos direitos de liberdade de crença); a coletiva (consustanciadora dos direitos de livre exercício dos cultos) e a institucional (a abranger a liberdade interna das Igrejas e a formar um núcleo de questões – *religious question doctrine* (MACHADO, 1996, p. 229) – que são infensas à intervenção dos poderes públicos).

O importante a ser destacado, no ponto, é que, para além da liberdade interna das Igrejas, somente se poderá cogitar de um regime amplamente protetivo e consagrador do princípio maior da liberdade religiosa se os indivíduos se acharem livres não apenas para escolher um específico pensamento religioso e para nele crer de modo íntimo (liberdade de crença), mas, por igual, se os indivíduos forem igualmente livres para exteriorizarem sua convicção pessoal em matéria religiosa e, sobretudo, para se comportarem, positivamente, de acordo com os ditames impostos pela fé.

Assim, “(se) o Estado, apesar de conceder aos cidadãos o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa” (MIRANDA, 2000, p. 409). Pois o fato é o de que, tendo em vista a natureza incindível do fenômeno religioso e a unidade que se estabelece entre pensamento-conduta, ou entre crença-ação, de nada adiantaria ter ampla liberdade para se crer se os mandamentos impostos por essa crença não pudessem ser amplamente seguidos.

Cumprir mencionar que, muito embora a liberdade de culto não possa ser qualificada – ao contrário do que ocorre com a liberdade de crença – como inviolável, qualquer restrição dirigida às mais diversas formas de exteriorização de crenças individuais ou aos comportamentos pessoais segundo tais convicções – presente a unidade incindível do fenômeno religioso – deverá ser justificada ou motivada por uma colisão de direitos igualmente fundamentais, a demandar uma harmonização prática, de sorte a torná-los compatíveis entre si, com

as menores restrições possíveis em um ou em cada um deles.

Qualquer banalização, portanto, da dicotomia pensamento-ação ou crença-conduta, capaz de ensejar uma “generosa protecção da primeira” e uma “desvalorização da segunda” (MACHADO, 1996, p. 222-223), culminará por enfraquecer a própria tutela da liberdade religiosa e por descaracterizar o conteúdo do fenômeno religioso.

Daí a orientação de Jónatas Machado (1996, p. 223), para quem “as convicções religiosas, como também as convicções de outra natureza, encerram, frequentemente, a assunção íntima e vital de um compromisso existencial e ético, com significativas repercussões comportamentais nos planos político, social, cultural, econômico, etc. Se assim é, tais convicções não podem ser artificialmente desligadas da acção humana em que se concretizam e manifestam, juntamente com a qual se subsumem a uma realidade incindível: o fenômeno religioso”.

Por esse modo de ver as coisas, a adoção de um determinado pensamento religioso traduz, necessariamente, uma tomada de posição individual que, ao transcender o aspecto eminentemente religioso inerente à opção realizada, representará verdadeira escolha por um específico modo de vida, por uma dada forma de equacionar questões existenciais, morais, éticas, políticas, sociais e culturais.

É dizer: o componente religioso, ao integrar os demais aspectos vinculados à formação da identidade individual, passará a conformar, influenciando-os, os posicionamentos e comportamentos pessoais não apenas em relação a assuntos vinculados à fé, mas, também, no que atine a uma outra infinidade de matérias a respeito das quais têm-se posicionado, de maneira ativa e na condição de verdadeiros grupos de interesse, as entidades religiosas. Entre essas outras matérias, destacam-se, pela importância e polêmica que envolvem, as

denominadas *questões mistas*, a compreenderem, especialmente, o aborto, a pesquisa com células-tronco, a distribuição de contraceptivos e o enquadramento jurídico a ser dado às relações homoafetivas.

E é por esse motivo que, em tema de *políticas mistas*, ou seja, de políticas vinculadas a matérias que atingem, de modo simultâneo e sensível, tanto a esfera secular como a esfera religiosa do pensamento, deve o Estado manter posturas de não-imposição, ou seja, posturas fundadas na ausência de taxativas proibições ou de peremptórias obrigações, em relação àqueles específicos comportamentos que, por se acharem intrinsecamente vinculados a determinadas doutrinas de fé, devem ser submetidos ao juízo pessoal de ponderação, avaliação e discricção por parte de cada um dos indivíduos, que têm o inalienável direito de serem quem são, de construírem seu próprio destino e de adotarem aquela específica forma de encarar o mundo (mundividência) que entendem adequada e pertinente à busca da felicidade³².

Daí a total aplicabilidade e pertinência, no ponto, do que afirmado pela Suprema Corte Americana, no sentido de que algumas específicas matérias “envolvem as mais íntimas e pessoais escolhas que um indivíduo pode fazer ao longo de sua vida; escolhas centrais à dignidade e à autonomia pessoais e centrais ao direito de liberdade (...). Insere-se no cerne da idéia de liberdade individual o direito de cada

³² A expressão “busca da felicidade” foi apropriadamente utilizada pelo Ministro José Celso de Mello Filho, que, em aparte (sessão plenária de 08/03/2008), e ao classificar como antológico o voto então proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, destacou a esperança que ele representava aos que sofrem de doenças gravíssimas e que encontram, nas pesquisas com células-tronco, uma possibilidade de cura. A expressão também é encontrada na ementa (*syllabus*) do julgamento proferido pela Suprema Corte Americana, no caso *Loving v. Virginia* 388 U.S 1 (1967), no qual se declarou a inconstitucionalidade de lei proibitiva de casamentos inter-raciais: “The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men”.

um elaborar o seu particular conceito de existência (...), do universo e dos mistérios da vida humana. As crenças e convicções em tais assuntos jamais poderiam definir os atributos da personalidade individual se viessem a ser formadas através da força coercitiva do Estado” (tradução livre e sem grifos no original)³³.

É dizer: o acentuado componente moral e religioso que caracteriza as discussões em torno do aborto, das pesquisas com células-tronco, da utilização de métodos contraceptivos e do enquadramento legal a ser conferido às relações homossexuais (matérias que consubstanciam o verdadeiro núcleo duro – *hard core* – das políticas mistas) impõe que o Estado, ao tratar de políticas públicas referentes a tais assuntos, assumira postura de total neutralidade e de absoluto respeito às opções individuais externadas por cada um dos cidadãos, a partir da respectiva crença ou mundividência.

É que, em assim não sendo, o Estado, ao impor específico comportamento ou ao proibir determinada conduta – e em se tratando de uma das temáticas que integram a essência das denominadas *políticas mistas* –, culminará por se substituir aos próprios indivíduos, na eleição de um dado modo de vida, de uma particularizada crença religiosa, ou na escolha de padrões comportamentais que, exatamente por suscitarem uma dúvida moral razoável, deveriam ter sua análise valorativa reservada à íntima esfera de livre apreciação e discricção de cada um dos cidadãos.

A neutralidade axiológica, imposta ao Estado pela cláusula da separação Estado – Igreja e igualmente demandada pelo princípio maior da liberdade religiosa, impede, portanto, que os poderes públicos tratem de forma desigualadora qualquer das crenças em competição, e, por isso mesmo, obsta a que um específico pensamento religioso receba a chancela estatal e se torne, ele próprio, fundamento e justificação de

³³ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (91-744), 505 U.S. 833 (1992).

determinada política pública que, por sua natureza mesma, afeta, de modo sensível, os demais posicionamentos individuais em matéria de fé existentes no corpo da sociedade (aí incluídas as posturas de questionamento ou de negação do valor intrínseco às religiões).

O Estado, pois, ao tomar posição em tema de *políticas mistas* para o fim de proibir determinadas condutas ou para o efeito de torná-las obrigatórias, culmina por também se posicionar a respeito das doutrinas religiosas que necessariamente informam tais comportamentos, escolhendo aquela cujo posicionamento será consagrado no ato estatal e que se situará, a partir daí, em posição de nítida superioridade em relação às demais doutrinas que não tiveram seu pensamento referendado pelo poder público. Tudo isso, é claro, com claro desequilíbrio do livre mercado de idéias religiosas, em frontal violação à cláusula da separação Estado-Igreja (e ao parâmetro de neutralidade axiológica por ela exigido) e com potencial comprometimento da liberdade material de escolha religiosa.

James Wood Jr. (1988, p. 438), ao criticar o julgamento proferido pela Suprema Corte Americana no caso *Bowen v. Kendrick*, no qual se reconheceu a constitucionalidade de lei federal que autorizava o repasse de verbas públicas federais para entidades públicas ou particulares (aí incluídas as confessionais), para o fim específico de combate ao aborto e à gravidez na adolescência, assim se manifestou, no que concerne especificamente à escolha religiosa que é inerente à opção por determinadas políticas, aqui consideradas como *mistas*:

“No caso do *Adolescent Family Life Act*, as organizações religiosas foram chamadas para aconselhar e ensinar de uma maneira que era compatível com seus dogmas religiosos. Tendo em vista que a essência mesma da religião é constituída por certos valores, incluídos aqueles relativos ao sexo, à castidade e ao aborto, as organizações

religiosas estão inevitavelmente comprometidas no ensinamento de seus *particulares* valores religiosos concernentes à moralidade sexual.

Nesse contexto, recursos federais serão concedidos apenas para aquelas organizações religiosas cujos valores coincidem com os da política governamental. O resultado disso é que recursos federais estão sendo transferidos para determinadas organizações religiosas, para que elas ensinem seus próprios valores religiosos em tema de moralidade sexual (...).

Tendo em vista que a legislação em causa foi explicitamente concebida na defesa da abstinência sexual e no desestímulo ao uso de contraceptivos e na oposição ao aborto, o ato normativo beneficia unicamente aqueles programas religiosos que são compatíveis com os objetivos morais da legislação. Duas questões se destacam nesse ponto: o uso de recursos públicos para o endosso de determinados valores religiosos *sectários*, e a inevitabilidade de uma divisão política na matéria” (tradução livre, destaques no original).

Nessa perspectiva, considerados os mandamentos derivados da cláusula da separação, e tendo em vista, também, que o grau de densificação do princípio maior da liberdade religiosa está a depender do fiel atendimento a todos os imperativos decorrentes desse específico modo de relacionamento entre movimentos religiosos e ente estatal, o que se espera das autoridades públicas nacionais (aí incluídas as autoridades judiciárias em geral, responsáveis pela análise da juridicidade dos atos estatais, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, enquanto guardião da Constituição Federal) é que reconheçam, em termos semelhantes ao que já explicitado pela Suprema Corte Americana, que suas respectivas obrigações repousam na definição e na proteção da liberdade de

todos, e não na imposição de códigos morais particulares e pessoais. Em verdade, não se pode jamais ignorar que a questão constitucional subjacente às denominadas *políticas mistas* refere-se à impossibilidade de o Estado solucionar, de modo definitivo e em substituição aos próprios indivíduos, matérias de forte cunho religioso, filosófico, moral ou ético³⁴.

Referências

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BAILEY, D'Army. The religious commitments of judicial nominees. *Notre Dame Journal of Law and Ethics & Public Policy*, v. 20, 2006.

BOSTON, Robert. *Why religious right is wrong about separation of church and State*. 2 ed. New York: Prometheus Books, 2003.

BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. O Conselho Nacional de Justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais: uma decisão que viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa. *Jus Navigandi*. ano 11, n. 1457. Teresina, 28 jun. 2007.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernández Miranda. Estado laico y libertad religiosa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 54, 1974.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. v. 3. Rio de Janeiro: 1949.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DÓRIA, Sampaio. *Direito constitucional*. 4 ed., v. 1, t.2. São Paulo: Max Limonad, 1958.

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

³⁴ Está na ementa do julgado proferido pela Suprema Corte Americana, na análise do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (91-744), 505 U.S. 833 (1992): "Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code. The underlying constitutional issue is whether the State can resolve these philosophic questions in such a definitive way...".

_____. *Is democracy possible here?* New Jersey: Princeton University Press, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCIS, John. The evolving regulatory structure of european church-State relationships. *Journal of Church and State*, n. 37, 1992.

FRANCK, Matthew. The unbearable unimportance of the catholic moment in Supreme Court history. *Notre Dame Journal of Law and Ethics & Public Policy*, v. 20, 2006.

GIANNELLA, Donald. Religious liberty, nonestablishment, and doctrinal development - Part 2. The nonestablishment principle. *Harvard Law Review*, v. 81, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LEITÃO, João Manuel Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987.

LLAMAZARES FERNANDEZ, Dionísio. Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (Confesiones religiosas) y no religiosos. *Revista de Estudios Políticos*, n. 88, abr./jun. 1995.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenômeno religioso. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 68, 1992.

_____. A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 72, 1996.

_____. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996.

_____. Tomemos a sério a separação das igrejas dos Estados. In: *Revista do Ministério Público*, 1994.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969)*. 2 ed., t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed., t.4. Coimbra: Coimbra, 2000.

OMAR, Akhil Reed. *The bill of Rights: creation and reconstruction*. Virginia: Yale University Press, 1998.

PFEFFER, Leo. *Creeeds in competition*. New York: Harper's Brothers, 1958.

_____. Equal protection of unpopular sects. *New York University Law & Sociology Review*, 1979-1980.

_____. The deity in american constitutional history. *Journal of Church and State*, 1981.

_____. What hath wrought to caesar: the church as a self-interest group. *Journal of Church and State*, 1971.

POSNER, Richard; MCCONNELL, Michael. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, 1989.

RAMBAUD, Thierry. Le principe de séparation des cultes et de l'état en droit public compare: analyse comparative des regimes français et allemande. Paris: L.G.D.J., 2004.

WOOD JR., James E. Separation vi-à-vis accommodation: a new Direction in american church-state relation? *Journal of Church and State*, 1989.

_____. The place of church-state studies in the university. *Journal of Church and State*, n. 131, p. 146, 1993.

_____. The problem of nationalism in church-state relationships. *Journal of Church and State*, p. 258, 1968.

_____. Religion and politics - 1984. *Journal of Church and State*, 1984, p. 402 e ss.

_____. Religion, the state, and sexual morality, *Journal of Church and State*, 1988, p. 438.

O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”

Observações acerca de um lugar comum do direito
constitucional

Paulo Sávio Peixoto Maia

Sumário

Introdução. 1. Modernidade e diferenciação funcional de sistemas na proposta de Niklas Luhmann. 2. A diferenciação funcional dos sistemas do direito e da política. 3. Constituição: fechamento operacional do direito e da política. 4. A positividade do direito moderno: a separação entre jurisdição e legislação. 5. Considerações finais: problematizando a assim chamada “dimensão política” da jurisdição constitucional.

Introdução

Existe uma concepção bem difundida no debate constitucional brasileiro – um lugar comum – que descreve o Supremo Tribunal Federal (STF) como um “tribunal político”. Uma afirmação que atualmente reveste colorações de verdade inabalável, ante a intensidade com que é repetida por alguns “doutrinadores”. Como se isso não fosse suficiente, o próprio STF, nesse caso, não se afasta da doutrina. Ao contrário, ele se descreve como um “tribunal político”, uma vez que a jurisdição constitucional possuiria uma “dimensão política” que seria fruto de uma revisão do “vetusto dogma da separação dos poderes”. Mas não tiramos isso da nossa cabeça: essas são palavras utilizadas em uma decisão não muito distante do STF, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45¹.

Paulo Sávio Peixoto Maia é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

¹ Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 (DF). Relator: Min. Celso de Mello. Decisão: 29/4/2004. Publicação: DJ nº 84 de 4/5/2004. Também publicada

Mas o que deveria ser uma decisão sem maiores repercussões – uma vez que a ADPF 45 não teve seu mérito julgado, por ter perdido seu objeto – acabou por revelar algumas *pretensões* do STF, em um curioso *obiter dictum*. Na decisão foi tecido um vasto texto em que se advoga a “legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas” (*litteris*, sempre segundo a decisão).

Nas palavras de seu eminente relator, a ADPF se mostra um “instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas”, o que decorre da “dimensão política da jurisdição constitucional”. E mesmo com a consciência de que “em princípio o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade”, parece – sempre nas palavras do relator – “cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes (...) visto que os Poderes Legislativo e Exe-

no Informativo nº 345 do STF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República.

A ADPF 45 foi proposta porque o Presidente da República vetara o § 2º do art. 55 da Lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Isso na prática fazia com que os gastos do Governo Federal com o Programa Fome Zero fossem contabilizados como uma verba pública para a saúde. O arguinte alegou que isso violara preceito fundamental (seja lá o que isso signifique) estabelecido pela Emenda Constitucional nº 29 (em seu art. 7º, II, “b”), que fixa a exigência de que o orçamento destine um percentual mínimo a ser gasto com a saúde. Assim, segundo o arguinte, uma vez que o Programa Fome Zero seria uma ação de assistência social, a sua inclusão no percentual orçamentário destinado à saúde consistiria em um artifício para o Executivo descumprir a aplicação da parcela mínima a ser aplicada na saúde.

Depois da ação constitucional já ter sido proposta, o Presidente da República enviou ao Congresso um novo projeto de lei para ser aprovado no lugar da Lei 10.707/03 e no qual constava o dispositivo vetado. Aprovado tal projeto, foi aprovada a Lei 10.777/03, que ab-rogou a Lei 10.707/03. Como não poderia deixar de ser, a ADPF foi considerada prejudicada – uma vez que o dispositivo anteriormente vetado se encontrava nessa segunda e definitiva versão da LDO, o que fazia a ADPF 45 perder o seu objeto.

cutivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”. Assim, seria necessária a atuação do STF em matéria de implementação de políticas públicas, pois o “caráter programático das regras inscritas no texto da Carta política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”.

Em suma, o STF está afirmando que é lícito a ele dizer o que é *saúde*, que isso não é uma matéria a ser definida exclusivamente por deliberação em um Poder Legislativo democraticamente eleito. Isso por si só já mostra as pretensões do STF de atuar como uma espécie de “superego da sociedade” (MAUS, 2000), mas a ADPF 45 nos indica outro ponto igualmente grave. De forma inequívoca, a ADPF 45 traz esculpida a concepção de que o STF seria um “tribunal político”, o que, por sua vez, denota uma desconsideração da diferença entre direito e política².

O que intentamos neste trabalho é problematizar esse senso comum, essa desconsideração da diferença entre direito e política, que coloca o STF na posição de um “legislador concorrente”. O que nos causa perplexidade, assim, é a difusão de um entendimento teórico que fundamenta a atuação “política” do órgão de cúpula do Poder Judiciário. As reflexões que se seguem partem do pressuposto de que política e direito se diferenciam, *que os tribunais não têm função política*. Para levar a cabo essa proposta, utilizaremos a teoria da diferenciação da sociedade de Niklas Luhmann para vislumbrar os estreitos limites que são próprios à tese de nivelar a diferença entre o direito e a política.

Para isso propomos um roteiro. Veremos (i) como a sociedade moderna se diferencia por funções autônomas para

² Portanto, a ADPF 45 não é exatamente uma decisão inovadora: ela apenas sintetiza e torna manifesta uma concepção que há muito tempo circula no nosso direito constitucional. Nessa medida e nesses limites, ela será aqui utilizada.

(ii) melhor compreender a diferenciação existente entre direito e política. Abordaremos em seguida (iii) o papel exercido pela Constituição para o fechamento dos sistemas do direito e da política, assim como para a comunicação entre eles. Com a auto-referência do direito (que acontece na modernidade), sua vigência passa a ser expressa pela positividade, o que, por um lado, isola os tribunais de funções governamentais ou legislativas, e, por outro lado, faz surgir um Poder Legislativo como o destinatário do desejo de mudança do direito vigente na sociedade (iv). Após esse percurso, teremos subsídios para avaliar (v) a chamada “dimensão política” que o STF se auto-atribui: e as conseqüências que daí derivam.

1. Modernidade e diferenciação funcional de sistemas na proposta de Niklas Luhmann

A teoria da diferenciação de Niklas Luhmann (1998, p. 34) tem por pressuposto a substituição da noção de “sistema” como um todo unitário, colocando em seu lugar aquela que compreende o sistema a partir da noção de diferença. Não por acaso seu postulado metodológico básico é a distinção entre sistema e ambiente (LUHMANN, 1997b, p. 61), o que “leva, então, à questão sobre como essa diferença se constitui e se reproduz, ao que a teoria dos sistemas responde através de um dos lados da diferença, através dos sistemas” (LUHMANN, 1997a, p. 42).

Os sistemas são reconstruções do mundo sensorial, da sociedade, a partir de sua própria lógica, da diferença que lhe é particular em relação a seu ambiente. E por outro lado, a sociedade se reproduz mediante a diferença entre sistemas. A *forma* como ocorre essa diferenciação *entre* os sistemas, essa “repetição, dentro do sistema, da diferença entre sistema e seu ambiente” (LUHMANN, 1982a, p. 230) pode acontecer de várias maneiras, a depender de como o relacionamento entre os sistemas ocorre no

interior da sociedade (LUHMANN, 1999a, p. 189), ou seja, de como a sociedade organiza a *comunicação*.

Na proposta de Luhmann, existem quatro maneiras de se organizar a comunicação social, quatro estilos de diferenciação social: segmentária, centro/periferia, por estratos e funcional. Elas não se excluem reciprocamente e não se sucedem à maneira de um positivismo comteano. O que pode ser verificado é o primado de um tipo de diferenciação perante outras quando uma “forma regula as possibilidades de ativação das outras” (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 255)³.

Para os fins deste artigo, é necessário falar da passagem do primado da diferenciação por estratos para o da diferenciação funcional⁴. Até o alvorecer dos Oitocentos, a sociedade européia se pautava em uma *diferenciação por estratos*, conceito que designa uma sociedade que “tem a sua estrutura fundamental na distinção de duas partes, isto é, na distinção entre nobreza e povo comum” (Idem, p. 256)⁵.

³ Deve ficar claro que não se trata de uma grande narrativa que vai do *status* ao *contrato* (Henry Summer Maine) da *solidariedade mecânica* para a *orgânica* (Emile Durkheim) ou da *experiência vivida* para a *forma* (Georg Simmel). Todos os estilos de diferenciação convivem no presente, não se sobrepõem historicamente como uma filosofia da história. Um bom exemplo é o caso dos Estados nacionais, que se pautam em uma diferenciação segmentária por se organizarem de acordo com o princípio da territorialidade. Nas sociedades pré-modernas, existiam funções, mas elas tiveram que esperar a virada do século XIX para atingir a primazia comunicativa na sociedade.

⁴ Definitivamente não se mostra proveitosa a descrição das diferenciações segmentária e centro/periferia neste local, dada a extensão que seria necessária. Para tanto, remetemos o leitor para: (ARAUJO PINTO, 2002, p. 209-237).

⁵ Geralmente, no interior de tais agremiações sociais existem autodescrições que procuram amenizar essa radicalidade binária. É muito difundida a estrutura mental do Medievo que divide a sociedade de maneira ternária, entre os clérigos, os guerreiros e os servos. No período carolíngio a distinção era entre nobreza e clero. Nos finais do século VIII Alcuíno solicitou a inscrição do povo, para que ele também pudesse adentrar “no caminho da salvação”. Surge aí o esquema das três ordens, que se difunde já no século

A estratificação se caracteriza por uma distribuição iníqua de riqueza e poder, em suma: desigualdade nas chances de comunicação (LUHMANN, 1982a, p. 234). Há uma nítida separação entre superior e inferior, entre tarefas e funções que são próprias a cada estrato e que são prestigiosas para o estrato superior (LUHMANN, 1983, p. 204-205). Todas as possibilidades do indivíduo dependiam do seu estrato de origem, pois “a estratificação regula a inclusão dos homens na sociedade pelo fato que ela, referida aos sistemas parciais, fixa inclusões e exclusões” (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 283). Por tal razão, sob esse modelo de diferenciação, a inclusão de alguém na sociedade era *parcial*.

Com o advento da sociedade moderna, essa situação muda. A modernidade é caracterizada pelo primado da *diferenciação funcional*. Com ela a comunicação não mais é organizada sob o primado de sistemas parciais vinculados à ascendência de nascimento: “a função passou a ser o princípio prevalecente na diferenciação interna da sociedade” (CAMPILONGO, 2000, p. 116). Foi dessa maneira que ocorreu o acesso generalizado a todos os âmbitos funcionais da sociedade (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 269-273). E assim é que se afirma que a modernidade opera com inclusão funcional generalizada (DE GIORGI, 1998a, p. 116).

Portanto, na modernidade os sistemas que existem na sociedade – como economia, direito, política, ciência, arte, por exemplo – reproduzem-se a partir de seus próprios elementos e sem hierarquia entre eles (LUHMANN, 1997c, p. 116). Por um lado, a modernidade da sociedade moderna é a igualdade entre os sistemas, a ausência de um primado de qualquer sistema ante os demais. Por outro lado, a manutenção das diferenças entre os sistemas funcionais é também pressuposto de uma sociedade

IX (DUBY, 1994, p. 100-101). As três *ordines* é, assim, um *artefato semântico*, com a função de aperfeiçoar o sistema feudal e reforçar o compromisso dos servos com aquele estado de coisas, garantindo-lhes a obediência.

moderna (LUHMANN, 1997d, p. 13 e ss). Aqui nos interessa, especificamente, a diferenciação funcional entre dois sistemas: direito e política.

2. A diferenciação funcional dos sistemas do direito e da política

Se a modernidade é dependente dessa separação entre sistemas, cabe indagar como a diferença se faz possível, como um sistema se delimita ante os demais. Para ilustrar de que modo se dá a diferenciação funcional, a separação entre o sistema do direito e o sistema da política nos servirá de fio condutor, o que, por sua vez, adianta os fundamentos de nossa percepção acerca da ADPF 45.

O *sistema do direito* é o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se referam ao direito (LUHMANN, 1982b, p. 122). Para demarcar tal diferença, é necessária uma “regra de atribuição” (LUHMANN, 1992, p. 1.428)⁶ que permita indicar se uma comunicação possui, ou não, referência ao direito, o que se dá por meio de um *código binário*: o do sistema do direito é direito/não-direito⁷. Esse código significa que inclusive a comunicação que nega a existência do *sentido* direito (ou seja, o não-direito) também faz parte do direito⁸. Assim,

⁶ Esse filtro na comunicação social não pode ser confundida com uma norma deontica, todavia. Ela é uma estrutura, uma condensação de sentido.

⁷ Que é expresso, nos textos originais em alemão, por *Recht/Unrecht*. Da mesma forma que considero adequada a tradução para lícito/ilícito – uma vez que esses dois termos também denotam algo que é conforme ou não-conforme ao direito – acredito que parece um certo preciosismo qualificar de “absurda” a tradução direito/não-direito.

⁸ Luhmann concebe os dois lados do código sem nenhuma pretensão de hierarquizá-los a partir de um lado “bom” e outro “mau”. Na verdade, a consideração de que tanto o sentido conforme ao direito (= o que é direito) quanto o sentido que é contra o direito (= não-direito) pertencem ao sistema do direito, deriva do conceito de sentido trabalhado por Luhmann desde o início de seu percurso intelectual. Em última análise, afirmar o “não-direito” (o ilícito) é, ainda que por negação, afirmar aquilo que é direito. Da mesma forma, o *non-sense* não existe, pois em última análise

tem-se uma estrutura que permite filtrar a comunicação relevante para a reprodução do sistema. Reprodução que na modernidade passa a ser auto-reprodução, pois o encadeamento de operações no sistema do direito faz referência a seus próprios elementos, e não a uma idéia normativa de natureza, como acontecia com o direito natural.

O código, então, garante a autonomia do sistema do direito, a sua diferença em relação a seu ambiente, o seu *fechamento operacional* (LUHMANN, 1999b, p. 25-90). A comunicação no sistema do direito fará referência a outras comunicações (elementos) que possuem um dos lados do código direito/não-direito. Contudo – e isso deve ficar claro – o sistema não é independente da sociedade, ele não se “aliena”, como era moda dizer em um passado não tão longe (mas que é um teimoso presente para alguns). Uma das características mais marcantes da diferenciação funcional é justamente o fato de que a autonomia aumenta o grau de dependência recíproca entre os âmbitos especificados funcionalmente (LUHMANN, 2002, p. 68)⁹.

Por mais paradoxal que possa parecer (e realmente é¹⁰), o fechamento operacional do sistema, entendido como auto-reprodução a partir de seus próprios elementos (isto é, de comunicação voltada ao direito), permite a *abertura cognitiva* do sistema (LUHMANN, 1990b, p. 229). E é assim que o direito se porta como um sistema que pode atender a toda a sociedade, pois ele se encontra aberto para as demandas sociais, venham elas de qualquer sistema da sociedade (LUHMANN, 1985a, p. 52-53).

a negação do *sense* faz referência ao *sense*, portanto também é *sense* (LUHMANN, 1990a, p. 26).

⁹ Interessante notar que os críticos da teoria da diferenciação de Luhmann, que contestam com estranha veemência os seus pressupostos, curiosamente olvidam *esse* pressuposto. É mais um caso de silêncio eloqüente.

¹⁰ Para o uso criativo dos paradoxos, que consiste em um dos traços mais característicos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, Cf. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 1994, p. 43-55.

Mas “uma teoria desse tipo só é convincente se consegue definir precisamente os elementos do caráter fechado do sistema, e a forma pela qual esses elementos determinam a sua abertura” (LUHMANN, 1994, p. 30). Precisamente. A especificidade do direito depende dessa definição de seus elementos, o que guarda relação com a diferença entre *expectativas normativas* e *cognitivas*. O parâmetro que diferencia o cognitivo do normativo reside na disposição à aprendizagem diante do desapontamento (LUHMANN, 1990, p. 105-106). A expectativa é cognitiva quando não mantenho a minha expectativa após o desapontamento, quando aprendo com ele e assim a abandono. Com a expectativa normativa se dá exatamente o contrário: não me disponho a mudar, e assim exteriorizo a minha frustração (LUHMANN, 1996a, p. 104).

A vida em uma sociedade complexa potencializa a possibilidade de minhas expectativas concorrerem com as de terceiros. O conflito é cada vez mais possível, e quando alguém decide não assimilar uma decepção, temos uma expectativa normativa. Com isso, não é muito difícil intuir que o sistema do direito se abre cognitivamente para conhecer frustrações de expectativas normativas. Daí a função do direito de processar expectativas normativas passíveis de serem mantidas em situação de conflito (LUHMANN, 1994, p. 30). Nenhum outro sistema da sociedade realiza essa função, cuja possibilidade depende de um código que possa filtrar as expectativas normativas. Eis como sua diferença é mantida.

O *sistema da política* segue um esboço similar (Cf. CAMPILONGO, 2002, p. 71-75). Dessa forma, ele também exerce uma *função* que o diferencia no interior da sociedade, qual seja, a de formular decisões que vinculem a coletividade (LUHMANN, 1982c, p. 145). Assim, a política procura influenciar o comportamento do destinatário da comunicação para o vincular, o que é possível com o auxílio de um *medium*, o poder (LUHMANN, 1985b, p. 8 e ss). De

fato, de nada adianta o sistema da política promulgar decisões se elas não podem ser efetivadas.

O poder sendo *medium* é um elemento complementar da linguagem, um símbolo que gera informações. Ele é um instrumento para o poderoso influir nas possibilidades da ação daqueles que lhe são sujeitos: não por outro motivo possui o código superior/inferior. Assim, ele não é coação, pois a utilização de força física retira todas as possibilidades de opção do inferior: o poder somente limita o espaço de seleção do agir do subordinado, mas não o extingue (Idem, p. 10).

A codificação do poder é redimensionada quando o sistema da política passa a ser operativamente fechado. Com a diferenciação funcional, o poder passa a ser concentrado e generalizado no sistema da política, e simultaneamente o seu código superior/inferior é recodificado (BARALDI, 1996, p. 128), uma vez que o lado “superior” do código será o local de atuação do código do sistema da política: governo/oposição (LUHMANN, 1997e, p. 164).

Com isso, há uma diferença entre aqueles que detêm cargos no poder, por ter vencido uma eleição, e os que não possuem cargos, a oposição. Com essa codificação secundária, o poder governante não mais pode achar-se como aquele que sempre detém a verdadeira opinião: essa onisciência é substituída por uma caprichosa opinião pública que pode favorecer também a oposição (Idem, p. 164), e que, assim, atua como uma instância reflexiva da política¹¹.

Conseqüência óbvia de sua diferenciação é que a política não pode mais ser concebida como a totalidade da vida social, como o centro e vértice hierárquico da sociedade (LUHMANN, 2002, p. 50). A

¹¹ Segundo Raffaele De Giorgi (1998b, p. 63), a opinião pública “estrutura sedimentações de sentido em torno das quais o sistema político coagula atenção pressuposta e, por isso, útil à determinação dos temas da decisão. (...) Esta não controla o poder e não recolhe opiniões, mas reflete a capacidade de elaboração seletiva dos temas por parte da política”.

política, sob condições modernas, é apenas um entre vários outros sistemas. Mas o sistema da política tem tendências expansivas (Idem, p. 60-62) que procuram ignorar essa diferenciação. O século XX nos mostrou que o surgimento dos estados territoriais soberanos não excluiu a execução de arbítrios por parte do poder. Ao contrário, a modernidade propiciou, pela primeira vez, a possibilidade de associação do poder político com a indústria bélica e com a propaganda de “ideologia de Estado” pelos meios de comunicação (GIDDENS, 1991, p. 17-18), e os resultados a que se chegou dispensam nossos comentários.

Assim, mostramos as funções que a política e o direito exercem na modernidade, e como esse estado de coisas difere das sociedades pré-modernas. A separação entre o sistema do direito e o sistema da política é um dos traços constitutivos da sociedade moderna e da diferenciação funcional que lhe caracteriza; e, mais que isso, é um de seus pressupostos. Agora vamos situar histórica e institucionalmente a passagem em que se deu o fechamento operacional desses dois sistemas, e a contribuição, para isso, de um interessante artefato, surgido ao final dos Setecentos: a Constituição.

3. *Constituição: fechamento operacional do direito e da política*

A diferenciação entre direito e política, que acontece somente a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois sistemas. Bem explicado, há uma comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição. Ela surge precisamente como uma reação à separação entre direito e política (LUHMANN, 1996b, p. 87). Com ela, “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225). A Constituição não “funda” a autonomia entre direito e política, mas corrobora para isso. Para

compreender a função que a Constituição cumpre na modernidade, observemos a mudança conceitual que ela sofreu no fim do século XVIII, ainda que por meio de uma apertada síntese.

A Constituição carrega antecedentes semânticos que remontam aos usos linguísticos jurídico e político de *constitutio* na pré-modernidade. Na tradição jurídica romana, *constitutio* designava um gênero normativo que abrangia certos atos do *princeps*, como os *edicta*, *decreta*, *rescripta* e *mandata* (BRETONE, 1998, p. 167); significado que, em grandes linhas, foi conservado no Medievo. No âmbito político, *constitutio* e *constitution* designavam as instituições, regras fundamentais e peculiaridades de uma comunidade política, por analogia ao corpo humano (LUHMANN, 1996b, p. 85).

Com a modernidade, o que *constitutio* designava passou por uma mudança conceitual decisiva no século XVIII. Um movimento que é deflagrado com a Revolução Americana, que tinha como elemento subjacente o *constitucionalismo* (moderno), precisado por Michel Rosenfeld como: (i) imposição de limites ao governo, (ii) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e (iii) adesão ao *rule of law*, que se expressa pela separação entre jurisdição e legislação (ROSENFELD, 1994, p. 3).

Nas colônias norte-americanas, era bem difundida a prática de *covenants*, pactos que fundavam uma comunidade política ou religiosa, em que algumas obrigações recíprocas eram estabelecidas (LUTZ, 1988, p. 25-26). Ao lado disso, várias colônias foram fundadas sob o modelo de companhias comerciais, possuindo uma *charter* escrita e formal como ato fundador (MADDOX, 1989, p. 60). Ao contrário de um *covenant*, uma *charter* tinha a forma de um contrato bilateral que impunha direitos e deveres delimitados por escrito a partes determinadas (LUTZ, 1988, p. 36), o que dava ensejo a uma comunicação mais voltada para o sistema do direito.

Com o endurecimento da política britânica em relação às colônias, após a segunda

metade do Setecentos¹², os revolucionários começaram a questionar a constituição amorfa da Inglaterra, que propiciava a onipotência do parlamento (MADDOX, 1989, p. 61). Em 1776, essas colônias se autocompreenderam como *perfect states*, percebendo, concomitantemente, que a soberania é indelével da prerrogativa de legislar (POCOCK, 1985, p. 83) e que, por isso, ela deveria ser retirada do Parlamento inglês. Ao cabo desse “período de reflexão constitucional” (STOURZH, 1988, p. 45), a solução encontrada para afastar a onipotência do legislador¹³, após a Independência, foi um texto escrito (tal como as *charters*), cuja observância por parte do legislador seria fiscalizada por uma *judicial review*¹⁴. Uma solução altamente improvável, mas que acabou por permanecer e se universalizar pelo mundo.

Foi a partir de tais inovações políticas que ocorreu a mudança conceitual de *constitutio*, entendida agora como um texto escrito que se porta como um direito superior (*paramount law*) às demais normas (Idem, p. 47). A modernidade da Constituição aparece com toda a força em um *texto escrito que serve de medida de conformidade a todo o direito* (LUHMANN, 1996b, p. 89). Todas as expectativas normativas podem ser direito/

¹² Entre as medidas de taxaço do Parlamento sobre as colônias, podemos lembrar: *Molasses Act* e *Currency Act* (1764), *Stamp Act* e *Quartering Act* (1765). Para a melhor reconstrução, no âmbito brasileiro, do período revolucionário norte-americano, Cf. ARAUJO PINTO, 2004, p. 115 e ss.

¹³ No Federalista é nítida a preocupação de Hamilton com as tendências expansivas do Legislativo. Cf., *v.g.*, o nº 78. HAMILTON; MADISON; JAY; 2005, linhas 32 a 167.

¹⁴ Os registros da Convenção da Filadélfia mostram que foi um ponto pacífico entre os delegados das colônias o de que o judiciário poderia declarar nulos os atos do legislador que violassem a Constituição (McDONALD, 1985, p. 254). Não obstante, não se inscreveu tal regra no Artigo 3 da Constituição dos Estados Unidos da América, que trata do Poder Judiciário. Imerso nesse debate, John Marshall somente expressou, sem dificuldade, o que estava latente no constitucionalismo de seu país, no *Marbury v. Madison* (1803). Cf. GARRATY, 1988, p. 18 e 19.

não-direito, a depender da Constituição, e não de uma ordem concreta de valores. Isso reforça o código do sistema do direito, que promove seu fechamento operacional.

No que diz respeito ao sistema da política, a Constituição também foi importante para sua diferenciação (contudo não foi sua *causa*). Ela foi o artífice do surgimento do conceito moderno de soberania, que consiste na pretensão monopolística do exercício do poder pelo Estado em um determinado território (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 363). As famílias nobres que exerciam o primado da comunicação no âmbito da diferenciação por estratos perdem o controle da situação ao assistirem à apoteose da igualdade formal entre os indivíduos. O acesso ao poder ganha procedimentos estabelecidos em normas constitucionais, o que favorece a mudança do modelo da *rivalidade política* entre dinastias pretendentes ao trono pela diferença entre *governo e oposição* (LUHMANN, 1996b, p. 102), colocando o resultado das urnas como o critério para determinar quem ocupa cada lado.

A Constituição na modernidade surge como o meio adequado para a comunicação entre a política e o direito. Com ela, temos um critério para se qualificar o uso da força física por parte do poder público (como constitucional ou inconstitucional). Surge também a possibilidade de se criticar a legislação utilizada pelas organizações formais do sistema do direito, os tribunais, para a elaboração de decisões: esse critério é uma norma superior oriunda de um poder constituinte, a Constituição, cuja inobservância provoca uma inconstitucionalidade. É a Constituição quem fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (CORSI, 2001, p. 173).

Uma maneira institucionalmente palpável de verificar a relação entre direito e política consiste em observar a transformação que a vigência do direito sofreu na passagem para a modernidade, o que, no léxico de Niklas Luhmann, é descrito como

a *positividade do direito*¹⁵, e que se expressa na distinção jurisdição/legislação: fundamental para compreender a posição de um tribunal sob as condições modernas.

4. A positividade do direito moderno: a separação entre jurisdição e legislação

A antiga tradição jurídica europeia não cansou de descrever o direito de maneira hierárquica, posicionando Deus ou a natureza no ápice da pirâmide, a depender da conveniência. De tal sorte que a lei positiva, aquela feita pelos homens, necessitava ser consoante às leis que lhe eram superiores. O resultado era a limitação da variabilidade da lei positiva por efeito de um núcleo imanente, um amálgama indiferenciado de costumes, religião e leis¹⁶ (ARAÚJO PINTO 2002, p. 227-228).

Com o advento da diferenciação funcional, esse modelo hierárquico não resistiu por muito tempo. A Constituição, entendida como uma norma de qualidade superior, desloca aqueles sustentáculos externos que impediam a auto-referência do direito (LUHMANN, 1996b, p. 94). A *positividade do direito* é precisamente a expressão dessa autodeterminação do direito. Dizer que o direito moderno é positivo significa que a sua vigência não é condicionada a uma ordem natural que lhe seja superior ou a prescrições morais de fundo pedagógico-edificador. Com a positividade que se desenvolve a partir do século XIX, a vigência do direito será referida a um fator modificável: uma decisão do Legislativo (LUHMANN, 1985a, p. 8)¹⁷.

¹⁵ Bem explicado, não se trata do positivismo jurídico, a escola jurídica que reduzia todo o direito às leis promulgadas pelo Estado. A positividade tem um sentido bem mais amplo.

¹⁶ A razão para tais autodescrições hierárquicas é que a vigência do direito sempre manifesta uma certa sintonia com a estrutura da sociedade, o que é a linha-mestra das pesquisas de Luhmann. Cf. LUHMANN, 1983, p. 15.

¹⁷ Essa referência às normas emanadas do Legislativo não quer significar que o direito “deriva da pena do legislador” simplesmente. O legislador se encontra

A partir desse momento, é construído um nexu interno que se estabelece entre a legislação positivada (que vige pela seleção operada pelo legislador) e o julgador. Paradoxalmente, esse estado de coisas acabou por se revelar uma condição de liberdade para o juiz (LUHMANN, 1990d, p. 150), uma vez que a decisão tem que se esteirar em normas jurídicas consoantes com a Constituição, e não com a vontade do soberano ou com a *physis*. Não se trata da assunção de uma jurisprudência mecânica – muito embora tenha sido essa a percepção do início do século XIX¹⁸ –, pois a vinculação do juiz às normas é, por sua vez, objeto de interpretação por parte do próprio juiz.

A positividade do direito (que é diferente de “positivismo”) é uma redução que amplia possibilidades e que estrutura maior complexidade. Por outro lado, é exigência de uma sociedade que inventou a igualdade entre os homens (DE GIORGI, 1998a) e que não mais aceita a aplicação de normas a depender de ascendência ou de credo religioso¹⁹. A

imerso em uma teia de expectativas normativas que impossibilita uma pretensa onipotência do legislador em relação à sociedade: ele não é “independente”. (LUHMANN, 1990c, p. 114) Nesse sentido, o Legislativo apenas *reconhece um direito* que já existe e é praticado na sociedade, dando assim o primeiro passo para que o direito possa ter a *contrafactividade* necessária à generalização de expectativas normativas. Aliás, não nos esqueçamos que, para conferir contrafactividade às garantias constitucionais é lícito ao Judiciário anular as normas oriundas do Legislativo, sob o argumento da inconstitucionalidade: e assim, paradoxalmente, a contrafactividade normativa é mantida por causa (e não apesar!) da anulação normativa. Essa é uma das razões para colocar a Constituição como uma aquisição evolutiva.

¹⁸ De fato, o século XVIII nutriu uma impressionante crença de que o cumprimento fiel da lei geral e abstrata seria a solução para todos os problemas da época, como nos mostra o exemplo de Montesquieu, que escreveu em 1748 que a diferença entre um estado despótico e uma república é que nesta última os juízes observam literalmente a lei (MONTESQUIEU, 1997, p. 116). Cesare de Beccaria (1996, p. 17) só confirmou o argumento, em 1764, porquanto opinou que a atividade judicial seria tanto mais perfeita quanto mais se aproximasse de um silogismo perfeito.

¹⁹ Para a busca da unidade política através da construção da soberania do Estado a partir do contexto das guerras de confissão (referindo-se mais

positividade atende à sociedade moderna, que se mostra cada vez mais complexa mediante sua abertura para o futuro (ARAUJO PINTO, 2002, p. 264 e ss), o que faz com que a mudança apareça como a única permanência. Ao selecionar algumas normas, o direito exclui outras possibilidades quanto à vigência, “mas não as eliminam do horizonte de experiência interna do sistema” (LUHMANN, 1990c, p. 116). O que é ilícito hoje pode ser lícito amanhã. A contingência e a artificialidade estruturam a validade do direito moderno, positivo, que tem seu significado expresso a partir de uma seleção, e não de uma substância transcendental (Cf. CAMPILONGO, 2006, p. 22-23).

Aparentemente, tudo isso parece carregar uma contradição, pois, como vimos no início deste texto, a função do direito diz respeito às expectativas normativas, o que o faz contrafactual; assim ele não “aprende” com situações de frustração, não “aprende” com os fatos: mantém-se ante eles (ou: apesar deles). Só que o direito positivo pode também *aprender*, pois contrafactualidade não é sinônimo de imutabilidade. Contudo, isso não é uma contradição. Com Raffaele De Giorgi (1979, p. 226, grifos do autor), podemos observar que a inovação da positividade é o surgimento de um artefato que possibilite que as

“(…) estruturas de expectativas de comportamento venham conjuntamente institucionalizadas como invariáveis e variáveis, como expectativas normativas de comportamento e como expectativas cognitivas de comportamento. *A grande conquista evolutiva da positividade do direito, de fato, consiste nisso: que ela estabiliza as estruturas de expectativas normativas paralelamente à legalização da sua modificabilidade.*”

O que significa essa estabilização paralela da manutenção e da transformação das expectativas normativas?

especificamente a Barclay, D’Aubigné e Hobbes). Cf. KOSELLECK, 1999, p. 19 a 25.

A situação paradoxal de aprendizado pelo direito, um sistema que opera sob o signo da contrafactividade, é possível com uma duplicação de seu procedimento decisório. Dessa forma, a positividade do direito constrói duas modalidades de decisão, quais sejam, a *programação teleológica* (*Zweckprogramm*) e a *programação condicional*. Cada uma se posiciona ante uma função: a primeira canaliza o desejo de mudança do direito vigente, enquanto a segunda possibilita a aplicação do direito (Idem, p. 229) (LUHMANN, 1985a, p. 34-42). Uma das construções mais sedimentadas do direito moderno, a separação entre *legislação* e *jurisdição*, nos ajudará a perquirir o papel dessas programações.

A tarefa de legislar e a de dizer o direito, *iurisdictio*, não eram desconhecidas da pré-modernidade, obviamente. O que não havia era uma “tradução institucional” da diferenciação dessas funções. Assim, por um lado, os órgãos responsáveis pela criação das normas não exerciam somente essa tarefa, como nos mostra o exemplo do Parlamento da Inglaterra, quando julgou o corpo natural de Carlos I em nome de seu corpo político, condenando-o à morte, em maio de 1642 (KANTOROWICZ, 1998, p. 30-32). Por outro lado, os tribunais tinham funções de governo; e se levamos em conta a ausência, na pré-modernidade, de um monopólio do uso da força autorizada pelo direito, não é de se estranhar a utilização da jurisdição para questões governamentais²⁰.

Com as revoluções do final do Setecentos, essa situação muda por completo: ocorreu uma *neutralização* no interior dessas funções (FIORAVANTI, 2003, p. 15). Nos Estados Unidos da América, os tribunais, que exerciam até então funções administrativa em comunidades (LUHMANN, 1990d, p. 152), tiveram tal atividade suprimida. Como mostram os registros da Convenção da Filadélfia, os tribunais

²⁰ Cf. HESPANHA, 1993, p. 385, que acredita que a jurisdição em uma sociedade desse estilo é o principal *quando não o único poder* à disposição do governante.

não podem ocupar-se de *political questions* (McDONALD, 1985, p. 208), mas sim de *cases and controversies*, tal qual vemos no art. 3º da Constituição norte-americana. Verificamos um movimento similar na França por ocasião da Lei de 16-24 de agosto de 1790, especialmente no seu Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas”, de modo que a intromissão dos juízes nesses assuntos render-lhes-ia a pena de prevaricação (MANNORI; SORDI; 2003, p. 76). Aos tribunais somente restaria a judicatura, sem envolvimento na política.

O movimento em sentido contrário, isto é, a concentração do primado da legislação pelos parlamentos também foi verificada. Com as revoluções do Oitocentos, foi inaugurada a luta contra o particularismo jurídico, isto é, a aplicação concorrente de diversos ordenamentos jurídicos a um mesmo âmbito espacial e temporal, e que foi superado com o advento da *lei geral e abstrata* das codificações (TARELLO, 2003, p. 28-34). Foi a partir da modernidade que as casas legislativas cada vez mais se recusaram a exercer função adjudicatória, concentrando-se na publicação de leis²¹.

Com a diferença institucional entre jurisdição e legislação, as programações teleológica e condicional puderam ser operacionalizadas de maneira separada, como dois processos decisórios a serem trabalhados em dois contextos diferentes: uma diferença que forma a unidade da positividade do direito.

A programação teleológica é própria da produção legislativa. O Legislativo se encontra imerso em um contexto com um alto grau de complexidade, em que é vasto o plexo de matérias que se pode tor-

²¹ É claro que tal movimento comporta exceção, como nos mostra a possibilidade do Senado Federal julgar o Presidente da República ou Ministros de Estado em crimes de responsabilidade (CF/88, art. 52, I). Contudo tal possibilidade possui clara função residual. Não por último, é de se lembrar que tal julgamento não é bem um processo judicial, mas sim político.

nar objeto de seleção/decisão. Para fazer frente a essa complexidade, o Legislativo tem a sua disposição uma ampla gama de expedientes, como adiar suas decisões e escolher as matérias a serem postas em votação a depender do grau de consenso existente (CAMPILONGO, 2002, p. 103-104). Esse estilo de decisão do legislador é “voltado a fins” por buscar angariar acordo, consenso suficiente e possível; ele deriva do código governo/oposição. Essa abertura para o aprendizado possibilita o papel desempenhado pelo legislador em uma diferenciação funcional, qual seja o de *destinatário do desejo de mudança do direito vigente* (LUHMANN, 1990c, p. 128).

A programação condicional diverge diametralmente desse estado de coisas. Ela assume uma relação de se/então: ocorrida uma hipótese, tem-se uma determinada conseqüência (LUHMANN, 1985a, p. 28). A tarefa jurisdicional enfrenta uma série de dificuldades que derivam da posição dos tribunais no centro do sistema do direito. Seja qual for a causa que chegue aos tribunais, ela tem que ser decidida, como informa a dupla negação do *non liquet* (LUHMANN, 1999b, p. 245-248): não é permitido não decidir um caso. Simultaneamente, o tribunal deve respeitar o nexos interno que o submete ao império do direito, pela observação das normas emanadas pelo Legislativo. E é justamente a observância a esses programas condicionais, que operam uma redução de complexidade, que permite ao juiz que não aprenda com os fatos, que mantenha a expectativa normativa (DE GIORGI, 1979, p. 229) frustrada de quem vai a júízo.

Os tribunais, está claro, não possuem o mesmo aparato do Legislativo para ser uma instância de mudança do direito; para a decisão judicial ser possível, faz-se necessário que haja uma complexidade já domesticada (CAMPILONGO, 2002, p. 91). Isso é provido pelo filtro do Legislativo, que dá ao direito um *programa* sob a forma da *condição se/então* (ou de outra forma, como pela tomada de uma decisão pelo STF

a partir da própria jurisprudência do STF, desde que coerente com a Constituição).

Devemos ressaltar que essa associação entre programação teleológica e Poder Legislativo, de um lado, e programação condicional e Poder Judiciário, por outro, não se dá de maneira linear. É claro que, na atividade legislativa, há uma observância às programações condicionais, como denota o exemplo dos regimentos internos das casas legislativas. É também óbvio que o Judiciário opera com programações teleológicas, como acontece com os princípios constitucionais ou com as normas classificadas pela doutrina constitucional brasileira de “programáticas”. Normas com uma abertura para o futuro mais acentuada que outras. A questão em tela é do primado. No Legislativo, há um primado operacional de programações teleológicas; é o que caracteriza a deliberação legislativa. No Judiciário, ao contrário, não é possível desconsiderar *a priori* normas aprovadas democraticamente: há um ônus argumentativo para isso, e ele se chama “inconstitucionalidade”, como quis o Visconde de Bolingbroke (BOLINGBROKE, 1997, p. 124-125).

Assim, para o sistema do direito aprender, é necessária a duplicação desses procedimentos e sua operacionalização em instituições próprias para isso. Essa duplicação gera a unidade da positividade do direito. O direito positivo não quer a alma do cidadão, como acontecia na *pólis* grega (ARISTÓTELES, 1997). O direito positivo não proíbe crenças e posicionamentos políticos, e sim condutas. É perfeitamente possível a qualquer cidadão fundar uma organização a favor da legalização de uma conduta que é ainda penalmente proibida, como é o caso do aborto. Contudo, isso somente é possível por causa da existência de um canal comunicativo próprio para isso: o Legislativo. Ele é o *indirizzo* da mudança política. Quando um órgão do Judiciário quer tomar esse lugar, tem-se uma clara usurpação constitucional: sem meias-palavras.

5. Considerações finais: problematizando a assim chamada “dimensão política” da jurisdição constitucional

Pelo que foi proposto acima, podemos perceber que há uma ligação, uma *dependência recíproca*, entre modernidade, separação entre direito e política, surgimento da “Constituição” como uma norma de qualidade superior, positividade do direito e separação entre jurisdição e legislação. O fio que liga esse elenco se chama diferenciação funcional. É essa “dependência recíproca” que demarca a diferença entre a modernidade e a pré-modernidade.

Dessa forma, parece-nos bem contestável a concepção expressa pelo STF, na já referida ADPF 45, de que lhe seria possível concretizar política pública ao argumento de existir uma “dimensão política” da jurisdição constitucional. É que essa compreensão vai precisamente de encontro a essas características que embasam a modernidade; ela atua contra os pressupostos da diferenciação funcional, pois age no sentido de nivelar a diferença entre direito e política.

A modernidade requer uma separação entre direito e política que é operacionalizada por uma especificação funcional da jurisdição. Os tribunais na sociedade moderna não implementam política pública, não deliberam teleologicamente para gerar decisões politicamente vinculantes, não tomam decisões de acordo com critérios de popularidade, não atribuem decisões ao código governo/oposição tendo em vista a próxima eleição²².

Para a tomada de decisões que vinculem a coletividade, há todo um plexo de procedimentos que permite ao Legislativo uma consonância com a instância reflexiva da política, a opinião pública. Daí se tem um aparato adequado para a canalização

²² Por mais que no decorrer da “Presidência Nelson Jobim” algumas atitudes nos leve a ficarmos descrentes em relação a isso. Cf., para o assunto, MAIA, 2006, p. 16-17.

do desejo de mudança do direito vigente. Como vimos, a formação desse procedimento específico – o processo legislativo – é uma das possibilidades fornecidas pela positivação do direito.

Os procedimentos judiciais não comportam uma estruturação voltada primariamente à mudança do direito; o Judiciário não pode vincular a coletividade a partir da oitiva de argumentos de duas partes. Para isso, existe a representação política que atua no Congresso: para que a coletividade, por meio de seus representantes, possa ser atendida em suas pretensões²³. Quando o Judiciário se porta como um “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática: primeiro porque ignora que o procedimento para a mudança do direito tem como destinatário o Legislativo, segundo porque se arroga na função de legislador. Em outras palavras, se o STF é um “tribunal político”, ele somente o pode ser sob o signo de um autoritarismo camuflado, mas não por isso menos nocivo aos pressupostos de um regime democrático.

O papel que os tribunais desenvolvem no centro do sistema do direito é de garantir a qualidade contrafática do direito, o que se expressa pela obrigatoriedade de sempre ter que existir uma decisão para um caso *sub judice* (CLAM, 2005, p. 135). Dessa forma, argumentos de finalidade propostos ao estilo de uma programação teleológica não podem orientar a atividade judicial, a não ser ao grave custo de a sociedade deixar de possuir uma última instância à qual se recorre quando se quer manter uma expectativa normativa, uma pretensão amparada pelo direito.

O direito não pode servir de *medium* para o sistema da política tomar decisões que vinculem a coletividade; só que é exatamente isso que acontece quando uma corte suprema se assume como um “tribunal

²³ Para a mudança conceitual que “representação” passa a ter na modernidade, e sua correlação com a noção de soberania popular, Cf. PITKIN, 1989.

político”, quando quer empreender uma revisão do “vetusto dogma da separação dos poderes”. A separação dos poderes é precisamente a fórmula que as descrições do sistema do direito encontrou, desde o Oitocentos, para expressar a diferenciação funcional (LUHMANN, 1985a, p. 45-46; CLAM, 2005, p. 131), a separação entre direito e política do ponto de vista institucional. Se esse “dogma” é de ser revisto, o que se coloca em seu lugar? Um Judiciário, que não presta contas à população em eleições periódicas tais como os parlamentares, exercendo a função da política, é uma alternativa democraticamente adequada ao “dogma” da separação dos poderes? Efetivamente, não.

Se o Judiciário se exime do papel de frear a política e suas tendências expansivas – em que o atropelo a uma garantia constitucional geralmente não é problema, mas solução para o sucesso de uma política pública, como mostra o exemplo do pacote de medidas tomadas para se fazer frente à crise energética de 2001, o chamado “Apagão” –, o Executivo e o Legislativo têm a sua disposição uma ampla via para impor os interesses do Estado aos cidadãos.

A autocompreensão do STF de que pode implementar política pública sob a justificativa de um suposto imobilismo por parte do Executivo e do Legislativo (tal como observamos na ADPF 45) deixa transparecer o perigo de uma tendência que, na verdade, é bem disseminada também em outros países. É ela a pretensão de atribuir aos tribunais constitucionais o papel de um verdadeiro substituto do poder constituinte (BERCOVICI, 2004, p. 20). Mas, se os tribunais constitucionais passam a se portar como um legislador concorrente, dispostos a encarnar a persecução dos interesses da coletividade, eles o fazem, necessariamente,

“(…) mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida (...) como documento da institucionali-

zação de garantias fundamentais (...), tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. (MAUS, 2000, p. 192, grifos do autor).

Esse novo “fundamentalismo constitucional” – usualmente denominado de “neo-constitucionalismo” – provoca, assim, uma desconsideração da mudança conceitual que *constitutio* sofre no fim do século XVIII, o que nos permite verificar a inspiração pré-moderna da postura de um tribunal que desconsidera a sua ligação com as normas emanadas do legislador democrático, mas que se considera intérprete de uma metafísica “ordem concreta de valores”²⁴. O STF, assim, se compreende como um *legibus solutus* que, ao contrário dos supostamente inoperantes Legislativo e Executivo, vai gerar democracia paternalisticamente para seus tutelados, ao implementar política pública. Só que

“(…) sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores”. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 11)

A ADPF 45 permite a observação de todas essas pressões involutivas, decisivamente nocivas para o funcionamento

²⁴ Mas isso não significa voltar à noção hierárquica do início do Oitocentos, em que havia uma subordinação dos tribunais às leis, como observávamos no uso do instituto do *référé législatif*. Isso significa não executar uma função que não lhe pertence, e para qual não se tem um aparato institucional próprio para isso: e nem legitimidade democrática.

das instituições democráticas. Em seu texto, podemos verificar com tintas fortes uma tendência que circula na sociedade de maneira naturalizada e inquestionada. Se o STF deseja exercer com efetividade a “guarda da Constituição”, a que faz referência o art. 102 da Constituição de 1988, o modo adequado para isso não é um fundamentalismo constitucional que nivela a diferença entre direito e política. Ao contrário, é mantendo essa diferença, que é constitutiva para o jogo democrático, que o STF pode dar sua melhor contribuição – e isso não é pouco.

Referências

- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. (tese de doutorado). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BARALDI, Claudio. Política. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Cidade do México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthrosopos, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil”. In: *Lua Nova*. n. 61. São Paulo: Cedec, 2004.
- BOLINGBROKE, Visconde de. A Dissertation upon Parties. In: *Political Writings*. Ed. David Armitage. Cambridge University Press, 1997.
- BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- CLAM, Jean. *A autopoiese no direito*. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Tradução de Juliana Neuenschwander. n. 39. Belo Horizonte: jan./jun. 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.
- _____. Modelos jurídicos de igualdade e de equidade. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998a.
- _____. Problemas da governabilidade democrática. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998b.
- DUBY, Georges. *As três ordens, ou o imaginário do feudalismo*. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Editori Laterza, 2003.
- GARRATY, John A. The case of the Missing Commissions. In: GARRATY, John A. (Org.). *Quarrels that have shaped the constitution*. New York: Harper Perennial, 1988.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. (Edição de Jack R. Pole). Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução

de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: UERJ; Contraponto, 1999.

LUHMANN, Niklas. The differentiation of society. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982a.

_____. The autonomy of the legal system. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982b.

_____. Politics as a social system. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982c.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985a.

_____. *Poder*. Tradução de Martine Martins. Universidade de Brasília, 1985b.

_____. Meaning as sociology's basic concept. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990a.

_____. The self-reproduction of law and its limits. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990b.

_____. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: *La differenziazione del diritto*. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990c.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. In: *Revista da AJURIS*. n. 49, ano 17, jul. 1990d.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*. v. 13, n. 5. New York: NY Editorial Office, mar. 1992.

_____. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*. ano 5, n. 11. Buenos Aires: ago./out. 1994.

_____. *La ciencia de la sociedad*. Cidade do México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthropos, 1996a.

_____. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996b.

_____. Por que uma teoria dos sistemas?. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa

(Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997a.

_____. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997b.

_____. Contingencia y sociedad moderna. In: *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997c.

_____. La modernidad de la sociedad moderna. In: *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997d.

_____. El futuro de la democracia. In: *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1997e.

_____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2 ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. A sociedade mundial como sistema social. *Lua Nova*. n. 47. São Paulo: Cedec, 1999a.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Manuscrito). Cidade do México: 1999b.

_____. *Diritti fondamentali come istituzioni*. Bari: Dedalo, 2002.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6 ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUTZ, Donald S. *The origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988.

MADDOX, Graham. Constitution. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1989.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Reações sobre a chamada politização do STF. In: *Constituição & democracia* (encarte mensal da Tribuna do Brasil). n. 2. Brasília: 5 de mar. 2006, p. 16-17.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. Giustizia e amministrazione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos estudos Cebrap*. Tradução de Martonio Mont'Alverne Lima e Paulo Albuquerque. n. 58. São Paulo: Cebrap, nov. 2000.

MCDONALD, Forrest. *Novus ordo seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, 1985.

MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis I*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. (dissertação de mestrado). Florianópolis: CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na Teoria da Sociedade*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 1997.

PITKIN, Hanna. Representation. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1989.

POCOCK, John G. A. 1776: the revolution against Parliament. In: *Virtue, commerce and history: essays on*

political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.

ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Org.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (Orgs.). *Conceptual change and the constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: a Sociological analysis from the perspective of systems theory. In: *Journal of Law and Society*. v. 29, n. 2, jun. 2002.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.