

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2010 – Ano 47 – Nº 185



Kátia Malta, “Orquídea”. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 185
Janeiro/março – 2010

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

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

ISSN 0034-835x

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

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves
REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Lígia C. Santana Catunda
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Nathália Megale Barrios Benthner Narciso
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

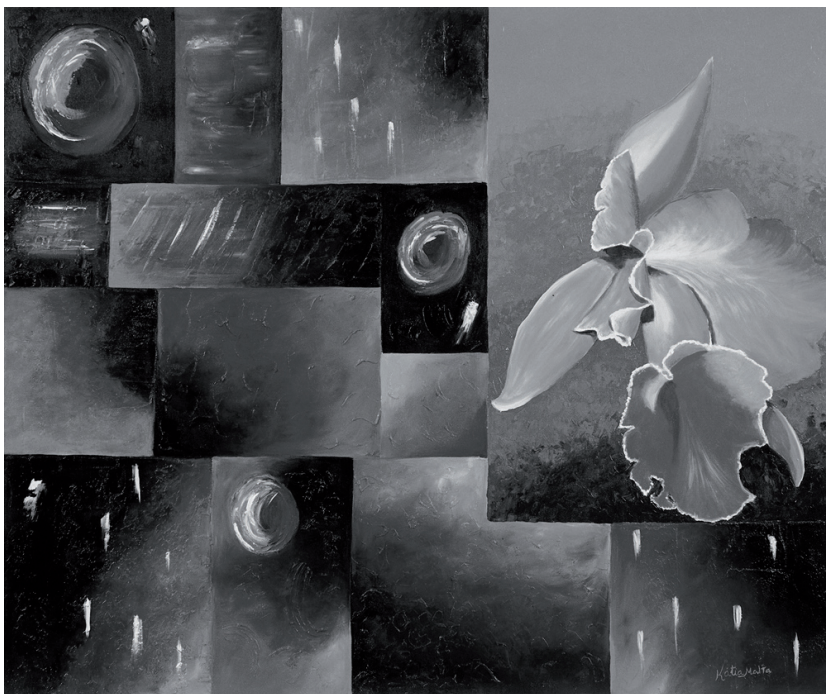
Solicita-se permuta.
Přidese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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

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

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



“Orquídea”, de Kátia Malta, com técnica
acrílica sobre tela de 1,00 x 1,20m.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 47 · nº 185 · janeiro/março · 2010

- Eduardo Meira Zauli
Guilherme Fernandes Neto
Ricardo José Pereira Rodrigues
José Pedro Luchi
Marilda de Paula Silva
Marcelo de Oliveira Milagres
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Eduardo Pordeus Silva
Beclaute Oliveira Silva
Jeferson Dytz Marin
Ailor Carlos Brandelli
Anderson Eduardo Silva de Oliveira
Carlos José Saldanha Machado
Denise Setsuko Okada
Paulo Sávio Peixoto Maia
Orione Dantas de Medeiros
Ivone Araujo Carvalho Lima
Granjeiro e Liana Fortunato Costa
Roberto Ferreira da Silva
- Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil 7
Ensaio sobre a inelegibilidade 27
A viabilidade dos terceiros partidos no sistema político dos Estados Unidos 41
Tensão entre autonomia privada e pública 57
O voto parlamentar brasileiro nas Constituições de 1967–1988 71
O nascimento do controle de constitucionalidade judicial 91
Cultura e desenvolvimento humano. O papel do Estado e da sociedade civil na consolidação da cidadania cultural 105
O enunciado (dialógico) na decisão jurídica. Nas sendas de Mikhail Bakhtin 123
O controle da Administração Pública pela Ação Popular. A legitimação do cidadão para fiscalização dos atos do governante 135
Realidade e limites do arcabouço legal de prevenção, controle e fiscalização da introdução de espécies marinhas exóticas no Brasil 145
A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar. Representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade 161
Meios de Solução de Controvérsias entre Estados Partes do Mercosul. Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos 179
A interdisciplinaridade entre Direito e Psicologia no conflito familiar violento 195
Uma Constituição para Israel 211

André Antonio A. de Medeiros	Reflexos políticos da derrocada do federalismo fiscal 235
Tiago Antunes de Aguiar	Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa 247

*Artigo de contribuição da Consultoria Legislativa
do Senado Federal*

Tiago Ivo Odon	O Brasil entre o arcaico e o moderno 261
----------------	--

Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil

Eduardo Meira Zauli

Sumário

1. Judicialização da política. 2. O esquema da tripartição dos poderes na Constituição de 1988. 3. Funções do Poder Legislativo federal no Brasil. 4. Estatuto das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. 5. O Supremo Tribunal Federal e o controle judicial do funcionamento e dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito. 6. Considerações finais: hermenêutica constitucional, direitos e garantias fundamentais e procedimentalização do direito.

1. Judicialização da política

O interesse dos cientistas políticos pelos aspectos legais do funcionamento das instituições não é algo propriamente novo. Há muito reconhece-se na magistratura um ator cujas decisões afetam de maneira importante a dinâmica da interação política nas nossas sociedades. De maneira que as condicionantes, as características e as consequências dos processos de tomada de decisão no âmbito das instituições judiciais constituem os aspectos centrais de sua abordagem pela Ciência Política. Sumarizando os postulados básicos da literatura da Ciência Política sobre o assunto, Gibson (2006) sugere que “in a nutshell, judges decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do”¹

¹ Em suma, as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, temperada pelo que eles

Eduardo Meira Zauli é bacharel em Ciências Sociais (1986) e Mestre em Sociologia (1991) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Doutor em Ciência Política (1996) pela Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Ciência Política da UFMG, coordenador do Curso de Especialização em Políticas Públicas da UFMG e consultor científico na área de educação superior.

(GIBSON, 2006 p. 515-516). As variáveis independentes mencionadas informariam o cerne de diferentes abordagens teóricas no campo da Ciência Política. Assim, as preferências da magistratura seriam o foco privilegiado de um modelo de análise atitudinal; o que os magistrados deveriam fazer é a preocupação do modelo legal e da teoria dos papéis, enquanto a preocupação com a viabilidade das decisões judiciais é parte central de abordagens estratégicas.

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. Assim, Vallinder (1995, p. 13) propõe que a noção de judicialização da política envolve

“... (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning into a form of judicial process”².

No mesmo tom, Tate (1995, p. 28) define a judicialização da política como

pensam que deveriam fazer, mas constrangida pelo que eles percebem que é viável fazer” (Tradução nossa).

² “(1) a expansão do campo dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial propriamente dito. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial” (Tradução nossa).

“1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and

2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”³.

Na experiência brasileira posterior à promulgação da Constituição de 1988, pode-se observar o desenvolvimento de ambos processos de judicialização da política, sendo que, em se tratando de investigar as relações entre o Poder Judiciário e as comissões parlamentares de inquérito, deve-se estar atento para ambas as perspectivas mencionadas anteriormente por Vallinder e Tate (1995). Mais ainda, alguns dos fatores que respondem por tal fenômeno no Brasil assemelham-se àquelas condições que, segundo Tate (1995), facilitaram a expansão do poder judicial em outros sistemas democráticos:

1. a operação de um sistema político democrático;
2. a existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes;
3. a existência de uma Carta de direitos;
4. o uso dos tribunais por grupos de interesse;
5. o uso dos tribunais pela oposição;
6. a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de

³ “o processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas)” (Tradução nossa).

instituições judiciais em certas disputas políticas;

7. percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;

8. algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.

Contudo, outros fatores também contribuíram para a ocorrência de uma maior ascendência do Poder Judiciário sobre o sistema político brasileiro.

1. Em primeiro lugar, a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais, permitiu um processo de constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico, abrindo espaço para uma releitura do direito infraconstitucional e das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (BARROSO, 2009), interpretada "(...) em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições" (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 58).

2. A ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade;

3. As novas garantias de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público⁴;

⁴ Com relação ao Ministério Público, seus membros foram equiparados à magistratura quanto às garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Adicionalmente, suas funções foram ampliadas, fazendo com que a instituição fosse legitimada, entre outras prerrogativas, para a promoção das ações civil pública e de inconstitucionalidade; componentes importantes do processo de ativação do Poder Judiciário e de judicialização de diversos conflitos políticos (MAZZILLI, 1998; ARANTES 1999; VIANNA et al. 1999; SILVA, 2001; PAES, 2003; KERCHÉ, 2007; CASAGRANDE, 2008). "Nesse sentido o caso brasileiro assemelha-se à experiência italiana nas últimas déca-

4. Os novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário⁵.

Para além das condições mencionadas, observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição, a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política.

"Even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of the judicialization of politics requires that judges have the appropriate personal attitudes and policy preferences or values, especially relative to the values of other decision makers. Under otherwise favorable conditions, *judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion,*

das. Também na Itália o *pubblico ministero*, em virtude de sua posição institucional, vem desempenhando um papel decisivo na judicialização da política. Isso faz com que a situação italiana afaste-se significativamente das experiências em curso em outras democracias, ao ponto de ser considerada por Di Federico (1995) como um caso peculiar. Quanto ao Poder Judiciário italiano *stricto sensu*, a adoção de um elemento característico de sistemas de *common Law* (um maior grau de independência interna da magistratura) tem contribuído para a limitada autonomia do Judiciário frente às diversas forças políticas externas em um contexto marcado pelo aumento da importância política do Poder Judiciário" (GUARNIERI, 1995).

⁵ "Pode-se destacar a criação e institucionalização dos juizados especiais; o novo estatuto das Defensorias Públicas; a ampliação do alcance do instituto da ação popular, além das novas prerrogativas processuais do Ministério Público. Tais mecanismos, dentre outras alterações do sistema de justiça do país, inserem-se no âmbito da adoção de uma Constituição 'processual' que comporta uma série de instrumentos jurídicos que permitem a participação dos cidadãos em ações demandando a concretização dos direitos previstos no texto constitucional" (CASAGRANDE, 2008).

(2) *substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions*⁶” (TATE, 1995, p. 33).

“Activist judges, by definition, may be expected to take every opportunity to use their decision-making to expand the policy values they hold dear. But when those values are *consistent* with the values dominating majoritarian institutions, there will be much less incentive for activist judges to seek to judicialize a political process that is already producing such good policy results, even though the conditions are favorable for doing so⁷” (TATE, 1995, p. 34).

Sintetizando as mudanças que têm permitido algum grau de minimização dos efeitos nocivos para a democracia brasileira do estreitamento da esfera pública decorrente da predominância do Poder Executivo sobre um Poder Legislativo insulado da sociedade civil, afirma Vianna (2002, p. 11):

“Com efeito, a Carta de 1988 veio a redefinir as relações entre os Três Poderes, dando eficácia, entre nós, ao sistema do *judicial review*, principalmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade

civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis. A partir dessa inovação, segmentos organizados da sociedade civil passaram a gozar da faculdade de provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal no sentido de argüir a inconstitucionalidade de lei ou norma da Administração. Nessa mesma direção, constitucionalizou os institutos da ação popular e da ação civil pública, dando-lhes maior abrangência, recriou a figura do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sob essa nova formatação institucional, pela via da procedimentalização da aplicação do direito, tem sido possível criar um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o sistema político.”

A amplitude do fenômeno é tamanha a ponto de permitir que se estabeleçam paralelos entre a situação dos Estados Unidos captada pela análise de Tocqueville da democracia na América jacksoniana e o cotidiano de muitos sistemas políticos da atualidade.

“Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question. Hence all parties are obliged to borrow, in their daily controversies, the ideas, and even the language, peculiar to judicial proceedings. (...) The language of the law thus becomes, in some measure, a vulgar tongue; the spirit of the law, which is produced in the schools and courts of justice, gradually penetrates beyond their walls into the bosom of society, where it descends to the

⁶ “Mesmo sob uma constelação muito favorável de condições facilitadoras, o desenvolvimento atual da judicialização da política exige que os juízes tenham as atitudes pessoais e as preferências políticas ou valores apropriadas, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. De outro modo, em condições favoráveis, a judicialização só se desenvolve porque os juízes decidem que devem (1) participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições, e, pelo menos de vez em quando, (2) substituir as soluções políticas de outras instituições por soluções políticas próprias” (Tradução nossa).

⁷ “De juízes ativistas, por definição, pode-se esperar que aproveitem todas as oportunidades de utilizar suas decisões para disseminar os valores que lhes são caros. Mas quando esses valores são consistentes com os valores dominantes nas instituições majoritárias, haverá muito menos incentivos para que juízes ativistas tentem judicializar um processo político que já esteja produzindo aqueles resultados políticos, mesmo que as condições sejam favoráveis para fazê-lo” (Tradução nossa).

lowest classes, so that at last the whole people contract the habits and the tastes of the judicial magistrate”⁸ (TOCQUEVILLE, 1997).

2. O esquema da tripartição dos poderes na Constituição de 1988

A moderna doutrina da separação de poderes do Estado, que encontra em Montesquieu a formulação que se converterá em dogma constitucional⁹ a partir do século XIX, remonta ao processo de afirmação do credo político liberal e sua preocupação central com a contenção dos poderes do Estado. Com efeito, diante dos riscos inerentes à concentração dos poderes do Estado, a técnica da separação de poderes emerge como mecanismo institucional central para a garantia dos direitos individuais¹⁰ e pré-condição para o exercício de controles sobre o Estado.

Tem-se aí uma doutrina que, uma vez transformada em princípio constitucional,

⁸ “Difícilmente surge nos Estados Unidos qualquer questão política que não seja transformada, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial. Daí todos os partidos são obrigados a assimilar, em suas controvérsias diárias, as ideias, e mesmo a linguagem peculiar aos processos judiciais. (...) A linguagem da lei torna-se assim, em alguma medida, uma língua vulgar; o espírito da lei, que é produzido nas escolas e tribunais de justiça, gradualmente penetra, além de suas paredes, no seio da sociedade, descendo às classes mais baixas, de forma que finalmente o povo como um todo assimile os hábitos e os gostos do magistrado judicial” (Tradução nossa).

⁹ Segundo Madison (1973, p.130), “o oráculo sempre consultado e sempre citado nesta matéria é Montesquieu. Se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano”.

¹⁰ Em meio às controvérsias suscitadas pela utilização das expressões separação/divisão de poderes, separação/divisão de funções, são sugestivas as observações de Dallari (2003, p. 216) que podem ser interpretadas no sentido de que o uso daqueles termos ora decorre da preocupação com a limitação dos poderes e consequente proteção dos direitos individuais, ora da preocupação com a separação/divisão de funções visando garantir maiores níveis de eficácia e eficiência estatais.

influenciará de maneira decisiva todo o constitucionalismo moderno. De fato,

“... o princípio da separação de poderes adquiriu um *status de forma que virou substância* no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 155).

O princípio da separação de poderes estatais é um dos fundamentos de uma certa noção de Estado de Direito recepcionada pelo texto da Constituição de 1988 no Brasil. Assim como todas as constituições republicanas brasileiras anteriores, a Constituição de 1988 incorporou em seu arcabouço o princípio da separação de poderes estatais, desta feita como cláusula pétrea. “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2009a, art. 2º). “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes” [...] (BRASIL, 2009a, art. 60, § 4º, III).

Deve-se notar, entretanto, que a evolução da doutrina da separação de poderes do Estado terminou por produzir um resultado significativamente diverso daquele proposto por Montesquieu. Diante da necessidade da criação e manutenção de um certo equilíbrio entre os três poderes, em vez de um equilíbrio natural decorrente de uma rígida e excludente separação de poderes, a resultante foi uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos três poderes na qual cada um dos Poderes é chamado a desempenhar funções típicas e atípicas, ocorrendo, portanto, uma inter-

seção entre os três poderes, em vez de uma completa separação de funções excludentes entre os diferentes ramos do Estado.

De fato, com o surgimento e posterior constitucionalização da doutrina dos *freios e contrapesos*¹¹, introduzem-se, nos modernos ordenamentos jurídicos, mecanismos institucionais que configuram o que se convenciou chamar de *transferência constitucional de competências*¹². A propósito, é nítida a linha de continuidade entre certas proposições relativas ao papel do Poder Judiciário n’O *Federalista* e o teor da sentença da Suprema Corte norte-americana redigida pelo juiz Marshall no *leading case* *Marbury vs Madison* que, em 1803, foi um marco decisivo na inflexão da doutrina da separação de poderes.

Assim, sob o ordenamento de uma Constituição limitada¹³, pondera Hamilton (1973, p. 169):

“Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria

vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes”.

Por sua vez, os juízes da Suprema Corte estabelecem que:

“The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? [...] It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the Constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the

¹¹ Note-se que a formulação clássica da doutrina da separação dos Poderes não comporta a institucionalização dos freios e contrapesos característicos dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Enquanto na primeira o equilíbrio entre os Poderes é uma resultante natural da separação das várias funções do Estado entre seus três ramos (Executivo, Legislativo e Judiciário), a teoria dos freios e contrapesos supõe interferências recíprocas que relativizam a noção de independência entre os três Poderes.

¹² Por transferência constitucional de competência entendem-se aqueles procedimentos que, amparados pelo texto constitucional, consistem na atribuição das funções típicas de cada um dos Poderes aos outros Poderes, que as exercem atipicamente.

¹³ Por Constituição limitada, Madison (1973, p. 168) entende uma Constituição que limita a autoridade legislativa ordinária.

latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable" (UNITED STATES OF AMERICA, 1803)¹⁴.

Portanto, com relação à problemática das relações entre o Poder Judiciário, por um lado, e os demais Poderes de Estado, por outro, o aspecto central a ressaltar é o do princípio da supremacia da Constituição que está na origem da noção de rigidez constitucional e que se constitui em condição fundamental para o exercício, pelo Poder Judiciário, de todo e qualquer controle de constitucionalidade de atos emanados do Executivo e do Legislativo.

Introduzido um novo elemento na hierarquia das normas jurídicas, o princípio da supremacia da Constituição, e diante de uma antinomia que oponha a Constituição a uma outra norma qualquer, a magistratura deve aplicar o critério hierárquico resolvendo o conflito em favor da prevalência da norma constitucional hierarquicamente superior¹⁵.

¹⁴ "Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não sejam mal compreendidos ou esquecidos, a Constituição foi escrita. Com que propósito seriam os poderes limitados, e com que propósito essa limitação teria sido posta por escrito, se esses limites pudessem ser ultrapassados, a qualquer momento, por aqueles que pretendiam inibir? (...) É uma proposição muito evidente para ser contestada, a de que ou a Constituição restringe todo ato legislativo que a contrarie, ou a legislatura pode alterar a Constituição por meio de um ato ordinário. Entre essas alternativas, não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, pode ser alterada quando a legislatura assim o desejar. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última parte é verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo para limitar um poder ilimitável em sua própria natureza" (Tradução nossa).

¹⁵ Tradicionalmente, os conflitos entre normas são resolvidos pela aplicação de três critérios: cronológico (prevalência da norma antinômica posterior em detrimento da anterior); hierárquico (prevalência da norma antinômica superior em detrimento da inferior); e de especialidade (prevalência da norma antinômica especial em detrimento da geral). No caso de conflitos

3. Funções do Poder Legislativo federal no Brasil

Em geral, do ponto de vista funcional, os parlamentos são instituições polivalentes cujas funções extrapolam em muito o esquema clássico da separação entre os três poderes do Estado. Mesmo nos sistemas políticos alicerçados na tripartição clássica entre os ramos Executivo, Legislativo e Judiciário, os parlamentos estão longe de se confinarem à função estritamente legislativa, embora esta seja a mais típica de suas funções, a ponto de fazer com que os parlamentos sejam qualificados como Poderes Legislativos (COTTA, 1992).

No caso brasileiro, o estatuto constitucional do Poder Legislativo federal está contido no Título IV, Da Organização dos Poderes, Cap. I, Do Poder Legislativo, artigos 44 a 75 da Constituição.

Quanto à sua função legislativa (típica), relativa à edição de atos normativos primários que instituem direitos e criam obrigações, o art. 44 estabelece: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" (BRASIL, 2009a), sendo que as iniciativas que informam o processo legislativo¹⁶ (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, e resoluções) são elencadas no art. 59.

A função de controle e/ou de fiscalização (típica) encontra amparo em vários dispositivos constitucionais. O art. 49, por exemplo, confere ao Congresso Nacional uma competência genérica para fiscalizar

de segundo grau, entre os critérios de superação das antinomias, o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico; o da especialidade sobre o cronológico; e o hierárquico sobre o da especialidade.

¹⁶ O texto da Constituição de 1988 não faz distinção entre *procedimento legislativo* e *processo legislativo*. Assim, entende-se aqui por *processo legislativo* o *iter legis*, que certos autores preferem qualificar como *procedimento legislativo*: "(...) uma seqüência juridicamente preordenada de atividades de vários sujeitos na busca de um determinado resultado: a formação ou a rejeição da lei" (OLIVETTI, 1992, p. 996).

e controlar o Poder Executivo, incluída a administração indireta. O artigo 58, § 3º, é a fonte de legitimidade constitucional para a realização de investigações pelas CPIs. Os artigos 70 a 74 tratam da prerrogativa do Poder Legislativo de exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. O Poder Legislativo dispõe de mecanismos institucionais distintos por meio dos quais exerce suas prerrogativas de controle e/ou de fiscalização: opera tanto por meio de comissões parlamentares (temporárias e permanentes)¹⁷ quanto por meio do Tribunal de Contas da União¹⁸.

São funções administrativas (atípicas) do Poder Legislativo federal a elaboração de seus regimentos, a provisão de cargos da sua estrutura, medidas relativas à sua organização administrativa, etc (BRASIL, 2009a, arts. 51 e 52). A função julgadora (atípica) relaciona-se com a prerrogativa de proceder ao julgamento de diversos agentes públicos com base em dispositivos constitucionais (arts. 52, I e II, e 55, §§ 2º e 3º).

4. Estatuto das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil

No âmbito federal, as comissões parlamentares de inquérito são disciplinadas tanto pelo texto constitucional quanto pelos regimentos das casas legislativas federais

¹⁷ Para uma análise calçada na preocupação com a efetividade das comissões parlamentares de inquérito como mecanismos de controle sobre o Poder Executivo, ver Figueiredo (2001) e Calcagnotto (2005). Para uma análise comparativa do funcionamento das comissões parlamentares das câmaras baixas na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, ver Rocha e Barbosa (2008).

¹⁸ As competências do Tribunal de Contas da União estão elencadas no art. 71 da Constituição da República. No exercício do controle externo, o Congresso Nacional disporá do auxílio desse Tribunal cujos ministros "(...) terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça" (BRASIL, 2009a, art. 73, § 3º).

no Brasil. Com relação à Constituição brasileira, tais órgãos do Poder Legislativo são objeto do § 3º do seu artigo 58:

"Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

...

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores" (BRASIL, 2009a).

As comissões parlamentares de inquérito são ainda disciplinadas pelos regimentos da Câmara dos Deputados, câmara baixa com representação proporcional do eleitorado; e do Senado Federal, câmara alta/territorial com representação dos Estados subnacionais por meio de eleições majoritárias. São também objeto do Regimento Comum do Congresso Nacional, que reúne aquelas duas casas legislativas.

Em seu art. 35, o Regimento da Câmara dos Deputados define o requisito constitucional do fato determinado para a criação de CPIs; da recepção do requerimento de criação de CPIs pelo presidente da Câmara e de possível recurso à sua decisão ao Plenário da Câmara; do período de funcionamento das CPIs; da limitação de no máximo cinco CPIs funcionando concomitantemente; da composição numérica e da provisão dos meios necessários ao bom funcionamento das CPIs.

Em seu art. 36, o Regimento da Câmara dos Deputados trata da requisição de funcionários para a realização de trabalhos nas CPIs; da realização de diligências; da oitiva de indiciados e inquirição de testemunhas; da requisição de informações e documentos de órgãos e entidades da administração pública e de serviços de quaisquer autoridades; da requisição de audiência de deputados e ministros de Estado; da tomada de depoimentos de autoridades públicas; da investidura de seus membros ou funcionários requisitados na realização de sindicâncias ou diligências; da realização de investigações e audiências públicas em todo o território nacional; dos prazos para atendimento das providências e realização das diligências definidas por CPI; da prerrogativa de, em sendo diversos os fatos inter-relacionados e objetos do inquérito, pronunciar-se separadamente sobre cada um, mesmo antes de finda a investigação dos demais; e da adoção das normas do Código de Processo Penal na condução dos trabalhos das CPIs.

No art. 37, há disposições relativas à apresentação, publicação e encaminhamento de relatório circunstanciado ao final dos trabalhos da CPI à Mesa da Câmara dos Deputados; ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União; ao Poder Executivo; à Comissão parlamentar permanente afim à matéria investigada pela CPI; à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização; e ao Tribunal de Contas da União.

O Regimento Interno do Senado Federal, em seu art. 145, disciplina o processo de criação de CPI, determinando que o requerimento de criação desse tipo de comissão contenha o fato determinado a ser apurado, o número de seus membros, o prazo de duração e o limite das despesas a serem realizadas pela comissão. Nesse mesmo artigo, determina-se que cada senador só poderá integrar duas CPIs, uma como titular, outra como suplente. O número de suplentes é fixado em número

igual à metade do número dos titulares mais um.

Nos termos do art. 146, obsta-se a criação de CPI sobre matérias pertinentes à Câmara dos Deputados, às atribuições do Poder Judiciário, e aos Estados.

O art. 148 explicita os poderes das CPIs: poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, facultada a realização de diligências; a convocação de Ministros de Estado; a tomada de depoimento de qualquer autoridade; a inquirição de testemunhas, sob compromisso; a oitiva de indiciados; a requisição de informações ou documentos a outros órgãos públicos; e a requisição ao Tribunal de Contas da União da realização de inspeções e auditorias. Aplica-se o disposto no Código de Processo Penal relativamente à intimação de indiciados e testemunhas, e na inquirição de testemunhas e autoridades.

O art. 150 determina, ao término dos trabalhos da CPI, o envio de seu relatório e conclusões à Mesa Diretora do Senado Federal para conhecimento do Plenário.

Segundo o art. 151, a CPI encaminhará suas conclusões, se for o caso, ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal de possíveis infratores.

O art. 153 estabelece que, nos diversos atos processuais, aplicar-se-ão, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal, sendo que, nos termos do art. 152, o prazo de funcionamento de CPI poderá ser prorrogado desde que não seja ultrapassado o período da legislatura em que for criada (art. 76).

O Regimento Comum do Congresso Nacional (art. 21) prescreve que as Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito serão criadas em sessão conjunta das duas casas legislativas, requerendo-se a assinatura de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados mais 1/3 (um terço) dos membros do Senado Federal. Tais comissões terão a participação de um número igual de deputados e senadores.

5. O Supremo Tribunal Federal e o controle judicial do funcionamento e dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões que permitem diagnosticar um avanço do Poder Judiciário no sentido do estreitamento dos mecanismos de controle judicial sobre as CPIs¹⁹.

Deixando de lado importantes decisões anteriores à vigência da Constituição de 1988²⁰, a competência jurisdicional originária do STF para o exercício do controle judicial sobre os atos praticados em CPIs no Congresso Nacional foi reafirmada em Mandado de Segurança, cuja decisão contém interpretação mais ampla do Art. 102, I, da Constituição:

“... a Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão a longa *manus* do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de *habeas corpus*, ao controle jurisdicional originário do Supremo Tribunal Federal [...]” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello. DJ nº 91 de 12/05/2000).

Diante de uma representação em sede de mandado de segurança contra omissão atribuída à Mesa do Senado Federal, representada por seu Presidente, frustrando a instauração de inquérito parlamentar, assim manifestou-se o STF:

¹⁹ Tais decisões envolvem, em boa medida, um tratamento simétrico às CPIs do Legislativo Federal, às CPIs no âmbito das Assembleias Legislativas estaduais, às CPIs na Câmara Legislativa distrital e às CPIs nas Câmaras Municipais, ainda que as prerrogativas das Câmaras Municipais tenham sofrido limitações adicionais decorrentes da inexistência de um Poder Judiciário municipal, o que implica restrição ao requerimento de quebra de sigilo por parte das CPIs municipais. Ver ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-04, DJ de 11/11/05.

²⁰ RHC 32.678, 05/08/1953. Rel. Min. Mário Guimarães. Ver ainda MS 1.959, 23/01/1953. Rel. Min. Luiz Gallotti.

“O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

– a essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.

Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle constitucional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República (RTJ, 173/806, Rel. Min. Celso de Mello)” [...]

“A separação de poderes – consideradas as circunstâncias históricas que

justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional – não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de investigar, em sede de inquérito parlamentar, abusos que possam ter sido cometidos pelos agentes do Estado” (MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-05, DJ 4-8-06).

O espectro das ações das CPIs está delimitado pelas competências constitucionais do Poder Legislativo. Assim,

“podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso.

Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão, ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, o poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional” (HC 71.039-5, Rel. Min. Paulo Brossard. 1994).

Com relação ao objeto ou à amplitude do campo de atuação das CPIs, o entendimento do art. 58, §3º, da Constituição da República pelo STF é no sentido de que a exigência de fato determinado “não impede a apuração de fatos conexos ao principal, ou ainda, de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação” (MORAES, 2008, p. 419). “Tudo o que disser respeito, direta ou indiretamente, ao fato determinado que ensejou a Comissão Parlamentar de Inquérito pode ser investigado” (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 860). “A comissão parlamentar de inquérito deve

apurar fato determinado (BRASIL, 2009a, art. 58, § 3º). Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal” (HC 71.231, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-5-94, DJ de 31/10/1996).

Quanto à duração dos trabalhos das CPIs, em face da indefinição do texto do art. 58, § 3º, da Constituição da República, definiu o STF que o término da respectiva sessão legislativa constitui-se no limite máximo para a prorrogação das atividades das CPIs²¹. E isso não obstante o Regimento Interno da Câmara dos Deputados fixar o prazo máximo de duração dos trabalhos das CPIs em cento e vinte dias, prorrogáveis por até sessenta dias, mediante deliberação do Plenário.

“A duração do inquérito parlamentar – com o poder coercitivo sobre particulares, inerente à sua atividade instrutória e a exposição da honra e da imagem das pessoas a desconfianças e conjecturas injuriosas – é um dos pontos de tensão dialética entre a CPI e os direitos individuais, cuja solução, pela limitação temporal do funcionamento do órgão, antes se deve entender matéria apropriada à lei do que aos regimentos: donde a recepção do art. 5º, § 2º, da Lei 1.579/52, que situa, no termo final de legislatura em que constituída, o limite intransponível de duração, ao qual, com ou sem prorrogação do prazo inicialmente fixado, se há de restringir a atividade de qualquer comissão parlamentar de inquérito. A disciplina da mesma matéria pelo regimento interno diz apenas com as conveniências de administração parlamentar, das quais cada câmara é o juiz exclusivo, e da qual, por isso – desde que respeitado o limite

²¹ HC 71.261, DJ de 24/06/1994. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido, HC 71.193, DJ de 23/03/2001. Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e HC 71.231, DJ de 31/10/1996. Rel. Min. Carlos Velloso.

máximo fixado em lei, o fim da legislatura em curso —, não decorrem direitos para terceiros, nem a legitimação para questionar em juízo sobre a interpretação que lhe dê a Casa do Congresso Nacional” (HC 71.261, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/05/94, DJ de 24/06/1994).

Com base na previsão constitucional de requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados e/ou do Senado Federal para a criação de CPIs (BRASIL, 2009a, art. 58, § 3º), o Supremo Tribunal Federal entende tal instituto como um direito das minorias parlamentares. Satisfeito aquele número mínimo de requerentes, há que se proceder à criação e instalação da respectiva CPI, direito subjetivo público das minorias parlamentares²².

“O Parlamento recebeu dos cidadãos não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. O direito de investigar — que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) — tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (...). Atendidas tais exigências (BRASIL, 2009a, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos

subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar (...)” (MS 24.831, (MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-06-05, DJ 04-08-06).

O legislador constituinte atribuiu às CPIs no âmbito do Congresso Nacional “[...] poderes de investigação próprios das autoridades judiciais [...]” (BRASIL, 2009a, art. 58, § 3º). Contudo, a jurisprudência do STF orienta-se no sentido da negação, às CPIs, dos poderes gerais de cautela titularizados pela magistratura.

Entre os poderes de instrução assegurados às CPIs, está o de intimação de testemunhas e indiciados; podendo recorrer à condução coercitiva, caso necessário. Além de apresentar-se, é dever do convocado não “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito” (BRASIL, 1952).

Admite-se, contudo, na jurisprudência do STF, o privilégio do interrogando de permanecer em silêncio para não se autoincriminar. Ademais, o direito de permanecer em silêncio é reconhecido pelo STF no caso de depoentes que estejam ao alcance do dever de sigilo profissional²³.

Ainda com relação aos poderes instrutórios, as CPIs dispõem, entre outras, da prerrogativa de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados de seus investigados; e da determinação da realização de buscas e

²³ Tal jurisprudência encontra amparo no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”; e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992: Artigo 8º - Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (...).

²² MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25/04/2007.

apreensões. Tais poderes, contudo, encontram limite em cláusula de reserva jurisdicional contida no texto constitucional²⁴. Assim, diferentemente do que ocorre com outras informações sigilosas, a interceptação e consequente quebra do sigilo de comunicação telefônica estão submetidas à reserva de jurisdição, dependendo de ordem judicial. O mesmo ocorre com a busca e apreensão em domicílio de pessoa investigada por CPI (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

As CPIs estão impedidas também de decretar prisão, salvo nos casos de flagrância, decorrente de reserva jurisdicional, em situações não-excepcionais, de decretar a privação da liberdade individual²⁵.

Destaque-se também o impedimento de adoção de medidas cautelares, como a hipoteca judiciária, a indisponibilidade de bens, o arresto, o sequestro, a proibição de ausentar-se do país, etc.. Segundo a interpretação predominante no STF acerca do alcance dos poderes de autoridade judicial conferidos às CPIs pela Constituição, tais medidas não são consideradas como instrutórias, âmbito ao qual se restringem seus poderes, por analogia com os poderes instrutórios de que dispõem os magistrados durante a instrução processual penal, e sim como medidas de provimento cautelar de eventual sentença futura, competência reservada aos membros do Poder Judiciário²⁶.

²⁴ “Art. 5º XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

²⁵ “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2009a, art 5º, LXI).

²⁶ MS 23.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 04-5-2000, DJ de 15-9-2000. No mesmo sentido: MS 23.446, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim,

Outra limitação importante à ação dos membros das CPIs, também esta objeto de decisão do STF, é aquela que impede a proibição ou restrição à assistência jurídica aos convocados a comparecer, seja como testemunhas, seja como investigados, perante CPI. Tendo o texto constitucional fixado em seu Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), o caráter essencial do exercício da advocacia para uma adequada prestação jurisdicional estatal²⁷, entende o STF:

“A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo Advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94. O desrespeito às prerrogativas – que asseguram, ao Advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional – constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da Advocacia, pois representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado.

[...] assiste ao Advogado a prerrogativa – que lhe é dada por força e autoridade da lei – de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do *munus* de que se acha incumbido esse profissional do Direito, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo

juízo em 18-8-1999, DJ de 09-11-2007; MS 23.471, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 10-11-1999, DJ de 10-08-2000.

²⁷ “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 2009a, art. 133).

mandato profissional. O Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação, ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas – legais ou constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito de não ser tratado, pelas autoridades públicas, como se culpado fosse, observando-se, desse modo, diretriz consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (MS 23576 / DF – Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 02/10/2000, DJ de 06/10/00 – P – 00103).

*6. Considerações finais:
hermenêutica constitucional,
direitos e garantias fundamentais
e procedimentalização do direito*

Na medida em que se entende a Constituição como um estatuto que consagra determinadas opções políticas tomadas pelo Soberano, a tarefa de interpretar o texto constitucional reveste-se inexoravelmente de um caráter político. Portanto, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel eminentemente político no exercício da jurisdição constitucional.

“O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria nature-

za, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2003, p. 251).

Tendo como pressuposto a doutrina da separação de Poderes, as transferências constitucionais de competências e os mecanismos de freios e contrapesos inseridos em nosso ordenamento jurídico, o controle judicial do funcionamento e dos atos das CPs no Brasil sob a vigência da Constituição de 1988 tem sido exercitado a partir de uma nova hermenêutica constitucional pós-positivista assentada no reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais.

“Procurando apontar os traços mais significativos desse novo constitucionalismo, concordam os estudiosos em caracterizá-lo pelas notas indicadas a seguir, expressivas o bastante para que o consideremos substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedentes:

- a) mais Constituição do que leis;
- b) mais princípios do que regras;
- c) mais ponderação do que subsunção;
- e d) mais concretização do que interpretação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 126-127).

Com efeito, a partir da recepção pelo texto constitucional de certos direitos e garantias fundamentais²⁸ associados ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁹, todos os poderes públicos vinculam-se ao conteúdo daqueles direitos e garantias. Com relação especificamente ao Poder Legislativo:

“Não há dúvida, portanto, de que os atos normativos do Poder Legislativo sujeitam-se aos direitos fundamentais, mas também outros atos desse Poder, com eficácia externa – atos de comissões parlamentares de inquérito, por exemplo –, não escapam à sujeição aos direitos fundamentais. Registre-se, a propósito, a jurisprudência com que o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, vem delimitando as deliberações de CPIs, em favor de postulados dos direitos fundamentais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 246).

Reafirmado pela Constituição de 1988 o princípio da jurisdição una e dada a consagração da tutela que assegura proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito³⁰, o Supremo Tribunal Federal tem sido acionado, especialmente em sede de *habeas corpus*³¹ e de mandado de segurança, tendo em vista o controle judicial das CPIs.

²⁸ Diferentemente do que ocorre com os chamados direitos humanos, por direitos fundamentais entendem-se aqueles direitos tidos como inerentes à condição da dignidade da pessoa humana e que foram recepcionados pelo ordenamento jurídico de um Estado. Por direitos fundamentais entende-se, aqui, tanto os direitos quanto as garantias fundamentais. Para aqueles que procuram diferenciar essas duas categorias de normas, os direitos são disposições declaratórias, enquanto as garantias são assecuratórias (MORAES, 2008; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

²⁹ O princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, encontra-se enunciado no Título I, art. 1º, da Constituição de 1988.

³⁰ O chamado *princípio da jurisdição una* assumiu a seguinte forma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 2009a, art. 5º, XXXV).

³¹ A propósito do surgimento da problemática do recurso ao Poder Judiciário diante de decisões políticas

“No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (BRASIL, 2009a, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello. DJ nº 91 de 12/05/2000).

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o papel do Poder Judiciário, como árbitro dos conflitos de interesses envolvendo os direitos e garantias fundamentais constitucionais, vem sendo potencializado pelos vários fatores anteriormente mencionados. Longe de se conformar ao papel de *bouche de la loi*, o exercício da prerrogativa de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário tem sido um elemento novo na dinâmica das relações assimétricas e desarmônicas entre os três Poderes no Brasil. Corroborase assim uma situação que fez com que os cientistas políticos propusessem que as instituições judiciárias fossem vistas como um subsistema do sistema político global,

“... partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estí-

que afetem direitos individuais sob o amparo do texto constitucional e da evolução da doutrina do *habeas corpus* no âmbito do ordenamento jurídico do Estado brasileiro, veja-se a célebre Oração de Rui Barbosa perante o STF em 1892. Com relação ao contexto das decisões do STF em sede de *habeas corpus* por ocasião da impetração dos HC. 300 (1892), 1063 e 1073 (1898), ver Costa (2006).

mulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes subsistemas.

[...] Uma tal concepção dos tribunais teve duas conseqüências muito importantes. Por um lado, colocou os juizes no centro do campo analítico. Os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes, fossem elas a origem de classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos juizes. A segunda conseqüência consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes” (SANTOS, 1995, p.172-173).

Ainda que o tema do papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas seja algo eminentemente controverso entre os cientistas políticos (DREWRY, 1996), no caso específico do controle de constitucionalidade das CPIs, o teor das decisões proferidas pelo STF, em vez de constituir um elemento prejudicial ao bom funcionamento do sistema democrático por conta de suas supostas restrições ao poder do Soberano na ordem política nacional, pode ser tomado como indicador de que o Poder Judiciário vem afirmando-se como uma nova arena para a defesa de direitos no âmbito da democracia brasileira. Nesse sentido, as linhas da interpretação constitucional trilhadas pelo STF na defesa dos direitos e garantias fundamentais encontrariam legitimação em suas conseqüências em termos da proteção das liberdades individuais, componente fundamental de uma noção de democracia

que alcança o reconhecimento e a salvaguarda da titularidade, pelos cidadãos, de uma série de direitos individuais³².

Assim, a judicialização da política no Brasil envolve um processo de proceduralização³³ do direito que, ao permitir a participação dos cidadãos na produção do direito, contribui para que as decisões judiciais assimilem um caráter deliberativo que lhes proporciona níveis mais elevados de legitimidade procedimental. O que se passa no Poder Judiciário é uma mudança institucional que produz uma maior abertura daquele Poder à sociedade e contribui para o aprofundamento da dimensão participativa da democracia brasileira.

Ora, no que diz respeito mais diretamente ao Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988, uma das inovações participativas presentes na democracia brasileira foi a abertura do processo de interpretação constitucional pela via da ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição por meio da legitimação de vários atores para a proposição de ações de caráter constitucional no STF³⁴.

³² Para uma síntese de diferentes argumentos relativos à legitimação democrática da interpretação constitucional sob a ótica de um cientista político, ver Shane (2006).

³³ O tema da proceduralização do direito é parte integrante da preocupação mais ampla com a formulação de uma teoria procedimental da democracia. Neste registro, a fonte da legitimidade democrática do direito é a sua produção a partir de condições que atendam ao cânone democrático deliberativo. A propósito de uma abordagem do agir comunicativo com especial ênfase ao direito nas sociedades democráticas, ver Habermas (2003).

³⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º – O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os proces-

Essa mesma abertura do STF aos influ-
xos externos provenientes da sociedade
manifestam-se por ocasião das diversas
decisões proferidas no âmbito daquele
tribunal tendo como objeto as CPIs. Tanto
o *habeas corpus* quanto o mandado de se-
gurança configuram-se como direitos de
proteção previstos pelo texto constitucional
no Título Dos Direitos e Garantias Funda-
mentais (art. 5º, LXVIII, LIX e LXX). Assim
como ocorre por ocasião da proposição de
uma ação direta de inconstitucionalidade,
o que os legitimados a proporem ações
de *habeas corpus* e mandado de segurança
perante o STF demandam daquela Corte é
uma declaração da inconstitucionalidade
de eventuais atos praticados por membros
de CPIs.

Enfim, o significado de tal abertura do
Supremo perante a sociedade e de suas
decisões relacionadas ao funcionamento
das CPIs remete à noção de soberania com-
plexa e suas repercussões sobre o exercício
da cidadania nas sociedades democráticas
contemporâneas.

“... essa complexidade se faria pre-
sente pelo fenômeno emergente da
pluralidade das formas expressivas
da soberania [...]. Paralelamente,
verifica-se que a pluralização da
soberania tem coincidido com a am-
pliação dos níveis de representação,
que passam a compreender, além dos
representantes do povo por desig-
nação eleitoral, os que falam, agem
e decidem em seu nome, como a
magistratura e as diversas instâncias
legitimadas pela lei a fim de exercer

sos de competência do Supremo Tribunal Federal. §
2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão
de medida para tornar efetiva norma constitucional,
será dada ciência ao Poder competente para a adoção
das providências necessárias e, em se tratando de
órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. §
3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a
inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato
normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral
da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”
(BRASIL, 2009a, art. 103).

funções de regulação” (VIANNA;
BURGOS, 2002, p. 371).

Portanto, diante de lesão ou ameaça de
lesão de um direito que lhe é assegurado
pelo texto constitucional, o cidadão que
representa contra membro de CPI perante
o Supremo Tribunal Federal participa de
um processo de procedimentalização da
aplicação do direito que, para além das ins-
tituições representativas de cunho eleitoral,
permite-lhe fazer-se representado em âmbi-
to judicial em defesa de seus direitos.

Siglas

ACO - Ação Cível Originária
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
CR - Constituição da República
CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito
DJ - Diário da Justiça
HC - *Habeas Corpus*
MS - Mandado de Segurança
RE - Recurso Extraordinário
RDA - Revista de Direito Administrativo
RHC - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência
STF - Supremo Tribunal Federal

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Minis-
tério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista
Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p.
83-102, fev. 1999.

BARBOSA, Rui. Oração perante o Supremo Tribunal
Federal. 1892. Disponível em: <[http://pensadoresbrasileiros/
RuiBarbosa/oracao_perante_o_stf.html](http://pensadoresbrasileiros.home.comcast.net/~pensadoresbrasileiros/RuiBarbosa/oracao_perante_o_stf.html)>. Acesso
em: 23 set. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional e
a constitucionalização do direito*. TV Justiça, Aula Magna.
21 fev. 2009. Disponível em: <[http://www.tvjustica.
jus.br/videos/AULA_MAGNA_Luis_Roberto_
Barroso_21_02_09.wmv](http://www.tvjustica.jus.br/videos/AULA_MAGNA_Luis_Roberto_Barroso_21_02_09.wmv)>. Acesso em: 03 out. 2009.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legiti-
midade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos
Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p.127-150, 2004.

- BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2009a.
- _____. Regimento Comum do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/>>. Acesso em: 10 maio 2009b.
- _____. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarTextoAtualizado?idNorma=320110>>. Acesso em: 10 maio 2009c.
- _____. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/>>. Acesso em: 10 maio 2009d.
- _____. Lei nº 1.579 de 18.03.1952. Diário Oficial da União: 21 mar. 1952.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 maio 2009e.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Julgamentos Históricos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=principalStf>>. Acesso em: 10 maio 2009f.
- CALCAGNOTTO, Gilberto. Comissões parlamentares de inquérito no Brasil e na Alemanha: semelhanças e diferenças. In: LLANOS M.; MUSTAPIC, A. M. (Orgs.). *Controle parlamentar na Alemanha, na Argentina e no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CARVALHO, Kátia. de. *Funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito na Câmara dos Deputados*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2004.
- CASAGRANDE, Cássio. *Ministério público e a judicialização da política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- COTTA, Maurício. Verbete Parlamento. In: BOBBIO, N. et al. *Dicionário de Política*. Editora Universidade de Brasília, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- DI FEDERICO, Giuseppe. Italy: a peculiar case. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York/ London: New York University Press, 1995.
- DREWRY, Gavin. Political institutions: legal perspectives. In: GOODIN, R. E.; KLINGMANN, H-D. (Eds.). *A New Handbook of Political Science*. Oxford University Press, 1996.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Instituições e política no controle do executivo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.44, n. 4, p. 689-727, 2001.
- GIBSON, James L. Judicial institutions. In: RHODES, R.A.W., BINDER S. A.; ROCKMAN, B. A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Political Science - Political Institutions*. Oxford University Press, 2006.
- GUARNIERI, Carlo. Judicial independence and policy-making in Italy. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York/ London: New York University Press, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAMILTON, A. *O federalista*. cap. LXXVIII. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.
- MADISON, James. *O federalista*. cap. XLVII. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35 n. 138, p. 65-73, abr./ jun. 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- _____. Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37 n. 146, p. 281-289, abr./ jun. 2000.
- OLIVETTI, Nino. Verbete processo legislativo. In: BOBBIO, N. et al. *Dicionário de política*. Editora Universidade de Brasília, 1992.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 05 maio 2009.

- PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público perante os poderes judiciário, executivo e legislativo. Análise de sua posição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 159, p. 199-217, jul./ set. 2003.
- ROCHA, Marta Mendes da; BARBOSA, Cássio Felipe. Regras, incentivos e comportamento: as comissões parlamentares nos países do cone sul. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, número suplementar, p. 93-104, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- SHANE, P. M. Analyzing constitutions. In: RHODES, R.A.W.; BINDER S. A.; ROCKMAN, B. A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Political Science - Political Institutions*. Oxford University Press, 2006.
- SILVA, Cátia Aída. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n.45, p. 127-144, fev. 2001.
- TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York/ London: New York University Press, 1995.
- TOCQUEVILLE, Alexander. *Democracy in America*. 1997. Disponível em: <http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_indx.html>. Acesso em: 28 set. 2009.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) n. 137; 2 L. ed. 60, 1803. Disponível em: <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2009.
- VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York/ London: New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck. Apresentação. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- _____; BURGOS, M. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ____ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 70-77. mar./ abr./ maio. 1994.

Ensaio sobre a inelegibilidade

Guilherme Fernandes Neto

Sumário

I. Esclarecimento preambular. 1. Teoria geral dos sistemas – princípios jurídicos e presunções. 2. A natureza *juris tantum* da presunção de não-culpabilidade e seus limites imanentes. II. Princípios jurídicos fundamentais do Direito Eleitoral. 1. Princípio da exigência da vida progressa. 2. O princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato. 3. Princípio da proibição da influência do poder econômico. 4. O princípio da confiança. III. As normas restritivas e a perda dos direitos políticos. 1. A perda do mandato. IV. As ações de dissolução como óbice à elegibilidade. V. Conclusões.

I. Esclarecimento preambular

A Constituição Federal, no artigo 14, § 9º, ao dispor que a Lei Complementar estabelecerá “outros casos de inelegibilidade e os prazos e sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a *moralidade* para o exercício do mandato, considerada a *vida progressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra *influência do poder econômico (...)*”, evidentemente exigiu do candidato muito mais do que a simples primariedade penal.

Ao tratar da culpabilidade, a Carta Magna, ademais, não adotou as fórmulas tradicionais da presunção de inocência, preconizadas nas Declarações dos Direitos

Guilherme Fernandes Neto é Professor Doutor da Faculdade de Direito da UnB, pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP.

Humanos, de 1798 e 1948, mas, seguindo a dicção da Constituição da Itália¹, adotou redação diversa, da qual exsurtem limitações iminentes à presunção de não-culpabilidade – também denominada presunção de inocência –, destinada ao sistema jurídico do Direito Penal e Processual Penal, não podendo ser invocada, *ipso facto*, no sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral.

O Direito é um complexo sistema de sistemas e cada sistema possui sua principiologia própria (FERNANDES NETO, 2004, p. 25 e ss.).

Assim, exsurge a importância e constitucionalidade² do art. 1º, I, “i”, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, ao declarar inelegíveis “os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de *processo de liquidação judicial ou extrajudicial*, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”.

A inteligência da citada alínea, da Lei de Inelegibilidade – LI, exsurge, *ipso facto*, de sua coerência com o sistema jurídico do Direito Eleitoral e com a restrição constitucional dos direitos políticos, valendo lembrar, ademais, que a redação mencionada é a mesma da alínea “o”, do inciso I, do art. 1º, da revogada Lei Complementar

nº 5, de 29 de abril de 1970, diploma que, de acordo com Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, estabelecia os casos de inelegibilidades.

Assim, no que tange às ações de liquidação, a LI manteve a mesma dicção do diploma que anteriormente regulamentava os casos de inelegibilidades, exsurto aliteração significativa quanto às ações penais, quando, àquela época, bastava o recebimento da denúncia pela autoridade judiciária competente – pertinente aos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 da revogada Lei Complementar [arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feita com motivação falsa, ou graciosamente, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro] –, considerando os réus inelegíveis enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados.

1. Teoria geral dos sistemas – princípios jurídicos e presunções

Inicialmente, como etapa lógica, cabe adentrarmos, ainda que de forma perfuntória, na teoria dos princípios e no trabalho de conceituar hodiernamente o que vem a ser um princípio de direito e as concepções das presunções em Direito admitidas.

Ao estudante do direito podem surgir dúvidas quanto aos princípios, mesmo porque as conceituações se alteram conforme a corrente a que aderiu o autor, ou mesmo a influência por ele recebida pelas escolas do direito natural, do positivismo e do moderno neopositivismo.³

No direito natural, visualizavam-se os princípios de direito basicamente como

¹ Assim, ademais, soa o artigo 27 da Constituição Italiana, de 1º de junho de 1948: “Art. 27 – La responsabilità penale è personale. L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.” (Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009); detectando a indevida incursão da Carta Magna em matérias que, a priori, deveriam ser infraconstitucionais, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 262 e ss.), com precisão, leciona que diversas regras do artigo 5º, sobre a matéria penal, deveriam ter sido relegadas ao Código Penal e ao Código de Processo Penal; a presunção de não-culpabilidade, evidentemente, está entre elas.

² A constitucionalidade do art. 1º, I, “i”, da LC 64/90, já foi, ademais, constatada pelo TSE no Recurso especial eleitoral nº 22739, DJ. 01/10/2004, tendo como Relator o Min. Humberto Gomes de Barros.

³ Outra denominação, talvez melhor, pertinente ao movimento, cujo melhor expoente é Dworkin, é escola *neo-analítica*. Sobre o assunto, v. Miguel Beltrán (1989, p. 40). Sobre essa concepção, v. também Guilherme Fernandes Neto (1996).

axiomas jurídicos – um dos obstáculos à utilização e conceituação dos princípios como norma e da análise de seu caráter normativo. No positivismo, avesso à utilização de valores, concebia-se o aspecto informativo dos princípios básicos, gerais ou fundamentais do direito, enquanto no chamado neopositivismo, pós-positivismo ou escola neo-analítica, conceitua-se a norma como gênero, por consequência, suas espécies são os princípios e as regras. Assim, tanto as regras como os princípios possuem um caráter normativo.⁴ No avanço da análise da teoria dos princípios, evoluiu assim a doutrina nas conceituações, visualizando-se, hoje, dicotomia na principiologia, que se consubstancia, por exemplo, na divisão em princípios informativos e princípios normativos (CANOTILHO, 1993, p. 384), em princípios informativos e princípios fundamentais,⁵ e ainda, em princípios abertos e princípios com forma de proposição jurídica.⁶

Os princípios, não se pode olvidar, regulam sempre a interpretação e principalmente a integração de lacunas, nada obstante seu caráter jurídico-diretivo, mediante o qual se pode obter diretamente uma regra aplicável.⁷

Princípio básico, a nosso ver, é a base normativa sobre a qual se assentam as regras postas. É a gênese, o início, o lastro

⁴ Sobre a evolução do conceito de princípio, impõe-se analisar Paulo Bonavides (1994, p. 228-254), em seu *Curso de Direito Constitucional*, em que faz preciosa análise sobre a juridicidade dos princípios e sobre suas fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

⁵ Sobre princípios, v. *Princípios fundamentais* – teoria geral, p. 120 e ss. e *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 21 e ss., ambos de Nelson Nery Júnior.

⁶ É a divisão conceitual proposta por Karl Larenz (1989, p. 589).

⁷ Nesse sentido, Larenz (1989, p. 583, 584), quando ao final ainda conclui que, se o princípio aplica-se de forma imediata, é *lex* e não somente *ratio legis*, referindo-se aos princípios por ele denominados de *princípios com forma de proposição jurídica*, os quais entendemos aqui como os princípios básicos, gerais ou fundamentais, que se contrapõem aos abertos ou informativos.

do Direito. Tem caráter normativo e as regras de direito devem ser aplicadas em sua conformidade; em havendo lacuna, aplica-se pura e simplesmente o princípio de direito pertinente.⁸ Em sendo os princípios constitucionais, tornam-se a base de todo o sistema de normas.⁹

Os princípios de direito são considerados como fonte, como “freio dos fenômenos sociais repreensíveis” (ARISTÓTELES apud DINIZ, 1989, p. 213); alguns dos princípios a seguir mencionados são explícitos como o princípio da exigência da vida pregressa; outros, implícitos, cuja investigação dá-se por indução (DINIZ, 1989, p. 235) e pela análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica¹⁰ – que, interligados, objetivam a justiça e a harmonização das relações.

Os princípios gerais (ou básicos), em uma definição que merece ser destacada, são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”;¹¹ assim, “quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica” (BONAVIDES, 1994, p. 259). Esse novo posicionamento – a saber, a conceituação dos princípios como direito – é atribuído ao precursor Dworkin, cujo movimento, iniciado por seus estudos, é

⁸ “Princípio” – assevera F. de Clemente (apud BONAVIDES, 1994, p. 229) – “é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

⁹ Conferir, Paulo Bonavides (1994, p. 231, 237). Posteriormente, o autor, de forma correta, diz que as novas conceituações e a jurisprudência de Cortes Constitucionais denotam tendência irreversível à valorização e eficácia dos princípios como normas-chave do sistema jurídico.

¹⁰ Neste sentido, Emílio Betti (1949, p. 205, 207, 210, 212) (apud DINIZ, 1989, p. 239) – assevera que os princípios gerais “devem ser concebidos não já como o resultado, perquerido a posteriori, por um ávido procedimento de sucessivas abstrações e generalizações, mas como sumos valores normativos, princípios e critérios axiológicos que constituem o fundamento da ordem jurídica e que possuem uma função genética com respeito às normas particulares”.

¹¹ É a definição de Norberto Bobbio, v. *Teoria dell'ordinamento giurídico*, Turim, Giappichelli, s/d, p. 181/182, apud Paulo Bonavides (1994, p. 236).

denominado por Bonavides (1994, p. 238) de “reviravolta antipositivista”.¹²

Para a interpretação de qualquer norma, deve o intérprete – na tentativa de amoldar a lei ao caso concreto, ou mesmo de suprir eventuais lacunas do texto legal – recorrer não somente às regras de hermenêutica, mas, inicialmente, aos denominados princípios monovalentes, que se referem a uma determinada ciência, e posteriormente, se for o caso, aos princípios gerais do direito.¹³

O hermeneuta deve, assim, utilizar-se dos princípios básicos do Direito Eleitoral, sendo ou não a regra deficiente – entendendo-se por direito deficiente as lacunas e as incorreções.¹⁴

O Código Eleitoral criou um sistema próprio, com subsistemas que lhe dão suporte – *v.g.*, o subsistema pertinente a inelegibilidade –, lastreados em princípios que socorrem o estudioso na exegese e na integração das normas eleitorais. Tais princípios são lastros teóricos do Direito Eleitoral.

Na positivação da inelegibilidade, criou o legislador um subsistema próprio, com principiologia própria.

O subsistema da inelegibilidade – no Direito Eleitoral – foi criado com a utilização ordenada de conceitos, *v.g.*, o de “processo judicial de liquidação”, em harmonia com

¹² Na continuação de seus estudos, Bonavides (1994, p. 242), analisando os princípios normativos, acompanhando o jurista germânico Esser, leciona que “(...) os princípios normativos são apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida em que se incorporam numa instituição e só assim logram eficácia positiva”.

¹³ Sobre a concepção de princípios acima exposta, v. Guilherme Fernandes Neto, *O abuso do direito no CDC – cláusulas, práticas e publicidades abusivas*, Brasília Jurídica, 1999.

¹⁴ Sobre o denominado “Direito deficiente”, v. Karl Engisch (1988, p. 275), em que analisa as duas formas de deficiência, a saber, as lacunas e as incorreções, e adentra nas dificuldades de distinção entre o preenchimento da lacuna e a hipótese de “correção” da lei. Conceituando, Engisch (1988, p. 270, 280) esclarece: “As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário),

os princípios do Direito Eleitoral, de gênese constitucional (princípios da exigência de vida pgressa, da proteção da moralidade para o exercício do mandato, da proibição da influência do poder econômico e do princípio da confiança). Aí está a importância da análise dos princípios constitucionais referentes ao Direito Eleitoral, pois de seu estudo e da sua unidade apreendem-se os pequenos sistemas ou subsistemas.

Amolda-se, assim, o conjunto dos conceitos pertinentes à inelegibilidade, as principais características trazidas pelos estudiosos para a conceituação ou definição de sistema; nesse raciocínio, vemos a lição de Kant sobre sistema, segundo o qual, este se consubstancia em “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”, podendo-se ainda somar, com razão, os elementos trazidos por Wilhelm Canaris – para a configuração de sistema –, a saber, a unidade e a ordenação, que, ademais, caracterizam o subsistema da inelegibilidade (CANARIS, 1996, p. 10).

Princípio diverge, assim, de presunção.

Nada obstante a presunção de inocência, hodiernamente, vem sendo concebida como princípio esculpido no inciso LVII, do art. 5º, da CF, mas, equivocadamente, é invocada por alguns como se fosse um direito absoluto ou, mesmo, uma presunção *iure et iure*, não sendo assim ocioso mencionar que a presunção de inocência não é nem uma coisa, nem outra.

Talvez desnecessário mencionar que inexistente direito absoluto.

Se o direito à vida não é absoluto, um princípio não pode sê-lo e a presunção de não-culpabilidade – sem muita precisão

apreensíveis como faltas e falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora”. Posteriormente, resumindo, conclui que as lacunas podem ser involuntárias e voluntárias, ou seja, analisa a hipótese em que o legislador, de forma proposital, deixa uma questão jurídica “em aberto”, não se referindo, entretanto, aos casos de utilização de conceitos vagos.

denominada de presunção de inocência –, evidentemente não o é.

A Declaração Universal da ONU, em seu art. 11-1, dispõe que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser *presumida* inocente até que a sua culpabilidade tenha sido *provada de acordo com a lei*, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”¹⁵.

Assim, a Declaração Universal da ONU, de 1948, já não concebia a presunção de inocência como princípio, mas como direito, condicionando-o aos limites legais de cada ordenamento jurídico, evidenciando, *ab initio*, a relatividade de tal preceito. Essa dicção, como já se disse, não foi adotada pela nossa Constituição Federal, que optou por limitar a presunção ao processo penal, e pode, ademais, ser mais precisamente denominada de *presunção de não-culpabilidade*, como se passa a aduzir.

2. A natureza juris tantum da presunção de não-culpabilidade e seus limites imanescentes

O citado art. 5º, LVII, da CF, dispõe que “ninguém será *considerado culpado* até o trânsito em julgado de *sentença penal condenatória*”; da dicção do mandamento constitucional, pode-se, *ab initio*, extrair duas conclusões evidentes: a primeira, que impede a presunção de culpabilidade (e não a presunção de inocência, propriamente dita); a segunda, que o ditame refere-se especificamente aos sistemas jurídicos do Direito Penal e Processual Penal, não afetando, *ipso facto*, outros subsistemas jurídicos, *v.g.*, o Direito Eleitoral.

Nada obstante, mesmo na seara do Direito Penal, a relatividade da presunção de não-culpabilidade já foi esposada pela Suprema Corte em diversas ocasiões¹⁶,

¹⁵ Disponível no site do Ministério da Justiça: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 7 set. 2009.

¹⁶ Sobre o tema, v. Ronaldo Poletti (2009, p. 70 e ss.), bem como Renato Barão Varalda (2007).

tendo sido, *v.g.*, mitigada pelo STF ao não considerar a presunção um óbice à constrição do *status libertatis* de condenado¹⁷; o STJ, de forma semelhante, na Súmula nº 9 (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”).

Se isso não fosse suficiente para demonstrar a relatividade e os limites da presunção de não-culpabilidade, resta lembrar que, tendo o ordenamento jurídico criado um sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral, deve-se dar preferência, para interpretá-lo, em utilizar seus princípios monovalentes, não havendo que se invocar suposta afronta à presunção constitucional de não-culpabilidade para tal sistema jurídico.

Se o legislador de 1988 limitou a presunção de não-culpabilidade ao processo penal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de *sentença PENAL condenatória*”), não deve o intérprete estendê-lo a outros sistemas jurídicos, *v.g.*, para o Direito Eleitoral, especialmente porque este busca a tutela da Democracia, com principiologia própria, enquanto o Direito Penal e seus princípios monovalentes buscam tornar viável a *persecutio criminis*, mediante proteção aos direitos individuais.

Qual a teleologia do legislador de 1988 ao trazer a presunção de não-culpabilidade? Impedir a invocação da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Penal. Não pode, assim, tal presunção sequer ser usada para impedir o recrudescimento de pena, em face do apontamento de diversas ações penais em desfavor de réu¹⁸ ou para

¹⁷ Nesse sentido: HC 85249/BA, Rel. Min. Celso de Mello, J. 22/03/2005, nestes termos: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a efetivação da prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu, eis que, em tal hipótese, a privação da liberdade do sentenciado – por revestir-se de cautelaridade – não importa em execução definitiva da *sanctio juris*”.

¹⁸ Sobre o tema, a Suprema corte já se manifestou reconhecendo tão-somente a repercussão geral da matéria, em face de RE interposto, recentemente,

impedir a prisão cautelar, se presentes os seus pressupostos.

Nada obstante o STF ter fragilizado sobremaneira o sistema persecutório ao entender “que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade”¹⁹ – e, a *fortiori*, que o não exaurimento impede a execução provisória da pena, ainda que o recurso não possua efeito suspensivo (*sic!*)²⁰ – aceita, todavia, a segregação cautelar, se presentes os respectivos pressupostos, conforme anteriormente mencionado.²¹

Tal presunção, assim, de forma evidente, é *juris tantum* e destinada exclusivamente ao Direito Penal e Processo Penal, não se referindo a outros sistemas jurídicos (referentes *v.g.* ao Direito do Consumidor, Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho, Eleitoral etc.), sendo que as restrições aos direitos políticos, pela Lei de Inelegibilidade, tem gênese constitucional, amoldam-se, *ipso facto*, constitucionalmente à estrutura das normas restritivas.

II. Princípios jurídicos fundamentais do Direito Eleitoral

1. Princípio da exigência da vida progressa

“A Chefia do Poder Executivo e a investidura no Legislativo devem ser privativas de homens limpos, homens de reputação ilibada, em relação aos quais a cidadania não mantenha justificadas suspeitas” (PINTO, 2008, p. 85).

Djalma Pinto (2008, p. 87), com precisão, detectou o *princípio da exigência da vida*

pelo Ministério Público de Santa Catarina (cf. RE 593818 RG/SC – Santa Catarina, Repercussão geral no recurso extraordinário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 26/02/2009), com parecer favorável da PGR, encontrando-se conclusos com o relator.

¹⁹ HC 84.078.

²⁰ HC 96186/AC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 31/03/2009.

²¹ V. também: HC 97143 / SP, Rel. Min. Carlos Brito, J. 23/06/2009; HC 96795/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, J. 02/06/2009.

progressa como princípio basilar do Direito Eleitoral.

Com efeito.

O princípio da exigência da vida progressa é um princípio constitucional estruturante do Direito Eleitoral, possui força normativa e a interpretação das normas eleitorais devem ser efetuadas segundo esse princípio.

O princípio da vida progressa é um princípio básico, monovalente e estruturante do sistema jurídico do Direito Eleitoral, possui força normativa e deve ser invocado em caso de lacuna ou incorreção da norma.

O princípio da vida progressa é um princípio fundamental do sistema jurídico do Direito Eleitoral, com lastro constitucional.

O princípio da exigência da vida progressa foi explicitado no art. 14, 9º, da Constituição Federal, quando a Carta Magna dispôs que a lei complementar estabelecerá “outros casos de inelegibilidade”, a fim de “proteger a *probidade* administrativa, a *moralidade* para o exercício do mandato, considerada a *vida progressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico...”.

Ou seja, a vida progressa deve ensejar análise da probidade e da moralidade. Devendo a análise da vida progressa ser efetuada pelo “órgão jurisdicional competente para o deferimento do pedido de registro de candidatos (TSE, TRE’s e juízes eleitorais)”, verificando se a vida progressa é “ilibada” (RAMAYANA, 2008, p. 67).

Em que pese a Lei Complementar nº 64/90 ter sido tímida quanto aos aspectos da probidade e moralidade no que tange a vida progressa – mesmo porque a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, que impôs, explicitamente, tal análise, é de 1994 – exigiu, mesmo assim, o trânsito em julgado tão-somente para as ações penais, no artigo 1º, I, alínea “e”²² e para as condenações pe-

²² O citado dispositivo esclarece também que são inelegíveis: “os que forem condenados criminalmen-

las cortes de contas pela alínea “g”²³, não o fazendo para as ações de liquidação judicial ou para a liquidação extrajudicial, impedindo o cidadão de postular candidatura durante a tramitação do processo, sendo assim, inelegíveis “os que em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo ou objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”.

A alínea “i”, do inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar Federal nº 64/90, com evidente adequação à Emenda Constitucional nº 4/94, seguiu, ademais, a mesma dicção imposta há muito pela revogada Lei Complementar Federal nº 5/70.

2. O princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato

Como já dissemos, a Constituição no art. 14, 9º, impôs que a lei complementar defenda a “moralidade para o exercício do mandato”, devendo, para tanto, considerar a vida progressiva e a legitimidade da eleição contra a influência do poder econômico²⁴.

te, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena”.

²³ Assim soa o dispositivo: “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

²⁴ Eis, ademais, a completa redação do citado § 9º: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressiva do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Assim, devemos interpretar o art. 1º, I, “i”, da Lei de Inelegibilidade, em função do citado art. 14, § 9º, em especial no que tange aos inelegíveis que foram diretores, administradores ou representantes legais de empresas que estão em “*processo de liquidação judicial ou extrajudicial*”.

Poderia o processo de liquidação judicial proteger a moralidade? Resposta afirmativa impende, em especial da ação de dissolução prevista no art. 655, do Decreto-lei nº 1.608/39, que impõe ao Ministério Público ajuizar ações contra empresas que praticam atos “ilícitos e imorais”.

Evidentemente o legislador da LI, ao tratar do “*processo de liquidação judicial ou extrajudicial*”, disse menos do que queria (*dixit minus quam voluit*), ao elencar as empresas de crédito, financiamento ou seguro; assim o fez, evidentemente, em *numeros apertus*, por ser a hipótese mais usual, à época.

Seria ilógico, interpretando a partir da Constituição, que o legislador omitiria justamente as hipóteses de ações de dissolução e liquidação de empresas outras que praticaram atos ilícitos e imorais, nos termos dos artigos 655 a 674, do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, em vigor por força do art. 1218, do CPC.

Mais ilógico ainda seria conceber que, elencando apenas diminuta parcela das empresas não sujeitas à recuperação judicial (crédito, financiamento e seguro), teria a intenção de excluir das demais sujeitas a regime especial de intervenção e liquidação (Arrendamento Mercantil ou Leasing, Associação de Poupança e Empréstimo, Bancos Comerciais, de Desenvolvimento, Bancos Múltiplos, Bancos de Investimento, Sociedades Corretoras de Câmbio, de Capitalização, Consórcios²⁵ etc.)²⁶

²⁵ O TSE, ademais, vale lembrar, já aplicou o citado art. 1º, I, “i”, analogicamente, aos administradores de consórcios (cf. Recurso especial eleitoral 16447, DJ. 5/09/2000, Rel. designado Min. Maurício José Corrêa).

²⁶ Fávila Ribeiro (1988, p. 200), ademais, referindo-se à antiga letra “o”, da revogada lei de inelegibilidade, trata as empresas em questão como “organizações

Ademais, soa o artigo 655, do CPC de 1939: “A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei ou no contrato social, poderá ser declarada, a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial”.

O art. 670, do citado CPC, por sua vez, assim ainda dispõe: “A sociedade civil com personalidade jurídica, que *promover atividade ilícita ou imoral*, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”. Dessa forma, evidentemente, as ações de dissolução de quaisquer sociedades civis e mercantis são açambarcadas pelo art. 1º, I, alínea “i”, da LC 64/90.

3. Princípio da proibição da influência do poder econômico

A Carta Magna, ao impor a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, positivou tal princípio, lastro do Direito Eleitoral e, em especial, do subsistema de inelegibilidade.

Ao subtrair dos réus de ações de dissolução a capacidade política passiva, pelo art. 1º, I, alínea “i”, da LI, coíbe, *ipso facto*, o abuso do poder econômico.

Dissolução é o “processo de extinção da pessoa jurídica” (MARTINS, 1990, p. 323), é a “*vida in extremis*” da pessoa jurídica que continua para que se proceda a liquidação (BORGES, 1964, p. 474-475). A dissolução, vale lembrar, já era regulamentada pelos artigos 335 e seguintes do vetusto Código Comercial de 1850 e a liquidação a partir de seu artigo 344, já revogados; hoje, dissolução e liquidação vêm, também, proximamente disciplinadas nos artigos 51, 996, 1.026, 1.033 e s., entre outros, do atual Código Civil.

O Código Civil vigente, não é ocioso mencionar, traz nova hipótese de dissolução de qualquer sociedade no art. 1.034, que

financeiras ou securitárias”, podendo-se entender que utilizou a expressão em sentido lato.

assim: “A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade.”

Cabe, ademais, ao Ministério Público dissolver judicialmente as sociedades não somente se ocorrer a hipótese do inciso V, do art. 1.033, do Código Civil, mas, diante do citado art. 670, do CPC de 1939, haja vista a compatibilidade da defesa dos interesses metaindividuais com a dissolução – e a consequente liquidação – de uma sociedade que pratica atos ilícitos.

Assim, o processo de dissolução e a respectiva liquidação judicial não são tão somente os impostos pelo juízo falimentar, em face da insolvência.

O instituto da falência, da liquidação extrajudicial e da intervenção surgiram paralelamente.²⁷ A intervenção é uma “medida administrativa de natureza cautelar” (REQUIÃO, 1983, p. 177), enquanto liquidação extrajudicial é também denominada de liquidação coacta administrativa ou liquidação forçada (assim denominadas, ademais, desde o vetusto Decreto 3.309, de 20 de setembro de 1864).

A “liquidação” de que trata a Lei de Inelegibilidade deve ser entendida em seu sentido adequado, a saber, como fase do processo de dissolução, açambarcando: I) as liquidações judiciais, a saber: 1) as liquidações impostas pelo regime falimentar (Lei Federal 11.101/05 – valendo mencionar, ademais, que o Tribunal Superior Eleitoral – TSE já incluiu a falência entre as hipóteses causadoras de inelegibilidade²⁸); 2) as liquidações impostas às pessoas jurídicas excluídas da Lei Falimentar – LF (nos termos do art. 2º, da LF, a saber, as empresas públicas, sociedades de economia mistas,

²⁷ Sobre o surgimento dos institutos, v. Rubens Requião (1983, p. 176).

²⁸ Cf. Recurso Especial Eleitoral nº 34.115, Rel. Min. Arnaldo Versiani, em que pese ter limitado, sem razão, ao “causador do estado falimentar”, DJ. 17/12/2008.

instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores²⁹); 3) as liquidações impostas pelas ações de dissolução previstas no Decreto-lei nº 41, de 18 de novembro de 1966 (dissolução de sociedades civis sem fins lucrativos) e 4) as ações para dissolução e liquidação previstas no art. 670, do CPC de 1939; e II) as liquidações extrajudiciais de instituições financeiras e empresas equiparadas, *v.g.* consórcios entre diversas outras já atrás mencionadas.

Tratando-se de falido, ficará inelegível “até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181”, da Lei Falimentar.

O processo de liquidação extrajudicial, todavia, tem suas peculiaridades; decretado pela autarquia (*v.g.*, pelo Banco Central), aguarda-se a elaboração do relatório do interventor e a conclusão do inquérito por parte da Diretoria de Liquidações do Bacen; concluindo pela necessidade da decretação da quebra, é o inquérito remetido à Justiça comum, que, por sua vez, dá vistas ao Ministério Público, primeiro momento em que o *Parquet* terá ciência, oficialmente, do estado falimentar de empresas não sujeitas à recuperação judicial, *v.g.*, os consórcios.

4. O princípio da confiança

A confiança não é um primado desconhecido por nosso direito.³⁰

A falta de sua concreção deve-se à pouca divulgação e investigação deste preceito, o

²⁹ Podemos incluir entre as empresas sujeitas à intervenção ou liquidação extrajudicial: sociedade corretora de valores e câmbio (Lei nº 6.024/74), companhias de seguro (Decreto-lei nº 73/66), usinas de açúcar (Decreto-lei nº 3.855/41), empresas de distribuição de prêmios (Lei nº 5.768/71), sociedades de capitalização (Decreto nº 22.456/33), sociedades cooperativas (Lei nº 5.764/71) etc. Cf. Requião (1983, p. 177).

³⁰ Sobre o tema, *v.* também Guilherme Fernandes Neto (2004, p. 93 e ss.).

que talvez possa ser imputado ao apogeu do positivismo, infenso a valores, ou à falta de divulgação da *Vertrauestheorie*, bem como de outras teorias estruturadas com lastro no primado da confiança.

No direito alienígena, Francesco Messineo (1952, p. 134) já mencionava o primado da confiança como fim colimado pelo diploma civil italiano, sendo corroborado por Vicente Ráo (1999, p. 172) que ainda aponta o citado Código de 1942 como o que deu início à concepção e utilização dessa regra; a manutenção de mandatos e a ascensão a cargos eletivos também ocorrem por força da confiança. Canotilho (1993, p. 374 e ss.), aliás, perscruta a origem constitucional do princípio da proteção da confiança e sua aplicabilidade na “confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica”³¹.

Assim, o princípio da confiança impõe a proteção à legítima expectativa do cidadão, que é criada pela propaganda eleitoral, objetivando evitar o abuso da confiança do eleitor, para que não seja explorada sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficie de sua credulidade.

O princípio da confiança é princípio fundamental do Direito Eleitoral e monovalente do subsistema da inelegibilidade.

A mensagem propagandística eleitoral deve resguardar a confiança com maior cuidado do que o usual, justamente pela facilidade com que se pode manipular a tenra massa destinatária da mensagem. O princípio da confiança rechaça a possibilidade de veicular mensagens ou imagens ambíguas, que podem gerar estímulos incompatíveis com a moral, com a decência, com a probidade, bem como se contrapõe aos estímulos ocultos, que buscam associações incompatíveis com o menor nível de confiança exigido por aqueles que se utilizam dos meios de comunicação.³²

³¹ Parecer nº 14/82 da Comissão Constitucional de Portugal, apud Canotilho (1993, p. 376-377).

³² Não se adentra no pantanoso terreno da apuração da eficácia dos estímulos subliminares. Tais estímulos, técnicas, quer sejam utilizadas no âmbito da

Coíbe, outrossim, propaganda divulgada por quem é inelegível, chegando o ordenamento jurídico a tipificar tal conduta.

É do princípio da confiança que derivam os princípios da transparência, da identificação da mensagem, da veracidade, da correção do desvio da mensagem. O Direito Eleitoral e o subsistema de inelegibilidade são estruturados sobre a confiança.

III. As normas restritivas e a perda dos direitos políticos

Diz Canotilho (1993, p. 604) que as normas restritivas podem surgir diretamente da constituição, ser estabelecidas por lei ou as restrições podem advir do limites iminentes dos direitos.

A Constituição brasileira limita o exercício do direito político da elegibilidade, no art. 14, § 3º, impondo os requisitos da nacionalidade brasileira (I), alistamento eleitoral (III), domicílio eleitoral na circunscrição (IV), filiação partidária (V), idade mínima conforme o cargo pleiteado (VI) e o *pleno exercício dos direitos políticos* (art. 14, § 3º, II, da CF).

Assim, além das restrições contidas nos parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do citado art. 14, não estando o cidadão no pleno exercício de seus direitos políticos, não pode ser eleito, submeter-se ao sufrágio, atribuindo, ainda, o legislador constitucional, à legislação complementar *outros casos de inelegibilidade* (14, § 9º).

Esses “outros casos de inelegibilidade” devem proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerar a vida progressiva do

propaganda eleitoral ou da publicidade, quer se esteja utilizando o conceito lato ou estrito de subliminar, afrontam de forma incontestada o primado da confiança. Utilizando o conceito de subliminar no sentido lato, pode-se imaginar a propaganda eleitoral camuflada de reportagem, ou um *merchandising eleitoral* afrontando a confiança. Sobre o princípio da confiança no sistema jurídico da Comunicação Social, v. nosso Direito da comunicação social, p. 83 e ss., em especial p. 112 e ss. pertinente aos princípios da propaganda eleitoral.

candidato e coibir, outrossim, a “influência do poder econômico”.

O pleno exercício dos direitos políticos, assim, é condição *sine quo a non*, valendo mencionar que a perda dos direitos políticos implica diversas consequências, tendo o legislador, ademais, tipificado a conduta daquele que, não estando em condições de exercê-los, participa de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda.³³

Por fim, vale mencionar que a inelegibilidade, na escorregadia lição de Tito Costa (2004, p. 124 e ss.), é “matéria de ordem pública”, pelo que pode ser arguida por candidato ou por partido e deve ser arguida pelo Ministério Público (Idem, p. 96).

1. A perda do mandato

A Lei Complementar nº 81, de 13 de abril de 1994, alterou a redação da alínea “b” do inciso I do art. 1º da LI, para elevar de três para oito anos o prazo de inelegibilidade para os parlamentares que perderem o mandato por falta de decoro parlamentar.

Na dicção da LC 81/94, são inelegíveis, por oito anos subsequentes ao término da legislatura, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, bem como por força dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, inclusive para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato.

A dicção da Lei Complementar 81/94 é clara ao dispor que o cidadão é inelegível “durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura”; utilizando o conectivo “e”,

³³ Assim o art. 337, do Código Eleitoral, o qual prevê pena de até seis meses de detenção e multa de 120 dias-multa.

impõe que a contagem comece a partir do término da legislatura para a qual o candidato foi eleito, e não a partir do término de seu respectivo mandato. Se assim fosse não teria utilizado o conectivo “e”, cumulando os dois prazos.

IV. As ações de dissolução como óbice à elegibilidade

“É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade” (SALVAT, 1917; MAXIMILIANO, 1984, p. 165).

Ab initio cabe indagar se seria plausível o legislador declarar inelegíveis “os que, em estabelecimentos de *crédito, financiamento* ou *seguro*, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial –, e excluir, por algum motivo desconhecido, outras empresas que atuam no mercado, tais como consórcios, construtoras, etc., afrontando o sistema jurídico e tratando de forma não científica a inelegibilidade.

Ademais, por que citar empresas de crédito, financiamento e seguro?

A *mens legis* é evidente: primeiro, coibir o uso de empresas que captam recursos e economias populares, para evitar que, alguém, golpeando o mercado, mediante estelionato em massa, obtivesse os necessários recursos para eleger-se; segundo, coibir que o mandato fosse entregue a pessoas que possuam personalidade apta a lesar, simultaneamente, centenas ou milhares de pessoas.

Assim, a interpretação teleológica da norma demonstra que o legislador disse menos do que queria (*dixit minus quam voluit*), pelo que, diante da lacuna deve o intérprete *invocar a analogia, os costumes e os*

princípios gerais do direito (art. 4º, da *Lei de Introdução ao Código Civil*), não se olvidando dos processos hermenêuticos, cabendo o recurso ao processo lógico e sistemático.

Para o processo lógico, impõe-se ao caso a lição de Nicola Coviello, trazido por Carlos Maximiliano (1984, p. 124), para o qual deve o “pensamento prevalecer sobre a letra, a ideia valer mais do que o seu invólucro verbal”, buscar a teleologia da norma, a *mens legis* e não somente a *mens legislatoris*. Mais importante e de mais força que a palavra é a intenção de quem afirma (*prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis*)” (DIGESTO apud MAXIMILIANO, 1984, p. 124).

A teleologia é coibir que o abuso do poder econômico, especialmente quando este foi obtido ou ampliado mediante a espoliação dos consumidores. Por óbvio, à época (1970, quando a primeira lei de inelegibilidade aparentemente limitava as liquidações às empresas de crédito, financiamento ou seguro), não se tinha o conceito de consumidor, muito menos tinha sido promulgado o Código de Defesa do Consumidor – CDC. O legislador objetiva coibir que verba indevidamente obtida mediante a lesão dos consumidores, coletivamente considerados, e que tal fraude ou gestão temerária de uma empresa pudesse facilitar ou propiciar o acesso ao poder.

A época vigia o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que tratava das sociedades anônimas e episodicamente da liquidação em seus artigos 10, 31 e 78, especialmente após o art. 137, sem tratar da liquidação da forma sistemática; parcialmente revogado pela Lei Federal que até o presente regula a liquidação (Lei Federal nº 6.024/74) e retirada do ordenamento jurídico pela lei do anonimato (Lei Federal nº 6.404/76), fica evidenciada que a liquidação, ao tempo da Lei Complementar nº 5/64, cuidava, basicamente, de sociedades anônimas.

Desatando o nó górdio, leciona Maximiliano (1984, p. 126), nestes termos: “As-

sim, o jurista, como todo cultor de ciência relacionada com a vida do homem em comunidade, não poderá fechar os olhos à realidade; acima das frases, dos conceitos, impõem-se, incoercíveis, as necessidades dia a dia renovadas pela coexistência humana, proteiforme, complexa.”

V. Conclusões

1. O Direito é um complexo sistema jurídico formado por outros sistemas, que possuem princípios jurídicos próprios, devendo-se utilizar as presunções e os princípios monovalentes básicos do subsistema pertinente ao Direito Eleitoral, para espancar as dúvidas e suprir as lacunas deste subsistema.

2. A presunção de não-culpabilidade é uma presunção *juris tantum*, assim, sendo relativa admite prova em contrário e possui seus limites iminentes, entre os quais, a sua aplicação exclusiva ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, valendo lembrar que a Suprema Corte aceita sua relativização – mesmo quando invocada no seu respectivo sistema jurídico – impondo, quando necessária a segregação cautelar, não podendo tal presunção ser invocada no âmbito do Direito Eleitoral, que possui princiologia diversa.

3. O sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral possui seus princípios monovalentes, destacando-se os explicitados no artigo 14, § 9º, da Constituição, a saber, o princípio da exigência da vida pregressa, o princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato, o princípio da proibição da influência do poder econômico e o princípio da proteção à confiança.

4. Em havendo deficiências no sistema jurídico – lacunas ou incorreções – pertinente ao Direito Eleitoral, deve o intérprete, no exercício da hermenêutica, buscar a solução nos princípios constitucionais e, em especial, os princípios básicos ou fundamentais pertinentes ao Direito Eleitoral, que possuem sua força normativa.

5. A imposição da consideração da “vida pregressa dos candidatos” foi incluída em razão da redação imposta pela Emenda Constitucional de Revisão nº, 4, de 1994, demonstrando a Constituição evidente tratamento diferenciado dos sistemas jurídicos pertinentes ao Direito Penal e ao Direito Eleitoral e da importância diferenciada dada à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º, da CF).

6. O artigo 1º, I, alínea “i”, da atual Lei de Inelegibilidade (LC 64/90) possui a mesma dicção da revogada alínea “o”, do inciso I, do art. 1º, da vetusta Lei Federal Complementar 5/70, impedindo o surgimento de capacidade política passiva (*ius honorum*), não somente para os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, mas de empresas que obtenham, de qualquer forma, dinheiro no mercado ou sejam passíveis de dissoluções judiciais ou extrajudiciais.

7. O objetivo do art. 1º, I, “i”, seguindo os princípios da confiança, da exigência da vida pregressa e, em especial, da proibição da influência do poder econômico é impossibilitar a alguém que, utilizando-se de pessoa jurídica que atue no mercado, agindo temerária ou fraudulentamente, ou praticando atos ilícitos ou imorais, possa alterar o destino de certames eleitorais.

8. O legislador, ao repetir na alínea “i”, do inciso I, do art. 1º, da LI, a antiga disposição pertinente à inelegibilidade e dispor que são inelegíveis “os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade –, disse menos do que queria (*dixit minus quam voluit*).

9. Não seria lógica a interpretação de que o legislador excluiu outras empresas

financeiras (empresas de *leasing*, consórcios etc.), pelo que as elencou em tipologia exemplificativa, em face da regulamentação do mercado financeiro à época.

10. Liquidação judicial, ademais, é uma fase da ação de dissolução.

11. Assim, a expressão “liquidação”, da LI, deve, *ipso facto*, ser compreendida em sua correta concepção jurídica, como fase do processo dissolutivo, açambarcando: I) as liquidações judiciais, a saber: 1) as liquidações impostas pela decretação da falência (Lei Federal 11.101/05); 2) as liquidações impostas às pessoas jurídicas excluídas da Lei Falimentar – LF (nos termos do art. 2º, da LF, a saber, as empresas públicas, sociedades de economia mistas, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores); 3) as liquidações impostas por ações de dissolução previstas no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966 (dissolução de sociedades civis sem fins lucrativos) e 4) as ações civis públicas para dissolução e liquidação previstas no art. 670, do CPC de 1939, no art. 209, II, da Lei 6.404/76; e II) as liquidações extrajudiciais (de instituições financeiras e empresas equiparadas, *v.g.* consórcios entre diversas outras já atrás mencionadas).

Referências

BARÃO VARALDA, Renato. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación – Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional*. Madri: Civitas, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio: Forense, 1964.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Inelegibilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentadas*. Curitiba: Juruá, 2002.

COSTA, Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 8 ed. [S.I.]: RT, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004.

_____. Ação de improbidade. *Revista do Tribunal Regional Federal – 1.ª Região*, v. 8, n. 4, p. 171-183, out./dez. 1996.

FERREIRA, Waldemar. *Estudos de direito comercial*. São Paulo: Editores Olegário Ribeiro & Cia, 1919.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva.

_____. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 37, p. 41-68, set./dez. 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

POLETTI, Ronaldo. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*, Tomos IV e V, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4 ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

_____. *O Direito e a vida dos direitos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1991. v. 1 e 2.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, 8 ed.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

_____. *Curso de direito falimentar*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

A viabilidade dos terceiros partidos no sistema político dos Estados Unidos

Ricardo José Pereira Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. Definindo terceiros partidos. 3. Barreiras à formação de terceiros partidos viáveis. 3.1. Barreiras institucionais. 3.2. Barreiras não institucionais. 3.3. Explicações fundamentadas na teoria da escolha racional. 3.4. Perspectiva marxista. 4. O Partido Libertário e o Partido Reformista de Ross Perot: diferentes tipos de terceiros partidos. 5. As perspectivas para os terceiros partidos nos Estados Unidos.

1. Introdução

Enquanto os norte-americanos enxergam o sistema bipartidário de competição eleitoral de seu país como característico da plena normalidade na política, a estabilidade daquele sistema de partidos apresenta-se como um fenômeno inusitado para observadores internacionais e para cientistas políticos que adotam a perspectiva comparada em seus estudos. Alguns comparativistas chegam a considerar o sistema bipartidário dos Estados Unidos como um caso singular entre os sistemas partidários ocidentais pela total “ausência de partido socialista ou democrata social com qualquer relevância eleitoral” (MCSWENNEY; ZVESPER, 1991, p. 78).

O predomínio de dois grandes partidos no sistema norte-americano tende a obscurecer a realidade de que dezenas de partidos menores existem e participam em eleições estaduais e nacionais nos Estados Unidos

Ricardo José Pereira Rodrigues é Doutor em Ciência Política pela State University of New York, em Albany. Diretor da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

desde o início do século XIX. Obscurecido também tende a ficar o fato de que o voto para terceiros partidos tem sido registrado em todas as principais eleições realizadas no país, com os partidos menores capturando mais de 5% dos votos em um terço das eleições realizadas para presidente da República desde 1840, segundo dados de 1996 de Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 4).

Por que nenhuma dessas agremiações partidárias de menor porte chegou a ameaçar o sistema bipartidário norte-americano? A história demonstra que os partidos maiores, em um determinado momento, podem, de fato, ser substituídos por outros partidos durante realinhamentos partidários. Entretanto, o caráter bipartidário do sistema nunca foi ameaçado. Por quê? Num país com grandes diferenças geográficas, onde convivem grupos das mais variadas etnias, seria lógico presumir que um sistema partidário com apenas dois partidos não viesse a refletir razoavelmente as aspirações e preocupações das muitas subculturas que ali florescem. Por isso, o lógico seria esperar que existisse no país um sistema multipartidário. Mas esse é claramente um caso no qual expectativas não coincidem com a realidade.

O presente trabalho busca respostas para tais perguntas por meio de um levantamento da literatura dedicada ao estudo de terceiros partidos nos Estados Unidos. Nossa análise enfoca as explicações esboçadas pela literatura a respeito da durabilidade do sistema bipartidário norte-americano, da fragilidade dos desafios representados por terceiros partidos e do surgimento ocasional, em eleições presidenciais nos Estados Unidos, de candidatos relevantes filiados a terceiros partidos.

2. Definindo terceiros partidos

Gillespie (1993, p. 15) define terceiro partido como

“um agregado organizado de líderes, membros e apoiadores que se

auto-intitula um partido, que articula interesses de uma base eleitoral, que faz pressão sobre o sistema político e partidário norte-americano usando métodos eleitorais e/ou políticos e nunca atinge ou não consegue agrupar um contingente sustentável da lealdade de pessoas que compõem o corpo político da nação”.

Para Gillespie, portanto, pouco separa os terceiros partidos dos grupos de pressão. Assim como tais grupos, os terceiros partidos estão melhor posicionados para articular interesses do que para agregá-los. Assim como acontece com os grupos de pressão, o foco dos terceiros partidos tende a ser muito estreito. A diferença entre os terceiros partidos e os grupos de interesse reside no grau de seu envolvimento em disputas eleitorais. Apesar de seu interesse em resultados eleitorais, os grupos de pressão não indicam oficialmente candidatos para cargo eletivo, enquanto é precisamente isso que os terceiros partidos realizam.

Em seu livro clássico sobre partidos e grupos de pressão, V. O. Key (1964, p. 281) classifica os terceiros partidos em dois tipos: os partidos doutrinários de existência contínua e os terceiros partidos de curta duração. O primeiro tipo consiste naqueles “formados para difundir uma doutrina específica... sua longa duração pode ser mais significativa do que sua coloração doutrinária para diferenciá-los de outras agremiações partidárias menores”. Exemplos de partidos desse tipo nos Estados Unidos são o Partido Libertário (Libertarian Party) e o Partido da Proibição (Prohibition Party). De acordo com Gillespie (1993, p. 10), esses partidos apresentam um alto grau de estabilidade e continuidade, mas sua “longevidade resulta mais do compromisso de seus ativistas com a doutrina do partido do que de qualquer esperança genuína de vitória eleitoral”.

Por sua vez, os partidos de curta duração podem ser subdivididos em dois grupos: o daqueles formados por um mo-

vimento de protesto de natureza econômica e o daqueles produzidos por um processo de secessão dentro de um dos principais partidos. Key afirma que muitos dos mais importantes terceiros partidos criados nos Estados Unidos foram oriundos de sério descontentamento com a economia. Esse foi certamente o caso do Partido Populista (Populist Party), nascido da associação entre o movimento de protesto contra a política agrária no oeste do país e o movimento sindical no leste. O partido criado para dar sustentação à candidatura de Ross Perot também pertence a essa categoria.

Key (1964, p. 290,291) cita o Partido Progressista (Progressive Party) e os Dixiecrats como exemplos de terceiros partidos oriundos da secessão de partidos maiores:

“A candidatura de Theodore Roosevelt pelo Partido Progressista em 1912 nasceu das divisões no âmbito da liderança do Partido Republicano. De forma semelhante, em 1948, o Movimento em Prol dos Direitos dos Estados, também chamado de movimento Dixiecrat, originou-se de rebelião de um contingente do Partido Democrata contra a facção dominante do partido”.

Além desses dois tipos, Gillespie (1993, p. 12,13) adiciona uma terceira variedade. Trata-se do partido não nacional. Ele qualifica com este conceito àqueles partidos que, a despeito de exercerem grande influência na política de certas localidades, atuam apenas dentro de suas respectivas áreas de origem. Gillespie usa como exemplo o Partido do Trabalhador Rural de Minnesota (Minnesota Farmer-Labor Party), o qual conquistou o *status* de importante partido no Estado de Minnesota, mas, na perspectiva nacional, nunca deixou de ser um partido nanico e sem expressão.

Uma situação semelhante à dos terceiros partidos, mas que dela se distingue claramente, é a das candidaturas independentes. Um candidato independente, que, não raras vezes, figura nas cédulas de votação

para Presidente da República nos Estados Unidos, é simplesmente um candidato sem partido. Esses candidatos deixam de desfrutar dos benefícios de pertencer a uma legenda partidária, tais como obter identificação ideológica ou usar dos recursos de uma base eleitoral consolidada.

De acordo com Mazmanian (1974, p. 27), a formação de terceiros partidos está intrinsecamente ligada à desordem política. Para ele, “a mais importante pré-condição para o eleitor norte-americano transferir seu voto para candidatos de terceiros partidos é a existência de uma severa crise política”. Mazmanian (1974, p. 66) fundamenta sua afirmação em registros históricos de mais de 150 anos, nos quais fica evidente que terceiros partidos viáveis apenas surgiram no país em períodos de intenso conflito nacional. “Em geral, o voto em candidatos de terceiros partidos apresentou a mesma tendência”.

Hazlett II (1992, p. 26) sugere, ainda, que terceiros partidos também se formam em torno de candidatos célebres e que a maioria das pequenas legendas norte-americanas do século passado tinha essa configuração.

“Teddy Roosevelt, concorrendo pela chapa progressista nas eleições de 1912, recebeu 28% do voto popular. Ele era o coração do Partido Progressista. O partido era, essencialmente, um movimento centrado na personalidade cativante do candidato, podendo mesmo ser visto como um movimento baseado na idolatria ao candidato”.

3. Barreiras à formação de terceiros partidos viáveis

O sistema partidário norte-americano funciona por meio de uma série de mecanismos, tanto institucionais quanto não institucionais, que impedem os terceiros partidos de conquistarem viabilidade. Gillespie (1993, p. 28) chama esses mecanismos de “fatores que ajudam a conduzir os tercei-

ros partidos à margem” do sistema. Além disso, Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 15) acreditam que esses mecanismos constrangedores são tão robustos que “o voto para terceiros partidos apenas se dá nas mais extremas condições”.

A literatura especializada no assunto descreve as barreiras impostas aos terceiros partidos sob vários prismas: do ponto de vista constitucional e legal, da perspectiva cultural e social, da questão ideológica e até da economia do voto.

3.1. Barreiras institucionais

A explicação mais comum para o predomínio dos dois maiores partidos no sistema político dos Estados Unidos é a existência de um sistema eleitoral com base em distritos eleitorais uninominais e na pluralidade de votos. Esse sistema permite a eleição de apenas um candidato por distrito, seja para a Câmara dos Deputados, para o Senado Federal, para as Assembleias estaduais ou até para outros cargos eletivos de nível local, não importando o número de candidatos que concorram a tais cargos. O vitorioso é sempre o indivíduo com o maior número de votos, mesmo que esse número não atinja a maioria absoluta.

Ao contrário do sistema de representação proporcional, no qual uma certa porcentagem minimamente significativa de votos recebida por um dado partido traduz-se em assentos no Poder Legislativo para aquele partido, no sistema distrital uninominal em um único turno, um partido pode receber 20% dos votos em cada estado e, ainda assim, não conquistar um único assento. De acordo com Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 18), esse tipo de arranjo institucional não apenas explica o predomínio do bipartidarismo, “também garante que os terceiros partidos que apareçam terão vida curta”. Quanto tempo pode um terceiro partido sustentar derrotas eleitorais continuadas antes de provocar a desilusão de seus eleitores, que podem, então, facilmente migrar para um dos grandes partidos?

Essa explicação para o predomínio do bipartidarismo nas eleições dos Estados Unidos tem suas raízes teóricas no trabalho do cientista político francês Maurice Duverger (1980, p. 253). Duverger foi um dos primeiros teóricos a postular que um sistema eleitoral com base na pluralidade de votos favoreceria a existência do bipartidarismo. Para ele, pode-se esquematizar seu postulado na seguinte fórmula: o escrutínio majoritário de um só turno tende ao dualismo dos partidos. “De todos os esquemas que se definiram neste livro, este último é, sem dúvida, o que mais se aproxima de uma verdadeira lei sociológica”.

Segundo Riker (1982, p. 761), Duverger ofereceu duas teorias para explicar porque a regra da pluralidade de votos destruiu as chances dos terceiros partidos nos Estados Unidos: um efeito mecânico e um fator psicológico.

“O efeito mecânico dá aos políticos um incentivo a abandonar os partidos que ganham menos do que eles esperavam. Observando os votos desperdiçados e os votos que, apesar de desperdiçados, contribuiriam indiretamente para a vitória dos partidos vistos como as alternativas menos ruins, o fator psicológico dá aos eleitores um incentivo para votar num partido de sua segunda escolha”.

Embora as premissas de Duverger pareçam conter uma explicação válida para o que acontece nos Estados Unidos, elas não podem ser consideradas uma “lei sociológica” universal. Todos os países de língua inglesa fazem eleições distritais com escrutínio majoritário de um só turno, em que se elegem candidatos com uma pluralidade de votos. Entretanto, só nos Estados Unidos encontra-se um sistema bipartidário sem terceiros partidos relevantes. A Grã-Bretanha e a Austrália têm três partidos importantes. O Canadá e a Índia contam, ambos, com sistemas multipartidários.

Uma outra barreira frequentemente citada na literatura é o sistema de seleção

presidencial norte-americano com seu colégio eleitoral. O sistema baseado no colégio eleitoral não favorece os partidos de base regional que apenas poderiam ganhar votos em poucos estados. Isso acontece porque o procedimento de voto no âmbito do colégio eleitoral deflaciona a força dos terceiros partidos e inflaciona a margem dos partidos majoritários. À exceção dos estados do Maine e de Nebraska, as leis estaduais determinam que os votos eleitorais no colégio eleitoral sejam agraciados, em sua totalidade, ao candidato que consiga o maior número de votos populares dentro de cada estado. Um candidato que venha a alcançar o segundo lugar no pleito em determinado estado não recebe sequer um voto desse estado no colégio eleitoral, mesmo que o número de votos populares recebidos tenha sido elevado. Para ter qualquer impacto eleitoral, um partido deve ganhar eleições dentro dos estados. Como resultado, mesmo uma candidatura à presidência de um terceiro partido relevante, como foi o caso da de John Anderson em 1980, que conseguiu mais de 6% da votação popular, não logrou obter um único voto no colégio eleitoral (ROSENSTONE; BEHR; LAZARUS, 1996, p. 17).

Assim, o colégio eleitoral funciona como uma espécie de guardião do sistema bipartidário norte-americano. Como bem coloca Mazmanian (1974, p. 111), o voto direto para presidente eliminaria o caráter de pluralidade, no qual o primeiro candidato em votos pretere todos os demais, e também eliminaria a sistemática sobrerrepresentação dos grandes partidos nacionais. Possivelmente “viabilizaria um maior número de candidaturas de terceiros partidos”.

Ainda figuram como barreiras à viabilidade de terceiros partidos as restrições de acesso às cédulas de votação. De acordo com vários autores, um dos grandes obstáculos enfrentados por partidos minoritários no sistema norte-americano é simplesmente o de conseguir constar da cédula de votação. Hazlett II (1992, p. 38) explica que esse

é um problema surgido no século XX, uma vez que, até a adoção da cédula secreta entre 1888 e 1916, cada partido providenciava para seus eleitores sua própria cédula de votação.

“O aumento no número de cargos eletivos forçou as assembleias legislativas nos estados a colocar limites no número de candidatos, dando aos maiores partidos *status* preferencial, ao mesmo tempo que tornava difícil para os partidos menores fazerem parte das cédulas” (Idem).

Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 19) acreditam que os grandes partidos nacionais desempenharam um papel vital no estabelecimento de restrições de acesso às cédulas estaduais. Para eles, os partidos Democrata e Republicano “construíram um labirinto de complexas regras e procedimentos para dificultar a presença de partidos menores e candidatos independentes nas cédulas para eleições gerais”. Além disso, os candidatos dos grandes partidos têm lugar garantido nas cédulas, nelas aparecendo automaticamente, enquanto os partidos menores são obrigados a apresentar uma petição às autoridades eleitorais estaduais antes de conseguirem incluir seus candidatos nas respectivas cédulas.

Uma vez que não há leis eleitorais unificadas nos Estados Unidos e fica a cargo de cada estado determinar suas próprias regras de acesso às cédulas, os terceiros partidos confrontam-se, de fato, com enormes desvantagens para sequer figurarem nas cédulas em eleições nacionais. Para os terceiros partidos participarem de eleições nacionais, precisam derrubar nada menos que 50 diferentes conjuntos de barreiras burocráticas, um conjunto para cada estado. Essas barreiras incluem os requisitos de prazos diferenciados e números distintos de assinaturas de eleitores, que podem variar de 25 assinaturas, no estado do Tennessee, a 100 mil assinaturas, na Califórnia.

Tais restrições traduzem-se em grande ônus para candidatos de terceiros partidos.

George Wallace, por exemplo, para poder participar das eleições presidenciais de 1968, foi forçado a concorrer com seis diferentes legendas partidárias em diferentes estados. John Anderson, por outro lado, teve que gastar mais da metade de todo o dinheiro arrecadado em sua campanha, como candidato de terceiro partido, para pagar custas legais e despesas relacionadas com petições submetidas aos estados (ROSENSTONE; BEHR; LAZARUS, 1996, p. 24).

Pesquisadores também concordam que as leis de financiamento de campanha apresentam impactos negativos para terceiros partidos. Hazlett II (1992, p. 43) descrevia a lei federal eleitoral norte-americana como um instrumento projetado para restringir a influência do poder econômico no processo eleitoral, mas que, em realidade, tornou-se uma lei voltada à proteção dos grandes partidos. Os dois maiores partidos recebem autorização imediata para o financiamento público nas campanhas presidenciais, enquanto partidos de menor porte só recebem tais recursos após ocorrida a eleição, retroativamente, e segundo alguns critérios estabelecidos pela lei. Esses critérios incluem constar da cédula em pelo menos 10 estados e obter pelo menos 5% do voto popular nacional. Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 26) observam que, dos 148 candidatos de partidos menores que disputaram eleições em mais de um estado desde 1840, apenas 10 se qualificariam para o financiamento público retroativo previsto na lei. Durante as primárias, candidatos vinculados a partidos majoritários recebem recursos federais correspondentes ao que gastaram individualmente, enquanto os candidatos de partidos menores, que não realizam primárias, não têm direito a esses recursos. Para piorar a situação, mesmo sendo negado aos candidatos de terceiros partidos os benefícios de subsídios pré-eleitorais federais, eles ainda têm que obedecer aos requisitos da lei no que tange à divulgação dos gastos de campanha. Em resumo, a legislação garante que sempre haverá um grande hiato entre

os recursos financeiros disponíveis para os grandes e os terceiros partidos.

Por fim, o acesso aos meios de comunicação constitui a última barreira institucional a ser vencida pelos terceiros partidos para viabilizar suas chances na competição eleitoral nos Estados Unidos. Trata-se de um elemento crucial para qualquer esforço de campanha com pretensões reais no contexto do sistema eleitoral e partidário norte-americano, suprimindo a necessária legitimidade para os candidatos. Se a exposição aos meios de comunicação, por si só, não pode garantir a vitória de um candidato, a falta de exposição certamente garantirá o fracasso da empreitada.

A maioria dos autores que analisam o assunto concorda que os candidatos de terceiros partidos não recebem a cobertura dos meios de comunicação de massa na mesma extensão em que a recebem candidatos dos partidos majoritários. Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 33) afirmam existir uma grande disparidade entre o volume de cobertura dispensado pela mídia aos pequenos e aos grandes partidos.

“Em 1980, os principais jornais e revistas dos Estados Unidos deram a Reagan e a Carter aproximadamente 10 vezes mais cobertura do que a todos os outros 11 candidatos de terceiros partidos juntos. Essa disparidade mostrou-se presente também no noticiário das redes de televisão: entre janeiro e setembro, o noticiário noturno da CBS dedicou 6 horas e 10 minutos de cobertura a Carter, 3 horas e 9 minutos a Reagan e 1 hora e 46 minutos a Anderson”.

Ernest Evans (1988, p. 14) explica que a mídia emprega dois argumentos contra a cobertura de terceiros partidos. “Primeiro, muitos acreditam que os partidos menores são constituídos por malucos e radicais, e, como tal, não merecem uma cobertura digna. Segundo, uma vez que os partidos menores não têm chances reais de ganhar a eleição, eles não merecem a atenção da

mídia". Rosenstone (1996, p. 350) e seus colegas encontraram em seu estudo evidências que corroboram a explicação dada por Evans. Na opinião deles, os candidatos de terceiros partidos recebem pouca atenção dos editores da mídia impressa e televisiva porque esses editores não os consideram relevantes para o pleito. "Quase 2 de cada 3 editores de jornal acreditavam que seus leitores não teriam interesse em candidatos de terceiros partidos em 1980". Ademais, segundo os pesquisadores, a mídia faz mais do que simplesmente ignorar os terceiros partidos. "Às vezes, ela mostra-se flagrantemente hostil para com os candidatos desses partidos" (Idem, p. 36).

O problema que se apresenta com a situação descrita acima é que tanto os candidatos de terceiros partidos quanto o eleitorado, de uma forma geral, são tratados injustamente. A mídia predetermina quem tem chances de ganhar e, ao fazê-lo, impede que o público receba informação sobre todos os candidatos e todas as questões em jogo. Isso, como afirma Hazlett II (1992, p. 46), fecha o ciclo vicioso dos terceiros partidos. "Sem cobertura adequada dos meios de comunicação, eles têm pouca chance de divulgar suas idéias e, como resultado, receber os votos a que fariam jus no dia da eleição".

3.2. Barreiras não institucionais

Além de barreiras institucionais, vários autores sugerem a existência de obstáculos de natureza diversa prevenindo o desenvolvimento de terceiros partidos no sistema partidário dos Estados Unidos. Gillespie (1993, p. 29), por exemplo, postula que a própria cultura norte-americana fortalece um processo de socialização política que alicerça o sistema bipartidário em detrimento de qualquer outra forma de se organizar o sistema partidário. Para ele, os terceiros partidos são vítimas de um processo de socialização que sinaliza, para cada nova geração, que desvios multipartidários do padrão bipartidário são antiamericanos, gerando a lealdade a um dos dois partidos

majoritários ou produzindo uma disposição não partidária.

Da mesma forma, Rosenstone, Behr e Lazarus comentam que os terceiros partidos tornam-se presas dessas atitudes negativas. As pessoas tendem a presumir que os candidatos de terceiros partidos terão um desempenho pobre nas eleições e essa presunção tem todos os requisitos para se tornar uma profecia autorrealizável, porque o apoio do eleitorado fica cada vez mais difícil de se obter.

O eleitorado norte-americano também apresenta a tendência de enxergar o bipartidarismo no país como um arranjo quase sagrado.

"Os candidatos de terceiros partidos são vistos como agitadores, causadores de desarmonia do sistema bipartidário americano. Assim, os partidos menores não estão em pé de igualdade com os partidos Democrata e Republicano; eles devem primeiro estabelecer sua legitimidade – coisa que eleitores não exigem dos grandes partidos" (ROSENSTONE; BEHR; LAZARUS, 1996, p. 39,40).

Hazlett II (1992) adiciona a essas barreiras não institucionais mais um obstáculo de cunho social, que ele chama de a ideia do "voto desperdiçado". Esse conceito, que tem seu paralelo no fator psicológico de Duverger, consiste na prática frequente dos grandes partidos de sublinhar para os eleitores que votar em terceiros partidos que têm pouca ou nenhuma chance de ganhar as eleições é o mesmo que desperdiçar o voto. Enquanto a tática garante lealdade para os grandes partidos, ela tem o propósito secundário de questionar a legitimidade dos partidos menores, que estariam à margem do sistema e seriam liderados por indivíduos sem as necessárias credenciais.

3.3. Explicações fundamentadas na teoria da escolha racional

Há explicações para a falta de viabilidade e de relevância dos terceiros partidos no

sistema partidário norte-americano baseadas em teorias econômicas. Duas dessas explicações podem ser encontradas nas teorias desenvolvidas por Anthony Downs (1999) e por John Aldrich (1995).

A teoria de partidos proposta por Downs (1999, p. 50) centra-se na competição eleitoral. Presumindo que os atores políticos sejam maximizadores de utilidade racionalmente perfeitos e que cada elite partidária tenha como objetivo a manutenção ou captura de cargos eletivos, Downs concebe os partidos como entidades que “formulam políticas a fim de ganhar eleições, e não ganham eleições a fim de formular políticas”.

No modelo bipartidário definido por Downs, os partidos alteram deliberadamente suas plataformas para se assemelhar ao seu oponente, enquanto, no sistema multipartidário, os partidos se empenham em permanecer o mais ideologicamente distintos dos rivais. Além disso, no bipartidarismo, os partidos mantêm suas plataformas indefinidas e ambíguas de forma a encorajar os eleitores a se comportarem irracionalmente. Downs conclui que, para eleger seus candidatos, um partido, nesse modelo bipartidário, deve conseguir mais votos do que qualquer outro partido no sistema.

“Esse arranjo encoraja os partidos que perdem repetidas vezes a se fundirem, de modo a conquistar um total combinado de votos maior do que o total recebido pelo que vence repetidas vezes. Essa amalgamação continua até que cada um dos sobreviventes tenha uma chance razoável de conquistar a maioria dos votos, que é a única maneira de ele ter certeza de obter o poder. Desse modo, o resultado do tipo o vencedor-leva-tudo de uma estrutura eleitoral de pluralidade tende a estreitar o campo a dois partidos concorrentes” (DOWNS 1999, p. 144,145).

Como Downs, Aldrich vê os partidos como um resultado dos esforços de ma-

ximização de utilidade de atores políticos racionais. A diferença entre ele e Downs é que seu modelo de escolha racional é menos rígido, permitindo a interposição do contexto político e de arranjos institucionais nos cálculos racionais de seus atores políticos, e, mais importante, ele conceitua o objetivo de se conquistar um cargo eletivo como apenas um entre muitos objetivos dos membros de partido. Aldrich trabalha, em realidade, com a abordagem conhecida como o novo institucionalismo, dentro da tradição da teoria da escolha racional.

O partido, para Aldrich (1995, p. 4,5), é uma criação de atores políticos. Os políticos criam, mantêm, exploram, reformam ou ignoram os partidos políticos para facilitar a conquista de seus objetivos. Mas, para Aldrich, os partidos também devem ser analisados a partir de sua relação com o eleitorado, com o poder legislativo, com as instituições governamentais, de uma forma geral, assim como em relação ao contexto histórico no qual se inserem.

Em sua análise do bipartidarismo nos Estados Unidos, Aldrich apoia-se no trabalho de Maurice Duverger (1980). Para Aldrich, a razão de os políticos se filiarem a um grande partido, ao invés de se filiarem a um menor, é simples: as chances de eleição são maiores quando se pertence a um partido de grande porte. Como Duverger, ele baseia seu modelo dedutivo na “tese do voto desperdiçado” e na constatação de que é do interesse do partido ser um dos dois maiores partidos. Assim, os partidos buscam recrutar os candidatos mais fortes, e esses, por sua vez, buscam reduzir sua escolha a apenas dois partidos.

Do ponto de vista do eleitor, o comportamento racional traduz-se em evitar “desperdiçar” seu voto. Portanto, a dificuldade de manter um terceiro partido viável no sistema advém do fato de que eleitores confrontados com a antipatia com candidatos dos dois grandes partidos terminarão escolhendo o menos antipático em vez de escolher seu candidato preferido de um

terceiro partido. Os candidatos de terceiros partidos só apresentam bom desempenho quando os candidatos dos dois grandes partidos não oferecem uma alternativa para um segmento substancial do eleitorado.

3.4. *Perspectiva marxista*

O duopólio no sistema partidário norte-americano também tem sido explicado à luz da teoria marxista. Piven e Cloward (1989), por exemplo, estudaram as mudanças e as reformas do sistema partidário como um resultado de esforços concentrados das elites econômicas no sentido de proteger o sistema contra o populismo. McSweeney e Zvesper (1991), por sua vez, estudaram a questão da consciência de classe como um impedimento à ascensão de terceiros partidos viáveis.

Muito embora seu livro não trate de terceiros partidos, a análise feita por Piven e Cloward do aumento da abstenção nas eleições norte-americanas revela, a partir dos registros históricos, muito sobre o enfraquecimento dos partidos de uma única bandeira e sobre o fortalecimento das duas maiores agremiações partidárias do país no decorrer do século XIX. Para eles, o declínio dos partidos pequenos de uma só bandeira, assim como o aumento da abstenção nas urnas, isto é, o declínio do elo entre partidos e eleitorado, está diretamente relacionado ao domínio dos dois partidos majoritários exercido pelas elites econômicas ávidas por defender o sistema político da ameaça do que acreditam ser radicalismo político.

Piven e Cloward (1989, p. 67) afirmam que, após as eleições de 1896, as elites econômicas do país mobilizaram-se para assegurar a realização de reformas na arena política para reduzir o número crescente de partidos competidores, fenômeno visto por tais elites como gerador de conflito.

“A eliminação da competição partidária facilitou a oligarquia interna e deu sustentação a tal oligarquia por maior tempo. Uma vez que a competição eleitoral reduziu-se, em

grande margem, a assuntos internos do partido na maior parte do país, pelo menos no que se referia a eleições nacionais, a influência dos eleitores nos cálculos das lideranças partidárias diminuiu e a influência das elites econômicas aumentou consideravelmente”.

Segundo os autores, após as eleições de 1896, “as reformas patrocinadas pelo empresariado gradualmente enfraqueceram os partidos clientelistas e diminuíram sua capacidade de mobilizar eleitores” (Idem, p. 74).

Outrossim, a preponderância das reformas patrocinadas pelo empresariado pode ser vista como uma

“reação defensiva aos tumultos políticos ocorridos nos Estados Unidos no final do século XIX, por um lado, e por outro, como um esforço agressivo de ganhar o controle incontestável do aparelho do estado... Em meados do século XIX, o envolvimento governamental nos assuntos econômicos era intermitente. Mas nas décadas marcadas pelo crescimento industrial rápido e não regulamentado logo após a Guerra Civil, as elites econômicas começaram a exigir mais do governo” (Ibidem, p. 71).

Para os autores, fazia sentido para as elites empresariais restringir a competição política a partidos conservadores sob controle e construir um marco legal para reduzir a probabilidade de terceiros partidos radicais ascenderem dentro do sistema.

McSweeney e Zvesper (1991, p. 87) mostram-se perplexos com a ausência de partidos importantes de esquerda nos Estados Unidos. Para eles, os Estados Unidos constituem uma exceção entre as democracias do Ocidente.

“Na maioria das nações ocidentais, tais partidos já detiveram o poder no governo central. Em um punhado de casos onde isso não aconteceu, como no Canadá, os partidos da esquerda

democrata respondem por aproximadamente um quinto do eleitorado nacional. Mas nos Estados Unidos os partidos de esquerda não representam uma ameaça aos partidos majoritários... Desde 1948, nenhum candidato filiado a um partido de esquerda obteve sequer 1% do voto em uma eleição para presidente”.

Os autores não concordam com a ideia de que a consciência de classe inexistia nos Estados Unidos e que um consenso em torno de valores liberais, radicado no individualismo, na liberdade, nos direitos à propriedade e na igualdade de oportunidade, reine de forma suprema no país. Para eles, abundam evidências da existência de consciência da classe trabalhadora nos Estados Unidos.

“Pesquisas mostram que muitos norte-americanos identificam a si mesmos como uma classe trabalhadora, expressam uma preferência por associarem-se com outros membros de sua própria classe e atribuem as desigualdades sociais existentes no país a causas estruturais e não a deficiências pessoais. De fato, a forte militância dos sindicatos pode muito bem ser interpretada como um comportamento brotado da consciência de classe” (MCSWEENEY; ZVESPER, 1991, p. 89).

O que existe, segundo a tese dos autores, são obstáculos à politização da consciência de classe. E, para eles, esses obstáculos são constituídos por uma mistura de partidos de base clientelista, imigração massificada, segregação residencial de grupos étnicos e um sistema descentralizado de governo (Idem).

Sem a politização da consciência de classe trabalhadora, simplesmente não há como esperar que partidos de esquerda, de base eminentemente ideológica, finquem raiz no sistema partidário norte-americano e tornem-se uma alternativa viável para os eleitores.

4. O Partido Libertário e o Partido Reformista de Ross Perot: diferentes tipos de terceiros partidos

As diferenças, semelhanças e peculiaridades que caracterizam os terceiros partidos nos Estados Unidos podem ser ilustradas pelo perfil do Partido Libertário e pelo partido que nasceu da candidatura independente de Ross Perot à presidência em 1992 e 1996. O Partido Libertário apresenta-se como exemplo de partido doutrinário de continuidade, enquanto o Partido Reformista de Ross Perot preenche os requisitos de partido de curta duração.

Fundado em 1971, o Partido Libertário não pode ser considerado uma entidade antiga no sistema partidário norte-americano. Desde então, contudo, tem crescido para se tornar o maior terceiro partido de caráter continuado, recebendo uma média de 1% do voto nacional desde 1984. Outrossim, enquanto organização, o partido tem conseguido aumentar seu alcance, participando em eleições com um número crescente de candidatos a cargos eletivos em todos os níveis de governo. De acordo com Hazlett II (1992, p. 8), tanto o número de filiados como a expressividade eleitoral do partido cresceram de tal maneira que, já em 1980, seus candidatos passaram a figurar nas cédulas de todos os 50 estados da União e o partido recebeu quase 900 mil votos populares.

O que distingue o Partido Libertário de todos os outros terceiros partidos norte-americanos é, talvez, sua posição ideológica. Não se enquadrando entre os rótulos tradicionais da política nos Estados Unidos, seja na esquerda ou na direita, o partido ocupa um nicho ideológico muito singular. Mark Paul descreve o partido como um amálgama de indivíduos da esquerda e da direita.

“A ideologia prescreve que seus filiados apóiem as liberdades civis e o fim do militarismo; também levá-os à defesa de um capitalismo de *laissez-*

faire mais puro do que o observado na história norte-americana” (HAZLETT II, 1992, p. 61).

O libertarianismo é diferente do conservadorismo, como bem observa David Frum (1994, p. 202). Os seus seguidores creem no máximo de liberdade individual como um fim em si mesmo, sem se preocupar com as consequências dessa crença. Os libertários se opõem ao intervencionismo do estado e do governo na sociedade. Para eles, a função primária do governo é proteger as liberdades e a propriedade dos indivíduos.

Alguns afirmam que o partido foi formado após a cisão ocorrida nas fileiras do conservadorismo tradicional, sobretudo após as eleições presidenciais de 1968. Segundo Tuccille (1970, p. 10), “o Partido Libertário formou-se a partir da união de Republicanos descontentes, Democratas contrariados, anarquistas, socialistas e membros do SDS e do movimento de Jovens Americanos pela Liberdade”. Hazlett II (1992, p. 77) sublinha que o partido não nasceu como resposta a uma crise, como foi o caso da maioria dos terceiros partidos dos Estados Unidos. Para ele, tanto o contexto social como os assuntos econômicos do final da década de sessenta e início de setenta não explicam com propriedade os motivos da fundação do partido.

Apesar das impressionantes credenciais que o Partido Libertário detém entre os terceiros partidos do tipo doutrinário, não conseguiu bons resultados em seu desempenho eleitoral. Em nenhuma das eleições que participou, sejam elas nacionais, estaduais ou locais, o partido logrou ser o fiel da balança. Em 1972, ano da primeira eleição para presidente de que o partido participou, seu fracasso foi completo. Os candidatos do partido constavam da cédula oficial em apenas dois estados, recebendo ao todo 3.671 votos (HAZLETT II, 1992, p. 93). Em 1976, o partido conseguiu aumentar sua participação nas cédulas estaduais, passando a constar das cédulas oficiais em

32 estados e recebendo um total de 173.019 votos populares.

A campanha do partido nas eleições de 1980 foi concebida para projetar a agremiação para o grupo dos partidos majoritários. A ideia era tornar-se uma alternativa legítima e viável aos partidos grandes, figurando nas cédulas de todos os estados da União e recebendo um percentual de votos que desse ao partido um *status* de permanência nas cédulas estaduais e viabilizasse a estabilidade da organização partidária. De fato, o partido conseguiu figurar nas cédulas de todos os estados norte-americanos em 1980. Além disso, com fundos de campanha superiores a 3 milhões de dólares, a maioria proporcionada por seu candidato David Koch, o partido ampliou a visibilidade junto ao eleitorado. Mas seu desempenho eleitoral ficou muito aquém do candidato independente John Anderson. O partido recebeu um total de 921.299 votos contra 5.720.600 votos recebidos por Anderson (HAZLETT II, 1992, p. 97). Esse número total de votos foi muito reduzido para garantir a permanência da legenda nas cédulas em vários estados. Quanto à questão organizacional, o partido criou um comitê permanente de campanha em 1982 para coordenar os esforços de recrutamento de candidatos e de assistência a campanhas estaduais e locais.

Dos anos oitenta para cá, contudo, o partido não tem obtido sucesso em vencer os obstáculos institucionais e não institucionais que vitimam os terceiros partidos. Sem os recursos proporcionados por um candidato rico como Koch, o partido tem assistido a um declínio constante de seu percentual de voto popular. O que a experiência com o candidato Koch e seus recursos financeiros pessoais parece demonstrar é que dinheiro constitui uma importante variável para que terceiros partidos possam ultrapassar as barreiras que lhes são impostas pelo sistema partidário dos Estados Unidos. Cabe lembrar que, nas últimas eleições, os partidos majoritários

conseguiram bater seus próprios recordes em termos de financiamento de campanha para presidente. Segundo dados do Centro de Política Responsável, o comitê de campanha de Barack Obama, pelo Partido Democrata, conseguiu arrecadar 745 milhões de dólares; o comitê de campanha de John McCain, pelo Partido Republicano, arrecadou menos da metade, 368 milhões de dólares; enquanto o comitê de campanha de Bob Barr, do Partido Libertário, arrecadou apenas 1 milhão de dólares. Outros terceiros partidos que participaram das eleições presidenciais de 2008 tiveram arrecadações ainda menores do que a registrada pelo Partido Libertário. O Partido Verde, por exemplo, arrecadou 199 mil dólares, enquanto o Partido Constitucionalista arrecadou 258 mil dólares (2009).

A experiência histórica de Ross Perot vem corroborar a hipótese de que o dinheiro apresenta-se como a mais importante arma dos terceiros partidos para vencer os obstáculos do sistema partidário norte-americano. Perot conseguiu derrubar os impedimentos para sua candidatura por um terceiro partido em 1992 graças a seu acesso a dinheiro, e muito dinheiro. De acordo com Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 232),

“os 73 milhões de dólares que Perot despejou na sua candidatura eram simplesmente a maior soma de recursos jamais investida por um candidato de terceiro partido para uma campanha à Casa Branca. Com dinheiro, Perot pôde construir uma organização para a campanha, pôde financiar movimentos populares para acessar as cédulas em todos os estados e pôde também comprar tempo nas redes de televisão para veicular seus anúncios políticos. Com dinheiro veio a credibilidade”.

A campanha eleitoral de Perot em 1992 foi baseada em sua crítica aos dois grandes partidos dos Estados Unidos. Segundo ele, para que o problema do déficit nacional

pudesse ser resolvido, seria necessário reformar todo o sistema político. Na opinião de Perot, os grandes partidos haviam fracassado no objetivo de restringir as contribuições de campanha, haviam fracassado de se afastarem do dinheiro dos grandes interesses econômicos. Para Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 237,238), a mensagem de Perot agradou inicialmente a um grande segmento de eleitores e essa foi a razão pela qual, em meados de junho, Perot despontava com o primeiro lugar na corrida presidencial, segundo as pesquisas de opinião, com 39% das intenções de voto.

Inicialmente Perot criou sua organização de campanha não como um terceiro partido, mas como um entidade privada. *United We Stand*, como era chamada a organização, foi posteriormente transformada em um grupo sem fins lucrativos dedicado à promoção da agenda política de Perot.

Na eleição de 1992, Perot capturou quase 19% do voto popular, o que representava muito mais do que qualquer terceiro partido, tinha conquistado em oito décadas. Entretanto, a barreira do colégio eleitoral funcionou contra sua candidatura e ele não obteve um único voto no colégio eleitoral.

De acordo com Rosenstone, Behr e Lazarus (1996, p. 243), a candidatura de Perot não desempenhou um papel de fiel da balança em 1992. “Bill Clinton teria sido eleito presidente mesmo que Perot não tivesse concorrido... Ele impediu que Clinton recebesse a maioria absoluta dos votos, ficando Clinton com apenas 43% do voto popular”.

Lamentavelmente, Perot não buscou dar sequência ao sucesso obtido no pleito com a consolidação de sua legenda como terceiro partido viável. Como observou Wattenberg (1996, p. 214), embora Ross Perot tenha proposto a formação de um terceiro partido, ele concebeu a agremiação apenas como um veículo para sua indicação como candidato à presidência.

“Essa organização não preenche os requisitos de um partido político, já

que não busca controlar o aparelho governamental do país. Trata-se apenas de um mecanismo para organizar o voto de descontentes e, assim, influenciar o resultado da competição entre os dois maiores partidos, além de apresentar-se como veículo para um candidato independente concorrer às eleições”.

A experiência de Ross Perot deixa claro que as barreiras impostas aos terceiros partidos pelo sistema partidário dos Estados Unidos não são nada negligenciáveis. Perot atraiu para sua candidatura um grupo substancial de eleitores insatisfeitos com o sistema político e tinha o dinheiro necessário para pagar pelos custos associados à superação da maioria das barreiras que mantêm os terceiros partidos à margem da política partidária no país. Mesmo assim, ele não conseguiu superar a barreira do colégio eleitoral. No fim, Perot não representou nenhuma ameaça ao predomínio das duas grandes legendas do bipartidarismo norte-americano.

5. As perspectivas para os terceiros partidos nos Estados Unidos

A julgar pela lista de barreiras operando em conjunto contra os terceiros partidos, não seria de se estranhar que a viabilização desses partidos no sistema partidário norte-americano fosse considerada remota. Defensores do *status quo* afirmam que a viabilidade não deveria necessariamente ser um objetivo a ser perseguido pelos terceiros partidos, uma vez que essas agremiações políticas já desempenham um papel importante no sistema. Como Leon Epstein (1967, p. 68) explica, um terceiro partido é, de fato, “um elemento funcional na competição entre dois partidos”. Em primeiro lugar, terceiros partidos são canais para apresentação de ideias reformistas para o eleitorado, para o governo e para os grandes partidos. Como Gillespie (1993, p. 24) observa, muitos dos mais nobres e mais

radicais avanços na questão da liberdade nos Estados Unidos foram propostas de terceiros partidos antes de serem cooptadas pelos grandes partidos. Foi o caso do Partido da Proibição no que diz respeito ao sufrágio feminino. A lógica por trás dessa função é bastante simples. Os partidos majoritários, para assegurarem seu nível de apoio generalizado, evitarão abordar as questões que possam dividir e alienar segmentos de seu eleitorado. Os partidos pequenos não têm esse problema, pois contam com apoio mínimo do eleitorado.

Contudo, devemos ressaltar que o fato de um terceiro partido levantar uma bandeira que posteriormente é cooptada por um partido majoritário não implica que o sucesso eleitoral de uma bandeira possa ser atribuído unicamente ao esforço do terceiro partido. Os grupos de interesse são, em geral, mais poderosos patrocinadores de reformas e de bandeiras do que os terceiros partidos e a cooptação de uma questão por um partido majoritário pode muito bem ser uma reação ao trabalho de grupos de interesse.

Uma segunda função dos terceiros partidos é prover aos descontentes uma avenida de acesso ao sistema. Diversos grupos dentro de grandes partidos encontram nos terceiros partidos um refúgio para sua defecção, bem como um canal com o qual pressionam os primeiros a aceitarem uma agenda reformista. Hazlett II (1992, p. 32) ressalta que, apesar dos muitos obstáculos que enfrentam, “os partidos pequenos podem forçar os partidos majoritários a realizarem importantes mudanças de política, absorvendo novos apoios e evitando a ameaça de serem suplantados por um terceiro partido”.

A terceira função é a de desempenhar o papel de válvula de escape do sistema bipartidário. Com os terceiros partidos representando posições radicais no espectro político, tanto de esquerda quanto de direita, os partidos majoritários veem desafogadas as pressões por pureza ideológica.

Assim, podem manter o amplo escopo de suas plataformas e evitar divisões internas baseadas em ideologia. Não é mera coincidência que os dois partidos majoritários nos Estados Unidos não sejam muito diferentes um do outro com respeito a ideologia.

Finalmente, a literatura especializada cita como uma função dos terceiros partidos a de servir como fiel da balança nas eleições. Se conseguir um bom desempenho eleitoral, um terceiro partido pode vir a ser um fator decisivo em uma eleição, ao atrair um número substancial de eleitores dos partidos majoritários.

Há estudiosos que se opõem a tal concepção de terceiros partidos, acreditando que o sistema atual deveria ser reformado. Lowi (1995, p. 50) é, possivelmente, o mais conhecido dos críticos do bipartidarismo norte-americano. Para ele, os dois grandes partidos dos Estados Unidos atrofiaram “porque ambos estão no poder tempo demais... Os partidos Republicano e Democrata encontram-se imobilizados por prometeram coisas demais a gente demais”. Segundo Lowi (1995, p. 52), um sistema tripartidário seria mais coerente, pois os partidos que competem por uma pluralidade de votos apresentariam posições mais firmes sobre os muitos assuntos da agenda política. “Num sistema tripartidário, até os grandes partidos teriam incentivos fortes para serem mais claramente programáticos... Cada partido seria um partido responsável”.

Lowi não acredita que sua concepção de um sistema partidário norte-americano constituído por três partidos seja uma utopia. Ele observa que uma porção significativa da população não está satisfeita com nenhum dos dois grandes partidos do país. À medida que o compromisso pessoal do eleitor com o partido declina e a desconfiança com a classe política continua a aumentar, cresce também o potencial para mudanças reais do sistema.

David Reynolds, autor de *Democracy Unbounded*, compartilha da opinião de

Lowi. Escrevendo a partir da perspectiva de um ativista do Partido Progressista, ele não apenas acredita que o segmento progressista do eleitorado possa ser mobilizado, da mesma forma que os conservadores fizeram com movimentos como o Direito à Vida. Para ele, tal mobilização pode ser a semente de um partido mais forte que venha a desafiar o atual sistema.

Referindo-se às eleições de 1996, Reynolds (1997, p. 327) ressalta que as pesquisas de opinião mostram que somente 32% do público está satisfeito com as alternativas de candidatos oferecidas pelos dois grandes partidos. Para Reynolds, “quase dois terços do eleitorado gostaria de ver um terceiro partido alternativo” na competição. Como filiado fiel ao Partido Progressista, ele espera que seu partido venha preencher essa lacuna.

Quaisquer que sejam as esperanças dos defensores da alternativa de um terceiro partido para o atual sistema bipartidário norte-americano, e a despeito da existência de um número substancial de eleitores insatisfeitos com os dois grandes partidos, as evidências encontradas na literatura da ciência política sobre o assunto sugerem que mudanças no *status quo* não virão com facilidade, se é que sejam sequer possíveis.

Referências

- ALDRICH, John H. *Why parties? the origins and transformation of party politics in America*. Chicago: The University of Chicago press, 1995.
- BEHR, Roy L.; LAZARUS, Edward H.; ROSENSTONE, Steven. *Third parties in America: citizen response to major party failure*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CENTER FOR RESPONSIBLE POLITICS. *Banking on becoming president*. Washington, D.C., 2009. Disponível em: <www.opensecrets.org/pres08/index/php>.
- CLOWARD; Richard A.; PIVEN, Frances. *Why Americans don't vote*. New York: Pantheon Books, 1989.
- DOWNES, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- EPSTEIN, Leon D. *Political parties in western democracies*. New York: Praeger, 1967.
- EVANS, Ernest. Covering third parties. *Christian Science Monitor*, 20 out. 1998, p. 14. In: NAVARRO, Armando. *La raza unida party: a Chicano challenge to the US two-party dictatorship*. Philadelphia: Temple University Press, 2000.
- GILLESPIE, J. David. *Politics at the periphery: third parties in two-party America*. Columbia: University of South Carolina Press, 1993.
- HAZLETT II, Joseph M. *The Libertarian party and other minor political parties in the United States*. Jefferson: McFarland & Company, 1992.
- KEY, V. O. *Politics, parties, and pressure groups*. New York: Thomas Crowel, 1964.
- LOWI, Theodore J. Toward a responsible three-party system. In: SHEA, Daniel; GREEN, John (Eds.). *The state of the parties*. New York: Rowman and Littlefield, 1995.
- MAZMANIAN, Daniel A. *Third parties in presidential elections*. Washington, D.C.: Brookings Institution, 1974.
- MCSWEENEY, Dean; ZVESPER, John. *American political parties: the formation, decline, and reform of the American party system*. London: Routledge, 1991.
- REYNOLDS, David. *Democracy unbounded: progressive challenges to the two party system*. Boston: South End Press, 1997.
- RIKER, William H. The two-party system and Duverger's law: an essay on the history of political science. In: *The American Political Science Review*, v. 76, n. 4, p. 753-766, 1982.
- TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- TUCCILLE, Jerome. *Radical libertarianism: a right wing alternative*. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1970.
- WATTENBERG, Martin P. *The decline of american political parties, 1952-1994*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Tensão entre autonomia privada e pública

José Pedro Luchi

Sumário

1. Introdução. 2. Autonomia moral e autonomia política. 3. Soberania popular e direitos humanos. 4. Aplicação. 5. Abstração da resolução habermasiana: fraqueza e força. 6. Democracia radical só é possível como liberalismo. 7. Desvinculação entre direitos e democracia. 8. Conclusão.

1. Introdução

Numa sociedade pós-tradicional, abre-se um grande pluralismo de visões de mundo. As éticas coletivas, ou uma visão religiosa comum, esfacelam-se e a convivência social integrada precisa se fundar sobre novas bases. O Direito se apresenta como a única instância capaz de legitimidade integrativa universal (HABERMAS, 1997, p. 94 e ss.).

A normatividade jurídica das relações interpessoais garante solidariedade entre estranhos, entre pessoas não conhecidas e não participantes da mesma visão de mundo porque estabiliza expectativas recíprocas de comportamento. Estamos falando aqui de um ponto de vista da Teoria da Sociedade, segundo a qual o Direito, em situações complexas pós-tradicionais, é a única instância capaz de preencher funções de integração social, universalmente.

O conceito de autonomia surge da perspectiva da Teoria do Direito, quando se trata de fundar a legitimidade de ordens jurídicas que não mais podem apelar a

José Pedro Luchi é Professor Doutor na Universidade Federal do Espírito Santo.

um direito natural. Então os destinatários do Direito devem poder se compreender a qualquer momento também como seus autores. Esse é o princípio básico da autolegislação moderna, o qual legitima também as ordens jurídicas. Porém, a autonomia jurídica não é simplesmente subordinada à autonomia moral, como se normas do direito positivo deveriam receber sua orientação de normas morais. Depois de aprofundar tais conceitos, a partir da reflexão de Habermas, são apresentadas objeções e complementações a suas teses.

2. *Autonomia moral e autonomia política*

Tanto a moral como o Direito servem para a resolução de conflitos de modo aceitável para todos. O agir moral diz respeito à vontade livre do agente, que deve seguir as normas que ele discerniu como obrigatórias, em seguida a um juízo imparcial. Em razão da positividade do Direito, a autonomia jurídica se desdobra, entretanto, em uma dupla posição: a do endereçado e a do autor, respectivamente autonomia privada e pública. Então não há coincidência entre o âmbito moral e o jurídico, até porque o Direito deve atender ao campo de preferências pessoais da liberdade de arbítrio e também da decisão ética sobre a autorrealização a partir de valores em diálogo com a própria tradição (LUCCHI, p. 122 e ss.).

A autonomia da pessoa jurídica compreende, então, três aspectos, o primeiro claramente moral, os dois outros não. Caráter moral possui aquela autonomia pela qual os cidadãos exercitam seu direito de comunicação e participação e se autovinculam livremente. Porém, os direitos subjetivos modernos precisamente abrem espaço não moral de exercício das próprias preferências e escolhas, bem como de autorrealização ética, em que tudo o que não é proibido é permitido.

Uma vez que, então, a autonomia jurídica abrange mais que o âmbito moral, o Direito não pode ser visto como um caso

especial da moral. As matérias jurídicas que necessitam de regulamentação são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes que os temas morais. Mais restritas porque só dizem respeito ao comportamento exterior e àquilo que pode ser objeto de coação; mais abrangentes porque não incluem apenas a resolução imparcial de conflitos interpessoais, mas também a consecução de objetivos políticos e a realização de programas. Em outras palavras, o âmbito de validade jurídica inclui, além da moral universal, também os âmbitos ético e pragmático. Porque inclui, além de razões morais, também razões éticas e pragmáticas, o âmbito jurídico é mais abrangente que aquele moral. Por exemplo, a legislação tributária referente à inadimplência se situa no âmbito do útil. Formas de governo, questão de porte de armas e cotas raciais, a meu ver, dizem respeito à identidade de uma coletividade, em vinculação com sua tradição: estamos no âmbito ético. Direitos fundamentais universais à liberdade de religião, a não ser torturado, à expressão das próprias posições são direitos morais.

Também por outras razões, o Direito não pode ser derivado do direito racional. A moral diz respeito à normatização da convivência de pessoas naturais, sem limites de tempo ou espaço e dá precedência aos deveres. Direitos morais são resultantes de deveres e o visado é a “integridade de pessoas plenamente individualizadas”; e valem para todas as pessoas humanas em qualquer lugar e época. No Direito precedem as autorizações e os deveres resultam do respeito diante dos direitos alheios, ou seja, das “delimitações legais de liberdades subjetivas” (HABERMAS, 1998, p. 172). Os direitos subjetivos modernos garantem, inclusive pela coerção, um espaço de preferência pessoal que pode ser livremente exercida, em vista da consecução dos próprios objetivos, de tal modo que aquilo que não é proibido é permitido. Portadores de direitos jurídicos são pessoas jurídicas, com *status* artificialmente constituído, que

pertencem a um determinado Estado, com delimitações espaciais e temporais, o qual possa garantir tais direitos. Portadoras de direitos morais, por outro lado, são todas as pessoas naturais, na complexidade de sua história de vida.

Há então uma relação complementar entre a autonomia moral e a jurídica, pois o Direito não pode ser justificado apenas sob pontos de vista morais; além disso, tem um papel de determinação cognitiva e de segurança no agir, em que uma moral baseada na consciência subjetiva poderia permanecer numa certa indefinição e numa insegurança motivacional quanto à ação. Portanto, uma moral subjetiva, que requer cada vez discernimento, acabaria tornando-se subjetivamente pesada e motivacionalmente muito exigente. O Direito alivia o peso cognitivo e motivacional da moral, chegando a uma determinação cognitiva e motivando a ação. De um lado, as normas jurídicas não podem ser contrárias à moral. De outro, são concretas demais para poderem ser derivadas da moral, em algum sentido.

Pergunta Habermas: “De onde o direito positivo obterá sua legitimidade, se não de um direito moral supra-ordenado?” Se o Direito não está mais ancorado religiosa ou metafisicamente em uma plataforma estável e atemporal, mas pode sempre ser mudado, inclusive nos níveis constitucionais mais elevados, de onde haure sua legitimidade? Essa compreensão procedimental da racionalidade jurídica não significa a decadência do Direito em decisionismo cego, pois, no ato de autoconstituição da comunidade jurídica, já está subentendido o seguinte critério: legítimos são aqueles direitos que cidadãos livres e iguais devem se conceder uns aos outros se querem regular sua convivência com os meios do direito positivo.

O Direito não pode contradizer a moral, e o processo legislativo permite que razões morais fluam para o Direito. Diversas soluções jurídicas são compatíveis com a moral. Por exemplo, proibição ou não do porte de

armas depende da identidade ética que os associados escolherem, em diálogo com sua tradição. Do mesmo modo, o grau de participação do Estado no asseguramento do bem-estar e da regulação da economia pode ser diferenciado. A questão do porte de armas, resolvida num plebiscito no Brasil, é uma questão de identidade cultural: o que queremos ser como povo, que valores queremos implementar, em continuidade com a tradição? Uma das dificuldades da reforma política, no Brasil, é fortalecer os partidos porque nossa tradição cultural tende a dar espaço ao personalismo político.

O Direito, como a moral, legitima-se na medida em que assegura a liberdade de todos, em que protege sua autonomia, isto é, em que os endereçados do Direito possam observar a lei também na posição de seus autores. Porém, aqui mesmo se dá uma distinção entre a autonomia moral e a jurídico-política, aquela sendo unitária, esta decomposta entre o âmbito privado e o público. A autonomia moral kantiana exige que cada indivíduo observe as normas que discernir como válidas para si, em seguida a um juízo imparcial, que já leva em conta o ponto de vista de todos. No caso das normas jurídicas, dada sua positividade, há uma bifurcação de papéis, aquele do legislador e aquele do endereçado. Portanto, no âmbito jurídico devemos falar de autonomia pública e privada, respectivamente. O Direito se legitima então como meio de assegurar ambas as autonomias. A autonomia privada, por sua vez, tanto abre espaço para decisões racionais do ator segundo suas preferências, como também assegura a liberdade ética de cada pessoa em buscar sua autorrealização (HABERMAS, 1997, p. 331).

As duas autonomias não podem se prejudicar, nem há prevalência de uma sobre a outra; porém, a liberdade de ação do sujeito privado de direito e a liberdade de participação do cidadão do Estado se exigem reciprocamente, essa é a tese de Habermas. E isso quer dizer que as pessoas devem respeitar leis que eles devem poder

assumir como dadas por elas próprias a si mesmas.

3. Soberania popular e direitos humanos

Dado que a moral e o Direito não têm mais um ancoramento metafísico ou religioso reconhecido por todos, dada a mutabilidade das leis, até mesmo das Constituições, de onde provém então a legitimação das leis? A moderna teoria política respondeu a essa pergunta com a dupla conceitual: direitos humanos, garantidos por meio do domínio das leis, e soberania popular, pela decisão da maioria. A autonomia pública é, então, assegurada pelos direitos de comunicação e participação; a autonomia privada, pelos direitos humanos ancorados nas leis. Porém, como ambas se relacionam, a primeira chamada de “liberdade dos antigos” e a segunda “liberdade dos modernos”? As soluções dadas até o presente não foram satisfatórias, pensa Habermas.

O republicanismo, desde Aristóteles e o humanismo político da Renascença, privilegia a autonomia pública dos cidadãos em relação a liberdades privadas pré-políticas. Quer dizer, com a constituição do Estado cessam direitos pré-estatais. Todo direito é então público. O Liberalismo, desde Locke, tentando evitar a tirania das majorias, afirmou liberdades pré-estatais como direitos humanos intocáveis, os quais devem ser respeitados pelo Estado. Em Locke, o Estado se constitui para assegurar tais direitos originários. No primeiro caso, os direitos humanos seriam legitimados graças à auto-compreensão ética da comunidade política e a sua autodeterminação. No caso do Liberalismo, direitos humanos são vistos como limites originários à intervenção invasora do Estado, o qual existe para garanti-los. Porém, em ambos os casos, um conceito é validade e sustentado à custa do outro.

Kant e Rousseau tentaram pensar os dois conceitos unidos, mas não tiveram sucesso, Kant tendendo ao liberalismo e Rousseau ao republicanismo (HABERMAS,

1997, p. 133 e ss.). Uma vez que Kant deriva o princípio do Direito do imperativo categórico, os direitos aparecem como derivados da moral universal, e o momento da autodeterminação coletiva permanece apagado. Lei e processo legislativo são como que dissociados. O contrato social não é devidamente valorizado em Kant. Rousseau parte da admissão que nas leis abstratas e gerais nas quais se expressa a vontade do povo já está inscrito o direito a iguais liberdades subjetivas, que para Kant tem a primazia. Todavia, Rousseau toma tal autolegislação do povo mais na linha ética do que moral, e então os interesses singulares são diluídos no bem comum do grande sujeito comunitário, que decide a partir da tradição. Contra os recalcitrantes é prevista a coerção estatal. Porém Rousseau “não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares” (HABERMAS, 1997, p. 137). A sobrecarga ética do conceito de soberania popular acaba por perder o sentido universalista do princípio do direito.

A conexão entre ambos os conceitos, Habermas a procura de um ponto de vista da teoria do discurso. Nas condições da sociedade atual de um pluralismo de visões do mundo, o processo de colocação das leis só se legitima por meio do procedimento democrático, isto é, da participação dos interessados; porém, tal colocação participativa das leis precisa, ela mesma, ser juridicamente institucionalizada e pressupõe o exercício da liberdade privada dos cidadãos, que, por exemplo, não podem ser molestados por externarem livremente suas posições. As regulamentações que possam pretender aceitação de todos devem passar por um processo de diversos tipos de comunicações, também regulamentadas. “A procurada conexão interna entre Direitos humanos e Soberania popular consiste então em que a exigência da institucionalização jurídica de uma práxis cidadã do uso público de liberdades comunicativas

seja satisfeita precisamente através de Direitos humanos” (HABERMAS, 2002, p. 296). Esses possibilitam o exercício da soberania popular e não podem ser vistos como impostos de fora.

A tese habermasiana advoga a cooriginariedade entre autonomia privada e pública, entre soberania popular e direitos humanos. Esses compreendem tanto a maior medida de liberdades subjetivas igual para todos como os direitos referentes ao *status* de membros de um Estado e a recursos a tribunais. Esses direitos têm um valor intrínseco e não podem ser vistos apenas como instrumento para a formação da vontade política. Porém, direitos são estipulados e garantidos somente por meio da autonomia pública.

A autonomia jurídica exige que cidadãos possam considerar-se ao mesmo tempo autores e endereçados das leis. A ideia de que os direitos humanos possam ser previamente encontrados, mesmo com boa fundação moral, e de que devem ser apenas positivados, contradiz a autonomia jurídica. O paternalismo que outorga direitos não satisfaria a autonomia. De outro lado, os cidadãos só podem concretizar sua autolegislação por meio do médium do Direito, não podem escolher outro médium que os torne colegisladores. Porém, para julgar se o direito colocado é legítimo, devem ser institucionalizadas as comunicações necessariamente por meio de um código de direitos. Tal código produz as condições de surgimento e exercício da personalidade jurídica, bem como regulamenta o recurso a tribunais. “Não há direito sem a autonomia privada da pessoa jurídica. Portanto, sem os direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria nenhum médium para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos possam fazer uso de sua autonomia pública no seu papel de cidadãos” (HABERMAS, 2002, p. 293). Quer dizer, a instituição do código de direitos pressupõe o *estatus* de pessoas jurídicas,

portadoras de direitos subjetivos, pessoas que sejam consociados de uma associação jurídica e que façam valer suas respectivas reivindicações por meios judiciais; e isso significa autonomia privada.

Direitos humanos e soberania popular se pressupõem reciprocamente, sem que um possa ter prioridade sobre o outro. Em outras palavras, o exercício das liberdades políticas de comunicação e participação pressupõe as liberdades privadas para que tal participação seja realmente livre e institucionalizada; de outro lado, as liberdades privadas devem ser estabelecidas consensualmente. A isso se chega pelo do exercício público da autonomia, isto é, por meio de procedimentos democráticos. Nas palavras de Habermas (1998, p. 176-177):

“Desse modo a autonomia privada e a autonomia pública se pressupõem reciprocamente. A conexão interna de democracia e estado de direito consiste assim que, de um lado, os cidadãos somente podem fazer uso adequado de uma autonomia pública se eles são suficientemente independentes com base numa autonomia privada assegurada em igual medida; que eles também só podem gozar de autonomia privada na mesma medida se eles como cidadãos fazem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem de núcleo e casca é errática – como se houvesse um âmbito nuclear de direitos elementares de liberdade que pudessem pretender primazia diante dos direitos de comunicação e participação. Para o tipo ocidental de legitimação, a cooriginariedade dos direitos de liberdade e cidadania é essencial”.

4. Aplicação

Quando não se tem clara essa conexão interna entre direitos e democracia, oscila-se entre uma afirmação de liberdades sub-

jetivas, que depois desembocam em desigualdades vistas como inaceitáveis, ou em um paternalismo protetor, que constrange projetos pessoais de vida.

A concorrência entre o paradigma jurídico liberal e o modelo do Estado social obscureceu precisamente a cooriginariedade entre autonomia pública e privada. No quadro liberal, as pessoas são vistas como integrantes do mercado, com autonomia privada para perseguir seus próprios projetos de vida, e pretende-se alcançar justiça social pela delimitação recíproca das liberdades. A crítica a essa concepção é clara: com a crescente desigualdade de riqueza e de condições sociais, perdem-se os pressupostos de efetiva igualdade de chances para o uso das competências jurídicas. O Estado social, então, procurou garantir direitos sociais e especificar normas do direito privado, o que também trouxe como consequência um certo paternalismo do Estado social. Os dois paradigmas estão comprometidos com o funcionamento da sociedade capitalista e industrial, porém discordam quanto ao asseguramento de autonomia privada apenas pela garantia de direitos de liberdade ou também pela concessão de direitos sociais.

A partir de análises das políticas feministas de equiparação, Habermas, pretendendo uma aplicação de sua tese, defende que direitos não podem ser concedidos com bons resultados sem que os próprios interessados cheguem a uma clareza, por meio de debates públicos, nos quais a própria sociedade esteja engajada, sobre “interesses e parâmetros justos... quanto a aspectos relevantes sob os quais deve se tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual” (HABERMAS, 2002, p. 295 e ss.). Do contrário, uma asseguração paternalista de direitos acabaria gerando mais discriminação e constrangimento quanto ao próprio projeto de vida, a pretendida implementação da liberdade desembocaria na subtração da liberdade. Leis que garantissem direitos à mulher,

como ampliação da licença maternidade, muitas para demissão durante a gravidez, etc., sem um adequado debate social, acabariam por dificultar o trabalho feminino ou discriminá-lo de diversas formas.

Poderíamos aplicar tal chave de leitura à questão das quotas raciais para vagas na Universidade, no Brasil ou também ao caso de reserva de vagas para concursos públicos. Sem uma discussão bem resolvida entre os interessados, que envolva também a sociedade civil, a proteção legal de negros e índios e a tentativa de resgatar uma dívida histórica pode se converter numa maior desvalorização e discriminação dos profissionais no futuro. Algo semelhante se pode dizer do “ensino a distância”, que já está sendo amplamente implantado sem a necessária discussão.

5. Abstração da resolução habermasiana: fraqueza e força

Baynes (1995, p. 201-232) ressalta o propósito habermasiano de reconstruir, na linha da modernidade, a racionalidade imanente à lei e assim a sua legitimidade. Isso é feito na medida em que a legalidade é retrovinculada a comunicações sociais que almejam consenso, e portanto seu resultado é dotado de força social-integrativa e de legitimação.

Kant pretendeu aplicar a ideia rousseauniana de autonomia ou autorregulação tanto ao âmbito privado como ao coletivo. Porém, em Kant tem primazia o princípio moral, universalizável, e então a autodeterminação coletiva lhe é subordinada e a lei é separada dos processos democráticos de legislação.

Para solucionar esse impasse, Habermas coloca o princípio do discurso como um princípio mais geral e dele faz surgir uma bifurcação: princípio moral e princípio da democracia, que correspondem respectivamente à autonomia moral e autonomia política. Esses dois princípios são, então, complementares e não hierarquizados. O

Direito determina e confere força motivacional num quadro em que a cognição exige que todas as circunstâncias relevantes sejam consideradas. Além disso, Habermas vê os dois aspectos da autonomia política, a privada e a pública, como cooriginários; e, então, a democracia não é subordinada aos direitos subjetivos, mas ambos se pres-supõem.

Quanto à solução de Habermas para a tensão entre autonomia privada e pública, Baynes aprecia sua independência com relação a uma concepção específica de bem e seu ancoramento na ideia de uma associação de livres e iguais que regulamentam sua vida comum a partir da liberdade comunicativa, isto é, da disposição dos participantes de chegar a um entendimento sobre as normas de sua convivência, o que implica aceitação das mesmas razões como decisivas e a assunção de obrigações ilocutivas, ou seja, de resgatar intersubjetivamente pretensões de validade. Assim, seus planos de ação são coordenados pelo entendimento. As liberdades comunicativas se opõem às liberdades subjetivas, em cujo âmbito o ator pode agir estrategicamente em vista do sucesso, segundo sua preferência. Aqui se está dispensado do uso público da razão e pode-se permanecer no quadro de liberdades negativas e privadas.

Pois bem, a autonomia privada e pública são duas formas de expressão das liberdades comunicativas, expressão segundo a forma jurídica, a primeira na posição de endereçados, a segunda de autor das leis. Assim, as liberdades privadas são vistas como pré-compromissos para a regulação da vida comum.

Refletindo sobre a interpretação de Baynes, poderíamos perguntar se se trata de duas formas de liberdade comunicativa ou se a liberdade comunicativa se refere apenas aos direitos políticos de participação e comunicação, os três primeiros sendo direitos subjetivos.

Aqui, entretanto, dá-se um paradoxo: o código jurídico assegura liberdades

comunicativas na forma de liberdades subjetivas, de tal modo que os cidadãos possam escolher de exercitar sua liberdade comunicativa ou não. Em outras palavras, a lei deve ser legítima, isto é, exarada em posição comunicativa, porém o agente é liberado para cumpri-la em posição comunicativa ou subjetiva.

O alto nível de abstração da solução de Habermas é também, ao mesmo tempo, sua fraqueza. É difícil ver, nota Baynes, como tal solução poderia contribuir para encaminhamento de debates constitucionais específicos como, por exemplo, o direito à privacidade, ao aborto (seria ele uma condição para assegurar a autonomia pública da mulher?). Não bastaria dizer que direitos insaturados deveriam ser preenchidos de acordo com as tradições culturais e em sintonia com o resultado de debates na esfera pública.

6. Democracia radical só é possível como liberalismo

Os direitos subjetivos (liberdade de consciência, de expressão, de reunião e propriedade privada) não servem à delimitação da soberania popular, como pensa o liberalismo, porém são condição de possibilidade da autonomia democrática. Assim Larmore (1993, p. 321-327) vê a tese de Habermas, o qual pretende abrir uma opção entre aquela liberal e a concorrente republicana.

Em tempos pós-metafísicos, as convicções religiosas e metafísicas diluíram e não oferecem mais uma base de integração entre os cidadãos. Agora a legitimidade das leis somente pode provir da própria vontade dos cidadãos, do fato de que eles devem poder se colocar ao mesmo tempo na posição de endereçados e de autores da lei. Os direitos, então, não servem à domesticação do poder do Estado, porém tornam mais profundo o exercício da autonomia democrática, por exemplo, os direitos à liberdade de expressão, condição da formação democrática da vontade política.

Para Larmore (1993, p. 326) “Habermas entende então a autonomia democrática como o único fundamento normativo do moderno estado de direito”. Por isso coloca como primeiro princípio do seu sistema reconstrutivo do Direito o princípio do discurso, do qual derivam, no mesmo nível, o princípio moral e o da democracia. Habermas vê, então, moral e Direito como cooriginários¹. As associações políticas não precisariam se submeter a normas morais vindas de outro âmbito, mas apenas a suas próprias normas². Com isso Habermas propõe, assim Larmore, um terceiro caminho que supera liberalismo e republicanismo, a democracia radical. Tal política deliberativa deve substituir tanto o modelo liberal de direitos formais, que se tornou insuficiente para realizar a justiça, como também o modelo burocrático-paternalista do Estado social.

Larmore (1993, p. 327) vê uma circularidade na posição de Habermas: a soberania popular, da qual direitos subjetivos deveriam ser derivados, surge ela própria do reconhecimento de um direito subjetivo fundamental, a saber, “ninguém deve ser forçado através da violência a se submeter a normas de ação se não lhe é possível inteligir sua validade”.

Esse seria um direito subjetivo mais fundamental que os demais, mas estruturalmente semelhante a eles, uma forma de entender o princípio kantiano pelo qual cada pessoa deve ser tratada como fim e não como meio. Quer dizer, a autonomia democrática não pode ser total e se fundamenta num direito subjetivo fundamental. Então, enquanto o princípio do discurso não pode

desempenhar o papel fundamental na nossa autocompreensão política, esse é o caso do princípio moral do respeito à pessoa.

Não é tranquilo e automático, continua Larmore, que a passagem de uma condição tradicional, em que os cidadãos não se entendem como endereçados e ao mesmo tempo autores das normas morais, para uma situação pós-tradicional gere necessariamente tal coincidência entre endereçados e autores. Numa visão mais tradicional do mundo, o autor das leis pode ser visto como uma base natural da racionalidade ou mesmo Deus. Nesse caso, a comunidade é vista como endereçada da lei, mas não propriamente como autora. Duas considerações apoiam tal objeção. Primeiro, as imagens tradicionais do mundo continuam válidas para uma parte dos cidadãos. Segundo, mesmo nos casos em que isso ocorre, os princípios políticos poderiam ser preferidos não com base em sua aceitabilidade racional universal, mas a partir da maximização do bem-estar.

Larmore pensa que, ao contrário, o princípio moral do respeito a cada pessoa, ou o direito fundamental a inteligir normas que se devem cumprir, deve ser aceito inclusive por cidadãos que mantêm uma imagem tradicional do mundo e não aceitam que os papéis de autor e endereçados devam agora necessariamente coincidir.

Habermas (1997, p. 316 e ss.) rebate essa crítica de matiz liberal em três considerações. Primeiro, ela confunde soberania popular com monopólio de poder por parte do Estado. Com efeito, a afirmação de direitos originais pré-estatais pretende proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do poder monopolizado do Estado e não de uma vontade democraticamente formada. Segundo, ela não faz jus ao poder administrativo, exercido de modo técnico e não repressivo, no quadro de leis democráticas, então por meio da forma jurídica. Terceiro, ela não faz jus ao “sentido da autonomia cidadã exercida intersubjetivamente, constitutivo para toda comunidade política”.

¹ Habermas usa, sobretudo, o termo complementariedade para indicar a relação entre moral e Direito, porém, uma vez que eles derivam do princípio do discurso como se situando no mesmo nível, Larmore os chama de cooriginários.

² Habermas deixa claro, porém, que o Direito não pode ser incompatível com a moral, embora seja mais amplo que ela, incluindo políticas de maximização de benefícios e de implementação da autoidentidade de uma coletividade.

Para fazer jus tanto ao poder administrativo do Estado como à autonomia democrática, é preciso proceder a uma reconstrução dos direitos e dos princípios do Estado em dois níveis. Começa-se com o reconhecimento recíproco, por parte dos cidadãos, de seus direitos iguais, num âmbito horizontal de socialização, e chega-se à domesticação jurídica do poder estatal. Então, fica claro que os direitos liberais de defesa contra invasões estatais indevidas não são originários, mas secundários. Eles surgem “como consequência da auto-diferenciação de uma associação de consociados jurídicos que se administra a si mesma em direção a uma comunidade jurídica estatalmente organizada”. Direitos defensivos surgem ao mesmo tempo que o princípio da administração e não têm o valor de posição fundamental que Larmore pretende lhes conceder.

Não penso que Habermas tenha respondido bem a Larmore porque esse não trata tanto dos direitos liberais de defesa contra o Estado, e, sim, de um direito fundamental de toda pessoa a ser respeitada, de poder assumir em primeira pessoa as leis que lhe são impostas. Habermas parte dos pressupostos do discurso, que, para chegar a um consenso quanto aos procedimentos e resultados, exige a aceitação em princípio de todos os participantes. Larmore pensa que tal consideração universal de respeito já pressupõe, por parte de cada um, um respeito a cada outra pessoa, o qual pode ser visto como uma norma moral, à qual o liberalismo faz justiça.

7. Desvinculação entre direitos e democracia

Boeckenfoerde ([s/d], p. 233-243) pretende examinar a convicção comum ao nosso tempo: que a democracia seja uma exigência básica dos direitos humanos.

Examinando as Declarações de Direitos do final do século XVIII, elas afirmam direitos do homem e a seguir exigem que as

leis sejam deliberadas somente pelos próprios cidadãos ou por seus representantes (França, 1789). Também nos Estados Unidos (1786), o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem está vinculado à derivação de todo poder a partir do povo, então no princípio democrático.

Porém, tal pertinência mútua se esclarece pelas condições sócio-históricas da época, em que se devia exigir ambas as conquistas políticas. Não há, pensa Boeckenfoerde, uma vinculação conceitual entre ambas, a saber, entre a afirmação de direitos e a democracia como participação universal na legislação. E, além disso, tanto na França como nos Estados Unidos, o direito de voto era restrito conforme a propriedade, classe, contribuição com impostos.

O próprio Kant, que hoje é tratado como teórico não só do Estado de direito, mas também da democracia, somente prevê a participação em eleições de cidadãos socialmente autônomos, não obstante houvesse dito que todo homem tem direito a ser senhor de si mesmo. Assalariados, serventes etc. não são vistos por Kant como capazes de prover sua própria existência. Kant distingue entre direitos do homem e direitos de participação política e, então, não vê a autonomia privada e pública como algo incidível³.

Direitos humanos são considerados atribuíveis necessariamente a todo homem ou então universalmente exigíveis, independentemente das condições sócio-político-culturais, de sexo, raça, religião. Se democracia for vista como um direito do homem, dada sua posição de sujeito no âmbito político, ela deveria ser obrigatoriamente realizada.

O que significa democracia? Democracia como forma de governo não significa superação ou abolição do domínio estatal, mas representa uma forma desse domínio. O conteúdo do conceito de democracia não é apenas que todo poder de decisão política

³ Porém Kant exige que as leis não proibam, mas permitam a ascensão social, a passagem do cidadão passivo ao ativo.

do estado deve ser reconduzido ao povo como último ponto de referência, mas que o exercício concreto do poder deve ser constituído, legitimado e controlado pelo povo. Democracia significa, então, o exercício do poder de decisão política pelo povo concreto, empírico. E não apenas um exercício no sentido do povo ou a seu favor, como o conceito de república em Kant, aplicado a qualquer forma de Estado (Kant, *Metafísica dos Costumes*, Parte I, § 52).

A vida comum do homem nem sempre pode ser organizada democraticamente, no sentido forte de democracia, como acima indicado. Porque isso depende de pressupostos sócio-culturais, político-estruturais e éticos para a boa execução de tarefas como a asseguaração da paz, a defesa dos direitos humanos, justiça etc.

Quanto aos pressupostos sócio-culturais para a democracia, deve-se indicar uma certa medida de emancipação cultural. Sistemas patriarcais, tribais ou de castas, por exemplo, não permitem que o indivíduo se manifeste contra a vontade de seus superiores hierárquicos, e isso contradiz uma formação livre da vontade política. Tampouco formas religiosas fundamentalistas dão espaço à formação democrática da vontade, porque a vontade de Deus interpretada por religiosos exige validade e realização imediatas. Além disso, uma certa medida de consenso e convergência de valores é necessária para conter os antagonismos dentro de limites.

Como pressuposto político estrutural, a democracia exige que os processos decisórios, bem como a escolha de decisões a serem avaliadas não se subtraíam ao povo ou a seus representantes. Do contrário a formação democrática da vontade seria uma fórmula vazia e os *experts* ou burocratas teriam o domínio real. Aliás, esse é um problema também para as sociedades industriais complexas.

Finalmente, a possibilidade da democracia depende de pressupostos éticos, como a capacidade de respeitar os direitos dos outros, suas diferenças de concepções

políticas e de buscar entendimento ou compromissos, na observância das regras democráticas, das iguais chances de chegada ao exercício do poder, de sua alternância e da lealdade das decisões da maioria que não ponha em risco a própria democracia. Também exige a prontidão a tomar decisão visando não apenas o próprio interesse, mas os interesses de todos.

Se faltam tais pressupostos, e, não obstante, a democracia for implementada, ou a vida democrática será impossível, resultando em guerra civil, ou tornar-se-á somente uma fachada que encobrirá dominação antidemocrática. Se a democracia está vinculada aos pressupostos supra-citados, ela não pode ser proclamada como ordem política a ser implementada universalmente. Nem direitos humanos podem ser de tal modo vinculados à democracia, que se afirme um direito humano à democracia.

As ordens políticas não são uma finalidade em si mesmas, mas devem realizar determinados objetivos, como garantia da segurança, do direito e da liberdade dos homens. Democracia não pode ser implantada por decreto. Uma implementação forçada da democracia pode levar mesmo ao desrespeito aos direitos humanos porque faltam os pressupostos. Destroem-se, assim, as relações tradicionais estabilizadas sem as condições para que outras as substituam.

Fundar democracia como direito humano conduz a isso, que, onde não houvesse democracia, os direitos humanos não seriam respeitados.

Certamente o reconhecimento de direitos humanos conduzirá, de muitas maneiras, à democracia também porque, mediante da liberdade de opinião, promove a discussão livre e pública, ou seja, promove a participação dos cidadãos na vida pública. “Porém isso não é um *A priori* e não deve conduzir à conclusão inversa, que a democracia seja uma condição necessária para a validade dos direitos humanos” (Idem, p. 242).

A partir de um saber bem fundado na experiência, podemos dizer que a divisão

de poderes e a independência dos juízes é uma condição indispensável para a validade real dos direitos humanos. Diante da possibilidade e mesmo da tendência ao abuso do poder em sociedades humanas, poder que precisa ser exercido, a independência dos poderes do Estado, com realce para a independência dos juízes, tem-se mostrado indispensável para o respeito aos direitos humanos. Tribunais independentes não são necessariamente vinculados à democracia, podem existir também em outras ordenações políticas, porém são importantíssimos para a asseguuração dos direitos humanos.

Em outras palavras, direitos humanos, que pressupõem a divisão de poderes do Estado e a independência da jurisdição, podem conduzir à democracia, porém não são conceitualmente a ela vinculados. Eles devem ser afirmados e respeitados mesmo em outras ordens políticas.

8. Conclusão

A crítica ao abstracionismo de Habermas, por parte de Baynes, mostra que não é simples distinguir se uma questão é ética, e trata do bem e de valores, ou moral, e se reporta ao justo e a normas. E aqui mesmo se acende a controvérsia em situações sociais de decisões explosivas. Porque, se estamos no âmbito moral, é preciso encontrar princípios universais de resolução. Porém, essa distinção entre ético e moral permanece relevante para a convivência não violenta de diferentes culturas, que se quer realizar ao mesmo tempo num horizonte universal de consenso capaz inclusive de criticar certas práticas culturais. Se, por exemplo, uma tribo de índios, no caso de nascimento de gêmeos, enterra vivo um dos dois, por tradição, um questionamento moral e jurídico dessa prática é não somente plausível como obrigatório. O mesmo se diga da prisão de pessoas sem permissão de acesso à defesa e tolerância de práticas de torturas, como no caso de Guantânamo.

Uma presumida tradição ética americana não pode justificar tais práticas, um juízo moral está acima delas.

A resposta de Habermas à objeção de tipo liberal de Larmore de que o respeito moral à pessoa está na base inclusive das suas concepções democráticas, e então a autonomia privada seria precedente à autonomia pública, não me parece bem enfocada, como já indiquei acima, porque a entende como prioridade aos direitos defensivos contra invasões indevidas do estado no âmbito subjetivo. Porém aqui se vê como Habermas, para se opor a Larmore, apóia-se, em primeiro lugar, na prática efetiva da asseguuração social da definição de direitos e não na pura teoria. O respeito no qual seu opositor pretende se basear só é regulamentado comunicativamente, por meio da posição de uma vontade democraticamente formada, que legisla inclusive sobre regras administrativas. Para Larmore, a soberania popular decorre do direito subjetivo mais fundamental: ninguém será submetido violentamente à lei. Além disso, em uma sociedade com pluralismo cultural, a lei não é legitimada, do ponto de vista dos agentes, somente porque há coincidência entre endereçado e autor, mas também, por uma parte das pessoas, porque tem base sacral ou por sua utilidade. Ora, o princípio do respeito moral a cada um vale também para tais agentes e então é mais capaz de promover a integração social do que a co-originariedade entre autonomia privada e pública. Ao contrário, o ponto de referência habermasiano é certamente a cultura pós-metafísica. Porém deve-se dizer que, nos seus escritos posteriores, inclusive sobre a religião, ele, sem deixar de ter como base a secularização da sociedade, manifesta mais compreensão com os cidadãos religiosos e tenta inclusive articular teoricamente tal diversidade, falando de sociedade pós-secular (Habermas, 2007).⁴

⁴ A segunda parte dessa obra tem como título *Pluralismo religioso e solidariedade de cidadãos do Estado*.

Boeckenfoerde vê a exigência da observação de direitos como caminho para a democracia e como fator indispensável para formar uma cultura democrática. Sua abordagem empírica exige, sim, o respeito aos direitos humanos. Tem a vantagem de oferecer um itinerário pedagógico-social para a democracia, mesmo se as condições plenas para essa ainda não são dadas. Mas Boeckenfoerde contesta a cooriginariedade entre direitos e democracia. Recusa sua vinculação conceitual, como Habermas a concebe. Sua impostação não é de uma deontologia política, mas tem em primeiro plano a finalidade das ordenações políticas, seus objetivos. Elas não são fins em si mesmas. Para Habermas, de outro lado, a tomada de decisões consensuais, em que todos os envolvidos estejam participando, é o que garante a legitimidade das leis, e então a justiça está acima do bem. De certa forma, a democracia é fim em si mesma.

Boeckenfoerde se coloca claramente do ponto de vista hegeliano de uma progressiva encarnação da liberdade nas estruturas do espírito do povo: não uma exigência *a priori* de democracia, mas seu gradual alcance a partir de direitos humanos, inclusive direitos de livre expressão, garantidos por tribunais independentes.

Finalmente testarei alguns conceitos acima desenvolvidos na análise de duas situações internacionais. As reações aos ataques a Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, como também as mudanças políticas recentes na Venezuela são duas situações concretas em que mais uma vez fica clara a relevância de uma adequada articulação teórica e prática dos conceitos de autonomia privada e pública. Por razões diversas, em ambos os casos o peso do momento recai sobre a autonomia pública.

A ameaça à segurança coletiva, nos Estados Unidos, e a necessidade de prevenções diante de ameaças de ataques imprevistos levou a limitar aquelas liberdades individuais tão caras à tradição político-jurídica americana: telefonemas e *e-mails* podem ser

investigados pelo Estado com mais facilidade, prisões podem ser efetuadas com menos limites. A minoria islâmica se torna alvo potencial de desconfiança da outra parte da população potencialmente insegura. Nesse quadro, é tanto mais necessária a afirmação de direitos humanos individuais e das minorias.

Na Venezuela, o novo regime centralizador e cerceador de liberdades subjetivas tenta legitimar-se com a garantia e implementação de direitos sociais, porém à custa de liberdades políticas de opinião e expressão e de um retorno a práticas semi-ditatoriais, que passam por ampla estatização da produção e até da distribuição econômicas, restrições fortes aos meios de comunicação, insuflamento populista para diversas decisões plebiscitárias favoráveis, entre outras medidas. Graves repercussões internacionais, inclusive com o desencadear da fala de “ventos de guerra” com os vizinhos, não se fazem esperar. Nesse segundo caso, a autonomia privada sofre cortes inaceitáveis, sem que se possa dizer que esteja ocorrendo uma participação política efetiva, livre e legítima. Se a autonomia privada e pública se pressupõem mutuamente, como pensa Habermas, aqui ambas estão cerceadas e o autoritarismo vai minando instituições e liberdades.

Referências

BAYNES, K. Democracy and the rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In: WHITE, S. K. *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge University Press, 1995.

BOECKENFOERDE, E-W. Ist demokratie eine notwendige forderung der menschenrechte ? In: S. GOSEPATH und G. LOHMANN (Hrg). *Philosophie der menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. [s./d.].

HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Die postnationale konstellation, suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1998.

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

_____. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LARMORE, CH. Die Wurzeln radikaler Demokratie. *Deutsche Zeitschrift fuer Philosophie*, n. 41, p. 321-327, 1993.

LUCHI, J. P. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do estado. In: _____. *Linguagem e socialidade*. Vitória: Edufes. [s./d.].

O voto parlamentar brasileiro nas Constituições de 1967-1988

Marilda de Paula Silva
Marcelo de Oliveira Milagres

Sumário

1. Introdução. 2. A Escola dos Annales. 2.1. Primeira fase. 2.2. Segunda fase. 2.3. Terceira fase. 3. O voto secreto no Poder Legislativo (1946-1988). 3.1. A redemocratização: voto secreto e a Constituição de 1946. 3.2. O golpe de Estado: voto secreto e a Constituição de 1967. 3.3. Estado Democrático de Direito: voto secreto na Constituição de 1988. 4. Conclusão.

1. Introdução

A democracia, como sistema de governo, requer transparência de suas estruturas, instituições e, particularmente, da ação dos representantes populares, aqueles que exercem mandato eletivo.

No Brasil, pontualmente, discute-se sobre a forma do voto parlamentar, principalmente, em situações e momentos envolvendo matérias de grande repercussão: voto aberto ou secreto?

A discussão, como acentuado, é pontual. Não há estudos sobre a construção desse importante instrumento jurídico. Desconhece-se a história da forma do voto parlamentar, os contextos e estruturas que influenciaram, legitimaram e determinaram a sua forma no desenvolvimento legislativo brasileiro.

As obras jurídicas, sobretudo manuais, limitam-se à descrição do texto normativo atual. Quando muito, narram grandes acontecimentos e seus personagens, com excess-

Marilda de Paula Silva é Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do IDP e da Faculdade de Direito Milton Campos (licenciada). Assessora de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

Marcelo de Oliveira Milagres é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor e Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Milton Campos. Promotor de Justiça Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais.

siva proeminência do Estado, furtando-se à intertextualidade, à análise conjuntural, estrutural e ao reconhecimento das diversas temporalidades e personagens.

A história não é dada, ao revés, é construída. Segundo Boris Fausto (2007, p. 15), não há uma verdade histórica imutável,

“O passado histórico é um dado objetivo e não pura fantasia, criada por quem escreve. Mas essa objetividade, composta de relações materiais, de produtos da imaginação social e da cultura, passa pelo trabalho de construção do historiador. Como disse antes, ele seleciona fatos, processos sociais etc., e os interpreta, de acordo com suas concepções e as informações obtidas. Por isso, ao mesmo tempo que não é arbitrária, a História – tanto ou mais do que outras disciplinas – se encontra em constante elaboração.”

Essa continuada construção, requer métodos e um distanciamento temporal.

Mas há um método único para a elaboração histórica? No nosso caso, existe um método exclusivo para o estudo do desenvolvimento da forma do voto parlamentar brasileiro?

Evidentemente que a complexidade dos fenômenos sociais, em sentido amplo, não pode ter a sua análise restringida por determinada metodologia. O cenário de época requer o estudo de diversos elementos. Na verdade, o que se impõe é a escolha do principal método de estudo.

Nessa quadra, é manifesta a crítica das próprias fontes de pesquisa, sendo necessária reconstrução da definição de documento histórico. Documento que, na acepção tradicional e oficial, quase nunca pode ser interpretado como reprodução fiel dos fatos. À curiosidade perpétua, que, segundo Jacques Le Goff (apud BLOCH, 1993, p. 12), é o primeiro estímulo da história, deve ser aliado um intenso trabalho de pesquisa da memória. Em razão dos vários métodos de trabalho, o passado tem, verdadeiramente, um surpreendente futuro diante de si.

Diante desses desafios, elegemos a metodologia da Escola dos Annales como linha condutora da proposta de nossa investigação histórica. Por quê? A resposta perpassa pela própria origem, problemática, métodos, características e gerações dos Annales.

2. A Escola dos Annales

Segundo Peter Burke (1997, p. 12), diante das divergências individuais entre seus membros, bem como de seu desenvolvimento no tempo, talvez fosse melhor propugnar pelo movimento dos Annales e não por uma “Escola”.

Annales é o nome da revista francesa criada¹, em 15 de janeiro de 1929, pelos historiadores Lucien Febvre e Marc Bloch, com o objetivo de promover uma nova espécie de história. Defendia-se, em síntese, a substituição da narrativa de grandes eventos por uma história-problema; a história de todas as atividades humanas em contraponto ao reducionismo da histórica política ou econômica²; e, nesse diapasão, propugnava pela interdisciplinaridade, ou seja, uma constante interação entre a história e as ciências sociais.

Escola dos Annales que, segundo Jacques Le Goff (2005, p. 52-53), caminhou para uma Nova História, uma História Total:

“História econômica, demográfica, história das técnicas e dos costumes, não apenas história política, militar,

¹Foram quatro nomes da revista: *Annales d'histoire économique et sociale* (1929-1939); *Annales d'histoire sociale* (1939-1945); *Mélanges d'histoire sociale* (1942-1944) e *Annales: économies, sociétés, civilisations* (1946-). A denominação social, pelo caráter intencionalmente vago, permitia falar de tudo. Segundo Marc Bloch, em conferência para os alunos da École Normale Supérieure em 1941, não há história econômica e social. Há a história pura e simples em sua unidade. A história é, por definição, toda social.

²Sobreleva ressaltar a exceção da obra de Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, de 1864, que se preocupou com a história da religião, da família e da propriedade.

diplomática. História dos homens, de todos os homens, não unicamente dos reis e dos grandes. História das estruturas, não apenas dos acontecimentos. História em movimento, história das evoluções e das transformações, não história estática, história quadro. História explicativa, não história puramente narrativa, descritiva – ou dogmática. História total, enfim...”

O movimento é apresentado por suas três fases ou gerações.

A *primeira*, com manifesta oposição à história tradicional, em razão de suas narrativas de eventos e exaltação de grandes heróis, bem como a criticada ênfase na história política.

A *segunda* fase, influenciada pelo pensamento de Fernand Braudel, defendeu uma preocupação maior com análise de estrutura e conjuntura, com ênfase em tempos de longa duração.

A *terceira* fase, com início a partir de 1968, é marcada pela fragmentação, alguns em defesa da história sociocultural, outros em retorno à história política.

2.1. Primeira fase

Tanto Febvre quanto Bloch eram entusiastas do estudo sob a perspectiva de uma história-problema.

Febvre se especializou em geografia histórica, sobrelevando o seu estudo sobre a *Ile-de-France*. Prosseguiu com o estudo de atitudes coletivas na história do Renascimento e da Reforma.

Bloch se especializou em história medieval. Defendia a ideia de um historiador regional que se vale das habilidades, entre outras, de um arqueólogo, paleógrafo, psicólogo e sociólogo.

Merece destaque a sua obra *Os reis taumaturgos* (1924), que analisava, em uma perspectiva histórica de longa duração (século XIII ao século XVII), o poder político dos reis francos e ingleses a partir da difusão da crença coletiva segundo a qual os monarcas tinham o poder de curar uma

doença de pele conhecida como escrófula. Para muitos, essa obra cunhou essa primeira fase como o que hoje designamos *história das mentalidades*, em razão do estudo da psicologia da crença coletiva.

Segundo Bloch, os historiadores escreveram muitos livros sobre as ideias monárquicas, mas sem jamais mencioná-las. A sua pretensão era, exatamente, preencher essa lacuna.

Para Carlo Ginzburg, *Os reis taumaturgos* nasceram da experiência de Marc Bloch (1993, p. 12) na Primeira Guerra Mundial, atuante como oficial do exército francês, porquanto ali viu a reconstrução de uma sociedade medieval, uma regressão a uma mentalidade bárbara, inspirando Bloch na elaboração, também, do conhecido artigo *Réflexions d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre*.

Mas o próprio Bloch (2003, p. 43) esclarece o nascimento da sua obra:

“A ideia de estudar os ritos de cura e, de forma mais geral, a concepção da realeza que se exprime neles veio-me há alguns anos, quando estava lendo no Cerimonial dos Godefroy os documentos relativos à sagração dos reis da França. Naquele momento, eu estava bem longe de imaginar a verdadeira extensão da tarefa a que me lançava; a amplitude e a complexidade das pesquisas às quais foi conduzido ultrapassaram de muito a minha expectativa.”

Nessa obra *Os reis taumaturgos*, Bloch fala tanto de consciência coletiva quanto de mentalidade para descrever a crença das pessoas no poder curativo dos reis. Há o recurso à psicologia coletiva, o estudo dos ritos, das imagens, dos gestos, como também há o esboço de uma história do corpo, sobretudo nos gestos curativos do rei, a simbologia dos corpos escrofulosos transformados pela unção real.

Esse maior diálogo da história com as demais ciências sociais, em manifesta oposição e crítica à historiografia tradicio-

nal, é uma das grandes características do movimento dos Annales.

Para o economista e sociólogo François Simiand (1903 apud LE GOFF, 2005), a Escola dos Annales rompia com os ídolos político, individual e cronológico. Político, consubstanciado na preocupação exagerada com grandes eventos. Individual, que concebia uma história dos indivíduos e não como um estudo dos fatos. O ídolo cronológico, que é o hábito de se perder em estudos de origem, em investigações excessivamente particulares.

Segundo José Murilo de Carvalho (2007, p. 19-31), no Brasil, desde a proclamação da República até 1945, a participação eleitoral não passou de 5% da população. Será que essa baixa representatividade influenciou a construção histórica da forma do voto parlamentar, uma atuação que, muitas vezes e de forma intencional, furta-se à visibilidade e fiscalização popular? Trata-se de um problema que a historiografia tradicional não respondeu. Assim como não desenvolveu, adequadamente, as circunstâncias dessa baixa participação eleitoral. O encaminhamento desses problemas não se ajusta a questões, também, de natureza geográfica e da mentalidade de época? São pontos, como se percebe, que extrapolam os conhecidos limites do positivismo histórico e instigam a necessária curiosidade na construção da história.

2.2. Segunda fase

O grande marco dessa segunda fase é a tese de Fernand Braudel, defendida em 1947, intitulada *O Mediterrâneo*.

Com o objetivo de situar os indivíduos e eventos em um contexto, Braudel (1972, p. 21 apud BURKE, 1997, p. 48) revela a desimportância da mera análise dos acontecimentos, que, segundo ele, seriam “perturbações superficiais, espumas de ondas que a maré da história carrega em suas fortes espáduas”. Para Braudel, a história é ininteligível sem a história das estruturas e a história do meio. Segundo ele, somente a

história do curto prazo é incapaz de explicar as permanências e mudanças. É preciso estudar as estruturas.

Segundo Peter Burke (1997, p. 48):

“O Mediterrâneo é um livro de grandes dimensões, mesmo que consideremos os padrões da tradicional tese de doutoramento francesa. Sua edição original continha aproximadamente 600.000 palavras, o que perfaz seis vezes o tamanho de um livro comum. Dividido em três partes, cada uma das quais – como o prefácio esclarece – exemplifica uma abordagem diferente do passado. Primeiramente, há a história ‘quase sem tempo’ da relação entre o ‘homem’ e o ambiente; surge então, gradativamente, a história mutante da estrutura econômica, social e política e, finalmente, a trepidante história dos acontecimentos”.

Braudel, nesse original trabalho, revela a importância do espaço na história, a geografia histórica, ou, como denominava, da “geo-história.”

Ressalte-se, ainda, a preocupação com temporalidades da história. Fernand Braudel dividiu o tempo histórico em tempo geográfico (longa duração), tempo social (média duração) e tempo individual (curta duração). Percebe-se, também, a preocupação com as estruturas que, igualmente, estão sujeitas a mudanças, ainda que lentas. Ressalte-se que longa duração não é, necessariamente, um longo período cronológico, mas é aquela parte da história, das estruturas, que muda mais lentamente.

Porém, uma das principais críticas dirigidas à obra, que tinha a pretensão de alcançar o que se denominava “história total” ou “historia global”, era que a mesma pouco trabalhou as atitudes, crenças, valores, “mentalidades coletivas”, ao contrário da primeira fase da Escola dos Annales.

Contra essa crítica, impõe-se o foco de Braudel, que era o estudo da complexa interação entre o meio, a economia, a sociedade, a política e os acontecimentos.

Em verdade, a denominada “História total”, pela impossibilidade inclusive instrumental, não objetiva estudar todos os fenômenos, mas, sim, trabalhar de forma mais completa possível os elementos que recompõem a história, ir além dos limites de um problema, de um questionamento histórico.

Outro trabalho de destaque de Braudel (1995, v. 1) é a obra *Civilização Material, Economia e Capitalismo, Séculos XV-XVIII*, indispensável para compreender o mundo decorrente da Revolução Industrial e da Revolução Francesa. Trata-se de pesquisa de fôlego iniciada pelo convite de Lucien Febvre para escreverem sobre a história da Europa no período de 1400 a 1800. Febvre cuidaria do pensamento e crença, Braudel ficou com a história da vida material. Com a morte de Febvre em 1956, Braudel concluiu a sua parte, em 1979, sendo o trabalho dividido em três volumes.

Essa obra de Braudel, em manifesto paralelo com a estrutura tripartite de *O Mediterrâneo*, desenvolve-se a partir da análise do cotidiano, da economia local e do capitalismo.

A análise do cotidiano pressupõe o estudo dos alimentos, habitações, vestuário, utensílios, instrumentos monetários, enfim, tudo aquilo de que o homem se serve e as suas relações com o meio. Por sua vez, a economia local cuida das trocas econômicas, dos ciclos econômicos, tudo isso, após, compreendido e inserido em uma realidade macroeconômica (capitalismo).

Segundo Peter Burke (1997, p. 61), “da mesma maneira que em *O Mediterrâneo*, sua forma de abordar a civilização é a de um geógrafo, ou de um geo-historiador, interessado em áreas culturais, nas quais a troca de bens ocorre, ou deixa de ocorrer.”

Segundo Braudel (1995, v. 1, p. 16), a realização de toda essa empreitada somente é possível mediante o distanciamento da realidade atual:

“Temos pois de, de uma vez por todas, nos desprender das nossas realidades

ambientes para fazer, como convém, esta viagem contra a corrente dos séculos, para reencontrar as regras que, durante muito tempo, encerraram o mundo numa estabilidade bem como explicável quando pensamos na mutação fantástica que iria se seguir”.

Nessa segunda fase dos *Annales*, sobressai a importância dos métodos quantitativos na reconstrução da história. “Esta ‘revolução quantitativa’, como foi chamada, foi primeiramente sentida no campo econômico, particularmente na história dos preços. Da economia esprou-se para a história social, especialmente para a história populacional” (BURKE, 1997, p. 67).

Relevante é a advertência de Fernand Braudel (1995, p. 21):

“O mal é que se ainda hoje nunca conhecemos a população do globo senão com um erro de uns 10%, sobre a do mundo de outrora dispomos apenas de conhecimentos muito imperfeitos. E, no entanto, a curto e a longo prazo, no setor das realidades locais e à escala imensa das realidades mundiais, tudo está ligado ao número, às oscilações da massa dos homens”.

Será que a forma de ocupação do espaço brasileiro influenciou na baixa participação eleitoral e, por conseguinte, determinou a forma da ação dos parlamentares? A demografia não seria, também, uma fonte da história?

2.3. Terceira fase

Segundo Peter Burke (1997, p. 79), é difícil traçar o perfil da terceira geração, em razão da manifesta fragmentação. Não se pode falar, nesse período, em alguém que tenha dominado o grupo como Febvre e Braudel:

“Deve-se admitir, pelo menos, que o policentrismo prevaleceu. Vários membros do grupo levaram mais adiante o projeto de Febvre, estendendo as fronteiras da história de forma a permitir a incorporação da

infância, do sonho, do corpo e, mesmo, do odor. Outros solaparam o projeto pelo retorno à história política e à dos eventos. Alguns continuaram a praticar a história quantitativa, outros reagiram contra ela.”

Nessa fase, segundo a conhecida expressão de Le Roy Ladurie, a história das mentalidades e outras formas de história cultural saíram “do porão ao sótão”.

Nessa fase, importante nome da história das mentalidades foi o do medievalista Jacques Le Goff. Destaca-se, como contribuição à história do imaginário medieval, a obra *La naissance du Purgatoire*, uma história das mudanças das representações da vida *pos mortem*.

Destaca-se, também, o trabalho de Philippe Áries, que se interessou pelos fenômenos intermediários entre o biológico e o mental (família e morte), bem como pela educação, tempo histórico e a religião popular.

Nessa terceira geração, sobreleva, também, a viragem antropológica, uma mudança em direção à antropologia cultural ou “simbólica”:

“As idéias de Goffman, Turner, Bourdieu, De Certeau e outros foram adotadas, adaptadas e utilizadas para construir uma história mais antropológica. Jacques Le Goff, por exemplo, vem trabalhando há mais de vinte anos no que pode ser descrito como antropologia cultural da Idade Média, indo da análise estrutural das lendas ao estudo dos gestos simbólicos da vida social, especialmente o rito da vassalagem” (BURKE, 1997, p. 95).

E, ainda, para alguns, nessa fase, há o retorno à política, conquanto seja ressalvada a importância da obra *Les rois thaumaturges*, de Marc Bloch, para a história das ideias de monarquia.

Há, também, o retorno da narrativa, sendo que o tipo de história produzido se torna popular na França e além de suas fronteiras. Embora, na era de Braudel, o

movimento dos Annales já seja conhecido em toda a Europa.

Sobressai, nessa perspectiva além-fronteiras francesas, o trabalho do italiano Carlo Ginzburg intitulado *O queijo e os vermes*.

Ao analisar documentos inquisitoriais, pesquisando no Arquivo da Cúria Episcopal de Udine, Ginzburg se depara com o interessante julgamento, pelo Santo Ofício, do moleiro Domenico Scandella (Menocchio), o qual sustentava que o mundo tinha sua origem na putrefação.

A partir daí, Ginzburg apresenta pensamentos, cotidiano e sentimentos de Menocchio, sua cultura e o contexto social em que ela se formou – século XVI, Europa pré-industrial.

Nesse relevante trabalho histórico, há discussão sobre a relação entre a cultura das classes subalternas e das classes dominantes, tudo a partir da reconstrução da personalidade individual de Menocchio, que se extraia da documentação disponível.

No Brasil, as aulas de Braudel, na Universidade de São Paulo, década de 30, influenciaram a famosa obra sobre a história social do Brasil de Gilberto Freyre, *Casa-Grande e Senzala*.

A Escola dos Annales, em todas as três gerações, expandiu o campo da história para diversas áreas do conhecimento, permitindo a descoberta de novas fontes históricas e o aprimoramento do instrumental necessário para explorá-las. E, se a perspectiva de uma história total é um ideal inacessível, não menos certo que a interdisciplinaridade é uma necessidade decorrente da complexidade dos fenômenos da história.

3. *O voto secreto no Poder Legislativo (1946 a 1988)*

A discussão a respeito do voto parlamentar secreto, no Brasil, não é questão recente. Trata-se de instrumento que se vincula diretamente à noção de *checks and balances*, pela limitação do poder estatal. Tal ocorre porque, se, por um lado, a votação

secreta afasta pressões e impede a investigação do elemento subjetivo do legislador, por outro, impossibilita o controle dos cidadãos pela falta de publicidade.

Não é por outra razão que a análise das opções constitucionais feitas de 1946 a 1988, relativamente ao voto secreto, bem como das interpretações que lhes foram conferidas, envolve o cenário político, o contexto e as mentalidades identificadas em cada período da história. Parte-se, sobretudo, da consideração de que o Brasil adotou o sistema de governo presidencialista³, no qual, além de pressões externas, os próprios presidentes podem exercer influência sobre a produção normativa.

Como destaca Sérgio Abranches (1988, p. 5-38), pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, ao analisar o presidencialismo brasileiro como espécie de características próprias, o conflito entre o Legislativo e o Executivo “tem sido elemento historicamente crítico para a estabilidade democrática no Brasil”, especialmente em função “da fragmentação da composição das forças políticas representadas no Congresso e da agenda inflacionada de problemas e demandas impostas pelo Executivo”.

Entre outros fatores, tal conflito se deve à referida influência do Executivo, que pode se dar por meio de poderes que lhe são atribuídos nos textos constitucionais, como ocorre com o veto, ou de outros que lhe advêm da força que a posição ou o partido lhe atribui. Nesse contexto, o voto parlamentar secreto desempenha papel fundamental, manifestando e fundamentando-se de maneira diversa, dependendo dos fatores históricos que atuam no momento.

3.1. *A redemocratização: voto secreto e a Constituição de 1946*

De fato, não se pode desconsiderar que a Constituição de 1946 é produto de um

³ O sistema presidencialista foi interrompido apenas pelo Ato Institucional de 1961 que instituiu o parlamentarismo, encerrado por plebiscito em janeiro de 1963.

processo de redemocratização. Findo o Estado Novo no Brasil – uma “era negra”⁴ nas palavras de José Bonifácio Lafayette de Andrada –, era encerrado o mais longo período de interrupção do Poder Legislativo em toda a história do país. Nesse momento, foi o Congresso Nacional, recém-eleito, quem assumiu as funções de Assembleia Constituinte.

A partir daí, o antigo conglomerado de partidos e chefias regionais foi substituído por uma estrutura pluripartidária e de partidos nacionais – lei eleitoral de 28.05.45 – que permitia diferenciação de ideias e interesses. A relevância do papel desempenhado pelo Poder Legislativo é demonstrada pelo fato de que, nesta primeira experiência democrática brasileira (1946-1964), as leis de autoria do Congresso correspondiam a 57% das leis promulgadas (PESSANHA, 2002). Entretanto, a representação democrática não se podia dizer efetiva, pois até 1945 a participação eleitoral não passava de 5%, tendo aumentado apenas em 1960, para 18% da população (CARVALHO, 2007, p. 19-30 apud AVELAR; CINTRA, 2007, p. 28).

Temerosa do intervencionismo estatista, a Constituição de 1946 concedeu ao Congresso enorme poder de decisão, no intuito de evitar o arbítrio do ex-ditador Getúlio Vargas, que, muito embora tenha deixado o poder, manteve sólidas e temidas bases de apoio. A representação do Congresso deveria funcionar como expressão da sociedade civil que vinha sendo atingida por longos anos.

Nesse contexto de fortalecimento do Poder Legislativo, a Constituição previa, em seu art. 43, que o voto era “secreto nas eleições e nos casos estabelecidos nos arts. 45 §2º, 63, I, 66, VIII, 70, §3º, 211 e 213”. Significava dizer que o voto parlamentar

⁴ Quando a Assembleia foi fechada pelo golpe de novembro de 1967, ao ser impedido de entrar no recinto, Andrada abriu o livro de presenças que ficava na entrada e anotou: “Começou a era negra no Brasil”. (FARIA; PEREIRA, 1994, p. 79).

seria secreto para todas as eleições internas de cada Casa do Congresso; nos casos de licença para procedimento criminal; para aprovação da escolha de magistrados, do procurador-geral da República, dos ministros do Tribunal de Contas, do prefeito do Distrito Federal, dos membros do Conselho Nacional de Economia, dos chefes de missões diplomáticas permanentes; para o julgamento das contas do presidente da República; para suspensão do veto presidencial; para deliberação sobre o decreto de estado de sítio e para a suspensão das imunidades parlamentares.

As disposições constitucionais privilegiavam, portanto, a existência de publicidade nas manifestações parlamentares, abrindo-se espaço para votação secreta apenas nos casos em que o Poder Legislativo exercia controle sobre os atos de outros Poderes, ou quando deliberavam a respeito de questões que envolviam seus pares. Neste momento, os parlamentares viam na liberdade de manifestação fator importante da representação democrática, razão pela qual a votação aberta apresentava-se como regra, mas permitia a existência de exceções para afastar *pressões circunstanciais*.

Tal fato é revelado pelo debate relativo à possibilidade de ampliação das hipóteses de votação secreta. Além dos casos expressamente previstos na Constituição, discutia-se se esta seria uma enumeração taxativa ou meramente enunciativa, caso este em que a lei ou os regimentos poderiam ampliá-la. Colocada em votação a matéria no Congresso Nacional, venceu o entendimento de que as ampliações legais ou regimentais seriam válidas para afastar certas pressões. Na oportunidade, manifestou-se o Deputado Nestor Duarte afirmando que:

“É certo que quase tudo que o Congresso delibera ou vote seja feito sob as vistas do público. A lei assim deve nascer. Não há, pois, projetos de lei ou deliberações que devam ser públicos e projetos de lei e deliberações que possam deixar de ser públicos.

O voto secreto, entretanto, é um voto circunstancial. Está a depender das condições do momento e dos fatores deliberantes que possam ditar ou desautorizar o seu emprego. Oportunidades há em que a condição da livre decisão está na publicidade do voto. Ocasões existem em que essa condição só se efetiva sob o amparo do segredo.

A opinião pública e a dos seus elementos não se formam, apenas, pela escolha individual de cada agente. O pensamento, sobretudo a vontade coletiva está sujeita às pressões e às correntes do meio, e a força com que esses fatores atuam é, afinal, o que propuliona, informa e dirige essa opinião.

Ainda não se quis fazer o estudo dos grupos de pressão que mais relevo assumem na direção e formação das manifestações de opiniões públicas entre nós. No meio político, no Congresso, em derredor do Executivo, há grupos típicos dessa pressão, a atuarem conforme a índole do ambiente e do poder político junto aos quais se apresentam e agem.

Não escapam as vontades à pressão desses grupos. Sob certos aspectos, a vontade individual e a coletiva só se concretizam como resultantes dessa pressão. Deve haver porém um limite a essa ‘vis compulsória’, como é indispensável subtrair a vontade qualificada de certos órgãos e poderes públicos da influência de grupos e correntes de forças que possam desviar ou turbar a liberdade jurídico, condição de uma ‘soberania’ que é outro conceito jurídico da realidade política.

A votação secreta em tal caso é um processo, como tantos outros, de técnica jurídica, que se não afasta da noção de garantia que é o lenho e o suporte da norma de direito. Nunca, por isso mesmo, o direito revela tão

bem, como nessas oportunidades, o sentido de condição de existência de certas realidades ou ‘ficções’ do mundo social e político.”⁵

Em comentários à Constituição de 1946, Pontes de Miranda (1960, p. 403-404) manifesta-se no sentido de que referida interpretação do art. 43, que admitia a ampliação das hipóteses constitucionais de votação secreta por normas regimentais, “desatendia a tradição brasileira, que é a da publicidade das votações em qualquer das câmaras”. Afirma que, “no regime pluripartidário, em Constituição que mandou atender-se à representação dos partidos nas comissões e adotou outras medidas de responsabilização, seria difícil explicar-se o receio da votação aberta.”

Tal pensamento manifestado pelo renomado autor também corrobora o enorme poder de decisão dado ao Congresso pela Constituição de 1946, e o fato de que o voto secreto não tinha feição crucial na manutenção de sua independência. Nesse sentido, verifica-se que o projeto de lei para criação da PETROBRAS (1951) só foi aprovado quase dois anos mais tarde e o de *desapropriação por interesse social*, iniciado em 1953, permaneceu esquecido na Câmara, muito embora a reformulação agrária fosse o foco do *populismo de participação* no 2º período Vargas (CAMARGO, 1986, p. 149, 150).

Contudo, o suicídio de Getúlio Vargas e o crescente Poder Militar na política brasileira – especialmente no Poder Executivo, como Ministros (STEPAN, 1975, p. 46) – contribuíram para que o Congresso perdesse, continuamente, sua capacidade decisória. Não foi por outra razão que em agosto de 1962, cedendo às pressões de João Goulart, aprovou projeto para regulamentação da *desapropriação por interesse social*.

Segundo relata Ricardo Maranhão (1986, p. 274), a autonomia do Congresso se mantinha, entretanto, quanto ao controle do orçamento, dos vetos presidenciais e da

instalação de comissões parlamentares de inquérito. Tratando-se todas *de hipóteses em que a Constituição previa manifestação parlamentar por voto secreto* (art. 43, CR/46), verifica-se que, neste momento, tal instrumento revela-se essencial para assegurar a força e independência do Poder Legislativo.

3.2. O golpe de Estado: voto secreto e a Constituição de 1967

Pondo fim ao período de redemocratização, em 31 de março de 1964, o Presidente João Goulart foi deposto pela então denominada “revolução pelos militares e civis que o apoiaram” – depois chamado “golpe de 1964” (FARIA; DULCI, 2005, p. 249). Em que pese a severa repressão política da época, o regime apresentava-se como um arremedo de democracia que “permitia” o funcionamento do Poder Legislativo. Nos dezoito primeiros meses após o golpe, os partidos políticos do período anterior foram *tolerados*, depois de expurgadas as lideranças mais *perigosas*.

Exemplo deste expurgo se deu logo após o golpe, em 8 de abril de 1964, quando três deputados mineiros tiveram seus mandatos cassados, em *sessão secreta*, a partir do rito sumário especialmente criado para tanto. Em que pese o sigilo previsto para o procedimento, em entrevista concedida ao Jornal “O Tempo” em abril de 1998, o então Deputado Murilo Badaró que, à época, votou pela cassação de seus colegas, afirmou que tal ocorreu “por questões puramente políticas impostas pelas circunstâncias do regime vigente”, relatando que:

“O capitão Paulo Vianna Clementino, oficial do Exército e ajudante de ordens do General Carlos Luiz Guedes, chegou à Assembléia com inúmeras pastas contendo a ficha dos três deputados e suas atividades políticas. O capitão nos disse que o Movimento Revolucionário precisava de nossa colaboração. Alegamos que isso era contra o regimento interno e o capitão contra-argumentou que

⁵ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 23.08.52, p. 8.421-8-426.

tínhamos alterado o regimento para criarmos as secretarias dias antes. Explicamos que aquela era uma situação diferente, punitiva. Nesse momento, ele sacou do coldre o seu 45 e o colocou na mesa dizendo que daquela hora para frente o regimento era aquele” (O TEMPO, 1998 apud FARIA; DULCI, 2005, p. 253).

Tal arremedo de democracia manteve-se apenas até 27 de outubro de 1965, quando o Presidente Marechal Castelo Branco assinou o Ato Institucional n. 2, transferindo para o Congresso Nacional o poder de eleger o presidente da República “em sessão pública e votação nominal” (art. 9º), e extinguiu os partidos políticos. A partir de então, permitiu-se a criação de três partidos que, pelo número reduzido da oposição, acabaram sendo dois: a) Aliança Renovadora Nacional (ARENA): tinha o dever de apoiar o governo no parlamento; b) Movimento Democrático Brasileiro (MDB): agrupou os oposicionistas (FARIA; DULCI, 2005, p. 264).

O poder dos militares e a fraqueza do Poder Legislativo já sob a vigência do Ato Institucional n. 2, ainda Constituição de 1946, podem ser extraídos da manifestação de Bonifácio José Tamm de Andrada ao registrar que, quando de sua eleição para Presidente da Assembleia Legislativa no estado de Minas Gerais, em 1966:

“Liguei para o brigadeiro Eduardo Gomes, que era amigo de meu pai e do meu sogro. O assunto chegou aos ouvidos do presidente Castelo Branco, que mandou um emissário a Belo Horizonte para dizer ao Israel Pinheiro: se o governo do Estado estava nas mãos do PSD, era justo que a Presidência da Assembléia ficasse com alguém da UDN” (Idem, p. 266).

Nessa esteira, na passagem do governo de Castelo Branco para Costa e Silva, em janeiro de 1967, foi outorgada uma nova Constituição de perfil nitidamente autoritário. Mencionada Carta manteve os mesmos

usos do voto secreto da Constituição de 46 (art. 32, §3º, 34, §4º, 45, I, e 62, §3º, CR/67), com exceção da declaração de estado de sítio e da suspensão de imunidades parlamentares durante estado de sítio, que foram acrescidas (art. 154, parágrafo único).

Desde então, o radicalismo dos movimentos de direita e esquerda marcaram a conjuntura política brasileira.⁶ Em resposta, no dia 13 de dezembro de 1968, o governo militar baixou o Ato Institucional n. 5 que, pelo Ato Complementar n. 38, fechou o Congresso por tempo indeterminado e suspendeu a garantia de *habeas corpus* “nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional” (art. 10). Embora permanecessem abertas as assembleias estaduais, o medo fez com que se contentassem com propostas e discussões de temas de menor importância.⁷

Esta Constituição foi largamente emendada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.69, absorvendo instrumentos ditatoriais como o AI 5 (Ato Institucional n. 5/68). Com o claro intuito de *fiscalizar* a atuação do Poder Legislativo, entre suas alterações, referida emenda previu a *votação pública* para derrubada do veto (art. 59, §3º). O que outrora atendia ao princípio da publicidade, possibilitando o controle popular, privilegia o interesse dos militares com o fortalecimento do Poder Executivo.

Da mesma forma, a eleição do presidente e vice-presidente da República se dava por *colégio eleitoral*, em “sessão pública e votação nominal” (art. 74, EC 1/69). Nestes termos, em 1974 o general Ernesto Geisel foi eleito presidente. Muito embora tenha

⁶ Prisões indiscriminadas e torturas tornaram-se procedimentos banais na ditadura (FARIA; DULCI, 2005, p. 279).

⁷ Como exemplo, Faria; Dulci (2005, p. 288) relata a concessão do título de cidadãos honorários, em 24.09.69, aos astronautas americanos que pisaram pela primeira vez na Lua, sob a justificativa do deputado Nelson Luis Thibau de que esta “pertence a todos, ela não é só de Belo Horizonte, de Minas Gerais, ou do Brasil, ela é do mundo, porque é o satélite natural da terra”.

vencido seu oponente Ulysses Guimarães, esta anticandidatura fez com que, nas eleições para o Legislativo, o Governo perdesse a maioria de 2/3: com 244 deputados e senadores eleitos, faltavam-lhe 44 cadeiras (GASPARI, 2003, p. 241, 473).

Em 1º de abril 1977, depois de rejeitar proposta de reforma do poder judiciário⁸, reunindo o Conselho de Segurança Nacional, o presidente Ernesto Geisel fechou o Congresso Nacional por tempo indeterminado, fundamentando-se no AI-5. Seus poderes foram transferidos a um grupo de seis pessoas, que, em 14 de abril, apresentou o texto da Emenda Constitucional que, entre outras medidas, criou os chamados “mandatos biônicos”, garantindo a maioria do Governo no Senado (FARIA; DULCI, 2005, p. 307).

Nesse contexto, a publicidade dos votos parlamentares buscava obstar a efetividade do processo democrático, ao impedir que os legisladores pudessem se manifestar livremente contra posição manifestada pelo presidente da República. Com efeito, o voto aberto expunha o Poder Legislador ao controle de variadas pressões “muito mais efetivas que o controle popular” (Idem).

3.3. Estado Democrático de Direito: voto secreto na Constituição de 1988

Em meados de 1978, a população já começava a reconquistar seu direito de protestar. Especialmente a partir do governo de Figueiredo – iniciado em 15 de março de 1979 –, o país passou por um momento conhecido como *abertura*. Desde então, iniciaram-se manifestações favoráveis à instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Nesse ano, fez-se reforma partidária para criação de mais seis partidos (FAUSTO, 2007, p. 501).

Em 1982, ocorreram eleições diretas para governador nos Estados, e a oposição

⁸ Tal emenda alterava a estrutura da justiça, mas mantinha o poder do Executivo de remover e aposentar juizes, além da vedação ao *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional.

saiu-se vitoriosa em nove estados (FARIA; DULCI, 2005, p. 328). Em que pese a grandiosidade da campanha das “diretas já” para aprovação da Emenda Constitucional que garantiria o voto direto para presidente da República, já nas eleições de 1985, a ausência de 112 parlamentares impediu a obtenção do *quorum* exigido, de modo que Tancredo Neves foi eleito presidente da República pelo colégio eleitoral – “em sessão pública e voto nominal”, em 15 de janeiro de 1985.

Com a morte de Tancredo Neves na véspera de sua posse, foi empossado o Vice-Presidente eleito, José Sarney, mandato no qual o Congresso Nacional promulgou a atual Constituição de 1988, que prevê, expressamente, apenas cinco hipóteses em que a votação parlamentar se daria secretamente: *a*) art. 52, III: aprovar a escolha de magistrados, Ministro do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, Governador de Território, Presidente e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos que a lei determinar; *b*) art. 52, IV: aprovar a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; *c*) art. 52, XI: aprovar a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término do seu mandato; *d*) art. 55, §2º: perda do mandato de Deputados e Senadores, nos casos dos incisos I, II e III do art. 55; *e*) art. 66, §4º: rejeição de veto.

Nesses casos previstos constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser *obrigatória* a votação secreta.⁹ Ocorre

⁹ Em várias oportunidades, o Supremo já teve oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de leis ou emendas estaduais que extinguiam ou reduziam as hipóteses de votação secreta: Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.057/BA. Rel. Min. Celso de Melo. DJ 06.04.2001. Ement. vol. 02026, p. 302. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2461-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 07.10.05. Ement. v. 02208, p. 00135. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 195, p. 897; BRASIL. Neste julgamento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello por entenderem que o voto secreto cuida-se de questão instrumental no processo de perda de mandato, que estaria circunscrita

que leis infraconstitucionais¹⁰ e disposições regimentais permanecem estendendo o elenco dos casos de votação secreta para além dos que encontram previsão expressa na Constituição da República.

Justamente enfocando a hermenêutica constitucional e a própria conformidade do voto secreto aos princípios do Estado Democrático de Direito, grande debate vem se estabelecendo a respeito da matéria.¹¹ Discute-se a constitucionalidade da extensão das hipóteses do voto secreto para além dos casos previstos na Constituição e a própria conveniência da manutenção de hipóteses – ainda que previstas constitucionalmente – do voto secreto em um regime democrático e republicano como o nosso.

O mesmo fundamento sustentado pelos parlamentaristas em 1952, centrado no afastamento de pressões que influenciariam o exercício do poder, é ainda utilizado por vários legisladores e doutrinadores (LIMA, 2001, p. 376) que, atualmente, saem em defesa da manutenção e da ampliação do voto secreto. Considerando que a representação é um dos pilares do sistema democrático, defendem a garantia de liberdade para que o legislador possa exercer seu direito de voto. Nesse sentido, seria legítimo o voto secreto como tentativa de afastar tudo quanto possa repercutir em suas manifestações de pensamento.

Muito embora defenda que o voto aberto deva prevalecer como regra geral, Hugo de Brito Machado (2001, p. 3, 4) afirma que essa norma há de comportar exceções, pois,

à economia interna do Estado, matéria que, portanto, lhe caberia regular.

¹⁰ A Constituição do Estado do Pará dispõe, no parágrafo único do art. 88, que “o voto do deputado será público, ressalvados os casos previstos nesta Constituição e no *regimento interno* da Assembléia Legislativa”.

¹¹ A maior polêmica se estabelece em torno do voto secreto previsto para a perda do mandato de deputados e senadores. Tal debate foi ainda mais ampliado pelo arquivamento do processo instaurado em razão do episódio popularmente conhecido como *mensalão* e pelo julgamento do Presidente do Senado, Sen. Renan Calheiros.

“em certos casos o voto secreto é exatamente a garantia concedida ao povo de que o seu representante terá condições de votar livremente, sem o constrangimento das pressões espúrias”. O autor argumenta que a evolução histórica da votação aberta no parlamento revelaria que sua prática “serve mais aos poderosos que ao povo”, enquanto o voto secreto, “embora não o pareça aos menos desavisados, pode ser, em certos casos, uma salvaguarda da democracia”. Justificando essa posição, retorna à Constituição de 1937, que afirma ser “a mais antidemocrática” e prever a publicidade de todas as sessões do Congresso, vedando o voto secreto em qualquer hipótese (art. 40).

Entretanto, tendo em vista que a limitação do poder estatal é fundamento essencial da democracia, a qual necessita de freios a um poder que se queira neutro, Fabiana Dias Menezes de Almeida (2005, p. 232) manifesta-se em sentido diametralmente oposto. Posiciona-se contrariamente ao sigilo por tratar-se de mecanismo incompatível com a limitação do poder. Afirma-se que sem publicidade inviabiliza-se, pragmaticamente, o acesso à informação ou ao conhecimento dos fatos.

Com efeito, argumenta-se que, estando o princípio da publicidade disposto no art. 37, CR/88, deveria nortear todos os níveis da federação e todos os poderes do Estado. A publicidade ampla poderia ceder apenas quando outros valores constitucionais se lhe opusessem e recomendassem maior reserva. Tal hipótese ocorreria no caso de sigilo nas votações pelo júri em que cidadãos leigos são chamados a julgar indivíduo a que se imputa crime doloso contra a vida (art. 5º, XXXVIII, b, CR/88). Não se nega, portanto, a ambivalência do sigilo no sistema democrático. Sua configuração, contudo, dependeria de circunstâncias que não se justificariam nas votações do Poder Legislativo.

Investido de imunidades quando atua em consonância com as prescrições nor-

mativas, o legislador não teria o que temer em suas manifestações de pensamento. Não é por outra razão que mencionada autora questiona até mesmo as disposições constitucionais que impõem o sigilo nas votações legislativas, afirmando se tratarem de “equívoco”, pois “se afastam do espírito democrático que tanto louvou”. Combate o argumento daqueles que defendem o sigilo para resguardar o parlamentar de pressões ou constrangimentos afirmando que:

“[...] o eleito recebe um mandato para gerir os negócios públicos em nome dos representados e deve-lhes, ainda que moralmente, satisfação por seus atos. O fato é que o exercício do mandato político pressupõe coragem cívica que leve ao enfrentamento das pressões – afinal, elas fazem parte do processo político –, cabendo ao eleito enfrentá-las publicamente, e não, a pretexto de livrar-se delas, instalar-se sob o manto confortável do sigilo. Esse era também o sentir de Georges Vedel, conforme relata Ferreira Filho, testemunha das preleções do mestre francês que enfatizava a coragem como atributo necessário ao desempenho do mandato” (MENEZES DE ALMEIDA, 2005, p. 232).

Assinalando que a responsabilidade é inerente ao exercício do poder no sistema republicano, Adilson de Abreu Dallari (2000, p. 904) esclarece que, diferentemente dos eleitores em geral, os parlamentares não detêm *plena liberdade de manifestação de vontade*, pressuposto essencial para concessão do voto secreto. Tendo em vista que a manifestação legislativa se limita pela responsabilidade legal e constitucional, “não tem sentido algum estender a garantia do voto secreto aos mandatários políticos além daquilo que está expressamente previsto na Constituição Federal [...]”.

Na vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar a questão, pela primeira vez, quando do julgamento de Mandado de

Segurança impetrado pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello contra atos do Presidente da Câmara dos Deputados em seu processo de *impeachment*. Citando Pontes de Miranda e Carlos Maximiliano, o Rel. Min. Octavio Gallotti destacou a importância da publicidade no regime democrático, para concluir que a votação secreta deve atender às disposições constitucionais.

Como estava em pauta o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o Relator entendeu que deveria prevalecer a votação nominal aberta, nos termos do art. 23 da Lei 1.079, disposição que seria “obediente à reserva constitucional (parágrafo único do art. 85)”, a qual dispõe que “estes crimes serão definidos em lei especial”. Conclui, pois, nos seguintes termos:

“4) não estando a autorização, para processar o presidente da República, inscrita entre os casos sujeitos ao escrutínio secreto para Constituição, e havendo esta (art. 85, parágrafo único) remetido à lei especial, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade atribuídos ao Chefe do Poder Executivo, deve ser nominal a votação, nos expressos termos do art. 23, da lei 1.079, de 1950.”¹²

Decidiu, portanto, o i. Relator, seguido pelos Min. Ilmar Galvão, Min. Carlos Velloso, Min. Celso de Mello, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Paulo Brossard – vencido na preliminar de não conhecimento do mandado de segurança –, Min. Néri da Silveira e Min. Sydney Sanches, que os regramentos infraconstitucionais somente podem estender os casos de votação secreta para além dos que se encontram previstos expressamente na Constituição quando esta conferir à lei competência para tanto, caso do art. 86, parágrafo único. Registrando

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.564-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 27.08.93, v. 01714-02 p. 17019. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 169, p. 80.

que “sempre, pois, que a Constituição quis o voto secreto, ela foi expressa”, afirmou o Min. Carlos Veloso¹³ que não poderia, portanto, o Regimento Interno dispor a respeito da matéria.

Asseverando, também, que “naqueles casos em que o constituinte julgou conveniente a utilização do voto secreto, ele o indicou expressamente, a título de exceção”, o Min. Paulo Brossard caminhou mais além, ao afirmar expressamente que, ainda que não houvesse a disposição do art. 23 da Lei 1.079, “não haveria como escapar à conclusão de que a disposição do art. 188, II é inconstitucional”, pois estrapola as hipóteses previstas constitucionalmente.

Ficou vencido o Min. Moreira Alves quanto à modalidade de votação para a autorização da instauração do processo de *impeachment*, por entender que seria cabível o voto secreto. Citando Carlos Maximiliano (1954, p. 40,41) em comentários à Constituição de 1946, manifestou-se no sentido de que os regimentos das casas do Congresso têm força de lei e de que a norma do art. 218 seria geral ao passo que o art. 188, II, seria especial; afirma que:

“É certo que, em alguns dispositivos ela exige a votação secreta, o que, no entanto, não significa que, em todos os outros casos em que ela silencia a esse respeito, a votação tenha de ser pública. Se a modalidade de votação não é imposta por texto constitucional, cabe ao Regimento Interno de cada uma das Casas do Congresso decidir sobre se ela será pública ou secreta. Aliás, mesmo em face da Constituição de 1946 que, no art. 43,

arrolava as hipóteses em que o voto seria secreto [...]”¹⁴

Nesse histórico julgamento, muito embora tenham os Ministros se referido à importância da publicidade e à taxatividade das hipóteses de voto secreto, acabaram por debater como enfoque central matéria relativa à reserva de lei. Afirmando que o art. 55, §2º, cuidava de uma norma de reserva de lei, segundo disposto no art. 85, CR/88. Por essa razão, afastada a disposição do Regimento Interno da Câmara dos Deputados para aplicar o art. 23 da Lei 1.079, determinando que, na admissão da acusação contra o Presidente da República, o voto na Câmara dos Deputados seria nominal e, portanto, público.

Não obstante, pouco depois, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar a questão¹⁵ no julgamento da ADI-MC 1.057/BA contra a Lei 6.571/94 do estado da Bahia,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.564-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 27.08.93, v. 01714-02 p. 17019. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 169, p. 195.

¹⁵ Em acórdão já citado, ADI 2.461-RJ, em 2005, o STF voltou a enfrentar a questão, declarando a inconstitucionalidade da EC 17/01 do Rio de Janeiro que previa voto aberto para perda do mandato de parlamentar estadual. Ficaram vencidos os Min. Celso de Mello e Marco Aurélio. Mantendo coerência com posicionamento manifestado em outros julgamentos, o Min. Celso de Mello salienta expressamente que “as votações procedidas no âmbito do Poder Legislativo submetem-se, ordinariamente, ao processo de votação ostensiva, sendo de exegese estrita as normas que fazem prevalecer, em hipóteses taxativas, os casos de deliberação sigilosa”. Contudo, considerando que “na democracia não há espaço para o mistério”, sendo a publicidade condição de legitimidade do Estado, os Estados poderiam restringir as hipóteses de voto secreto, muito embora não possam ampliá-las. Conclui, portanto, que “a interpretação da norma inscrita no art. 27, §1º, CR [...] há de ser efetuada no sentido de reconhecer que esta regra somente vincula os Estados-membros no que se refere a definição material das causas autorizadas de privação do mandato legislativo dos Deputados Estaduais, não se lhes aplicando, sob tal perspectiva, as normas de caráter meramente ritual [...] de tal modo que se permitirá, ao Estado-membro, no exercício autônomo do seu poder de auto-organização e auto-governo, dispor, com liberdade, sobre modalidade aberta da votação [...]”.

¹³ Carlos Mário Veloso registra em seu voto que também se manifestaram nesse sentido, em artigos publicados em jornais, “Miguel Reale, Celso Antônio Bandeira de Melo (“Voto aberto ou secreto”, artigo publicado na *Folha de São Paulo*, de 15.09.1992), Antônio Evaristo de Moraes Filho (“Questão de transparência”, artigo publicado no *O Globo*, de 18.09.92), Carlos Ayres de Brito, citado por Celso Antônio e Ministro Evandro Lins e Silva (“Voto secreto ou aberto”, artigo publicado no “Jornal do Brasil” de 22.09.92).

que estabelecia voto secreto para a escolha do Governador e do Vice-Governador por sua Assembleia Legislativa, nas hipóteses em que se verificasse a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Reiterando posição já firmada no julgamento anterior, de que voto secreto excepciona a publicidade – princípio primordial da democracia, no regime constitucional hodierno –, o Rel. Des. Celso de Mello, seguido à unanimidade pelos demais Ministros, deixou ainda mais claro que *o constituinte de 1988 executou sua tarefa de forma taxativa*:

“é de registrar que as votações parlamentares submetem-se, ordinariamente, ao processo de votação ostensiva, sendo de exegese estrita as normas, de índole necessariamente constitucional, que fazem prevalecer, em hipóteses taxativas, os casos de deliberação sigilosa. O ordenamento constitucional brasileiro adotou, como regra geral, no campo das deliberações parlamentares, quaisquer que estas possam ser, o princípio da votação ostensiva e nominal, apenas indicando, em *numerus clausus* – e sempre expressamente –, as hipóteses em que, a título de exceção, terá lugar o voto secreto” (grifo nosso).¹⁶

Recentemente, a Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado pelo Senador Almeida Lima, em que pleiteava o direito de proferir voto secreto no Conselho de Ética e Decoro parlamentar do Senado, na representação nº 02/2007, contra o presidente do Senado Renan Calheiros, por suposta quebra de decoro parlamentar. Em sua decisão, a Ministra fez referência a publicação anterior de sua autoria em que trata da publicidade na Administração Pública e destaca que:

“A publicidade (...) é que confere certeza às condutas estatais e segurança

aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambigüidade diante das práticas (estatais) conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento da confiança que o cidadão tem de depositar no Estado. A publicidade resulta, no Estado contemporâneo, do princípio democrático. O poder é do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira), nele reside; logo, não se cogita de o titular do poder desconhecer-lhe a dinâmica...” “O princípio informador do modelo estatal da República Democrática, constitucionalizado no Brasil em 1988, é o da publicidade, e a ele se submetem todos os comportamentos estatais. [...] *Daí ter-se por exceção, constitucionalmente expressa, a adoção do regime secreto de votação para a decisão da perda de mandato do parlamentar (deputado ou senador), o que se dá pelo Plenário da respectiva Casa*”¹⁷ (grifo nosso).

Dessa forma, poder-se-ia até discordar das hipóteses constitucionalmente previstas ou encontrar nelas próprias fundamentos para que outras também se justificassem. Entretanto, não se pode ignorar as previsões constitucionais. Diante do princípio da publicidade e do silêncio constitucional eloquente quanto a hipóteses outras, prevalece, atualmente, o entendimento de que não encontra guarida qualquer extensão infraconstitucional ao voto secreto. Se por um lado não se pode ignorar a exigência de votação secreta para os casos expressamente previstos na Constituição, não cabe pretender restringir o princípio da publicidade por meio da lei ou de regimentos¹⁸.

¹⁷ MS 26.920 – DF. Impetrante: José Almeida Lima; Impetrado: Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=73121&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 dez. 2007.

¹⁸ No âmbito federal, os regimentos da Câmara e do Senado não ampliaram as hipóteses de votação secreta para a produção normativa. A previsão de escutínio secreto para além do que consta na Cons-

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.057/BA. Rel. Min. Celso de Melo. DJ 06.04.2001. Ement. vol. 02026, p. 302.

Com efeito, se a Constituição atual limitou as hipóteses de votação secreta apenas às cinco inicialmente descritas, assim o fez porque entendeu que a limitação ao princípio da publicidade seria pertinente apenas nesses casos. Somente nesses caberia ajuste para manutenção do equilíbrio entre os poderes, pois: nos termos do art. 52, III, 52, IV, e 52, XI, incumbe ao legislador ratificar ato do Poder Executivo em controle externo direto; conforme o art. 55, §2º, compete-lhes o julgamento de seus pares, e o art. 66, §4º, prevê a rejeição de veto aposto pelo Chefe do Executivo. Como afirma Fabiana Dias Menezes de Almeida (2005, p. 236) “quando quis que estas [votações] fossem adotadas em escrutínio secreto, a Constituição expressamente assim determinou, podendo-se *a contrario sensu* concluir que será aberto o voto nos demais casos, em consonância, aliás, com o que pede a democracia”.

Tramitam no Congresso Nacional vários Projetos¹⁹ de Lei, de Emenda Constitucional

tuição em ambas as casas do Congresso limita-se à eleição dos membros da mesa (art. 7º do RI da Câmara dos Deputados e art. 60 do RI do Senado Federal).

¹⁹ Atualmente, 21 projetos tramitam no Congresso Nacional: 1) PEC 349/2001, apresentada pelo Dep. Luiz Antônio Fleury em 09.05.01: altera a redação dos arts. 52, 53, 55 e 66, CR/88 para abolir o voto secreto. Sua última movimentação indica que em 17.02.05 o parecer da Comissão Especial foi publicado no DCD de 17.02.05; 2) PEC 350/2001, apresentada pelo Dep. Barbosa Neto em 15.05.2001: dá nova redação ao inciso XI do art. 52, ao §3º do art. 53 e §2º do art. 55, CR/88, para eliminar a exigência de voto secreto na tomada das decisões de que tratam esses dispositivos. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 17.05.01; 3) PEC 352/2001, apresentada pelo Dep. José Antônio Almeida em 15.11.01: dá nova redação aos incisos III, IV, XI e parágrafo único do art. 52, ao §3º do art. 53, ao §2º do art. 55 e ao §4º do art. 66, visando à extinção da exigência constitucional de voto secreto nas deliberações do Congresso Nacional. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 17.05.01; 4) PEC 361/2001, apresentada pela Dep. Rose de Freitas em 23.05.01: dá nova redação aos incisos III, IV e XI do art. 52, ao §3º do art. 53, ao §2º do art. 55 e ao §4º do art. 66, CR/88. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 25.05.01; 5) PEC 390/2001, apresentada pelo Dep. Gervásio Silva em 27.06.01: altera redação dos arts. 52, III, IV e XI, art. 53, §3º, art. 55, §2º e art. 66,

e de modificação do Regimento que pretendem alterar as disposições que regulam o voto secreto. Alguns propugnam pelo seu fim no Congresso, Câmara Federal, Senado, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e Câmara Legislativa do Distrito Federal.

4. Conclusão

A análise dos fatores que determinaram a adoção do voto secreto, e sua influência em cada momento, leva à conclusão de que argumentos válidos se colocam tanto do lado daqueles que se manifestam a favor da manutenção do voto secreto quanto dos que se posicionam em sentido contrário. Para tanto, não se pode desconsiderar os fatores históricos em que se arrimaram para fazê-lo.

De fato, como se destacou, a votação pública no autoritarismo militar que marcava a Constituição anterior visava claramente a constranger os membros do Poder Legisla-

§4º da Constituição Federal. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 29.06.01; 6) PEC 406/2001, apresentada pelo Dep. José Genoíno em 22.08.01: modifica o art. 53, §3º, art. 55, §2º e art. 66, §4º, CR/88. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 28.08.01; 7) PEC 39.2003, apresentada pelo Dep. José Roberto Arruda: estabelece o voto aberto nas casas legislativas, alterando os arts. 47, 52, 55 e 66, CR/88. Sua última movimentação indica que foi apensado à PEC 349/2001 em 20.11.02; 8) PEC 69/03, apresentada pelo Dep. Zico Bronzeado em 28.05.2003: dá nova redação ao §2º do art. 55, CR/88. Sua última movimentação indica que aguarda parecer do Relator da CCJC em 20.03.2006; 9) PL 4577/2001, apresentado pelo Dep. Alberto Fraga em 30.04.2001: tipifica como crime a violação do sigilo de voto de parlamentares e dá outras providências. Sua última movimentação indica que se encontra pronto para a pauta com parecer do Relator, Dep. Moroni Torgan, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, em 21.05.03; 10) PRC 137/2001 apresentado pelo Dep. Fernando Ferro em 20.03.01: inclui no Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispositivo para garantir ao parlamentar a possibilidade de tornar público o seu voto em casos de escrutínio secreto. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 22.03.01; 11) PRC 142/2001 apresentado pelo Dep. José Genoíno: altera o art. 7º, art. 186 e art. 188 do RI da Câmara. Sua última movimentação

tivo. Entretanto, tratava-se de período em que os militares que ocupavam os cargos no Executivo possuíam instrumentos de pressão que poderiam atentar até mesmo contra a vida do parlamentar. Tal questão não pode ser desconsiderada, mas não se trata de situação que vivenciamos hoje (DALLARI, 2000, p. 918).

Ao relatar sua experiência como presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (2006, p. 75) expõe não haver “nada mais equivocado” que “subestimar o papel político do Congresso e dos partidos”. Avaliando os inúmeros fatores que determinam o posicionamento legislativo, afirma:

“Os chavões sobre estes oscilam. Ora os consideram incoerentes, sem ideologias, meras máquinas eleitorais. Ora confundem legendas com partidos e vêem, nas votações do Congresso, coerência partidária, quando na maior parte das vezes trata-se apenas de apoio ao governo ou oposição a ele. Pior ainda, muitas

vezes, nos dois casos, os parlamentares agem por motivos que nada têm a ver com as ideologias proclamadas nos programas partidários. Na verdade, há pouco de tudo isso em cada um dos partidos – coerência, apoio em troca de vantagens de todo o tipo, visões ideológicas –, dependendo das regiões e da força dos chefes políticos, bem como do momento, da formação dos dirigentes partidários e de suas trajetórias de vida [...]”

A Constituição de 1988 regula como cláusula pética sua identificação com os pressupostos democráticos. Pressupostos esses cujo surgimento se deu em clima de enorme expectativa por mudanças, já que as instituições anteriores foram fundamentalmente descaracterizadas pelo regime autoritário anterior (MENEZES DE ALMEIDA, 2005, p. 218). Nesse contexto democrático, a transparência se apresenta como elemento essencial para assegurar a limitação do exercício do Poder Legislativo.

Trata-se de uma das características essenciais da democracia contemporânea. Mesmo no contexto do liberalismo, ao comentar as decisões secretas que sempre

indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 02.04.01; 12) PRC 150/2001 apresentado pelo Dep. Arthur Virgílio em 02.05.2001: altera os arts. 184 e 188 do RI da Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 04.05.01; 13) PRC 152/2001 apresentado pelo Dep. Feu Rosa em 03.04.2001: altera os arts. 7º e 184 e suprime o art. 188 do RI da Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 07.05.01; 14) PRC 153/2001 apresentado pelo Dep. Ivanio Guerra em 08.05.01: altera os arts. 7º e 184 e suprime o art. 188 do RI da Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 10.05.01; 15) PRC 160/2001 apresentado pelo Dep. João Pizzolatti em 22.05.2001: altera artigos do Regimento Interno referentes à previsão de votação em escrutínio secreto na Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 24.05.01; 16) PRC 161/2001 apresentado pelo Dep. Iéδιο Rosa em 22.05.01: altera os arts. 7º e 184 e suprime o art. 188 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 24.05.01; 17) PRC 162/2001 apresentado pelo Dep. Nelson Marquezelli em 23.05.2001: altera o art. 188 da Res. n. 17 de 1989, que aprova o RI da Câmara dos Deputados. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 25.05.01; 18) PRC 169/2001 apresentado pelo Dep. Gilvaldo Carimbão em 26.06.2001: altera os arts. 7º e 184

e suprime o art. 188 do Regimento Interno da Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 29.06.01; 19) PRC 179/2004 apresentado pelo Dep. José Carlos Araújo em 24.11.04: modifica os arts. 7º, 187, 188, 217 e 218 do Regimento Interno, estabelecendo obrigatoriedade de votação pelo sistema eletrônico para escolha dos membros da mesa diretora e demais votações secretas no âmbito da Câmara, nos termos que especifica. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 29.11.01; 20) PRC 190/2005 apresentado pelo Deputado Henrique Fontana em 16.02.05: altera a redação do art. 7º, dá nova redação ao inciso II e revoga os incisos III, IV, V, VII e X, todos do art. 7º, e ao inciso III do §1º do art. 188 e acrescenta o inciso V ao §2º do art. 188 do RI da Câmara. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 28.02.05; 21) PRC 191/2005 apresentado pelo Dep. Robson Tuma em 16.02.05: altera a redação dos incisos III e IV do art. 7º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Sua última movimentação indica que foi apensado ao PRC 63/2000 em 28.02.05. Disponível em: <<http://www.votoaberto.com.br/html/questoes.php>>. Acesso em: 18 dez. 2007.

dominaram o regime autocrático – seja pelo mascaramento ou encenação no cenário político aberto, seja pelas decisões tomadas em sigilo –, Norberto Bobbio (2004, p. 403) destaca a importância da transparência naqueles Estados em se adotar o regime democrático:

“A linguagem exotérica e misteriosa não é condizente com a assembléia dos representantes eleitos periodicamente pelo povo, e por isso responsáveis diante dos eleitores, poucos ou muitos que sejam, mas tampouco era condizente com a democracia dos antigos, quando o povo se reunia na praça para ouvir os oradores e então deliberar. [...] Entre as promessas não mantidas pela democracia, das quais falei em um ensaio anos atrás, a mais grave, a mais destruidora, e, ao que parece, também a mais irremediável, é precisamente aquela da transparência do poder.”

Isso não significa, contudo, que a transparência democrática só exista com o voto aberto. Nesse ponto, não se pode perder de vista lição de Miguel Reale (1990, p. 65), que, ao tratar da legitimidade no regime democrático, afirmou que, “se não levarmos em conta dado horizonte histórico, arriscamo-nos a perder-nos em generalidades [...]”. Assim como não tem cabimento assimilar as regras de regimes autoritários para o momento atual, não se pode afirmar que não seja necessário regular exceções.

Referências

- ABRANCHES, S. Presidencialismo de coalisão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.
- BLOCH, Marc Leopold Benjamin. *Os reis taumaturgos: o caráter sobrenatural do poder régio, França e Inglaterra*. Prefácio de Jacques Le Goff, tradução de Júlia Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campos, 2000.
- BRASIL. Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 23 ago. 52, p. 8.421-8-426.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.057/BA. Rel. Min. Celso de Melo. DJ 06 abr. 2001. Ement. v. 02026, p. 302. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2461-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 07 out. 05. Ement. v. 02208, p. 00135. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 195, p. 897
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.564-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 27 ago. 93, v. 01714-02 p. 17019. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 169, p 80.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.564-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 27 ago 93, v. 01714-02 p. 17019. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 169, p 195.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.057/BA. Rel. Min. Celso de Melo. DJ 06 abr. 2001. Ement. v. 02026, p. 302.
- BRASIL. MS 26.920 – DF. Impetrante: José Almeida Lima; Impetrado: Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=73121&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 dez. 2007.
- BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Tradução de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1995, v. 1.
- BRAUDEL, Fernand. La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II. In: BURKE, Peter. *A Escola dos annales: a revolução francesa da historiografia*. Tradução de Nilo Odália. São Paulo: Fundação da Editora da UNESP, 1997, 2 v.
- BURKE, Peter. *A Escola dos annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia*. Tradução de Nilo Odália. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.
- CAMARGO, Aspásia de Alcântara. A questão agrária: crise do poder e reformas de base (1930-1964) In: FAUSTO, Boris (Org.). *O Brasil republicano: sociedade e política*. São Paulo: Difel, 1986.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.
- CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- DALLARI, Adilson Abreu. Voto aberto no julgamento do chefe do executivo. *Boletim de direito administrativo*, v. 16, n. 12, dez. 2000, p. 904-918.

- FARIA, Maria Auxiliadora; PEREIRA, Ligia Maria Leite. *José Bonifácio Lafayette de Andrada – uma vida dedicada à política*. Belo Horizonte: BDMG, 1994.
- _____; DULCI, Otávio Sares. *Diálogo com o tempo: 170 do legislativo mineiro*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2005.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.
- GASPARI, Élio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Cia. das letras, 2003.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*. Tradução de Maria Betania Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- LE GOFF, Jacques (Org.). *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Voto secreto nos legislativos estaduais e municipais ou de como as coisas podem mudar. In: SOARES, José Ronald (Org.). *Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. Voto secreto. *Jurídica: administração municipal*, v. 6, n. 8, ago. 2001.
- MARANHÃO, Ricardo. O Estado e a política populista no Brasil (1954-1964). In: FAUSTO, Boris (Org.). *O Brasil republicano: sociedade e política*. São Paulo: Difel, 1986.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 5 ed. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fabiana. O sigilo no sistema democrático. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- O TEMPO. Belo Horizonte, (cadernos especiais) 17, 18 e 19 de abril de 1998. In: FARIA, Maria Auxiliadora; DULCI, Otávio Sares. *Diálogo com o tempo: 170 do legislativo mineiro*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2005, p. 253.
- PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMF, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. 2.
- REALE, Miguel. *A nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- STEPAN, Alfred. *Os militares na política*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

O nascimento do controle de constitucionalidade judicial

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Sumário

1. A fiscalização judicial da constitucionalidade: uma contribuição dos Estados Unidos para o mundo. 2. O controle de constitucionalidade. 2.1. Controle de constitucionalidade formal e material. 2.2. Controle de constitucionalidade por via de exceção e por via de ação. 3. A experiência inglesa e sua influência sobre o incipiente constitucionalismo dos Estados Unidos. 4. O nascimento do controle de constitucionalidade exercitado pelo Poder Judiciário. 5. Considerações finais.

1. A fiscalização judicial da constitucionalidade: uma contribuição dos Estados Unidos para o mundo

Este artigo tem por objeto apontar as razões pelas quais o controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais, exercitado pelos órgãos do Poder Judiciário, originou-se nos Estados Unidos, e como se deu, historicamente, esse surgimento.

A abordagem justifica-se, pois, como se sabe, o constitucionalismo dos Estados Unidos exerceu forte influência na instauração do modelo republicano no Brasil, inclusive no que diz respeito à aceitação entre nós do princípio da *judicial review*.

Em que pese a afirmação de que foi nos Estados Unidos que nasceu a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, ver-se-á que o gérmen desse poder é en-

Andreo Aleksandro Nobre Marques é Juiz de Direito Titular na Comarca de Natal/RN. Especialista em Direito Processual Penal e Processual Civil pela Universidade Potiguar - UNP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Professor Assistente de Direito Penal da UFRN.

contrado no direito inglês, que, em certo período de sua história, admitia o poder dos órgãos judiciários de revisar os atos legislativos e governamentais que colidissem com a *Common Law* ou com o direito natural (CAVALCANTI, 1966, p. 48).

Coube, então, ao gênio norte-americano, a partir do estabelecimento inovador de uma Constituição escrita, apenas desenvolver e formular, em termos definitivos, o exercício do controle de constitucionalidade.

É de se ter em conta, ainda, que, apesar de o constitucionalismo dos Estados Unidos ter seguido um rumo diverso daquele do Reino Unido, a *Common Law* continuou sendo a fonte primordial de inspiração do direito norte-americano.

Assim, a abordagem terá início com uma breve exposição do tema controle de constitucionalidade, enfocando seus principais aspectos teóricos.

Em seguida, será examinada a influência exercida pelo direito inglês sobre o direito dos Estados Unidos, uma vez que o sistema jurídico norte-americano é considerado um misto entre o da *Common Law* e o da *Civil Law*, explicitando com precisão a distinção entre essas duas famílias de direitos e as acepções que pode tomar a expressão *Common Law*.

Por fim, mostrará como se estabeleceu o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

2. O controle de constitucionalidade

O constitucionalismo moderno surge com a aceitação da ideia de existência de uma lei fundamental do Estado ou Nação, superior a todas as demais.

A distinção entre lei constitucional e lei infraconstitucional resulta do fato de que a lei constitucional é produto de um poder constituinte, a princípio absoluto e ilimitado, enquanto a lei infraconstitucional é produto de um dos poderes constituídos pela lei constitucional, razão pela qual não pode desrespeitá-la.

Foi o que teorizou Sieyès na famosa obra “*Qu’est-ce que le tiers État?*”. Mais tarde, teria Sieyès, agora preocupado com a estabilidade e ordem que a Constituição deveria proporcionar, transigido com a possibilidade de alteração da Constituição pelo poder instituído, desde que se atuasse com prudência (Cf. BONAVIDES, 2004, p. 141).

Para Machado Horta (1999, p. 124), é o poder constituinte, originário ou derivado, que confere “superioridade e permanência formais a determinada categoria de regras, imprimindo na superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: a constitucional e a ordinária.”

Assim, não podendo a lei constitucional, de categoria superior, ser revogada por uma lei ordinária, de categoria inferior, justamente por decorrer daquela, resta estabelecido o princípio da supremacia constitucional (Cf. BITTENCOURT, 1997, p. 68), pressuposto doutrinário incontroverso da técnica do controle de constitucionalidade (LOUREIRO JÚNIOR, 1957, p. 61-62).

2.1. Controle de constitucionalidade formal e material

Para que seja possível a reforma ou revisão das Constituições rígidas, exige-se a submissão do órgão competente a um procedimento mais dificultoso, daí porque a lei infraconstitucional, por não se submeter aos mesmos requisitos, não pode revogá-la.

Busca-se proteger, então, com o aspecto da rigidez, as opções políticas da sociedade, sufragadas no texto constitucional, quer em relação à organização estatal, quer aos direitos que foram conferidos em favor dos membros dessa sociedade, daí por que se obsta também a alteração das próprias normas constitucionais que tratam da elaboração de normas pelo legislador constituído.

Nesse sentido, assevera Hans Kelsen (1998, p. 182):

“(...) a constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a

observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. A constituição, o documento solene chamado 'constituição', geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material. *Mas é a fim de salvaguardar as normas que determinam os órgãos e os procedimentos de legislação que se projeta um documento solene e especial e se torna especialmente difícil a modificação das suas regras. Por causa da constituição material existe uma forma especial para as leis constitucionais ou uma forma constitucional. Se existe uma forma constitucional, então as leis constitucionais devem ser distinguidas das leis ordinárias.*" (grifo nosso).

A inaplicabilidade da lei que contraria a Constituição advém, portanto, da hierarquia existente entre as leis. Sendo a Constituição a lei suprema, e tendo os poderes constituídos existência derivada da Constituição, se houver um entrelaçamento entre duas normas jurídicas, estando uma contida na Constituição e outra não, deve prevalecer a lei constitucional, por ser norma de hierarquia superior (Cf. BITTENCOURT, 1997, p. 63).

Barthélémy e Duez¹ (apud BITTENCOURT, 1997, p. 64) asseveram que a Constituição não estabeleceu poderes constituídos para ser desrespeitada por eles. Assim, todo ato que, emanando dos poderes constituídos, for contrário à Constituição, também o é privado de valor jurídico.

Em sentido equivalente, Gomes Canotilho (2003, p. 888) aduz que, sendo a Constituição a norma das normas, a de hierarquia

¹ Dizem Joseph Barthélémy e Paul Duez: "Les organes constitutionnels ne peuvent pas juridiquement faire d'actes en contradiction avec les dispositions de la constitution, parce qu'ils excéderaient leur compétence: la constitution nés les a pas créés pou être violée par eux. La constitution est la loi supreme du pays: tout acte qui lui serait contraire serait illégal."

superior de um ordenamento jurídico, disso advém uma pretensão de validade e de observância da Constituição a que estão ligados todos os poderes constituídos.

Ocorre que apenas a ideia de superioridade da Constituição, em razão de esta decorrer do poder constituinte, não basta para essa tutela. Necessário, como acentua Machado Horta (1999, p. 124, 125), que se faça acompanhar a Constituição de um mecanismo adequado de salvaguarda de seu conteúdo, tanto para que não haja a interferência de um poder constituído no domínio de outro, quanto, principalmente, para que os poderes constituídos respeitem os direitos individuais que a lei constitucional houve por bem reconhecer.

Esse instrumento de defesa da Constituição, derivado da ideia de constituições rígidas, somente veio a surgir com o constitucionalismo do século XVIII, dando origem ao que é conhecido modernamente por controle de constitucionalidade das leis (Cf. HORTA, 1999, p. 128).

Entretanto, logo surge uma primeira dificuldade, qual seja a de determinar qual órgão do Estado é o mais indicado para exercer esse poder, a fim de que não ocupe uma posição de superioridade em relação aos demais poderes constituídos, com afronta ao princípio da separação dos poderes, base do Estado de Direito.

Como se sabe, o controle de constitucionalidade pode ser formal ou material. O controle formal é aquele que se realiza para se averiguar se a elaboração da lei obedeceu ao procedimento previsto pela Constituição.

O controle formal é estritamente jurídico, uma vez que cuida apenas de analisar se o procedimento de feitura das leis atendeu aos comandos normativos constitucionais, e se foram obedecidas as competências estabelecidas na Constituição, não sendo um controle de conteúdo, isto é, material (BONAVIDES, 2004, p. 297, 298).

Em razão disso, por ser um controle jurídico, eminentemente técnico e despido

de referências ao conteúdo da lei, não há nenhum problema em ser exercido por um órgão jurisdicional, que desempenha, conforme assinala Rui Barbosa (apud BONAVIDES, 2004, p. 298), “(...) um poder de hermenêutica e não um poder de legislação”.

Acontece que o controle formal é insuficiente para a salvaguarda dos direitos reconhecidos na Constituição em favor dos cidadãos, já que a Constituição também deve ser entendida em seu sentido material², isto é, como instrumento político, de eleição dos valores mais caros de uma sociedade ou nação, o que deu origem ao denominado controle material.

O controle material tem elevado teor político. Para seu exercício, é necessário perscrutar o conteúdo da norma jurídica, a fim de torná-la compatível com a Constituição. A atividade desenvolvida é criativa, atenta aos valores da norma, que devem estar em conformidade com os valores da Constituição.

Aqui é que resulta problemática a escolha do órgão destinado a exercitar esse controle, pois, sendo atribuída a um órgão do Poder Judiciário a incumbência de verificar se os atos dos outros poderes se conformam à Constituição, disso resultaria que o Poder Judiciário poderia ficar em nível superior aos demais poderes estatais, em prejuízo da independência e harmonia derivada do princípio da separação dos poderes.

Ademais, no que se refere à atividade legislativa, isso seria ainda mais inadmissível, pois na Inglaterra e na França, países que, adotando o regime parlamentar, exerceram forte influência sobre inúmeros outros países, é o Poder Legislativo, e não o Poder Judiciário, o porta-voz da soberania do Povo ou da Nação (Cf. HORTA, 1999, p. 143).

² Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 80), a Constituição material diz respeito ao conteúdo das determinações mais importantes de um Estado. É o conjunto de regras destinado a regular o poder, a distribuição de competências, a forma de governo, os direitos individuais e sociais da pessoa humana.

Em consequência disso é que, nos países da Europa continental, ao tempo das primeiras Constituições, ou o problema foi desconsiderado, pela não criação de um mecanismo de controle, entendendo suficiente o estabelecimento da rigidez constitucional³, ou, originariamente, foi atribuído o controle de constitucionalidade a um órgão político, não vinculado ao Poder Judiciário.

Mas que poder é estritamente político ou jurídico? Nem os Poderes Legislativo e Executivo são estritamente políticos, nem o Poder Judiciário pode e deve ser estritamente jurídico. Realmente, quando se analisa o surgimento do modelo norte-americano do controle de constitucionalidade, fruto de uma realidade histórica diversa da vivida especialmente na França, ver-se-á que não é incompatível com o Poder Judiciário o exercício político de sua função. Aliás, no que se refere à interpretação constitucional, não há como se pensar nessa prática afastada do ponto de vista político⁴.

³ Como assinala Machado Horta (1999, p. 128-129), procurava-se proteger a supremacia constitucional apenas mediante “o acatamento solene e reverencial”, como foi o caso da Constituição Francesa de 1791, que em seu art. 8º do Título VII confiava a guarda da Constituição “(...) à fidelidade do corpo legislativo, do Soberano e dos Juizes, à vigilância dos pais de família, esposas e mães, à estima dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses”. A história, porém, mostrou que o controle parlamentar, o direito de resistência e o direito de petição, apontados como formas de proteção dominantes no século XIX, não eram suficientes para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, destacando a pouca eficácia prática desse expediente, diz Michele Petrucci (apud HORTA, 1999, p. 129): “(...) Poiché non era accompagnato da garanzie giuridiche che protegessero i diritti dei cittadini contra l’ingerenza dello Stato in genere e, malgrado gli appellativi di naturali e imprescrittibili a volte loro attribuiti, del potere legislativo in specie”.

⁴ Cf., a esse respeito, as seguintes ponderações de Otto Bachof (1986, p. 843): “(...) Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación

Sustenta Bittencourt (1997, p. 68), que os tribunais não entram em conflito com o Poder Legislativo quando deixam de aplicar uma lei ordinária tida por inconstitucional, já que, na verdade, o conflito se estabelece entre as duas categorias de leis, a constitucional, derivada do poder constituinte originário, e a ordinária, de um poder criado pela Constituição, limitando-se os tribunais a aplicar a lei de hierarquia superior, por sua autoridade patente.

Gomes Canotilho (2003, p. 889) considera mesmo que a fiscalização judicial da constitucionalidade contribuiu para o desenvolvimento profícuo da própria constituição, dizendo que é possível se afirmar que a constituição foi “reinventada pela jurisdição constitucional”, caracterizando uma das formas mais importantes de controle já estatuídas para a proteção das normas constitucionais.

Isso não significa, parafraseando Hamilton⁵, trazido à colação por Bittencourt (1997, p. 69), que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo. Quem é superior é a Constituição, e o é em relação a todos os poderes por ela constituídos, devendo os juízes, em caso de lei ordinária inconstitucional, atuar a vontade soberana e aplicar a Constituição, rejeitando a lei inconstitucional.

Ademais, importa ter em mente que, na verdade, é o Poder Judiciário o mais fraco dos poderes⁶ e que sua função precípua, de este derecho implica necessariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley (...).“

⁵ Sustenta Hamilton, em “The Federalist”, que: “Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental”.

⁶ A esse respeito, é célebre a seguinte passagem de Hamilton, em “The Federalist”: “The Judiciary has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the

segundo Neumann e Miller, referidos por Bittencourt (Idem, p. 22), é justamente a de defender e proteger os direitos assegurados constitucionalmente em favor dos cidadãos.

É cediço que há duas formas fundamentais de controle de constitucionalidade, que a seguir serão divisadas: o controle de constitucionalidade por via de exceção e o controle por via de ação.

2.2. Controle de constitucionalidade por via de exceção e por via de ação

O controle de constitucionalidade por via de exceção, também chamado de controle concreto, ou incidental, somente é exercitável perante órgão do Poder Judiciário, diante de caso concreto submetido a julgamento, quando uma das partes em conflito levanta, em sua defesa, incidentalmente, a tese da inconstitucionalidade de uma lei que seria aplicada em seu prejuízo.

Como diz Gomes Canotilho (2003, p. 899, grifo nosso):

“A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja *relevante* para a solução do caso concreto.”

Diversamente do que ocorre com o controle por via de ação, na via de exceção a decisão judicial não anula a lei inconstitucional, isto é, não a ataca em abstrato, mas somente declara sua nulidade, deixando de aplicá-la ao caso concreto.

Nesse sentido, pontifica Rui Barbosa (apud BITTENCOURT, 1997, p. 99, grifo nosso):

“Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *anular*. Declarar nula uma

society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force or Will but merely judgement... It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power.”

lei é simplesmente consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Hão de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto do julgado.”

O controle por via de exceção é produto da experiência constitucional norte-americana, estando vinculado ao sistema de controle de constitucionalidade denominado difuso. Caracteriza-se basicamente por ser conferido a qualquer órgão jurisdicional, nos casos concretos sujeitos à sua apreciação (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade por via de ação é também denominado controle direto ou abstrato. Diz-se abstrato porque é feito por meio de uma ação diretamente proposta com o intuito de atacar a inconstitucionalidade da norma em abstrato, isto é, independentemente da existência de qualquer conflito concreto entre sujeitos de direito.

Está relacionado com o sistema concentrado⁷ de controle de constitucionalidade, originário do modelo austríaco estampado na Constituição de 1920, no qual a competência para julgar a inconstitucionalidade é reservada a um único órgão, excluindo-se todos os demais (Idem, p. 900).

Dando o órgão competente provimento ao requerimento da parte legitimada a arguir a inconstitucionalidade, cassa o ato tido por inconstitucional, expurga-o do ordenamento jurídico e retira-lhe, total ou parcialmente, seus efeitos, valendo a decisão *erga omnes*.

De acordo com os sistemas constitucionais que adotaram essa forma de controle de constitucionalidade, o julgamento da

ação de inconstitucionalidade poderá caber tanto a um órgão do Poder Judiciário, quanto a um órgão especialmente criado para essa finalidade.

Assim, tem-se, hodiernamente, como exemplo da adoção do controle de constitucionalidade por via de ação, o modelo pátrio, disposto na Constituição da República Federativa de 1988, confiado a um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, e, sendo confiado a um órgão diverso do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional do modelo espanhol (Constituição de 1978), apesar de que, em ambos países, é possível também o controle de constitucionalidade por via de exceção.

3. A experiência inglesa e sua influência sobre o incipiente constitucionalismo dos Estados Unidos

Diz-se que a *Common Law* foi criada na Inglaterra, mas o que caracteriza esse sistema ou família de direito? Respondendo à indagação, pode ser dito que a principal característica do direito dos países que se filiam à *Common Law* é que nesta a criação do direito se dá, principalmente, por obra dos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, *judge-made law*.

Assim, verdadeiramente, conforme ressalta Guido Soares (2000, p. 51), não é que a *Common Law* seja essencialmente baseada no costume e, como tal, se trate de um direito não escrito, como se costuma propagar, porém, que o Poder Judiciário dos países filiados à *Common Law* exerce efetiva atividade criadora do direito, o que, ordinariamente, não é aceito nos países que integram o sistema da *Civil Law*.

Afasta-se, então, desde logo, a falsa afirmativa de que o direito inglês, do qual surgiu o sistema da *Common Law*, é um direito não escrito, posto que a criação do direito ocorre predominantemente com o trabalho dos tribunais, havendo, efetivamente, redução a escrito das decisões proferidas pelas cortes (GALINDO, 2003, p. 100, 101).

⁷ Esclarece Gomes Canotilho (2003, p. 899) que esse sistema encontrou grande acolhida no constitucionalismo europeu superveniente ao segundo grande conflito mundial, “(...) estando consagrado na Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal”.

Característica importante da *Common Law* a ser realçada diz respeito à denominada regra do precedente ou *doctrine of stare decisis*⁸. Segundo tal regra, basta uma única decisão de um tribunal para que a mesma tenha força obrigatória para casos futuros, espalhando seus efeitos para além das partes, vinculando não só os órgãos judiciários subalternos, mas também o próprio tribunal que fixou o precedente, sendo imperativo conhecer as razões ou motivos da decisão, já que a regra jurídica é criada pelo tribunal de acordo com os fatos do caso concreto (SOARES, 2000, p. 40-42).

Note-se que não é correto denominar o sistema da *Common Law* sistema inglês ou mesmo sistema britânico, uma vez que vários outros países de língua inglesa, não só a Inglaterra, onde surgiu, filiam-se a esse sistema, entre os quais Nova Zelândia, Austrália, República da Irlanda (Eire), e também porque a Escócia, apesar de compor a Grã-Bretanha, com a Inglaterra e o País de Gales, e sofrer grande influência da *Common Law*, filia-se ao sistema romano-germânico (Idem, p. 51-52).

Por outro lado, não obstante se reconhecer força criadora do direito às decisões judiciais, convivem estas com os *statutes*, que seria a criação do direito por obra do legislador não integrante do Poder Judiciário, daí por que se costuma falar em *Common Law* para se referir ao direito criado pelas cortes e *Statutory Law* ou *Statute Law* para denotar o direito instituído pelos órgãos não judiciais (Ibidem, p. 37-38).

Como os Estados Unidos, advindo do sistema da *Common Law*, em que prevalecia o princípio da supremacia do Parlamento, poderia criar um sistema constitucional em que o Poder Judiciário controlasse os atos dos outros poderes?

Para responder essa indagação é preciso que se esclareça, desde o início, que,

⁸ *Stare decisis* é a forma abreviada da sentença latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que quer dizer, em tradução livre, mantém o que foi decidido e não altere o que foi estabelecido.

enquanto em França o Poder Judiciário era símbolo de opressão, posto que os juízes eram submissos à vontade do Monarca, o que fez com que os revolucionários se empenhassem em reduzir ao máximo o poder exercido pelo ramo judiciário, nas Treze Colônias a situação era bem diferente.

O que representava opressão para o incipiente povo americano era o Parlamento inglês, que costumeiramente desautorizava as leis locais, sempre que fossem contrárias aos interesses da Coroa. Explica-se, assim, o desejo do povo americano de constituir e tolerar um Poder Judiciário altivo e soberano, a fim de combater os eventuais abusos que pudessem ser praticados pelos demais poderes.

Nesse ponto, apesar de o sistema jurídico norte-americano estar vinculado ao sistema da *Common Law*, diferencia-se do sistema constitucional do Reino Unido, já que neste não existe, tradicionalmente⁹, a fiscalização da constitucionalidade, em decorrência da ideia de soberania ou supremacia parlamentar e da não distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias (Cf. CLÈVE, 2000, p. 57; POLETTI, 2001, p. 6).

É justamente o fato de possuir uma Constituição escrita e rígida que permite

⁹ Com o ingresso do Reino Unido na Comunidade Comum Europeia, já se tem exercitado pelo Poder Judiciário (*judicial review*) a análise da conformidade das leis do Reino Unido com as regras do direito da comunidade, por entender que estas estão em um nível superior em relação às leis internas, razão pela qual devem ser respeitadas. Nas palavras de Cappelletti (2003, p. 141-142): “Nos últimos anos, porém, significativas brechas foram abertas nos sólidos princípios das tricentenárias muralhas. Mencionarei apenas duas que se aplicam ao Reino Unido, e ao mesmo tempo a várias das demais nações da Europa Continental. Elas nos revelam uma nova e única dimensão do extraordinário desenvolvimento e crescimento da revisão judicial na Europa, vale dizer, sua *dimensão transnacional* [...] Na verdade, não se trata de um controle de *constitucionalidade* da legislação, embora seja pelo menos um primeiro passo para o reconhecimento, mesmo na Inglaterra, de que o princípio histórico da absoluta supremacia da lei parlamentar não mais prevalece inteiramente.”

o enquadramento do direito dos Estados Unidos como pertencente ao que se pode chamar de sistema da *Common Law* misto, por ter algumas características encontradas nos direitos filiados ao sistema da *Civil Law* (SOARES, 2000, p. 26).

Na Inglaterra, até a Revolução gloriosa, os Poderes Legislativo e Judiciário queriam, disputando não só com a Coroa, mas também entre si, deter a força e o poder do Estado. Chegou mesmo a ser aplicada, durante o século XVII, a teoria de Edward Coke¹⁰, que dizia que os juízes podiam declarar a nulidade insanável da lei do parlamento quando fosse contrária ao direito comum e à reta razão (HORTA, 1999, p. 144, 145), justamente pela força tradicional da *Common Law*, que admitia ser completada pela lei do parlamento (*Statutory Law*), mas nunca desrespeitada (CLÈVE, 2000, p. 59).

No entanto, essa supremacia do Poder Judiciário foi esquecida após a Revolução de 1688, tendo sido a supremacia parlamentar prevista no *Bill of Rights* de 1689.

Mas é falso afirmar que não há uma Constituição na Inglaterra. Desde a Carta Magna de 1215, há leis escritas, materialmente constitucionais, que organizam o poder estatal e reconhecem direitos fundamentais em favor dos cidadãos, como são o *Petition of Rights*, o *Bill of Rights*, entre outras (Cf. GALINDO, 2003, p. 94-96). Assim, o certo é dizer que a Constituição inglesa apenas não é codificada, além do que não há distinção entre lei constitucional e lei ordinária (WOLF-PHILLIPS, 1987, p. 19-22).

Em síntese, na Inglaterra qualquer lei pode ser modificada, mesmo quando materialmente constitucional, sem maiores problemas, justamente porque todas as leis estão situadas em um mesmo patamar de importância.

¹⁰ Informa Ronaldo Poletti (2001, p. 18) que Sir Edward Coke, que foi advogado, procurador público, membro do Parlamento, *Chief Justice of Common Pleas*, *Lord Chief Justice of England* e *Chief Justice of The King's Bench*, não aceitava o poder ilimitado do Parlamento, tendo assentado o princípio do controle judicial.

Em que pese a inexistência de uma Constituição formalmente rígida na Inglaterra, como sustenta Ronaldo Poletti (2001, p. 7), é “justo ponderar a dificuldade em se alterar aqueles documentos de natureza constitucional, por força de circunstâncias político-culturais e não técnico-jurídicas”.

Mas, ao contrário da França pré-revolucionária, de acordo com Mauro Cappelletti (2003, p. 140), não existiu na Inglaterra “nenhum profundo sentimento popular contra o Judiciário, cujo histórico papel de proteção das liberdades individuais geralmente gozou de largo espectro”, o que justificaria o fato de na Inglaterra ser admissível a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário, ao contrário do que ocorre na França.

Apesar do rumo tomado pelo constitucionalismo inglês, impende destacar que é inegável que as ideias de limitação legal do poder, de Constituição escrita, de hierarquia entre normas, assim como da competência judicial para declaração da nulidade da norma, tiveram raízes na Inglaterra, e que as mesmas voltaram a ecoar e ser desenvolvidas com toda força nas colônias americanas.

Acrescente-se que a própria afirmação de não haver revisão dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário no Reino Unido é questionável. É o que sustenta Galindo (2003, p. 107, 108), com base em René David, ao dizer que o uso dos processos interpretativos pelas cortes judiciais inglesas redundava na criação de novas normas, específicas para o caso concreto, sem que seja necessária a anulação das leis baixadas pelo Parlamento por inconstitucionais.

Verificadas as razões históricas que levaram à supremacia parlamentar na França e na Inglaterra, bem assim os motivos que conduziram a rejeitar a dita supremacia nos Estados Unidos, ver-se-á em seguida como se estabeleceu neste país o controle de constitucionalidade por meio do Poder Judiciário.

4. O nascimento do controle de constitucionalidade exercitado pelo Poder Judiciário

A Constituição americana não previu, ao menos expressamente, o controle de constitucionalidade de leis.

Diz-se que, apesar disso, era desejo dos autores da Constituição que o controle de constitucionalidade das leis fosse exercitado pelo Poder Judiciário. Segundo Machado Horta (1999, p. 139), quem sustenta isso é Charles Beard, que teria examinado os debates da Convenção de Filadélfia e verificado que, dos cinquenta e cinco delegados, apenas vinte e cinco constituíram o elemento ativo da Assembleia, dentre os quais dezessete teriam se manifestado a favor do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

Não obstante, adverte Lúcio Bittencourt (1997, p. 19, 20) que a observação de Charles Beard “não altera o fato de jamais ter sido o assunto objeto de discussão ou resolução por parte dos convencionais”.

Aponta-se a origem do controle de constitucionalidade norte-americano na famosa decisão tomada pela Suprema Corte, em 1803, no caso *William Marbury v. James Madison*, haja vista que o referido controle constava apenas implicitamente na Constituição norte-americana.

Na demanda citada, o *Chief Justice* Marshall desenvolveu raciocínio lógico-jurídico digno de apreciação¹¹, tendo destacado a supremacia da Constituição diante dos poderes constituídos, inclusive do Poder Legislativo, esclarecendo ser função preci-

pu do Poder Judiciário, ao analisar os casos concretos que lhe fossem submetidos, interpretar se os atos dos poderes constituídos estão de acordo ou não com a Constituição e, em caso negativo, declará-los nulos, não os considerando para a resolução do litígio, sistematizando a doutrina do controle de constitucionalidade por via de exceção, a ser realizado por toda e qualquer corte jurisdicional (*judicial review* ou *judicial control*).

Pontificou Marshall (apud BITTENCOURT, 1997, p. 13, 14) que:

“[...] Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares não de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de tôdas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do

¹¹ Não obstante, destaca Ronaldo Poletti (2001, p. 25): “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência, conforme os precedentes lembrados e outros que lhe foram seguindo. A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.”

nosso Governo, e, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz [SIC].”

Interessa ressaltar o momento histórico vivido pelos Estados Unidos e a situação específica do *Chief Justice* Marshall, que precederam à famosa decisão. John Marshall fazia, juntamente com Adams, Presidente dos Estados Unidos à época, parte do Partido Federalista, tendo sido nomeado por Adams para ser seu Secretário de Estado. Os federalistas, prevendo a derrota na sucessão presidencial, o que realmente veio a se concretizar e de forma estrondosa, fizeram, com Adams à frente, inúmeras nomeações de copartidários para cargos do Poder Judiciário, a fim de se prepararem para o período em que iriam ficar afastados do poder, já que os juizes eram cercados das garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos. O próprio Marshall, ainda como Secretário de Estado, foi nomeado e exerceu cumulativamente aquela função com a de Presidente da Suprema Corte norte-americana, até o final do mandato de Adams (Cf. POLETTI, 2001, p. 31, 32).

O certo é que os republicanos, que estavam ascendendo ao poder com a eleição de Jefferson para presidente (quarto presidente norte-americano), representavam, pelo menos no entender dos federalistas, uma ameaça ao postulado da supremacia do governo federal, diante da grande quantidade de votos recebidos não só pelo Presidente Jefferson, como pelos candidatos republicanos que foram eleitos em maioria para o Congresso, postulado que seria substituído pelo da soberania dos Estados, já que essa bandeira havia sido agitada durante a campanha presidencial (HORTA, 1999, p. 138).

Até o último dia do governo, Marshall, na qualidade de Secretário de Estado, e

Adams prepararam diversos atos de nomeação para cargos judiciais a serem ocupados por seus correligionários. No entanto, Marshall não conseguiu entregar a tempo todos os atos, isto é, antes da posse de Jefferson, tendo este substituído Marshall por Madison no mesmo cargo de Secretário.

Não obstante os atos não entregues estarem prontos e acabados (inclusive assinados pelo Presidente Adams e selados com o selo oficial dos Estados Unidos), Jefferson, tendo sido informado por Madison, e entendendo que a comissão só se tornava perfeita com a entrega, determinou ao seu Secretário de Estado que não passasse os referidos atos às mãos dos beneficiários da comissão. Entre os prejudicados com a medida adotada por Jefferson estava William Marbury, nomeado por Adams para exercer o cargo de Juiz de Paz do condado de Washington, Distrito de Columbia (POLLETTI, 2001, p. 32).

Impedido de tomar posse no cargo, Marbury, juntamente com três outros prejudicados, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hoee e William Harper, recorreu à Suprema Corte, em 1801, pleiteando que fosse deferido um *writ* que obrigasse o Secretário de Estado Madison a empossá-lo no cargo (HORTA, 1999, p. 137).

Somente em 1803, quando o assunto já interessava sobremaneira à opinião pública norte-americana, e depois de o Presidente Jefferson ter-se pronunciado sobre a possível crise que se instalaria entre os poderes caso o julgamento fosse favorável a Marbury, quando também a maioria das pessoas acreditava que o Executivo não a cumpriria, e após a Suprema Corte ser acusada pela imprensa de omissão, cogitando-se inclusive a possibilidade de *impeachment* dos membros daquele tribunal, veio a ser decidida a causa (Cf. POLLETTI, 2001, p. 32).

Marshall, então, com muita astúcia, manifestando-se no sentido da ilegalidade das condutas de Jefferson e Madison, que não queriam empossar Marbury, como

se estivesse enfrentando o mérito da controvérsia, deixou de conceder a ordem pleiteada por Marbury, evitando o risco de descumprimento da decisão, acolhendo uma preliminar de incompetência da Suprema Corte, após declarar a inconstitucionalidade da lei que conferia fundamento ao writ impetrado por Marbury, uma vez que a referida lei ampliava a competência originária da Suprema Corte fixada na Constituição, o que não era possível em virtude de a Constituição ser uma lei hierarquicamente superior.

Sobre a manobra política de Marshall, verdadeiro golpe de mestre, que fez com que o Executivo respeitasse o julgamento, e, por consequência, que se estabelecesse a doutrina do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, Robert H. Jackson (apud BITTENCOURT, 1997, p. 14, 15) tece os seguintes comentários:

"The strategy of giving the Jeffersonians a victory by invoking a doctrine of which they were the bitter opponents was masterly. Marshall knew his politics as well as his law. The Jeffersonians could not well arouse the people against the doctrine by which they had won their case. and he had fixed it in a most sheltered position. Had he declared the doctrine in a case where the decision went against Mr. Jefferson, there is little doubt that the president would have defied the Court and at that time the people would probably have sustained him. But Jefferson could not defy a decision in his favor; he could make no issue over a legal theory. Judicial supremacy in constitutional interpretation was so snugly anchored in a Jeffersonian victory that it could not well be attached. Meanwhile, the profession took it to be the law, and it became a part of the tradition of the Court and of our constitutional habit of thought [SIC]."

Do relato, poder-se-ia concluir que, ao menos hodiernamente, não poderia Marshall ter participado do julgamento, ainda mais por ter sido o condutor do

célebre aresto, de acordo com as regras processuais contemporâneas, quando teria que se declarar suspeito, ou possivelmente veria sua suspeição arguida, já que tinha interesse direto no julgamento da causa em favor de uma das partes (BITTENCOURT, 1997, p. 17).

Como afirma Ronaldo Poletti (2001, p. 32), a "questão envolvia dificuldades técnico-jurídicas, para não falar do problema ético-político".

No entanto, não é bem assim. Como relata Barbosa Moreira (2003, p. 2, 4), não existe meio, ainda hoje, para arguição da suspeição de um membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, ficando ao talante de cada magistrado, de acordo com seu sentimento ético, decidir por participar ou não de qualquer julgamento.

Estabelecido o controle de constitucionalidade por via de exceção e difuso, surge a dificuldade de, na prática, sobejarem decisões contraditórias acerca da constitucionalidade de leis, em prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, Hans Kelsen (2003, p. 303), ao discorrer sobre o sistema austríaco adotado na Constituição de 1920, aponta que:

"A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição."

Em resposta a esse tipo de objeção, e considerando que as vias recursais se extinguem na decisão da Suprema Corte

norte-americana, Paulo Bonavides (2004, p. 311) ressalta que:

“A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em consequência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos.”

É que, como visto, no sistema norte-americano, derivado do sistema da *Common Law*, os precedentes, isto é, as decisões dos tribunais são extremamente valorizadas e respeitadas. Assim, quando a Suprema Corte decide acerca da constitucionalidade ou não de uma lei, todos os órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos não podem e não fazem outra coisa, por tradição e por estarem subordinados hierarquicamente àquele tribunal, que não acatar o aresto exarado, conforme a regra do precedente ou regra do *stare decisis*.

5. Considerações finais

O controle de constitucionalidade norte-americano é, assim, resultado do trabalho da jurisprudência daquele país, do raciocínio hermenêutico, tendo o princípio florescido nos Estados Unidos a partir de simples dedução interpretativa, sem que estivesse redigido na Constituição, ao menos expressamente.

Como ressalta Lúcio Bittencourt (1997, p. 18):

“Em verdade, a Constituição não enuncia o princípio em nenhum de seus preceitos. O que ela prescreve é que ‘o Poder Judicial se estenderá a todos os casos... que surgirem sob esta Constituição’ e que ‘a Constituição, e as leis dos Estados Unidos feitas em obediência a ela... constituirão a suprema lei do país’”.

O papel da Suprema Corte é considerado tão importante que Paulo Bonavides

(2004, p. 132) sustenta mesmo que a “história constitucional dos Estados Unidos há mais de um século tem sido em larga parte a história da Suprema Corte e de seus arestos em matéria de constitucionalidade”, não sendo outro o pensamento de Ronaldo Polleti (2001, p. 43).

Tal afirmação é consentânea com a célebre sentença do *Justice* Charles Evan Hugues (apud BITTENCOURT, 1997, p. 13), exarada nos seguintes termos: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”.

Finalmente, aponta Paulo Bonavides (2004, p. 316, 317) três causas que contribuíram deveras para a criação, nos Estados Unidos, do controle de constitucionalidade das leis. Uma delas já foi referida neste trabalho, qual seja, a repulsa a um Poder Legislativo ilimitado, em virtude da lembrança dos seus antecedentes coloniais. As outras duas são: a dualidade de ordenamentos estatais e jurídicos, decorrente da forma federativa de governo, que produz, frequentemente, graves conflitos de competência, havendo a necessidade de um órgão supremo para resolver as controvérsias constitucionais advindas das relações federativas; e o caráter extremamente liberal do povo americano, aliado ao espírito de suas instituições, e ainda à enraizada consciência da necessidade de defesa dos direitos fundamentais.

Quanto à dualidade de ordenamentos estatais e jurídicos, natural é o surgimento de conflitos entre o governo federal e os governos estaduais, de sorte que a sobrevivência da forma federativa de governo dependia, nos Estados Unidos, da existência de uma corte independente e imparcial destinada a limitar os poderes da Nação e dos Estados membros, com base na Constituição.

Nas palavras de Bernard Schwartz ([1984], p. 21), constitui o traço mais característico do sistema norte-americano a “(...) imposição dos princípios do federalismo pelo Judiciário”.

Coube, então, à Suprema Corte dos Estados Unidos a missão de tornar efetiva a cláusula da supremacia nacional da Constituição¹², não só garantindo a prevalência da autoridade nacional dentro de sua esfera de atribuições, mas, ao mesmo tempo, impedindo que a autoridade nacional absorvesse os poderes residuais dos Estados-membros.

Por fim, diga-se que, em mais de duzentos anos de história da Suprema Corte, pouquíssimas vezes aquele tribunal declarou a nulidade de leis em razão de afronta à Constituição dos Estados Unidos, demonstrando que se deve agir com extrema cautela quando o assunto é o exercício do controle de constitucionalidade.

Referências

- BACHOF, Otto. Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Coyoacán, año 19, n. 57, p. 837-852, sept./ dic. 1986.
- BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. In: OBRAS completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do contrôlo de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 48.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GALINDO, Bruno. Tem o Reino Unido uma constituição? limites e possibilidades de uma teoria da constituição britânica. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano 34, n. 1, p. 91-110, out. 2003.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3 ed. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299-319.
- LOUREIRO JÚNIOR. *O contrôlo da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Max Limonad, 1957.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? *Informativo Incijur*, Joinville, ano 4, n. 52, p. 1-5, nov. 2003.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WOLF-PHILLIPS, Leslie. O que é a Constituição Britânica? In: PEIXOTO, João Paulo M.; PORTO, Walter Costa (Orgs.). *Seis Constituições: uma visão comparada*. Brasília: Instituto Tancredo Neves - Fundação Friedrich Naumann, 1987. p. 11-28.

¹² Nos dizeres de Bernard Schwartz ([1984], p. 21): "(...) Tal supremacia é expressamente prevista pelo Artigo VI da Constituição Federal, que estabelece: 'Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas de conformidade com ela; e todos os Tratados feitos, ou que forem feitos, sob a Autoridades dos Estados Unidos, serão a suprema Lei do País; e os juizes em cada Estado estarão sob obrigação deste modo; apesar de qualquer Coisa em contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado [SIC]'".

Cultura e desenvolvimento humano

O papel do Estado e da sociedade civil na consolidação da cidadania cultural

Eduardo Pordeus Silva

Sumário

Introdução. 1. Cultura no Estado moderno. 2. Da atuação do Estado no fomento à cultura. 3. Políticas públicas de cultura e cidadania cultural. 4. Poder local e direito ao patrimônio cultural. 5. Considerações finais.

Introdução

A cultura e as políticas culturais estão incluídas nas agendas das políticas públicas, pois se tornaram assuntos pontuais na pauta do desenvolvimento socioeconômico das cidades e das regiões no mundo.

Sendo assim, a partir do entendimento acerca da cultura e das políticas a ela relacionadas, aponta-se mais fácil dimensionar as ações e os projetos em torno dos seus componentes, especificamente em se tratando do patrimônio cultural (material e imaterial).

Dessa forma, o presente artigo aborda esse universo teórico em relação à cultura interligada às políticas públicas, particularmente no âmbito do Estado brasileiro. Consequentemente, traz o enfoque no campo jurídico, porque o direito à cultura ou os direitos culturais são elementos tendentes a favorecer o desenvolvimento social, bem assim fortalecer a cidadania cultural, como se verá adiante.

1. Cultura no Estado moderno

Cultura é conceito bastante discutível e discutido, porquanto atine aos aspec-

Eduardo Pordeus Silva é Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas (Área de Concentração em Direito Econômico) pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

tos materiais e imateriais (ou tangíveis e intangíveis) da vida humana. Assim, na maior parte das vezes, esse termo se presta a caracterizar formas de comportamento humano, as quais podem dizer respeito à identidade, aos costumes, às memórias e aos valores a serem preservados na sociedade.

Nada obstante Coelho (2007a, p. 9) afirmar que “[...] a cultura está forrada de paradoxos¹ [...]”, para Santos (2005, p. 50), “[...] a cultura é a dimensão da sociedade a qual inclui todo o conhecimento num sentido ampliado e todas as maneiras como esse conhecimento é expresso”.²

O termo cultura vem do vocábulo latino *cultura*, oriundo do verbo *colere* (que é cultivar, em sentido concreto de cultivar os campos). Recentemente, vem adquirindo outra acepção, aplicada à própria pessoa humana, no sentido de significar o trabalho ou o cultivo de si mesmo no âmbito espiritual, especialmente no campo das letras e do saber (GAMA, 1987, p. 173).

Consoante Cunha Filho (2006, p. 87), a cultura se projeta, ultimamente, sobressaindo-se na pauta dos debates particulares e nas preocupações do Estado. O mencionado autor, em outra obra, pondera acerca dos significados atribuídos à palavra cultura: 1)

¹ Falar acerca da cultura denota bastante complexidade, porque, quando insuficientemente pensado, pode ensejar muitos equívocos, parcialidade de entendimentos e, até mesmo, erros grosseiros. uma vez que complexo e dinâmico, o mencionado tema desdobra-se em vários tópicos, tomados assim por Soveral (1992, p. 379,380): cultura e civilização; pluralidade e unidade de culturas; ato criativo e seus componentes psicológicos, sociológicos e ontológicos; ação cultural e ação técnica.

² A cultura, pois, é a dimensão do humano, nas suas expressões mais diversas, desde o nível considerado mais elementar do fabrico de objeto com certa finalidade, até às elaborações abstratas e simbólicas no campo das artes e do pensamento. Ela é sempre ação da pessoa humana e toda a atividade humana desponta como expressão cultural (GAMA, 1987, p. 177) e apresenta significado espiritual, com relevância coletiva; tudo que se liga a bens não econômicos; e tudo que se refere às obras de criação ou de valorização humana em contraposição às expressões da natureza (MIRANDA, 2006, p. 29).

conjunto de conhecimentos de uma única pessoa; 2) o sentido que confunde expressões como arte, artesanato e folclore, como sinônimas de cultura; 3) cultura como o conjunto de crenças, ritos, mitologias e demais aspectos imateriais de certo povo; 4) cultura para o desenvolvimento e acesso às mais modernas tecnologias; 5) o conjunto de saberes, modos e costumes de determinada classe, categoria ou de uma ciência (cultura burguesa, cultura dos pescadores, cultura do direito etc); 6) o conceito pelo qual se refere a toda e qualquer produção material e imaterial de uma coletividade específica, ou até mesmo de toda a humanidade (CUNHA FILHO, 2000, p. 22,23).

No mais, observam-se os âmbitos da cultura, quais sejam: artes plásticas (as manifestações artísticas cujas finalidades são a criação de certa obra original e única, primando pela dimensão visual, ligadas à arquitetura, ao desenho, à escultura), artes cênicas (manifestações artísticas e culturais sobre a cena e a recriação interpretativa de texto ou peça literária, por exemplo, o teatro, a dança etc.), música (a arte de combinar os sons da voz humana ou os instrumentos musicais, ou isoladamente), literatura (a manifestação artística pela qual o uso da palavra é o principal meio de expressão, tais como o livro, o jornal, entre outros), cine e audiovisuais (são as atividades e manifestações artísticas, independentes de suporte, quando se servem da linguagem da imagem em movimento e do som para criar realidades sensoriais, como o rádio, a televisão, vídeos, entre outros meios), patrimônio (referentes aos bens cujo valor se firma em testemunhos materiais de determinada cultura, em todas as suas concepções: tangíveis – arquitetônico, urbanístico, natural, ambiental, museográfico, arqueológico, paleontológico, histórico etc. – e intangíveis – gastronômico, festas populares, línguas etc.); e arquivos e bibliotecas (são as instituições públicas e privadas as quais tenham como finalidade a aquisição e a conservação de livros, do-

cumentos e outros elementos de consulta à disposição das pessoas) (CARRASCO ARROYO, 2006, p. 17,18).

A noção de cultura prende-se, muitas vezes, à sua antiga e frequente identificação com os costumes, com as tradições e com os valores eleitos pela sociedade³. Mais recentemente, adotou-se, principalmente no âmbito internacional, a perspectiva de entender a cultura sob o viés antropológico. Desta feita, a cultura é compreendida, especificamente, como a totalidade dos modos de vida, como os diversos modos de viver juntos, em relação com as noções de herança e de integração sociais.⁴

Para Cucho (1999, p. 10), a cultura é processo de adaptação imaginada e controlada pela pessoa humana, o que revela a substituição dos seus instintos de forma mais flexível, facilitada e célere do que a adaptação genética, o que favorece adaptar-se ao meio e adaptá-lo ao ser humano, tornando possível a transformação do meio natural, bem como demonstrando a vantagem de ser mais facilmente transmissível às gerações seguintes.

No mais, é possível destacar duas dimensões da cultura – a antropológica e a sociológica. A compreensão em torno delas é fundamental porque, do ponto de vista da política pública, requerem distintas

³ Vigie, no Estado brasileiro, o princípio do respeito à memória coletiva, segundo o qual todo o acúmulo cultural produzido no Estado não pode ser preterido nas práticas de políticas públicas para não se perder os referenciais de origem. Por esse princípio, deve-se levar em consideração tudo o que já se foi vivenciado e praticado pelos antecedentes, mas não para se seguir os mesmos passos, e sim para respeitar a memória, punindo a quem causar danos às referências memoriais, no tombamento a ícones de luta pela liberdade, aos quilombos e documentos a eles referentes (CUNHA FILHO, 2003, p. 110).

⁴ A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) (MONDIALCULT, MÉXICO, 1982) assim define a cultura: “[...] conjunto de características distintas espirituais, materiais, intelectuais e afetivas que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. Abarca, além das artes e das letras, os modos de vida, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.

estratégias de política cultural. Assim, em razão de suas características estruturais, em sua totalidade, devem ser tomadas a partir da responsabilidade compartilhada dentro do Estado.⁵

A dimensão antropológica da cultura se traduz na interação social dos seres humanos, os quais trabalham seus modos de pensar e de sentir, elaborando seus valores, suas identidades e diferenças e estabelecendo suas rotinas. “Desta forma, cada indivíduo ergue à sua volta, e em função de determinações de tipo diverso, pequenos mundos de sentido que lhe permitem uma relativa estabilidade [...]” (BOTELHO, 2001, p. 74).⁶

No que se refere à dimensão sociológica, a cultura é produto elaborado com a finalidade de construção de certos sentidos e para alcançar algum público, com meios próprios de expressão. Para que isso ocorra, é imprescindível que à pessoa humana sejam facultadas as condições de desenvolvimento dos seus talentos, ao mesmo tempo em que existam canais os quais permitam a expressão de suas potencialidades.⁷

⁵ Sabendo o diferencial das dimensões da cultura, podem-se entender os processos e os tipos de investimento governamental em diversos países, pois alguns têm como aporte a conceituação mais ampla de cultura e já outros mingam ao universo específico das artes. A abrangência dos termos de cada uma dessas definições estabelece os parâmetros que permitem a delimitação de suas respectivas estratégias (BOTELHO, 2001, p. 74).

⁶ Sob a dimensão antropológica, a cultura é toda ação humana, física ou simbólica, exercida no meio em que se vive e se mostra inadequada para delimitar os direitos culturais, conforme ver-se-á mais adiante, porquanto todos os ramos do direito, já que são oriundos da criação humana, seriam, também, culturais (CUNHA FILHO, 2006, p. 92,93). Ademais, é preciso acrescentar que a cultura, nessa percepção antropológica, para ser atingida pela política, “[...] é preciso que, fundamentalmente, haja uma reorganização das estruturas sociais e uma distribuição de recursos econômicos” (BOTELHO, 2001, p. 74).

⁷ Trata-se aqui da cultura no sentido derivado, pois é elaborada com o fim de construir sentidos etc. A dimensão sociológica da cultura é o conjunto diversificado de ações profissionais, institucionais, políticas e econômicas, com visibilidade em si própria, compondo campo específico, no qual seja possível

O fato de a dimensão sociológica da cultura denotar organicidade é que torna mais fácil planejar a interferência do Estado por meio de políticas públicas e, assim, buscar resultados relativamente previsíveis. Nesta medida, cria-se o espaço apropriado de acesso às diversas linguagens, até como forma descompromissada, mas que, de certa maneira, colabora à formação de público consumidor de bens culturais.

Esse universo institucionalizado pode apresentar-se propício às políticas culturais, pois demanda visibilidade e estas podem ter ação efetiva porque é possível a elaboração de diagnósticos para enfrentamento de problemas de forma programada, estimulando recursos a serem alocados e dirimindo as deficiências dos planos e projetos governamentais, por meio do estabelecimento de metas a curto, médio e longo prazos (Idem, p. 74,75).

A cultura não se limita apenas ao valor constituinte da sociedade, mas é direito fundamental da pessoa humana, inclusive, possibilitando à pessoa humana o direito de participar da cultura e usufruir do patrimônio cultural (ROTHENBURG, 2004, p. 45). Em outros termos, compreende-se a dupla configuração da cultura como dever e como direito constitucional, extraíndo dela a perspectiva prospectiva, com vistas a legar para as gerações futuras o patrimônio cultural adquirido e de modo a assegurar-lhes condições para seu próprio desenvolvimento cultural (Idem, p. 48).⁸

gerar (ou interferir em) “[...] um circuito organizacional, cuja complexidade faz dela, geralmente, o foco de atenção das políticas culturais, deixando o plano antropológico relegado simplesmente ao discurso” (BOTELHO, 2001, p. 74).

⁸ A cultura é tomada como instrumento libertador da sociedade, pois envolve a emancipação da sociedade, de sorte não apenas a descrever e compreender a realidade, mas a apontar caminhos ou contribuir para a modificação desse universo. Nesse sentido, Silva (2001, p. 55), Santos (2005, p. 43) e Rothenburg (2004, p. 59). Ela desponta como pilar do processo de desenvolvimento, cujos aspectos culturais deste são tão importantes quanto os econômicos, já que a pessoa humana tem o direito fundamental de participar e se

Destaque-se que a visão acerca da cultura como ponte para o desenvolvimento é partilhada por Herrera Alamos (1990, p. 4)⁹, que traz considerações sobre a necessidade de fortalecer a cooperação internacional, destacando o papel dos organismos internacionais e a importância da criação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) em 1945.¹⁰

O processo cultural deita raízes nas políticas culturais e no modo como essas são capazes de enfrentar a realidade e desafios da evolução cultural havida, especificamente, nos Estados latinoamericanos, porquanto essas políticas prendem-se a elementos exógenos (pobreza, desequilíbrio ambiental, evolução tecnológica, entre outros) e que podem, estes, assumir forma de obstáculos ou de veículo para o desenvolvimento de certa região (HERRERA ALAMOS, 1990, p. 7).

A necessidade de conhecer, preservar e ampliar as bibliotecas e os arquivos nacionais e locais (públicos e privados), por exemplo, faz parte de toda política de conservação da cultura e do patrimônio cultural. Diante disso, é premente estabelecer a rede de informação que permita identificar e reconhecer o maior número de centros dessa natureza no âmbito da região e com a finalidade de detectar eventuais problemas, carências e necessidades (Idem, p. 14,15).¹¹

beneficiar do patrimônio cultural. Afirma-se que ela “[...] pode ser um instrumento formidável de progresso econômico e social [...] Não é um mero instrumento. O desenvolvimento cultural das sociedades é um fim em si mesmo [...]” (KLIKSBURG, 2002, p. 485).

⁹ O desenvolvimento social é reconhecido por levar em conta a sua dimensão cultural, pois a compreensão de desenvolvimento adota a necessidade de favorecer as condições materiais e econômicas dos processos a ele relacionados (HERRERA ALAMOS, 1990, p. 6).

¹⁰ Nesse sentido é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece, em seu art. XXVII.1, que todo ser humano tem direito de participar de forma livre da vida cultural da comunidade, de fruir as artes, bem como participar do progresso científico e dos benefícios daí decorrentes.

¹¹ As políticas culturais podem ser intergovernamentais, regionais ou coordenadas por Organizações

É razoável entender que a preservação patrimonial, porque elemento da cultura, deve levar em conta o estabelecimento de condições de vida digna para a população, bem como a vitalidade de forma integral dos centros históricos, por exemplo (HARDOY; GUTMAN, 1992). Mas, o Estado tem que papel no fomento às atividades culturais e na promoção da diversidade cultural?

2. Da atuação do Estado no fomento à cultura

A cultura avulta como direito sobre o qual gravita a obrigação estatal de mantê-la e de promovê-la para fins de inclusão social com vistas ao respeito à dignidade da pessoa humana¹², mormente previstos nas constituições democráticas.

O Estado, em todas as suas esferas, tem tarefa imprescindível na gestão cultural e, de modo particular, o Poder Local, mais próximo da realidade e dos interesses e necessidades locais, tem papel relevante na valorização e na preservação da cultura, bem como do patrimônio cultural. Em vista disso, aborda-se que:

“[...] como o Estado, na sua interface com o setor privado, se redime da atuação como contraponto, como alternativa, que é o que se espera de um regime democrático... ou seja, a ampliação das séries de possibilidades de atuação em qualquer área. De

modo que, por falta de uma política governamental bem definida e delineada, a cultura vem se tornando cada vez mais dependente do mercado e de sua mão invisível. E perde sua garantia de efetivar-se como direito fundamental” (BARBALHO, 2005, p. 42).

Isso pode ser o marco de integração atrativa e concreta para os vastos contingentes de jovens latinoamericanos que se encontram fora do mercado de trabalho e, igualmente, excluídos da educação formal, porque os espaços culturais apontam alternativas de crescimento pessoal.¹³

Amparar a cultura (ligada à educação)¹⁴ demanda do Estado a atuação a fim de propiciar à pessoa humana maior oportunidade de enriquecimento espiritual e de formação profissional. Essa ideia leva ao entendimento de repelir a padronização da cultura, o monopólio das ciências e das artes, a imposição de modelos culturais prontos e acabados, o fortalecimento do autoritarismo avesso ao livre exercício da criação e da liberdade crítica do ser humano (TÁCITO, 1985, p. 5).¹⁵

¹³ A integração social da cultura, nesse mesmo percurso, pode criar aporte para integração da instituição familiar, com consequências positivas para sociedade etc. De fato, reconhece-se o caráter aglutinador da cultura, uma vez que ela mesma é propulsora do desenvolvimento material e humano da sociedade. Eis que: “A cultura é um ímã para o turismo e para os jovens que querem começar suas vidas num ambiente agitado e agitador. É também um ímã para as empresas inter ou multinacionais que, na medida do possível, esperam combinar facilidades econômicas de produção com ambiente estimulante para seus quadros, o mesmo ambiente que hoje costuma qualificar as chamadas cidades globais numa escala comparativa internacional” (COELHO, 2008a, p. 65).

¹⁴ O direito à educação e à cultura é meio da formação plena da personalidade; não se limita apenas à defesa do patrimônio cultural material, para se afirmar na fruição de bens culturais e educacionais, na garantia do patrimônio imaterial (TÁCITO, 1985, p. 5).

¹⁵ É preciso, consoante proposto por Chauí (1995, p. 83), o alargamento do conceito de cultura para além do campo das belas-artes, “[...] tomando-o no sentido antropológico mais amplo de invenção coletiva de símbolos, valores, ideias e comportamentos, de modo

Não-governamentais (ONGs) e podem se agrupar em três eixos fundamentais, como destaca Herrera Alamos (1990, p. 14,15): o reconhecimento, a conservação e o cultivo ao patrimônio cultural; a criação cultural em todos os seus aspectos, abrangendo as artes, a literatura, a ciência e a tecnologia; a comunicação, a transmissão e a difusão da cultura nos termos antes mencionados, junto às instituições de educação, para que assegurem a transmissão das tradições e sua evolução, e uma vasta série de procedimentos para esse fim.

¹² Em outros termos, a cultura mostra-se mola propulsora das atividades humanas, seja no âmbito do direito, da economia, da sociologia, da ecologia, da arquitetura, entre outras áreas do conhecimento.

A lógica econômica tende a cobrar a atuação do Estado por meio dos recursos públicos. Pommerehne e Frey (1987, p. 621) tecem comentários sobre a necessidade de intervenção estatal para assegurar a devida dignidade e qualidade da arte, no contexto das discussões no universo artístico e cultural, bem como dentro dos parâmetros exigidos pelo mercado.

Nesse percurso, explicam-se as razões para justificar o intervento do Estado na arte e na cultura, principalmente porque parte da denominada literatura econômica expõe os motivos da insuficiente ação do mercado no campo artístico e cultural. Na maior parte das vezes, tratam-se de bens públicos e deles decorrem efeitos estimulantes para a economia, incrementando o turismo, com impactos positivos para a economia regional e também para a geração de emprego (POMMEREHNE; FREY, 1987, p. 624).

Em outras palavras, observa-se que é necessária a intervenção do Estado não somente no fomento das atividades e das ações ligadas à cultura e, de modo particular, às políticas culturais. Ademais, é preciso o envolvimento para prover e promover as atividades culturais, especialmente quanto à preservação do patrimônio cultural.

Recusa-se a redução da cultura à polaridade entre popular e de elite, pois enfatiza que a diferença na criação cultural passa por outro lugar, qual seja, entre a experimentação inovadora e crítica e a repetição conservadora, pois tanto uma quanto outra podem estar presentes tanto na produção dita de elite quanto na chamada cultura popular (CHAUÍ, 1995, p. 82).¹⁶

Na observação de Botelho (2001, p. 79), tem-se que:

a afirmar que todos os indivíduos e grupos são seres culturais e sujeitos culturais”.

¹⁶ Em desfavor da visão autoritária, a qual apregoa o Estado interventor na cultura, Chauí (1995, p. 82) não acata a atribuição do Estado como produtor daquele elemento, pois, é diferenciado o estadismo cultural (cultura oficial) do caráter público da cultura (o Poder Público estimula a criação cultural da sociedade).

“Mesmo nos países onde o investimento privado prevalece sobre o dos poderes públicos, como é o caso dos Estados Unidos, o Estado não deixa de cumprir um papel importante na regulação desse investimento, além de manter uma presença no financiamento direto das atividades artísticas e culturais, cumprindo uma missão de correção das desigualdades econômicas e sociais, quer de Estados da federação, quer de minorias étnicas e culturais. Desta forma, os poderes públicos nos Estados Unidos (nas diversas instâncias administrativas) são um dos principais suportes da vigorosa vanguarda artística americana, por exemplo”.

São visíveis, de um lado, o direito de acesso à fruição material, no qual se tem o direito de visita (direito de ter acesso ao lugar que tenha valor cultural ou contenha objetos com valor cultural) e o direito de visibilidade (direito de ver o bem cultural sem impedimentos) e, por outra banda, o direito de acesso à fruição intelectual, por meio do qual se identifica o direito ao conhecimento, à informação e à utilização do conteúdo dos bens culturais (NABAIS, 2004, p. 10).¹⁷

A cultura e, de modo particular, o patrimônio cultural são inerentes à pessoa humana. Por isso, é pontual a valorização da dignidade da pessoa humana na medida em que se objetiva empreender políticas para os empreendimentos turísticos e a consequente geração de emprego e renda, inclusive com a valorização da urbanização, pela política pública planejada.

À sociedade cabe produzir cultura e ao Estado incumbe a garantia das condições para que o direito ao acesso à cultura seja exequível. Em outras palavras, a atuação

¹⁷ Segundo Kliksberg (2002, p. 487,488), além de se poder interligar cultura, políticas sociais e valores, a cultura também interage em prol da integração social, para abrir canais para reforçar o capital educativo das populações pobres.

efetiva do Estado não se circunscreve apenas na defesa do patrimônio cultural; é imprescindível criar condições para que a sociedade formule e implemente as políticas culturais e de preservação, à qual a realidade do Brasil tem demonstrado ser extremamente difícil. (FONSECA, 1997, p. 43; CALI, 2005, p. 17).¹⁸

Os grupos produtores de cultura e os espaços os quais desenvolvem atividades culturais (teatros, salas de exposições, bibliotecas, capoeiras, patrimônio histórico, centros culturais, entre outros) encontram apoio dentro da lógica dos mercados de consumo de bens e de serviços culturais, de molde que a cultura esteja ao alcance de todos. Nesse sentido, adverte Coelho (2008a, p. 68) que:

“De instrumento da crença, religiosa ou ideológica, a mercadoria e, agora, a serviço. Essa é uma história da cultura, uma história em nada previsível mas concreta porque já se desenha no horizonte social. Fazer da cultura um instrumento privilegiado do desenvolvimento urbano e humano sem transformá-la em serviço: assim se pode formular um dos maiores desafios a enfrentar agora”.

Chauí (1995, p. 78) não fica à mercê dos acontecimentos políticos atuais e critica a presença crescente do neoliberalismo, entendido sobre dois aspectos principais. Em primeiro, o econômico, sobre o qual está a acumulação do capital, que não necessita incorporar mais pessoas ao mercado (de trabalho e de consumo), propiciando o desemprego estrutural. No que concerne

¹⁸ De acordo com Nabais (2004, p. 92), já acerca da valorização do patrimônio cultural: “[...] o patrimônio cultural apresenta-se também como uma componente importante da constituição cultural e da constituição econômica e social, na medida em que contribui para a realização dos direitos à educação e à cultura, ao ensino, à educação física e ao desporto, e constitui um factor importante de desenvolvimento económico e social”. Nota-se aqui, especificamente, a interrelação dos direitos aptos a conferir qualidade de vida à pessoa humana.

ao aspecto político, refere-se à privatização do público, caracterizado principalmente pelo abandono das políticas sociais por parte do Estado.¹⁹

Em outra obra, Chauí (2006, p. 68) critica a política neoliberal e os seus efeitos no campo da cultura:

“[...] a posição neoliberal, que começa a deitar raízes desde meados dos anos 1980, minimiza o papel do Estado no plano da cultura: enfatiza apenas o encargo estatal como patrimônio histórico enquanto monumentalidade oficial celebrativa do próprio Estado e coloca os órgãos públicos de cultura a serviço de conteúdos e padrões definidos pela indústria cultural e seu mercado.”

Justifica-se, de mais a mais, a atuação estatal no campo das artes e da cultura para garantir a existência das ofertas culturais e seu usufruto pela sociedade, bem como na questão da valorização, e preservação, com sustentabilidade (POMMERHNE; FREY, 1987, p. 625).²⁰ Além disso, entende-se que “[...] é o valor cultural atribuído ao bem que justifica o seu reconhecimento como patrimônio e, conseqüentemente, a sua proteção pelo Estado [...]” (FONSECA, 1997, p. 38).

¹⁹ Ademais, na realidade brasileira: “[...] o neoliberalismo significa levar ao extremo a polarização carência-privilegio, a exclusão sociopolítica das camadas populares, a desorganização da sociedade civil como massa dos desempregados, a natureza oligárquica e teológica da política, o autoritarismo social e o bloqueio à democracia. Um dos efeitos mais terríveis do neoliberalismo brasileiro tem sido o esfacelamento dos movimentos sociais e populares que foram os grandes sujeitos históricos e políticos dos anos 70 e 80” (CHAUÍ, 1995, p. 78).

²⁰ Cunha Filho (2003, p. 110,111), inclusive, comenta o princípio da atuação estatal à cultura. Consoante esse princípio de suporte logístico, as iniciativas ligadas às práticas culturais devem ser oriundas da sociedade, competindo ao Estado, sem este ser necessariamente autorizado a “fazer cultura”, apoiar essas iniciativas, fornecendo a infraestrutura adequada para as mesmas. Ademais, “[...] o suporte logístico referido é implementado por tarefas específicas, como a construção de teatros, centros culturais, possibilitação de acesso a recursos públicos.

Assim, o Estado, em parceria com o setor privado, pode dar sua contribuição à política cultural das seguintes maneiras: i) pela redução das barreiras burocráticas em relação ao financiamento da arte e da cultura; ii) pela consideração da importância dos mercados privados na gestão cultural, (sabendo que o ente estatal interage para o fortalecimento desse sistema, criando os direitos de propriedade e as medidas para melhorar a afirmação do direito de dispor do bem cultural); iii) pela continuidade de subsídios indiretos, sob a forma de despesas fiscais; apoio financeiro direto, de forma a estimular a participação e fruição dos bens e eventos culturais; iv) por meio da promoção de novos talentos, mediante ajuda financeira direta, de maneira controlada e planejada (POMMEREHNE; FREY, 1987, p. 636,637).²¹

No entanto, é comum a redução do financiamento público do setor cultural. O Estado, por ação ou omissão, protela os planos de desenvolvimento, ou age, insuficientemente, na promoção de políticas públicas relacionadas à cultura. Inclusive, essa maneira de proceder leva à desvalorização da política cultural e à banalização do patrimônio cultural.²²

²¹ Chauí (2006, p. 102) direciona-se assim: “Entre três escolhas possíveis – a oficial autoritária, a populista e a neoliberal –, fizemos uma quarta: aquela que restringe o Estado à condição de assegurador público de direitos, prestador sociopolítico de serviços e estimulador-patrocinador das iniciativas da própria sociedade, enfatizando a natureza de classe da nossa sociedade e a obrigação de uma política, se quiser ser moderna e democrática, de garantir direitos, quebrar privilégios, fazer ser público o que é público, abrir-se para os conflitos e para as inovações”.

²² Botelho (2001, p. 77) destaca que: “[...] hoje, o financiamento a projetos assumiu o primeiro plano do debate, empanando a discussão sobre as políticas culturais. Render-se a isso significa aceitar uma inversão no mínimo empobrecedora: o financiamento da cultura não pode ser analisado independentemente das políticas culturais. São elas que devem determinar as formas mais adequadas para serem atingidos os objetivos almejados, ou seja, o financiamento é determinado pela política e não o contrário. Mesmo quando se transferem responsabilidades para o setor privado, isso não exclui o papel regulador do Estado, uma vez

3. Políticas públicas de cultura e cidadania cultural

De fato, as temáticas da política cultural²³ bem como da gestão cultural ganham relevância nos debates acadêmicos no Brasil, na medida em que buscam incorporar o discurso segundo o qual o enriquecimento intelectual e material delas são potenciais.

Diferentemente das ações assistencialistas dos poderes públicos, as ações culturais têm características libertadoras, tanto é que, segundo Feijó (1985), os governos autoritários nunca conviveram, harmoniosamente, com a cultura, porque essa majoritariamente replicava as ações estatais contrárias aos direitos da pessoa humana no que se refere à liberdade de opinião, à igualdade, entre outros direitos e garantias fundamentais. Estas são as observações de Chauí (2006, p. 135):

“Quanto à perspectiva estatal de adoção da lógica da indústria cultural e do mercado cultural, podemos recusá-la tomando, agora, a cultura como um campo específico de criação: criação da imaginação, da sensibilidade e da inteligência que se exprime em obras de arte e obras de pensamento, quando buscam ultrapassar criticamente o estabelecido. Esse campo cultural específico não pode ser definido pelo prisma do mercado, não só porque este opera com o consumo, a moda e a consagração do consagrado, mas também porque reduz essa forma da cultura à condição de entretenimento e passatempo, avesso ao significado criador e crítico das obras culturais. Não que a cultura não tenha um lado

que se está tratando de renúncia fiscal e, portanto, de recursos públicos”.

²³ Pode-se afirmar que a política cultural é a ação do Poder Público, organizações não-governamentais ou empresas privadas baseada em procedimentos administrativos e orçamentários, com vistas a melhorar a qualidade de vida da pessoa humana por meio de atividades culturais, artísticas, sociais e recreativas (COELHO, 1997, p. 293; FEIJÓ, 1985, p. 7-9).

lúdico e de lazer que lhe é essencial e constitutivo, mas uma coisa é perceber o lúdico e o lazer no interior da cultura, e outra é instrumentalizá-la para que se reduza a isso, supérflua, uma sobremesa, um luxo em um país onde os direitos básicos não estão atendidos.”

Sob esse ponto de vista, ao Estado democrático de direito compete o fomento da cultura, efetivando, pois, projetos e ações nesse sentido. Por esse aspecto, o dever de planejamento²⁴ é fortemente ligado à noção de política pública. Assim é que o poder local, necessariamente, há de se imiscuir dessa visão também, porque não é somente o dever do Estado a promoção do desenvolvimento. Conforme escreve Albuquerque Júnior (2007, p. 74):

“Não se trata de pensar o Estado como o mecenas, o censor ou o formulador de bens culturais, mas como o regulador e o investidor em áreas e em expressões culturais que não são do interesse da iniciativa privada ou que não visem imediatamente o lucro, mas a formação de subjetividades mais democráticas e mais problematizadoras do mundo em que vivemos.”

Pode-se afirmar que o planejamento, o orçamento, as metas compõem as políticas públicas, nas quais a cultura e suas práticas, efetivamente, são levadas em consideração para se aferir emprego e renda em determinada região, confirmando, justamente, a relação íntima entre cultura e economia (POMMERHNE; FREY, 1987).

²⁴ No mais, o dever de planejamento “[...] foi se tornando instrumento usual na implementação das políticas econômicas intervencionistas praticadas pelos estados que, adotando-o, acabaram por viabilizar uma aproximação maior entre o querer político – concebido, em termos ideais, como a representação do querer social – e as motivações particulares que compõem o jogo econômico. O planejamento [...] passou a ser notado por uma outra qualidade, a da sua indispensabilidade aos processos de conquista do desenvolvimento” (SILVA, 2004, p. 98).

Por se falar em política pública, entende-se que é o instrumento da ação estatal e de seus poderes constituídos, de modo particular do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, o qual permite dividir as etapas de concreção dos problemas políticos voltando-se à realização dos fins do Estado democrático de direito e ainda passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário (SILVA, 2004, p. 104).

Diante disso, revela-se a pertinência da política pública à política cultural, oportunidade em que o Estado²⁵ é sujeito ativo da promoção e do respeito à diversidade cultural, bem como à salvaguarda dos bens culturais²⁶. Amartya Sen (2002, p. 168) também menciona que:

“Os indivíduos vivem e atuam em um mundo de instituições. Nossas oportunidades e perspectivas dependem crucialmente de que as instituições existem e do modo como elas funcionam. Não só as instituições contribuem para nossas liberdades, como também seus papéis podem ser sensivelmente avaliados à luz de suas contribuições para nossa liberdade. Ver o desenvolvimento como liberdade nos dá a perspectiva na qual a avaliação institucional pode ocorrer sistematicamente.”

A política cultural deve estar em sintonia com novos paradigmas: a sociedade

²⁵ Aponta Chauí (2006, p. 135) que: “Nessa visão múltipla da cultura, nesse campo ainda da sua definição antropológica, toma-se evidente a impossibilidade, de fato e de direito, de que o Estado produza cultura. O Estado passa a ser visto, ele próprio, como um dos elementos integrantes da cultura, isto é, como uma das maneiras pelas quais, em condições históricas determinadas e sob os imperativos da divisão social das classes, uma sociedade cria para si própria os símbolos, os signos e as imagens do poder. É produto da cultura e não produtor de cultura. E um produto que exprime a divisão e a multiplicidade sociais”.

²⁶ Appiah (2007, p. 177) considera que é atitude ética a conservação da cultura porque considerada valiosa e apresenta valor para todos, não se restringindo apenas a certos grupos ou certas pessoas.

civil e esta deve estar voltada para o seu desenvolvimento²⁷. O controle social pode levar a consequências significativas à política cultural, bem como para a teoria do desenvolvimento econômico e humano. Dessa forma, é necessário reconhecer que a política cultural deve ser caracterizada pela participação social, de forma a conferir maior espaço de representatividade no setor da cultura (COELHO, 2007b, p. 17).

Ora, a participação da sociedade civil na vida cultural é elemento indispensável nas esferas públicas fundamentais, e ela mesma se concretiza “[...] em contextos de proximidade, em praças e ruas, bairros, e cidades concretas, relacionando o âmbito local e o global, a memória e a inovação, num debate criativo tenso” (PASCUAL, 2008, p. 54).

Como se sabe, a cidadania não se configura somente como expressão da capacidade política de indivíduos em eleger seus representantes políticos. No mesmo sentido, expressa-se na condução e na expansão de canais participativos e gestão democrática dos assuntos públicos e, também, na garantia do efetivo respeito e promoção dos direitos fundamentais como condição de desenvolvimento da pessoa humana. Acresce Dias (2008, p. 216) que:

“Os direitos reivindicados são o reflexo da falta de condições materiais para realização dos direitos fundamentais. No espaço urbano, estas carências são refletidas na falta de segurança e de qualidade de vida, de moradia, do acesso ao direito de propriedade, e do direito à moradia, do direito ao acesso ao solo urbano, da falta de elemento natureza a dar maior qualidade de vida e saúde aos habitantes, da falta

de saúde e transporte, saneamento básico, entre tantos outros direitos.”

No entanto, não se pode cair no risco de compreender o Estado sob o viés apenas paternalista e, portanto, distribuidor de caridades. O desenvolvimento humano comporta elementos entre os quais a cidadania e a participação ativa da sociedade são metas prioritárias. Desse modo, as políticas públicas são em prol da sociedade, logicamente. Mas, interessa observar o interesse e a vontade dela mesma nos processos políticos, conferindo a legitimidade dos atos do governo.

Nesse contexto, a cidadania cultural surge como consequência das mudanças de paradigmas necessárias ao Estado. Decerto, a promoção da cidadania fomenta o controle social em diversas áreas, estimulando, assim, a busca pelo lazer e pela cultura.

Apontam-se as estratégias políticas para cidadania cultural sob três vertentes: a) promoção do acesso ao conhecimento na sociedade complexa, pela democratização do conjunto de bens e de serviços culturais produzidos historicamente e contemporaneamente pela humanidade; b) incentivo ao capital cultural como pilar para o desenvolvimento socioeconômico local, identificando cadeias produtivas geradoras de renda e crescimento econômico; c) fortalecimento do papel social da cultura, tomada como o elemento capaz de integrar a pessoa humana a sua coletividade (PORTO, 2006, p. 72).

Por isso, muito se debate também a respeito da democracia cultural que, na explicação de Botelho (2007, p. 173), pressupõe: a existência de vários públicos, não apenas de público uno e homogêneo; a existência também do entendimento único para a legitimação das práticas de cultura; ela se apoia em novas pesquisas, desinteressando-se pelas variáveis de classe, renda, idade, domicílio como razões relevantes para o menor ou o maior consumo cultural.²⁸

²⁸ A cidadania democrática e cultural contribui para a superação de desigualdades, para o reconhecimento das diferenças reais existentes entre os sujeitos em suas dimensões social e cultural. Ao valorizar

²⁷ O princípio da participação popular é consistente na facultade de a pessoa humana, individualmente ou por organizações da sociedade civil, poder opinar, discutir acerca da política cultural a ser empreendida. Há mais prescrições constitucionais, pelas quais facultam ao cidadão o direito de ação com a finalidade de proteger o patrimônio cultural e também outras normas as quais institucionalizam a participação por intermédio de conselhos, comissões e outras instâncias representativas (CUNHA FILHO, 2003, p. 109,110).

Adverta-se que o tema dessas políticas está associado ao debate dos atores das políticas públicas e dos procedimentos para a execução delas e que somente as políticas submetidas à discussão da sociedade diretamente interessada podem ser entendidas, substancialmente, como políticas públicas de cultura (RUBIM, 2007, p. 151).

Na visão de Oliveira e Silva (2008, p. 77):

“[...] a política cultural só pode ser pensada hoje enquanto ação coletiva, criada e implementada com a participação ativa dos indivíduos, sem o que não faz mais sentido. Proximidade torna-se a palavra-chave para designar a política cultural: quanto mais perto dos indivíduos, mais viável torna-se sua participação, refletindo os desejos dos que dela se beneficiarão.”

A essa evidência, tratar do direito à cultura envolve os aspectos essenciais para análise da obrigação estatal em suprir as carências reclamadas pela sociedade e, diante disso, operar políticas públicas nas quais privilegiem direitos há tempos protelados.

Ademais, reconhecida a cultura como direito fundamental, inclusive declarado em normas jurídicas nacionais e internacionais, ao Estado e à sociedade civil restam o aprimoramento das ações políticas específicas de cultura, com a participação e o controle permanente para o aperfeiçoamento dos espaços culturais.

A política deixou de ser balcão e se tornou pública e cultural, ao formular projetos e incentivar o desenvolvimento cultural, articulando relações dentro e fora do governo, embora essa última nem sempre tenha sucesso. Se por um lado a nova formulação teórica que embasa a política cultural exige maior articulação em relação a todas as ações governamentais, nem sempre isso se torna realidade. Há enorme

múltiplas práticas e demandas culturais, o Estado está permitindo a expressão da diversidade cultural (CALABRE, 2007, p. 102,103).

dificuldade de avançar nas relações com os demais ministérios e o próprio executivo. Mais próximo estão as ONGs e mesmo organismos internacionais como a Unesco (SIMIS, 2007, p. 147).

Assim, é pertinente afirmar que:

“[...] a política cultural está (e quer estar) no meio do quadro político, em algum ponto entre a política econômica, a social e a educacional e a política para o desenvolvimento urbano. Esta talvez seja a tarefa principal da política cultural urbana – ser uma espécie de junção e ‘correia de transmissão’ para assegurar a ligação entre os diferentes campos e tarefas políticas – proteger a diversidade, promover a cultura para se tornar um pilar econômico e incluir a sociedade civil” (HEINRICH, 2008, p. 101).

No aprimoramento democrático, em que ocorre a “[...] luta contra privilégios e em busca de uma socialização, estão não apenas bens materiais [...] o Estado é responsável pela promoção da política cultural, nela incluída a defesa do patrimônio” (SIMIS, 2007, p. 135).

À gestão pública local competirá implementar as políticas de desenvolvimento mediante a utilização de instrumentos jurídicos institucionais disponíveis, tal como a realização do planejamento, votação orçamentária com participação popular e atos normativos específicos de realização concreta dos comandos na esfera administrativa, pelos órgãos competentes incumbidos de sua implantação (SILVA, 2004, p. 128).²⁹

No caso de políticas para as áreas urbanas, torna-se premente garantir a participação da sociedade, para configurar a gestão

²⁹ Destaca Chauí (2006, p. 136): “Se o Estado não é produtor de cultura nem instrumento para seu consumo, que relação pode ele ter com ela? Pode concebê-la como um *direito do cidadão* e, portanto, assegurar o direito de acesso às obras culturais produzidas, particularmente o direito de fruí-las, o direito de criar as obras [...] e o direito de participar das decisões sobre políticas culturais”.

democrática, abrindo novas possibilidades para essa participação na produção de atos legislativos, na fiscalização de atos do poder público em geral, na participação de audiências públicas, na formação de conselhos municipais, associação de bairros, bem como na delegação de competência ao cidadão como ator responsável pela proteção do patrimônio público e pela defesa do meio ambiente (DIAS, 2008, p. 215).³⁰

4. Poder local e direito ao patrimônio cultural

A Constituição vigente expressamente estabelece a competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre o patrimônio cultural e sobre a responsabilidade por danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2007, p. 94).

Afirma-se que os Municípios, embora não estejam entre os habilitados a exercerem essa competência legislativa prevista no artigo 24 da CF/88³¹, também têm competência para a edição de leis que visem a organizar e a tutelar o seu patrimônio cultural, porque aos referidos entes cabe legislar suplementarmente à legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II), além do dever de fiscalização do patrimônio histórico-cultural local.

Devido ao exercício do poder de polícia e à execução de ações relativas à prevenção,

³⁰ Chauí (1995) trata da cultura política e da política cultural focando considerações acerca da cidadania cultural no contexto da cidade de São Paulo, que segue o ritmo da lógica de mercado. Eis por que justifica-se plenamente o envolvimento do Estado nas políticas que viabilizem a referida forma de cidadania nas quais se divorciem do autoritarismo social, calcado, fortemente, nas máquinas mitológica e ideológica pelas quais inviabilizam projetos políticos democráticos.

³¹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; [...] IX – educação, cultura, ensino e desporto;”

valorização e recuperação do patrimônio cultural, a CF/88 define como concorrente, de modo expresse, a competência entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (art. 23, incisos. III, IV, V e VI³², e 30, inciso IX³³).

O Poder Local municipal apresenta relevância para o devido enfrentamento das mazelas sociais. Como adverte Botelho (2001, p. 75):

“[...] a ação sociocultural é, em sua essência, ação micro que tem no município a instância administrativa mais próxima desse fazer cultural. Embora esta deva ser preocupação das políticas de todas as esferas administrativas, o distanciamento que o Estado e a Federação têm da vida efetiva do cidadão dificulta suas ações diretas. No entanto, é claro que não as impede. Em primeiro lugar, seu apoio as legitima politicamente. Em segundo, estas duas instâncias podem ter ações diretas, mas sempre em parceria com o nível municipal – que deve ser sempre o propulsor de qualquer ação conjunta.”

O patrimônio cultural liga-se também ao meio ambiente³⁴ e surge daí a necessidade

³² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas [...]”

³³ “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual [...]”.

³⁴ Nesse sentido, conferir o seguinte pensamento: “No século XX começam a ser inseridas no patrimônio as preocupações com o meio ambiente e as produções dos ‘excluídos’, ou seja, passam a ser objeto de preservação a memória dos operários, dos imigrantes e das minorias étnicas. Novas questões começam a surgir como o uso social do patrimônio; a relação entre o novo e o antigo, com a idéia de historicidade,

de observância ao patrimônio natural como forma de fortalecer a identidade cultural de um determinado povo; o patrimônio cultural não fica, pois, radicado no que é material e fruto somente da ação humana, mas também oriunda dos fenômenos da natureza, quando certas paisagens naturais vão ao encontro das aspirações sociais, posto que há o fortalecimento da identidade cultural, bem como surge a paisagem natural como fonte de geração de riqueza, investimento para o turismo sustentável e ação presente do Poder Público.³⁵

Destarte, revela-se a face positiva das propostas de Chauí (1995, p. 82), segundo as quais entende que a cultura foi pensada como direito da pessoa humana e a política cultural como cidadania cultural, sendo que esta tinha por objetivo também a cultura política nova. Tanto é que afirma:

“Há ainda uma outra modalidade de ação estatal, mais recente, em que o Estado propõe o ‘tratamento moderno da cultura’ e considera arcaico apresentar-se como produtor oficial de cultura. Por modernidade, os governantes entendem os critérios e a lógica da indústria cultural, cujos padrões o Estado busca repetir, por meio das instituições governamentais de cultura. Dessa maneira, passa a operar no interior da cultura com os padrões de mercado” (CHAUI, 2006, p. 114).

Reforça-se o papel definitivo da cidade na definição de políticas públicas, pois é por meio do Poder Local que há mais contato direto com a realidade social. Diante dessa

pois todas as épocas são importantes na configuração dos espaços urbanos; a relação do patrimônio com a indústria cultural e turística; a participação popular nas decisões; a descentralização administrativa; e a inserção da política de preservação na política urbana e regional” (RIBEIRO, 2005, p. 48).

³⁵ Para Corrêa (2008, p. 118), “[...] o dilema da exclusão e da inclusão da maioria da população no processo social repercute inevitavelmente nas políticas de preservação e promoção dos valores culturais nacionais e regionais”.

constatação, a cultura passa a ter lugar reservado. Por essa razão, diz-se ser domínio central das políticas públicas os temas relacionados às políticas culturais (consumo cultural, práticas culturais, economia da cultura, turismo, direito à cultura, direitos culturais, entre outros).

A cidade e a cultura se interligam e, assim, exigem a renovação e a expansão dos recursos culturais à cidade; o apoio às instituições culturais; novas formas de relação com os problemas urbanos; estímulo às culturas diversas; promoção do desenvolvimento humano, além do econômico; respeito aos direitos culturais; definição de indicadores culturais para nova gestão cultural da cidade; a cultura institucionalizada e fazendo o centro nas políticas públicas, sem esquecer da sustentabilidade desse processo; e o ativismo da sociedade civil no contexto das políticas culturais (COELHO, 2008b, p. 9,10).

Por isso que se identificam alternativas dentro da arena cultural (tomada a cultura como motor para o desenvolvimento humano), de modo a propiciar oportunidades de inserção social para comunidades marginalizadas, necessitando, contudo, de planejamento político dentro do qual a comunidade tenha direito de participação. Detecta-se essa realidade de envolvimento dos atores sociais no que se refere à gestão dos bens culturais:

“[...] as reivindicações das diferentes comunidades, no sentido da sua participação e envolvimento nos processos de representação cultural, e também as exigências dos próprios poderes políticos, preocupados com a diminuição do capital cultural das instituições culturais públicas” (ANICO, 2005, p. 79).

A necessidade de controle social do patrimônio cultural é importante, porque é consentânea dos mecanismos próprios de bem-estar social, de vez que faculta à comunidade local os instrumentos propiciadores do direito fundamental ao desen-

volvimento humano. Daí ser importante a sistemática de atuação, principalmente do Poder Público, para que a educação formal seja realmente reformada e aberta para incluir as pessoas, conscientizando-as de suas responsabilidades, em detrimento das desigualdades sociais.

À participação da sociedade civil necessária a efetivação de ações políticas que privilegiem o direito à informação, especificamente a educação patrimonial, porque:

“[...] a complexidade da proteção de uma coleção tão extensa de bens culturais dispersos em tão imenso território tem implicado a adoção de ações pontuais no campo das políticas públicas devotadas à defesa do patrimônio e do turismo. Estas têm sido respaldadas pela implantação de cursos de Educação Patrimonial e Educação Ambiental, tomadas como instrumentos para a construção da cidadania, do progresso econômico e da preservação dos bens culturais e sócio-ambientais” (PELEGRINI, 2006, p. 121,122).

García Canclini (2008, p. 19) questiona se as sociedades estão transformando as cidades por meio do conhecimento e da cultura ou se estão convertendo as urbes em espetáculo cultural sem haver modificações substanciais em face das desordens estruturais. Para o citado autor, já que a chamada espetacularização do social existe desde há muito (missas, desfiles etc.), a sua hipertrofia, dada a realidade atual de industrialização da cultura, aumenta o risco de desvio à satisfação de necessidades sociais básicas.

No século XXI, as chamadas cidades multiculturais³⁶ adotam o perfil característico de desenvolver bairros do conhecimento ou dos museus ou da cultura e

do espetáculo, no intuito de atrair mais cientistas, técnicos informáticos, turistas e outros peregrinos estrangeiros que as farão mais multicultural. A partir daí, surge a problematização acerca da capacidade para se construir, com tanta diversidade, cidades do reconhecimento (GARCÍA CANCLINI, 2008, p. 25).

Essa, a propósito, é a visão de Pascual, segundo a qual “a cultura assumiu uma maior centralidade no recente processo de globalização [...]” e a sua centralidade dentro do processo de globalização “[...] diz respeito a todos, setores públicos, privados e sociedade civil e leva a repensar imaginários, tanto nos âmbitos globais como nos locais” (PASCUAL, 2008, p. 52).

Destarte, o tema do patrimônio cultural é, em grande parte, restrito e dirigido, de um lado, pelos intelectuais que atuam em aparelhos burocráticos e, de outro, pelos interesses da indústria do turismo, entre outras práticas comerciais. Algumas empresas, assim, aparelham o Estado para que este aja em nome de seus interesses econômicos mais imediatos (CORRÊA, 2008, p. 90).³⁷

O enfoque de desenvolvimento econômico de determinadas cidades ou regiões tem muito que ver com as formas de desenvolvimento humano, ao tornar a democracia como algo próximo da realidade brasileira, por, essencialmente, afastar as formas de manobras ímprobos nos governos, em todas as esferas, e que desgastam os incipientes processos de participação política, malferindo, diuturnamente, a coisa pública.

As liberdades como meio para o desenvolvimento são, assim, prementes para que os direitos humanos civis, políticos, econômicos e culturais sejam promovidos,

³⁷ É de grande responsabilidade recolocar a sociedade civil no centro do debate político, no que diz respeito à função social da memória, bem como do patrimônio cultural (CORRÊA, 2008, p. 90), afastando a tradição do Estado autoritário e centralizador quanto à gestão do patrimônio cultural.

providos e respeitados, e daí a necessidade de cada vez haver o fortalecimento entre sociedade e Estado, para tornar viável o projeto de gerenciamento da coisa pública.

Por essa razão, ao identificar a liberdade e as oportunidades de promoção da pessoa humana na sociedade, a partir da perspectiva do desenvolvimento social, Amartya Sen (2000, p. 71) observa que:

“Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nesta perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade na conformação do seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis de sustentação, e não apenas de entrega sob encomenda.”

Porém, a realidade vivenciada pela sociedade brasileira, no que se refere à corrupção política e toda sorte de escândalos políticos denunciados, amiúde, pelos meios de comunicação de massa, concorrem à indisposição e à indiferença dos cidadãos quanto ao aprimoramento dos canais participativos e à participação social na gestão da coisa pública.

As atividades, os bens e os serviços culturais possuem dupla natureza, tanto econômica quanto cultural, que são portadores de identidades, valores e significados, não devendo, portanto, ser tratados unicamente como se tivessem apenas valor comercial. Urge reconhecer a cultura como prioridade para o desenvolvimento socioeconômico e como necessidade básica da pessoa humana.

Nunca é demais exaltar que vige o embate entre democracia e inclusão para promover as transformações reclamantes de justiça social, pois, como lembra Pinto (2005, p. 105):

“A questão fundamental, então, reside na dicotomia democracia e

inclusão. O que pode parecer à primeira vista uma afirmação que beira o lugar comum, revela uma problemática das mais centrais para a teoria democrática. Uma vez que a inclusão não ocorre por meio do apagamento daquilo que condiciona a exclusão, mas, justamente, pela reafirmação desse condicionante, o processo de inclusão provoca mudanças radicais que rearranjam a posição relativa dos sujeitos que já estavam plenamente inseridos na sociedade. Tomando o poder como uma equação de soma zero, ver-se-á que para cada sujeito-grupo incluído corresponde alguma perda de poder para um grupo anteriormente incluído. Isso explica em muitas medidas as dificuldades das experiências participativas.”

No contexto da consecução das políticas urbanas, a participação popular afigura-se como requisito indispensável à validação e eficácia dos atos do Poder Público relativamente ao patrimônio cultural, com vistas ao aquecimento da economia local e da promoção do desenvolvimento humano. Dessa maneira, é possível se compreender que somente “o povo pode apontar as necessidades e as urgências para vida com maior qualidade nos espaços urbanos” (DIAS, 2008, p. 213).

5. Considerações finais

A cultura é direito da pessoa humana e, por isso, urge ser respeitada e promovida, competindo ao Estado, principalmente, criar os mecanismos pelos quais permita, continuamente, o empreendimento de políticas à finalidade de proteção dos direitos humanos também relacionados à cultura.

Nesse percurso, é forçoso concluir, ainda, que o patrimônio cultural, como parte integrante da cultura, lança as bases para atrair e para gerar riquezas econômicas, bem como favorecer o respeito aos modos de vida, às crenças, aos costumes e tudo

mais que tenha intervenção humana; que a diversidade cultural deve ser valorizada pelo Estado e que as políticas culturais podem estar focadas no sentido de proporcionar qualidade de vida à coletividade.

Ademais, entende-se hodiernamente a economia como intimamente relacionada à cultura para consolidar novos processos de inclusão social e geração de emprego e renda. Sendo assim, os bens culturais e, em particular, o patrimônio cultural denotam valor social e econômico, aptos a atrair finanças para circulação de renda e trabalho, seja pelo turismo, seja pelo investimento em pesquisa científica.

Ora, determinado patrimônio cultural só pode ser usufruído e fruído quando houver a salvaguarda e o despertar do interesse geral da pessoa humana, beneficiária direta das riquezas oriundas das políticas culturais e preservacionistas. Ademais, não se entende divorciado o ser humano da questão das políticas culturais e da participação da coletividade.

O desenvolvimento econômico somente pode ser viável quando contemple em seus projetos e suas ações o favorecimento da vida com dignidade; bem assim, em especial, os projetos políticos ligados à divulgação e valorização dos bens culturais devem ser vistos não apenas dentro da ótica de geração de riqueza, mas, principalmente, em razão da valorização da diversidade cultural e das políticas culturais como arena para promoção dos direitos humanos e, em consequência, da cidadania cultural.

Nesse contexto, vem à tona a necessidade de caber ao Estado não só o planejamento ou o fomento ao turismo, mas também o estímulo à ideia de sustentabilidade, ou seja, que o turismo seja sustentável, para não comprometer o usufruto das gerações futuras, já que o patrimônio cultural e natural é de interesse de todos e exige conservação permanente do Estado e da sociedade.

É forçoso concluir que os Poderes Públicos que não exploram ou estimulam a

atividade turística, sendo eles próprios detentores de bens culturais ou ofertando insuficientemente referidos bens ao lazer, à ciência e à educação, por exemplo –, podem ficar prejudicados, principalmente nos tempos de crise econômica e de arrecadação de tributos.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. Gestão ou gestão pública da cultura: algumas reflexões sobre o papel do Estado na produção cultural contemporânea. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.

ANICO, Marta. A pós-modernização da cultura. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 71-86, jan./jun. 2005.

_____. Política cultural. In: RUBIM, Linda (Org.). *Organização e produção da cultura*. Salvador: EDUFBA: FACOM/CULT, 2005.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 73-83, abr./jun. 2001.

_____. Políticas culturais: discutindo pressupostos. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias e políticas da cultura – visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007.

CALABRE, Lia. Políticas culturais no Brasil: balanço e perspectivas. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.

CALI, Plácido. *Políticas municipais de gestão do patrimônio arqueológico*. 2005. 199f. Tese (doutorado em arqueologia e etnologia) - Programa de pós-graduação do museu de arqueologia e etnologia da universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARRASCO ARROYO, Salvador. Medir la cultura: uma tarefa inacabada. *Periférica*, Valência, n. 7, p. 1-26, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural - o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

_____. Cultura política e política cultural. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 71-84, jan./abr. 1995.

COELHO, Teixeira. A cidade e os avatares da cultura. In: _____ (Org.). *A cultura pela cidade*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2008a.

- _____. Da opinião ao dado. *Revista observatório itaú cultural*. São Paulo, n. 1, p. 9-12, jan./abr. 2007.
- _____. Introdução: uma nova gestão cultural da cidade. In: _____ (Org.). *A cultura pela cidade*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2008b.
- CORRÊA, Alexandre Fernandes. *Patrimônios bioculturais: ensaios de antropologia do patrimônio e das memórias sociais*. São Luís: Edufma, 2008.
- CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru: EDUSC, 1999.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. Direitos culturais: do reconhecimento da fundamentalidade à necessidade de simplificação. In: CALABRE, Lia (Org.). *Oficinas do sistema nacional de cultura*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.
- _____. Os princípios constitucionais culturais. In: LEITÃO, Cláudia (Org.). *Gestão cultural: significados e dilemas na contemporaneidade*. Fortaleza: BNB, 2003.
- DIAS, Daniella S. O princípio da soberania como expressão da participação popular e da democracia no planejamento urbano. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Org.). *Direitos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FEIJÓ, Martín César. *O que é patrimônio cultural*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997.
- GAMA, José. Notas para uma filosofia da cultura. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, v. 36, n. 146, p. 172-178, abr./jun. 1987.
- GARCÍA CANCLINI, Nestor. Imaginários culturais da cidade: conhecimento, espetáculo, desconhecimento. In: COELHO, Teixeira (Org.). *Cultura pela cidade*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2008.
- HARDOY, Jorge Enrique; GUTMAN, Margarita. *Impacto de la urbanización en los centros históricos de iberoamérica*. Madri: Mapfre, 1992.
- HERRERA ALAMOS, Claudio. Reflexiones generales sobre desarrollos, cultura e integración em América Latina. *Integración latinoamericana*, Buenos Aires, v. 15, n. 155, p. 3-18, abr. 1990.
- KLIKSBERG, Bernardo. Capital social y cultura, claves olvidadas. *Foro internacional*. México, v. 42, n. 3, p. 454-496, jul./set. 2002.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. *Revista da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Coimbra*, v. 47, n. 1 - 2, p. 29-45, 2006.
- MONDIALCULT. *Conferência mundial sobre políticas culturais*. México, 1982.
- NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.
- OLIVEIRA, Lúcia Maciel Barbosa de; SILVA, Liliana Sousa e. A cidade como experimentação. *Revista observatório itaú cultural*, São Paulo, n. 5, p. 76-83, abr./jun. 2008.
- PASCUAL, Jordi. Ideias-chave sobre a agenda 21 da cultura. In: COELHO, Teixeira (Org.). *Cultura pela cidade*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2008.
- PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental. *Revista brasileira de história*, São Paulo, v. 26, n. 51, p. 115-140, jan./jun. 2006.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Espaços deliberativos e a questão da representação. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 19, n. 54, p. 91-116, fev. 2004.
- POMMEREHNE, Werner W.; FREY, Bruno S. Finanziamento pubblico dell'arte e della cultura: perché e come? *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Milano, anno 46, n. 4, p. 620-637, dec. 1987.
- PORTO, Marta. Construindo o público a partir da cultura: gestão municipal e participação social. In: CALABRE, Lia (Org.). *Oficinas do sistema nacional de cultura*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.
- RIBEIRO, Sandra Bernardes. *Brasília: memória, cidadania e gestão do patrimônio cultural*. Brasília: Annablume, 2005.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Cultura e Constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, n. 41, p. 39-63, set./dec. 2004.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais: entre o possível e o impossível. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias e políticas da cultura - visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007.
- SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.
- SAVRANSKI, Ivo. *A cultura e as suas funções*. Moscou: Edições Progresso, 1986.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SIMIS, Anita. A política cultural como política pública. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.

TÁCITO, Caio. Educação e cultura nas constituições. *Carta mensal*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 359-360, p. 3-10, fev./mar. 1985.

O enunciado (dialógico) na decisão jurídica

Nas sendas de Mikhail Bakhtin

Beclaute Oliveira Silva

Sumário

Introdução. I. Enunciado no pensamento de Mikhail Bakhtin. II. Apresentação do enunciado jurídico. III. Enunciado de fato. IV. Enunciado de direito. V. Enunciado judicial. VI. Conclusão.

“O falante não é um Adão bíblico, só relacionado com objetos virgens ainda não nomeados, aos quais dá nome pela primeira vez.” (BAKHTIN, 2003, p. 300).

“Chega mais perto e contempla as palavras. Cada uma tem mil faces secretas sob a face neutra e te pergunta, sem interesse pela resposta, pobre ou terrível, que lhe deres: Trouxeste a chave?” (DRUMMOND DE ANDRADE, 2008, p. 25-26).

Introdução

A produção de Mikhail Bakhtin tem sido objeto de inúmeras incursões pelos estudiosos da teoria da linguagem, da filosofia, das ciências sociais e da análise do discurso. A versatilidade de sua pesquisa faz ecoar uma pergunta: é possível usar as categorias que elaborou para a compreensão do fenômeno jurídico? Para responder essa pergunta, tentou-se a pesquisa, cujo presente ensaio procura descrever.

Dentro do cabedal teórico desenvolvido pelo teórico da linguagem russo, uma categoria denominada enunciado se destaca. O aludido termo designa tanto o enunciado como a enunciação, conforme salientado pelo tradutor da obra em nota de rodapé (BAKHTIN, 2003, p. 261).

Beclaute Oliveira Silva é Professor de Direito Processual Civil (UFAL). Doutorando em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Serventuário da Justiça Federal.

A escolha não foi aleatória, uma vez que o direito, como o enunciado, tem na intersubjetividade uma de suas marcas distintivas (KANT, 2003, p. 76).

Pretende-se desenvolver este trabalho seguindo o seguinte *iter*.

Tendo em vista que a escolha tomou como base o enunciado, na primeira parte do trabalho analisar-se-á como essa categoria é vista pelo teórico russo. Assim, será necessário identificar os gêneros de discurso, tipos abstratos de qualificação dos enunciados. Os enunciados concretos se inserem em gêneros específicos de discurso.

Adentrando nesta seção, haverá a necessária delimitação do que se entende por enunciado, para, logo após, efetivar a distinção entre as unidades da linguagem (oração e palavra) e as unidades do discurso (o enunciado). Por fim, verificar-se-ão os elementos que caracterizam um enunciado. Pretende-se assim, ainda que de forma sucinta, estipular o marco teórico a fim de, apenas depois, verificar sua aplicação no campo do direito.

No segundo item do trabalho, apresentar-se-á o enunciado jurídico que será objeto de análise. Tomar-se-á uma sentença judicial sucinta no intuito de verificar a viabilidade da teoria bakhtiniana para compreender o fenômeno jurídico.

O contato com o texto impõe análise fracionada, pelo que se desmembrará do enunciado sentença dois enunciados que o antecedem na cadeia discursiva. São os denominados enunciados de fato e enunciados de direito. Terão verificação específica, dada a peculiaridade de cada um.

Por fim, far-se-á a análise do enunciado judicial como um todo, procurando revelar a peculiaridade do enunciado jurídico e a versatilidade da obra de Mikhail Bakhtin para a compreensão do fenômeno jurídico, máxime o que tem por tema o aspecto decisão jurídica.

Passa-se agora à análise daquilo que Bakhtin denominou enunciado.

I. Enunciado no pensamento de Mikhail Bakhtin

Na obra de Mikhail Bakhtin (2003, p. 261, 269), a categoria enunciado ingressa como fundamental para o emprego da língua. Na realidade, “o emprego da língua efetua-se em forma de enunciados (orais e escritos) concretos e únicos, proferidos pelos integrantes desse ou daquele campo da atividade humana”. Mais. O enunciado é a “unidade real da comunicação discursiva”.

Entretanto, antes de adentrar na categoria do enunciado, Bakhtin prefere tratar da categoria macro que engendra e enfeixa um grupo específico de enunciados, que denomina gêneros do discurso. Logo após, adentra na individualidade viva do enunciado. Depois fala das unidades da língua, que compõem o enunciado, no caso a palavra e a oração, para, por fim, demarcar o conteúdo dos enunciados, entidades necessariamente dialógicas. Fiel a esse modo de conduzir a pesquisa, passa-se a analisar a aludida categoria.

1.1. Gênero do discurso

Como espelho, o enunciado reflete as especificidades dos campos de atividade humana mediante (a) seu conteúdo temático, visto como domínio de sentido ocupado por um gênero, sendo, no caso da sentença, a decisão judicial; (b) seu estilo – seleção de frases, palavras e recursos gramaticais, em suma, seleção dos meios linguísticos; e (c) a construção composicional ou maneira de organizar o texto (FIORIN, 2006, p. 62). Esses três elementos são determinados pela peculiaridade de cada campo da comunicação e estão relacionados diretamente ao enunciado.

Malgrado o enunciado particular seja individual, cada campo acaba por determinar os gêneros do discurso, que são tipos mais ou menos estáveis de enunciados (BAKHTIN, 2003, p. 262). Os gêneros do discurso são extremamente diversificados,

dada a complexidade da atividade humana. Nesse complexo do gênero do discurso, ingressam gêneros como o jurídico, o político etc (Idem, p. 262, 263).

Em seu relato, Bakhtin distingue gêneros discursivos primários dos gêneros discursivos secundários. Alerta que a diferença não é funcional. Afirma que o gênero discursivo primário é simples, sendo formado em condições de comunicação discursiva imediata. Possui vínculo imediato com a realidade concreta, como ocorre, muitas vezes, com a prova em processo judicial.

Quanto ao gênero secundário, também denominado complexo e ideológico, vaticina que surge em condições complexas do convívio cultural, por isso mais desenvolvido e organizado. Aqui há o predomínio da escrita. Em sua construção, incorpora e reelabora os gêneros simples. Essa reelaboração retira do enunciado primário seu vínculo imediato com a realidade (BAKHTIN, 2003, p. 263). Ingressam no campo dos gêneros complexos os romances, pesquisas científicas, os gêneros publicísticos, inclusive o legal e o jurídico (Idem, p. 263, 264).

A ignorância acerca da natureza do enunciado e sua relação diante da diversidade dos gêneros discursivos redundarão em uma investigação linguística formal, abstrata, sem vínculo histórico e, o pior, afastando a língua de sua atuação viva, a *parole* ou enunciado (Ibidem, p. 285). Essa forma de analisar a linguagem é típica da concepção objetiva abstrata, que tem como um dos representantes Ferdinand Saussure (BAKHTIN, 2006, p. 85). Contrariando os objetivistas, Bakhtin (2003, p. 265) irá afirmar que “a língua passa a integrar a vida através de enunciados concretos (que a realizam)”.

Com relação ao gênero discursivo, deve-se salientar a importância do estilo, que é constituído pela escolha de palavras, frases e uso de recursos gramaticais. Integra o gênero do enunciado, sendo seu elemento (BAKHTIN, 2003, p. 266). A importância do estudo do estilo se mostra presente quando se toma por objeto a linguagem literária,

aqui empregada em sentido amplo, albergando, inclusive, o discurso filosófico e o jurídico.

Toma-se agora por objeto de análise o enunciado.

1.2. Demarcação do enunciado

Nas escolas estruturalistas, a função comunicativa da linguagem que tem por unidade o enunciado é posta como elemento secundário. Para essa concepção, há o falante, o objeto da fala e o ouvinte (entendedor). No caso, há uma posição ativa do falante e passiva do ouvinte dentro do fluxo comunicativo. Essas posições, no processo comunicativo real, são ficções, pois o ouvinte, ao perceber e compreender o significado do discurso emitido pelo falante, ocupa, além da função passiva, uma atitude ativa, denominada responsiva (BAKHTIN, 2003, p. 271). Aqui o ouvinte é chamado a concordar, discordar (no todo ou em parte), participar, completar.

O processo de compreensão do enunciado é “preenche de resposta”. Neste momento o ouvinte se torna falante. Nessa linha, irá acrescentar o linguista russo que a chamada compreensão passiva do discurso corresponde ao momento abstrato da compreensão ativa responsiva real do ouvinte (Idem).

A atitude responsiva do receptor é esperada e querida pelo emissor, sob pena de se ter um solilóquio travestido de diálogo. Além disso, o emissor é potencialmente um respondente. Assim, cada enunciado acaba sendo um elo na cadeia complexa de outros enunciados. O outro, o ouvinte, fala! Isso torna possível o processo comunicativo mediante sua unidade, o enunciado.

Com isso é possível afirmar, como Bakhtin (2003, p. 275), que “os limites de cada enunciado concreto como unidade da comunicação discursiva são definidos pela *alternância dos sujeitos do discurso, ou seja, pela alternância dos falantes*”. Aqui fica evidente o conteúdo real, não convencional, do enunciado, com limites precisos

estipulados pela alternância dos falantes. Além disso, a resposta emitida pelo ouvinte está interligada ao conteúdo do discurso emitido pelo falante (BAKHTIN, 2003, p. 275). Essa característica encontra marca no denominado princípio do contraditório, categoria inerente ao processo judicial, como salienta Elio Fazzalari (1996, p. 82).

No bojo do diálogo, encontramos palavras e orações. Aqui se faz mister lançar a distinção entre oração – unidade da língua – e enunciação – unidade da comunicação discursiva.

1.3. *Oração (e palavra) versus Enunciado*

A oração, por ser unidade da língua, não é marcada pela alternância intersubjetiva do discurso. Encontra sua moldura em outra oração. A oração é um pensamento acabado interligado a outra oração do mesmo falante. Seu contexto é o da fala do mesmo falante.

As pausas entre as orações têm natureza gramatical, enquanto as pausas entre enunciações são reais – seu limite é o outro sujeito. Acrescente-se ainda que a oração não possui contato com a realidade, nem com outros enunciados, e não pode suscitar respostas. Ademais, por ter natureza gramatical, é rígida pela lei gramatical e nela encontra seus limites e unidade (BAKHTIN, 2003, p. 277, 278).

A oração ou a palavra, como unidades da língua, não possui autor. É de ninguém! (Idem, p. 289). O enunciado, por sua vez, possui assim uma relação direta e necessária com o autor e com o destinatário do discurso, uma vez que nesses dois sujeitos o enunciado encontra sua conformação, dado seu caráter intersubjetivo.

Quando uma oração se torna enunciado, há uma posição responsiva, logo vínculo com o real e com outros enunciados. Deve-se salientar que um enunciado pode ser formado tanto por palavras isoladas quanto por oração ou orações. Nesse caso, uma unidade da língua se transforma em unidade da comunicação.

A alternância dos sujeitos emoldura o enunciado, distinguindo-o da unidade da língua. Mas não só. O enunciado possui aquilo que se denominou conclusividade. Trata-se de um aspecto interno da alternância intersubjetiva do discurso consistente no exaurimento daquilo que o falante pretendia afirmar para o ouvinte, sob determinada condição. A conclusividade implica responsividade. Enquanto o enunciado estiver inconcluso, a resposta não poderá ser ofertada. Uma oração acabada não é capaz de gerar atitude responsiva do ouvinte. Seu termo é gramatical. Apenas quando se torna enunciado a resposta é possível, pois seu termo é o outro (BAKHTIN, 2003, p. 280).

Três fatores determinam a conclusividade. Ei-los

a) exauribilidade do objeto e do sentido: consiste no esgotamento “semântico-objetual do tema do enunciado” (Idem, p. 281). É variável.

b) projeto de discurso ou vontade de discurso do falante ou intenção discursiva: determina os contornos do enunciado, seu volume e conteúdo. Aqui se determina o que o falante quer dizer, mediante a constatação da vontade verbalizada. Essa vontade se vincula ao aspecto semântico-objetivo, delimitando-o.

c) formas típicas composicionais e de gênero do acabamento: a vontade discursiva se realiza antes de tudo na escolha do gênero de discurso. Essa escolha é determinada ora pela peculiaridade do campo da comunicação, ora pela temática, ora por características individuais dos participantes etc. A intenção discursiva não é amorfa, mas se amolda a um determinado gênero, na medida em que é produzido. “Falamos através de determinados gêneros de discurso” (Ibidem, p. 282). Mais. Aprender a falar nada mais é do que aprender a construir enunciados, e esses se organizam mediante gêneros. Há gêneros informais e há os que exigem um nível formalizado de organização. Esses gêneros possuem maior

estabilidade e coação (BAKHTIN, 2003, p. 284). Veja, por exemplo, a formalização da petição inicial, cujos requisitos estão estipulados no art. 282 e 283, ambos do CPC; ou da sentença, cuja estrutura está determinada pelo art. 458 do CPC. Ademais, despachos, decisões interlocutórias, sentenças, acórdãos são espécies de gêneros do discurso jurídico. Cada um é determinado pela temática, no caso, a decisão jurídica, que lhe é objeto. Ademais, cada um dos gêneros terá atitudes responsivas específicas.

A habilidade do sujeito perante o gênero determinará o grau de liberdade que terá em determinado campo comunicacional. Por sua vez, a inabilidade com o gênero implicará dificuldade na construção de enunciados. Exemplifica Bakhtin que muitas pessoas têm habilidade com o discurso científico, sócio-político, mas têm dificuldade quando a temática muda para questões mundanas. O inverso é mais comum.

A familiaridade ou não com o gênero discursivo determinará a desenvoltura comunicacional do sujeito.

1.4. Elementos característicos do enunciado

O enunciado não é só. Como salienta Bakhtin (2003, p. 289), não existe enunciado adâmico. Ele é, na cadeia discursiva. Sua primeira característica é seu conteúdo semântico-objetual. Esse conteúdo determina os meios linguísticos, o gênero do discurso.

A segunda característica é formada pelo elemento expressivo. Ele determina a composição e o estilo. Trata-se da relação emotiva e axiológica entre o falante e o conteúdo semântico-objetual do enunciado. Nesse contexto, a palavra ou a oração, por não serem de ninguém, não possuem carga valorativa. São neutras. Quando o sujeito se apropria delas no enunciado, passam a ser valoradas. Eis a entonação expressiva. Trata-se de uma peculiaridade constitutiva do enunciado. No desenrolar do discurso, a mesma unidade da língua pode ser va-

lorada de forma distinta. Assim, a palavra e a oração ganham valor no enunciado. Neste passo, pode-se afirmar que apenas no enunciado o valor verdade e falsidade, belo e feio, justo e injusto pode ser aferido (BAKHTIN, 2003, p. 296, 328).

Salienta Bakhtin (2003, p. 292) que, na construção de enunciados, as palavras muitas vezes não são retiradas da neutralidade léxica, mas de outros enunciados. Nesse caso, o enunciado que se forma já vem valorado com expressões de enunciados anteriores. Assim, “as palavras podem entrar no nosso discurso a partir de enunciações individuais alheias, mantendo em menor ou maior grau os tons e ecos dessas enunciações individuais” (Idem, p. 293).

Nessa ordem, a palavra pode ser vista como (a) neutra, (b) alheia (cheia de ecos de enunciados anteriores) e (c) minha (aquela que o falante opera com intenção discursiva) (BAKHTIN, 2003, p. 294). Quer-se com isso afirmar que os nossos enunciados são prenhes de palavras dos outros. Diz-se neutra para as palavras em “estado de dicionário” (DRUMMOND DE ANDRADE, 2008, p. 25). Entretanto, ecoa a pergunta do outro poeta: “mas quais são as palavras que nunca são ditas?” (RUSSO, 1986). Neutras ou não, as palavras são objeto dos enunciados.

As palavras que vêm de outros enunciados trazem para o nosso enunciado valores que se assimilam, reelaboram, reacentuam, recriam etc. As considerações feitas para as palavras servem igualmente para a oração.

Desta feita, “cada enunciado é pleno de ecos e ressonâncias de outros enunciados com os quais está interligado pela identidade da esfera da comunicação discursiva” (BAKHTIN, 2003, p. 297). Quando se põe um enunciado, coloca-se uma resposta ao(s) enunciado(s) que o antecede(m), seja rejeitando, confirmando, completando. Por essa razão, a expressão do enunciado não pode ter por lastro apenas o conteúdo de seu objeto e sentido, mas deve levar

em consideração outros enunciados que se reportam àquele tema, com os quais rechaçamos ou ratificamos (Idem).

Isolado, o enunciado reflete o processo do discurso, enunciados dos outros e, sobretudo, os elos da cadeia comunicativa. É “um conjunto de sentidos” (BAKHTIN, 2003, p. 299, 329). Pelo fato de o falante não ser Adão, o objeto de seu discurso é o palco em que diversas opiniões de interlocutores se encontram. Com isso o enunciado está voltado sobre ele e sobre os discursos dos outros sobre ele. Ao ser emitido, dado seu caráter responsivo, entrelaça-se com enunciados subsequentes. Esse vínculo com o outro revela outra característica do enunciado, que é seu endereçamento ou direcionamento. O enunciado é também para o outro, que pode ser a coletividade, uma pessoa particular. Ademais, o outro é constitutivo do enunciado. Por essa razão, o enunciado é *enformado* por elementos extralinguísticos (dialógicos) (Idem, p. 300, 313).

Como se constrói o enunciado para o outro, ele acaba por interferir na escolha do gênero, do procedimento composicional e do estilo, já que todo enunciado é responsivo e a resposta dependerá do grau de compreensão do ouvinte. Esse fato se torna extremamente presente no gênero retórico, como também no jurídico.

O conteúdo dialógico do enunciado revela que ele não pode ser explicado, como ocorre com os fenômenos naturais, mas compreendido, pois pressupõe o outro. A resposta não é tautologia, mesmo quando confirma. A natureza não nos responde, por isso basta um só sujeito diante dela para explicá-la. A natureza não responde e também não a perguntamos (Ibidem, p. 316, 319, 321).

Essa pequena digressão acerca do enunciado, na concepção de Mikhail Bakhtin, servirá de lastro para análise concreta de enunciados do gênero jurídico cuja temática é a decisão jurídica.

Para tanto, dois momentos do processo decisório serão demarcados, qual sejam, a

decisão de fato e a decisão de direito, mas antes apresentar-se-á o enunciado jurídico concreto.

II. Apresentação do enunciado jurídico

No cabedal dos gêneros discursivos oficiais, destaca-se o jurídico. Este tem uma estrutura rígida de formulação. No presente caso, será tomada como lastro uma decisão judicial cujo texto é sucinto, no intuito de demonstrar a utilidade da teoria dialógica de Bakhtin na compreensão do fenômeno jurídico.

Eis a decisão transcrita:

“PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALAGOAS
— VARA
SENTENÇA nº 0002.001129-0/2007/
xxx/JF/AL
PROCESSO: xxxxxxxxx
EXECUÇÃO DE SENTENÇA
AUTOR: xxxxxxxxx
RÉU: xxxxxxxxx
SENTENÇA
Vistos, etc...”

1. Tendo em vista a liquidação do débito exequendo, conforme verificado nas fls. 185/187, julgo extinta a presente execução, com suporte no art. 794, I, do CPC, para que surta os seus jurídicos e legais efeitos.

2. Transitada em julgado, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição.

3. P.I.R.

Maceió, 08 de novembro de 2007.

xxxxxxx

Juiz Federal

(Publicada no DOE/AL, edição 231, 05/12/2007, p. 78, processo arquivado)”

Infere-se da leitura do enunciado posto que se trata de uma decisão judicial de cunho eminentemente sintético, pois tem por função extinguir a execução. Apesar de ser enunciado na modalidade de sentença, sua fundamentação é concisa, conforme

prescrição do art. 165, *in fine*, do CPC, podendo inclusive omitir o relatório sem que isso implique nulidade (ASSIS, 1997, p. 1102-1104). É bem verdade que essa omissão pode ser rechaçada, uma vez que o art. 458 do CPC determina a inclusão do relatório. Aqui a opção do magistrado em suprimi-lo, com base em orientação doutrinária e jurisprudencial (3ª T. do STJ, REsp. 947-GO, 17.10.1989, Rel. Min. Gueiros Leite, RJSTJ 2(5)/359), constitui ato de vontade que pode ser rechaçado pelo destinatário do enunciado sentencial.

No bojo do enunciado sob análise, encontram-se os dêiticos, cuja função revela, entre outras coisas, os sujeitos partícipes do diálogo enunciativo. Nos dêiticos se encontram a estipulação de pessoa, tempo e lugar. Aqui há a indicação de quem produziu o enunciado, a quem se destina, onde fora produzido e quando se efetivou a produção (FIORIN, 2002, p. 169/171).

A partir do enunciado posto sob análise, é possível verificar os dêiticos. Em primeiro lugar, com relação à pessoa tem-se a indicação do autor e do réu, destinatário da decisão jurídica, mas não só. Os serventuários também são destinatários da decisão, pois cabe a eles dar cumprimento à decisão, efetivando a publicação, o registro e a intimação das partes. Todos possuem posição responsiva diante do magistrado, que é o falante, o emissor do enunciado.

Com relação ao local, há a indicação não só da cidade como também do órgão que prolatou a decisão, no caso a Justiça Federal de Alagoas, que possui endereço específico, com horário de funcionamento fixado em documentos normativos. Essa questão informa quando e onde se pode promover, por exemplo, o recurso.

No que se refere ao tempo, por sua vez, tem-se duas datas, uma é a data da produção do enunciado (08/11/2007) e a outra a data em que o autor e o réu tomaram conhecimento da decisão (05/12/2007). A data da produção terá repercussão responsiva para o serventuário, se tomou ciência da decisão

no dia de sua prolação, conforme prescrição do art. 190 do CPC. A data de publicação tem especial relevância para as partes, pois é daí que surge para elas a possibilidade de atuar responsivamente.

O aludido enunciado, no que pese sua simplicidade, possui indicação que se reporta a outros enunciados que o antecedem, como por exemplo a indicação de existência de pagamento e a indicação do suporte normativo que baliza o desfecho decisivo.

Passa-se agora a analisar os enunciados que o antecedem e que vieram a tomar corpo no enunciado sob análise.

III. Enunciado de fato

Conforme se colhe da leitura do *corpus*, há uma indicação clara a um enunciado que tem por função constatar a existência ou não de pagamento. Ele é assim expressado: “tendo em vista a liquidação do débito exequendo, conforme verificado nas fls. 185/187 (...)”.

A verdade acerca da existência ou não de pagamento é juízo de valor, que só se pode efetivar, como demonstrado, no corpo de um enunciado.

O enunciado que o lastreia fora produzido pelo devedor, réu na execução, e consiste na assertiva de que o pagamento restou realizado mediante demonstração probatória. Essa assertiva não é formulada por meio de oração, mas de enunciado, pois tem sentido completo, é conclusiva, tem pretensão de verdade (valor). Ademais, tem por destinatário tanto o magistrado como, principalmente, o credor que irá, diante do contraditório, atestar ou rechaçar a assertiva do falante (devedor). Trata-se de clara atitude responsiva.

Mediante o contraditório, é dada à parte contrária oportunidade de participar do processo, seja rechaçando, seja concordando, seja fiscalizando. No contraditório, a informação é necessária e a reação é possível (DINAMARCO, 2000, p. 171; NERY JR. 1999, p. 127-137). Deve-se salientar que

a questão do contraditório, no processo judicial ou administrativo, é garantia fundamental do cidadão (art. 5º, LV, da CF/88). Na garantia do contraditório, a intersubjetividade do enunciado se apresenta de forma explícita.

O enunciado do devedor e o rechaço do credor (outro enunciado) terão por destinatário o magistrado, no ato de decisão (novo enunciado). Cabe ao magistrado compreender os aludidos enunciados para formular o seu. A aceitação ou não do enunciado de fato pelo magistrado admitindo como verdadeiro ou falso o fato é ato decisório, pois pressupõe valoração.

Os enunciados de fato possuem uma peculiaridade. Reportam-se ao fato, mas têm por lastro outro enunciado, a prova. A prova não deixa de ser um tipo específico de enunciado. Não se provam fatos, mas alegações sobre o fato. No processo penal que versa sobre homicídio, o laudo cadavérico substitui o morto. As alegações é que são provadas. Como diria Aristóteles, verdadeira ou falsa são as afirmações, os fatos existem ou não (ARISTÓTELES, 1998, p. 71-72). No mesmo sentido, Bakhtin (2003, p. 328): “só o enunciado pode ser verdadeiro (ou não verdadeiro), correto (falso), belo, justo etc.”

Em diversas situações, as provas se incluem na espécie gênero discursivo primário, como o caso de um recibo de pagamento. Uma perícia médica, por sua vez, envolve complexidade que o gênero primário não comporta.

Assim, a prova do pagamento (enunciado) irá lastrear a alegação acerca do pagamento (outro enunciado). Repise-se: a prova pode ser falsa ou verdadeira, logo é um enunciado.

A atitude responsiva do credor poderá ser de concordância. Essa aceitação não deixa de ser repostada. Nesse caso, não há dúvida acerca da verdade contida no enunciado. A dúvida pode ser levantada. Neste caso, a legislação exige que a resposta seja fundada mediante prova. Por ser enun-

ciado, há o conteúdo decisório, imerso na característica conclusividade do enunciado, já explicitado.

Somente com o contraditório plenamente oportunizado pode o magistrado emitir ato decisório acerca dos enunciados de fato veiculados pelas partes, emitindo, no bojo da decisão jurídica, seu veredicto, que nada mais é, como visto, parte do enunciado complexo denominado decisão jurídica.

IV. Enunciado de direito

Ainda analisando a decisão-parâmetro, percebemos uma clara menção a um dispositivo legal que regula a situação de fato; no caso, restou assim expresso: “julgo extinta a presente execução, com suporte no art. 794, I, do CPC (...).”

O aludido excerto se reporta a um enunciado de natureza legal que tem por destinatário o magistrado, no momento da aplicação judicial do direito. Trata-se da forma como a execução pode ser decretada extinta. Reza o aludido dispositivo: “extingue-se a execução quando: I- o devedor satisfaz a obrigação”. É um enunciado que indica, para o magistrado, uma conduta responsiva consistente em um fazer (BAKHTIN, 2003, p. 272); no caso, extinguir a execução, caso satisfeita a condição, ou seja, a satisfação do débito. Mas não só. A atitude responsiva poderia ser a negação de validade do dispositivo.

No caso, a escolha do aludido enunciado teve por lastro a satisfação das condições presentes em outro enunciado, que se denominou enunciado de fato.

Aqui se tem demarcado no enunciado legal o tipo de regramento a que o enunciado de fato estará sujeito. Aqui há conteúdo decisório, pois prenhe de ato de vontade.

O enunciado de direito ingressa na decisão judicial e tem como uma das funções conferir estabilidade institucional à decisão jurídica. Ela insere o ato decisório no gênero discursivo do direito, além de retirar o caráter arbitrário da decisão.

Na busca do aludido enunciado, um juízo de valor se põe. Não se trata de juízo de verdade ou de falsidade, mas de validade e de vigência ou, até mesmo, de justiça. Fica evidente que o magistrado, uma vez que o utilizou, tomou-o como vigente, válido e justo, além de aplicável ao caso.

V. *Enunciado judicial*

O enunciado judicial se manifesta, como já visto, sob as seguintes formas: despacho, decisão interlocutória, sentença e acórdão. Cada um tem suas peculiaridades e formas distintas de responsividade.

Tomou-se aqui um tipo extremamente simples de sentença, como já salientado, no intuito de demonstrar a utilidade da teoria de Bakhtin.

Da leitura do enunciado da sentença, percebe-se que ela toma por base composicional outros enunciados, um referente a fato e outro referente a direito. Faz-se isso para realizar, na sentença, a denominada subsunção. Esta se dá entre enunciados. Toma-se um enunciado de fato e confere a ele o regramento estipulado no enunciado de direito. Isto é uma simplificação. Na realidade, tomam-se os dados que tiveram por referência o enunciado de fato e se reconstrói a norma abstrata e geral aplicada ao caso e, depois, efetiva-se a denominada subsunção. Os aludidos fragmentos enunciativos trazidos para a decisão judicial trazem sua carga valorativa. Condição e dão o contorno da decisão a ser produzida.

O acolhimento ou o rechaço dos aludidos enunciados irão ser demarcados no âmago da decisão judicial. É a atitude responsiva do magistrado que demarcará o que será determinante na subsunção construída na sentença. Na situação analisada, tomou-se o enunciado apresentado pela parte devedora como verdadeiro, válido e aplicável ao caso.

Com isso se afirma que a incidência não se dá no mundo da natureza, mas, por

se tratar de categoria valorativa, dá-se no plano da vida dos enunciados.

Temos assim, na sentença, um enunciado secundário ou complexo, que reelabora o enunciado de fato e o enunciado da norma para efetivar a subsunção, produzindo assim um ato decisório, ou seja, outro enunciado.

A tomada dos enunciados de fato e de direito não se dá de forma arbitrária, mas pressupõe prévia justificação. É exigência legal para esse tipo específico de gênero discursivo, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF/88).

A solução a ser construída terá por lastro essa relação entre enunciados elaborados no bojo do processo. Aqui a exigência intersubjetiva do enunciado é condição expressa de validade da produção normativa judicial. Mais um reforço argumentativo para a utilidade das pesquisas de Bakhtin no campo do direito.

O enunciado que contém a decisão é responsivo, senão seria oração ou palavra. Como já mencionado, o enunciado tem por destinatário os partícipes do litígio e os serventuários da justiça, que deverão cumprir as medidas estipuladas no mencionado enunciado. Com relação aos serventuários, há, na situação sob análise, o "P.I.R" (publique-se, intime-se, registre-se). Além disso, há a determinação de arquivamento, caso não haja recurso.

A sentença judicial, por ser enunciado, possui destinatários, e estes acabam condicionando a forma de sua veiculação, já que o emissor busca, mediante o enunciado, a aceitação do outro, malgrado o rechaço seja possível.

Cabe às partes, diante da decisão judicial, acordar ou rechaçar. O modo do rechaço deve ser veiculado por meio de enunciado típico, o recurso. Retoma-se o curso (*recurso*) após a conclusividade do enunciado. O meio instrumental de veicular o recurso é através de apelação, tipo específico de enunciação, que tem por finalidade reformar ou anular a decisão. Outro enunciado pode ser

veiculado, no caso, os embargos de declaração, no intuito de compelir o magistrado a suprir omissão, contradição ou obscuridade. A veiculação do recurso pressupõe respeito ao prazo, por isso a importância da data da publicação (dêitico de tempo).

A aceitação, por sua vez, também é forma de atitude responsiva; pode dar-se por não manifestação, que é legalmente qualificada como preclusão temporal, ou por manifestação expressa da parte interessada incompatível com o interesse de recorrer. Ambas são tomadas como forma de resposta.

Na hipótese da decisão judicial, há um vínculo necessário entre enunciados prévios (enunciado de fato e de direito) e o enunciado produzido. Na linha de Bakhtin, não é possível uma decisão adâmica. Aqui se demonstra que os ecos de outros enunciados condicionaram a decisão jurídica. Além disso, dado o seu caráter responsivo, há indicação para a produção de novos enunciados na cadeia discursiva.

É interessante notar que, no bojo da decisão jurídica, a estrutura formal da norma pode ser reconstruída. Assim, pode-se reescrever parte do enunciado da seguinte forma: dado o fato de o débito haver sido liquidado, deve-ser a extinção execução. Eis a formulação sintático-semântica da norma produzida no enunciado da decisão judicial.

VI. Conclusão

A teoria do enunciado, na obra de Mikhail Bakhtin, fornece instrumento poderoso para compreender o fenômeno jurídico. É possível analisar o direito em sua totalidade. Unir, do ponto de vista teórico, a dimensão normativa, fática e axiológica do direito, sem descurar da efetividade, uma vez que se tomou, para o caso, análise de decisão jurídica.

Ficou demonstrado, no desencadear do trabalho, que o vínculo entre o enunciado e a decisão jurídica não é artificial, mas

objetivo, mera inclusão de classe, como já mencionado por José Luiz Fiorin e pelo próprio Bakhtin em diversas passagens, citadas no desenrolar deste ensaio.

A intersubjetividade da decisão judicial nada mais é que uma forma de manifestação da intersubjetividade do enunciado. O que é interessante é que no direito ela é expressa e instrumentalmente organizada, mediante a exigência do contraditório e do caráter intersubjetivo do direito, enquanto em outros campos a ausência de regramento específico deixa-a implícita.

Com base no que restou delineado no estudo, lançam-se as seguintes notas conclusivas:

1- Os gêneros do discurso são enquadres que reúnem e determinam o modo de ser dos enunciados. Há gênero jurídico, sociológico, político etc.

2- Os gêneros podem ser primários, quando formados por condição comunicativa imediata, possuindo vínculo imediato com a realidade; e secundários ou complexos ou ideológicos. Os últimos utilizam e reconstroem em seu bojo os gêneros primários.

3- O enunciado não é convenção humana, mas real, pois encontra seu limite na atitude responsiva do ouvinte, que também fala.

4- As orações e palavras são unidades da língua. Seu limite é fixado pelas leis da gramática. As palavras e as orações, enquanto tais, não pertencem a ninguém.

5- Os enunciados são unidades da comunicação. As orações e palavras se tornam enunciados quando possuem seu limite no outro, possuindo conclusividade e destinação para a resposta do outro.

6- A habilidade do sujeito diante do gênero do discurso dará a ele maior desenvoltura na veiculação de enunciados.

7- O enunciado não se encontra isolado, mas preso na cadeia discursiva que o antecede e na espera do enunciado que virá em face da atitude responsiva do ouvinte. Por essa razão inexistente o enunciado adâmico.

8- Apenas os enunciados podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, justos ou injustos, válidos ou inválidos etc. As palavras e orações, enquanto unidades linguísticas, são neutras.

9- O caráter dialógico do enunciado implica que não pode ser explicado, mas compreendido, já que se faz necessário o outro. A natureza se explica, visto que ela não responde e nem pergunta. Apenas o ser humano, no processo enunciativo, pode perguntar e/ou responder.

10- A decisão judicial, enquanto enunciado concreto, é informada por dêiticos que identificam os sujeitos (emissor e ouvinte-responsivo), o lugar e o momento da construção do enunciado.

11- O enunciado judicial se reporta a outros enunciados. No caso, os enunciados a que se reportam foram denominados enunciados de fato e enunciados de direito.

12- Os enunciados de fato têm por marco sua referência com o enunciado da prova. A prova é um tipo específico de enunciado, pois suscetível ao valor verdade ou falsidade.

13- O enunciado de direito ingressa na decisão judicial conferindo estabilidade institucional à decisão judicial perante o sistema jurídico que se vincula.

14- O enunciado judicial tem por destinatário as partes que podem anuir ou rechaçar. O rechaço pode dar-se por meio do enunciado denominado recurso. A anuência pode ser tácita ou expressa. Tanto a anuência como o rechaço são juridicamente qualificados.

15- Outros destinatários da decisão judicial são os serventuários da justiça. A sua conduta responsiva consiste num atuar.

16- O enunciado veiculado na decisão jurídica tem estrutura sintático-semântica de norma jurídica que pode ser assim reescrita: dado o fato de o débito haver sido liquidado, deve-ser a extinção execução.

Referências

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Francisco Larroyo. 13 ed. México: Porrúa, 1998.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1997.

BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In: _____. *Estética da criação verbal*. 4 ed. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BAKHTIN, Mikhail (VOLOCHÍNOV). *Marxismo e filosofia da linguagem*. 12 ed. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira, com a colaboração de Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. São Paulo: Hucitec, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Procura da poesia. In: _____. *A rosa do povo*. São Paulo: Record, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996.

FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. São Paulo: Editora Ática, 2006.

_____. Enunciação e produção de sentido. In: VALENTE, André (Org.). *Aulas de português*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5 ed. rev. amp. São Paulo: RT, 1999.

RUSSO, Renato. *Legião Urbana Dois*. Rio de Janeiro: EMI-Odeon, 1986. 1 disco (95 min.): 33 1/3 rpm, microsulco, estéreo.

O controle da Administração Pública pela Ação Popular

A legitimação do cidadão para fiscalização dos atos do governante

Jeferson Dytz Marin
Ailor Carlos Brandelli

Sumário

Introdução. I. A Administração Pública e suas limitações de âmbito constitucionais e infraconstitucionais: a força normativa dos princípios. II. Os princípios norteadores na aquisição de bens e serviços via licitação. III. A Ação Popular: exercício da cidadania e controle da Administração Pública. Considerações finais.

Introdução

Um ato eivado de ilegalidade praticado por um gestor público, seja ele do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, inverte o efeito natural das coisas e, assim, corrobora a imagem do Estado perante o indivíduo, atacando ainda mais as instituições quando esse gestor resta imune de sua prática dolosa.

A Carta Magna apresenta princípios básicos e norteadores para que o administrador público possa e deva agir sempre e estritamente pelos caminhos da legalidade, moralidade e outros que revestem de legitimidade os seus atos.

O cidadão, base na pirâmide estrutural do Estado, é o que absorve o resultado e a forma com que os atos públicos são praticados, vez que, ainda que mínima a intervenção estatal, seus efeitos reflexos atingem a totalidade.

A proposta que se apresenta é o estudo dos princípios norteadores dos atos do ente público, ao mesmo tempo em que se ana-

Jeferson Dytz Marin é Doutorando em Direito (UNISINOS-RS), Mestre em Direito (UNISC-RS), Especialista em Direito Processual pela UCS-RS, Advogado, Professor da graduação e pós-graduação da UCS-RS e Pesquisador do CNPq.

Ailor Carlos Brandelli é Advogado, pós-graduando em Processo pela Universidade de Caxias do Sul.

lisa o uso, pelo cidadão, da Ação Popular como forma de fiscalização e controle das ações daqueles que detêm sob seu poder a máquina administrativa, incentivando-o e enconrajando-o para que, ao término da leitura, possa utilizar-se da referida demanda constitucional para firmar sua posição social.

O comprometimento das ações do gestor público pela fiscalização concreta de seus atos pelo cidadão, pela via da Ação Popular, é o tema que se propõe.

I. A administração pública e suas limitações de âmbito constitucionais e infraconstitucionais: a força normativa dos princípios

A Constituição Federal de 1988 guarda importante preocupação com os princípios a serem observados pelo gestor público, nas administrações diretas e indiretas de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O art. 37 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, determina a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros, como forma de nortear os atos administrativos, prevenindo-se, assim, possíveis lesões aos cidadãos ou mesmo ao erário público.

A separação dos poderes¹, adotada no Brasil, premia a independência e autonomia de cada um dos poderes, entretanto, permite que haja controle dos distintos, quando da prática de atos, em que um possa delimitar e fiscalizar a forma de gestão do outro.

Para Sérgio Augustin (2006, p. 10),

“mas, para que não haja abuso dessa independência e autonomia, existe um sistema de freios e contrapesos, consistente na contínua fiscalização de um poder sobre o outro, sistema esse encontrado em diversos dispo-

sitivos da CF, tais como a aprovação das contas do Executivo, pelo Legislativo (art. 48, IX), a indicação dos integrantes do Poder Judiciário Superior pelo Executivo (p. ex.: art. 101, parágrafo único), o Executivo pode vetar lei proposta pelo Legislativo, o Legislativo pode derrubar veto de lei efetivado pelo Executivo.”

Discorre ainda que prospera entendimento no sentido de que determinados atos emanados por um poder não se sujeitam ao controle do outro, exemplificando pelos atos políticos e atos discricionários².

O regramento imposto pelo texto constitucional e sua aplicação, pela via do Direito Administrativo, busca disponibilizar ao agente público uma série de normas que balizam sua atuação e limitam seu poder. Nessa seara,

“o Direito Administrativo não rege a defesa dos interesses públicos contra os particulares, mas a compatibilização dos interesses do homem considerado como indivíduo e deste como membro integrante de uma coletividade organizada e em constante evolução (BLANCHET, 2000, p. 13).”

Por esse enfoque, o que se obtém da Constituição Federal e do Direito Administrativo é esse a ser utilizado como ferramenta para comungar os interesses públicos com os interesses particulares, mediante um regramento norteador por princípios determinantes do regime jurídico da atividade destinada ao atendimento precípua, concreto e imediato dos interesses públicos, desde que em consonância com os anseios da população, abrangendo a atividade executiva, legislativa e jurisdicional.

Veja-se que, em tempos modernos, em que as informações se apresentam em um

¹ CF/88. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

² Para Meirelles (2003, p. 164), atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

simples clicar de computador, “os objetivos da sociedade, claros e bem definidos, estão presentes na vida de cada indivíduo de forma constante; todos sabem porque estão ali naquela sociedade e porque o grupo precisa existir” (MARIN, 2005, p. 134).

Por ora, o que se verifica é que o gestor público deve estritamente submeter seus atos a uma criteriosa avaliação, tendo por base as normas constitucionais vigentes e as tendências jurisprudenciais apontadas pelos tribunais, bem como as constantes interpretações dos princípios que se apresentam, sob pena de serem invalidados e, ainda, ser o agente político severamente punido por sua desídia, se o caso.

Os princípios a serem observados pela administração pública, no entendimento de Alexandre de Moraes (2004, p. 272), dão conta de uma divisão que estabelece princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.

Para tanto, resume que os princípios constitucionais sensíveis são os que, uma vez não observados pelos gestores ou legisladores, podem “acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política” (MORAES, p. 272). Esses princípios estão explicitados no art. 34, inciso VII, da CF, e abarcam, entre outros, a aplicação correta da receita e prestação de contas.

Os princípios federais extensíveis, como decorrem do próprio nome, “são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado” (MORAES, 2004, p. 273). Podem ser exemplificados de acordo com o disposto no art. 5º, incisos, I, II e III, da CF/88, entre outros.

Concluindo a lição do jurista, apresentam-se no ordenamento os princípios constitucionais estabelecidos, que “consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da constituição, e, além de organizarem a própria federação,

estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização” (Idem). Pode ser citado como tal o disposto nos arts. 27, 28 e 37 da CF/88.

Dos princípios elencados no texto constitucional, ensina Blanchet (2000, p. 32) que se destaca “a moralidade administrativa como um dos princípios basilares da administração pública, sendo sua observância uma regra obrigatória em qualquer hipótese” ou ato do gestor. Para Augustin (2006, p. 11), “a legalidade é o princípio mais comentado e lembrado pela sociedade de um modo geral” e acrescenta que “parcos são os casos submetidos ao controle judiciário e que se referem à prática administrativa contrária a algum outro princípio constitucional que não o da legalidade”.

O princípio da legalidade deve guardar consonância com os demais, vez que todos são lidos ao mesmo tempo quando se depara com um ato do gestor público. Para Franco Sobrinho (1993, p. 44),

“(...) só o princípio da legalidade não é o bastante. Nem o da legitimidade do poder público, administrativo ou político. Necessitando o hermeneuta, ou os aplicadores da lei, preencher quando da aplicabilidade das normas um vazio, um quase-vácuo, entre o que pode ser legal, mas que no trato comum atinge a moralidade do ato.”

De difícil conceituação, encontra-se, por força da EC 19/98, o princípio da eficiência, inserido pela aludida emenda e que ainda carece de definição específica. Entretanto, o que se espera de um mínimo de eficiência do gestor público são resultados positivos contabilizados em sua administração, não só apenas financeiros, mas sim, que abarquem de forma satisfatória as necessidades da população, tratando a máquina pública como se fosse uma empresa privada, dela extraíndo e obtendo resultados satisfatórios, muito mais eficientemente técnicos do que viavelmente políticos.

Alexandre de Moraes (2004, p. 319) explica que o princípio da eficiência já está inserido nos textos constitucionais da Espanha desde 1978, República das Filipinas desde 1986, e Portugal, ainda que não o denomine dessa forma, consagra no art. 267 que “a administração pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva”.

Na lição de Meirelles (2003, p. 94),

“o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exigida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, já que não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”

Essa realidade, inserida pela carta constitucional, tem demonstrado notável modificação na forma de atuação do ente público, removendo a imagem que maculava as instituições públicas, cujos servidores, cobertos pelo manto da estabilidade, literalmente jogavam-se “às moscas”, pouco se importando com aquele que necessitava dos serviços públicos. O que se observa, por força de lei, são órgãos internos de controle, avaliação e treinamento de servidores atuantes na administração pública, bem como a implantação e busca de sistemas de qualidade total, avaliação de atendimento e outras formas de obter do cidadão, por sua manifestação, a sua opinião e sugestão acerca dos serviços que lhe são disponibilizados. No que parece hoje, o servidor público, independentemente do cargo que ocupa, parece estar ciente que sua atuação na grandiosa máquina administrativa é um dever e não uma faculdade.

Para Moraes (2004, p. 319), “o administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito

desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”.

Citados os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, outros são e de não menor importância os princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, publicidade, impessoalidade, bem como, nos dizeres de Augustin (2006, p. 22), “o superior princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros”, todos voltados, como valiosa ferramenta do Poder Judiciário, ao controle dos atos dos gestores públicos, que os utiliza “investigando a finalidade da norma jurídica que sempre visa ao interesse da coletividade. Possui o interprete, como instrumentos de controle, a aferição da incidência dos princípios constitucionais que regem a administração pública”.

Assim, o que se observa é a ideia de que, mesmo independentes e harmoniosos, os poderes, ambos, não escapam do crivo do Judiciário como controlador da aplicação dos princípios, ou mesmo, pela via do controle constitucional das normas vigentes, sua validação no meio social.

II. Os princípios norteadores na aquisição de bens e serviços via licitação

Além dos princípios acima elencados, aplicáveis a todos os Poderes de Estado, entende-se que a aquisição de bens e serviços, via em que se utiliza diretamente a verba pública, tem outros princípios que surgem com vistas a reforçar ainda mais a aplicação dos princípios constitucionais já existentes, mormente a delicadeza com que o assunto deve ser tratado.

Assim, para o caso de aquisição de bens e serviços, deve o gestor público se ater aos princípios que regem e norteiam a forma de aquisição, diferentemente dos particulares, que adquirem o que melhor lhes convém.

Licitação é “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração

Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse” (MEIRELLES, 2003, p. 264), em que “seleciona proponentes com habilitação mínima para serem contratados, e dentre as propostas apresentadas por estes, seleciona a mais vantajosa” (BLANCHET, 2000, p. 105).

Independentemente da modalidade, o ato de adquirir bens e serviços é regido por alguns princípios específicos, a saber: procedimento formal, publicidade dos atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital, julgamento objetivo e adjudicação compulsória a vencedor, bem como, a probidade administrativa.

Verifica-se que a simples leitura de alguns desses princípios logo nos remete aos que foram estudados no tópico anterior, por guardarem consonância, e alguns, por deles decorrerem.

A licitação tem na Lei 8.666/93 o regramento infraconstitucional mais importante acerca do tema, permitindo inclusive que qualquer cidadão possa acompanhar o seu desenvolvimento, motivo esse para dar um caráter maior de publicidade do que se pretende adquirir ou contratar. A aquisição de bens e serviços guarda certas peculiaridades e ainda, em diversas situações, é motivo para sustentar ações judiciais ou mesmo responsabilizar gestores públicos por seus atos de improbidade.

Para o gestor público, o ato de licitar, geralmente pelo considerável valor das aquisições e dos contratos, torna tal procedimento extremamente delicado e com uma tênue linha que o separa de possíveis fraudes. Nas licitações, às vezes, obtêm-se troca de favores, anteriormente negociados com votos, ou ainda, superfaturamento dos bens ou serviços, com vistas a favorecer determinados agentes ou mesmo custear campanhas políticas ou, ainda, caprichos particulares dos que detêm cargos públicos.

A imprensa tem desempenhado importante papel na divulgação de escândalos

nas aquisições pelo Estado; entretanto, tem o cidadão demonstrado pouco interesse no desvelar dos fatos e na condenação dos culpados, inclusive com a devolução aos cofres públicos dos valores indevidamente empregados.

Dos princípios que norteiam as licitações, todos são de suma importância, entretanto, alguns se sobressaem por força de, quando manipulados, causarem graves danos ao erário público. Nessa linha, destacamos o princípio da publicidade dos atos, da igualdade ou isonomia entre os licitantes, vinculação ao edital, bem como, o da probidade administrativa.

O princípio da publicidade dos atos encontra consonância com o princípio da publicidade elencado no art 37, *caput*, da CF/88. Especificamente, nas licitações prevê que, desde “os avisos de abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas” (MEIRELLES, 2003, p. 265) devem ser de conhecimento de todos os interessados, devendo os editais ser publicados em jornais de grande circulação, nível regional, bem como imprensa oficial, nos termos do art. 21 da Lei 8.666/93.

A preocupação da publicidade está inclusive em permitir que todos tomem conhecimento e fiscalizem a forma de aquisição e aplicação dos valores pelo gestor público. A publicidade evita que se direcione a aquisição para determinados fornecedores, com quem o gestor teria “maior afinidade ou interesse” e, salvo na modalidade de carta-convite, com forte viés de direcionamento, quando mal intencionada, parece ser a publicidade uma condição de freios e contrapesos para aquele gestor que pensa em fraudar a aquisição, possibilitando-se à sociedade pleno conhecimento do teor e do resultado, bem como a adoção das medidas judiciais cabíveis.

Ensina-nos Blanchet (2000, p. 106), acerca da aplicação de tal princípio, que:

“o princípio da publicidade tem caráter subsidiário em relação aos de maior relevância, tais como os da legalidade, da moralidade administrativa e da isonomia, devendo, portanto, ser observado sempre que a norma o imponha, e somente até o momento em que não dificulta ou impede a observância dos princípios que lhe são superiores.”

O princípio da vinculação ao edital ou, ainda, vinculação ao instrumento convocatório é o que estabelece regras ao certame, tornando-se, para Meirelles (2003, p. 266), “inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento”. É no edital que está descrito o objeto da licitação que posteriormente, havendo vencedor, será objeto do contrato, no que se pode dizer como uma segunda fase da aquisição.

A ofensa à vinculação do edital ou ainda o direcionamento do objeto da licitação podem caracterizar a anulação do certame. A aquisição de veículos automotores, tratores ou máquinas, muito comuns nas administrações públicas municipais, deve guardar no edital requisitos que possam ser atendidos pela grande maioria dos fabricantes ou fornecedores. Em tese, é de bom alvitre que se colham catálogos técnicos dos equipamentos a serem adquiridos, analisando-se as especificações técnicas de cada um, sem que, por pequenos detalhes, permita-se que alguns fabricantes não possam participar, ofendendo-se diretamente o princípio da isonomia.

A título exemplificativo, um veículo movido a gasolina ou um veículo movido a álcool e gasolina, os conhecidos “flex”, devem ser previstos no objeto, sob pena de determinado fabricante não participar. Para o ente público, um veículo que anda com um ou dois combustíveis não faz diferença; entretanto, àquele que não tem seu bem de acordo com o objeto, implica grave violação de seu direito, seguramente ensejador de uma demanda judicial com vistas a anular todo o certame licitatório.

Para Meirelles (2002, p. 35),

“é claro que a Administração tem a liberdade de exigir um mínimo de requisitos, condições ou vantagens, deixando outros a critério dos proponentes, para a competição da própria licitação, mas, em tal hipótese, o edital deverá indicar o que é facultado diversificar nas propostas, nos aspectos técnicos e econômicos.”

A igualdade ou isonomia busca prevenir o detrimento de um em prejuízo aos demais. Para Meirelles (2002, p. 265), “o desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder (...), razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos, em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo”. Convém mencionar que pode o Poder Público estipular requisitos para aquisição dos bens e serviços, entretanto, deve agir com zelo para evitar possíveis direcionamentos para esse ou aquele fornecedor.

A probidade administrativa é dever de todo gestor público, independentemente da esfera ou do poder em que atua. É a regra de sua atuação e deve sempre ser estritamente seguida, sob pena de reprovação, não só jurídica ou administrativa, mas principalmente da população em geral, quando vem à tona determinado escândalo. A Lei 8.666/93 incluiu a probidade³ entre os princípios específicos da licitação, notadamente pelo seu grau de importância.

Na importante lição de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 267):

“a probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, parágrafo 4º), que pode conduzir a

³ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

‘suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’.

Notadamente, os efeitos da improbidade administrativa são nefastos na vida daquele que ocupa um cargo público, sendo sempre medida de precaução a análise minuciosa do conjunto dos atos licitatórios, sob pena de incorrer-se em improbidade.

Por fim, cristalina e inequívoca é a preocupação do legislador, constituinte ou não, em dar limites àqueles que detêm o poder, visando a manutenção da coisa pública, sob pena de se desacreditar o Estado e suas instituições. Sérgio Augustin (2006, p. 21), parafraseando Montesquieu, aduz que “quem ocupa o poder tende a abusar dele”.

O risco do ente público em desacreditar o Estado e suas instituições, pela prática de atos desfeitos em lei, pode gerar uma crise social e constitucional de grandes proporções, sucumbindo valores éticos e morais pelos maus exemplos dos homens públicos. Para Jeferson Marin (2005, p. 26):

“(...) o poder desmesurado de alguns Estados, frente aos demais, acaba por privilegiar, persuasiva ou truculentamente, os interesses de seus cidadãos; isso, de várias maneiras. Tal desequilíbrio acaba na desvalorização de normas tradicionalmente aceitas, e leva à erosão de estruturas que até então sempre tiveram sua presença garantida nas sociedades.”

Nesses tempos de judicialização da política, em que “os atos dos administradores cada vez mais são passíveis do crivo judicial” (LUNELLI, 2006, p. 26), a preocupação que se apresenta ao gestor público é de cumprir a lei e paralelamente acompanhar sua interpretação constitucional pelos Tribunais do país, uma vez que “é certo que o judiciário não pode se sobrepor ao administrador público, dada sua ilegitimidade

ante essa seara privativa que encerra cada Poder da República. Todavia, é seu dever coibir abusos cometidos sob a invocação da ‘discricionariedade administrativa’” (AUGUSTIN, 2006, p. 22).

III. A Ação Popular: exercício da cidadania e controle da Administração Pública

Prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88 e na Lei 4.717/65, a Ação Popular é o remédio constitucional que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência.

Para Bolzan de Moraes (1996, p. 193):

“a Ação Popular é um instrumento jurídico colocado à disposição do cidadão, e só a ele, para coibir a prática de atos lesivos produzidos contra os bens especificados na norma constitucional. Tem ela conteúdo transindividual, embora a legitimação que atribua seja individual, uma vez que os benefícios produzidos e/ou prejuízos evitados não serão incorporados ao patrimônio do litigante com exclusividade, mas comporão como que um patrimônio comum solidariamente titularizado e usufruível pela sociedade como um todo distinto.”

Nessa mesma seara, Alexandre de Moraes (2004, p. 193) afirma que “a finalidade da Ação Popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos, *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses”.

Sempre que tratada nos manuais, a Ação Popular recebe especial atenção no tocante a legitimidade ativa, vez que o termo cidadão ainda apresenta peculiar interpretação e tal personagem é requisito subjetivo para ajuizamento da demanda, vez que somente o cidadão é quem tem legitimidade.

A complexidade da Ação Popular é debatida na ótica de Paulo de Tarso Brandão, mencionando que:

“a Ação Popular é, entre todos, o que mais dificuldade encontra em sua compreensão exatamente porque há muito tempo vem sendo estudado pela ótica de conceitos mais adequados ao Direito de cunho interindividual do que aos de defesa dos interesses difusos” (BRANDÃO, 2001, p. 250).

Alexandre de Moraes (2004, p. 194) é abrangente, tratando o legitimado para ajuizar Ação Popular como:

“somente o cidadão, seja o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos, possuem legitimação constitucional para a propositura da Ação Popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

(...)

Resalte-se que, no caso do *cidadão menor de 18 anos*, por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência.”

Brandão (2001, p. 252), ao discorrer sobre a legitimidade, demonstra uma leitura pela via da ótica constitucional da Ação Popular, entendendo que “não há vinculação da condição de cidadão à qualidade de eleitor, posto que simplesmente estabeleça que ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular’. Não se encontra aqui a expressão ‘cidadão eleitor’”.

Sustenta com sabedoria que:

“(...) facilmente se pode concluir que mesmo os conscritos, que não podem se alistar como eleitores pela vedação expressa no artigo 14, parágrafo 2º, da CRFB/88, não perdem a condi-

ção nacional e, em conseqüência, a qualidade de cidadão. Nem mesmo há vedação constitucional para os estrangeiros residentes no Brasil, pois, desvinculada a idéia de que cidadão é necessariamente o eleitor ou o que tem capacidade para alistar-se como tal, vale a regra do *caput* do artigo 5º da Constituição, que garante aos brasileiros e estrangeiros, salvo vedação expressa que não ocorre no caso, a fruição dos direitos e garantias fundamentais que arrola em seus incisos, e entre os quais está o exercício da Ação Popular.” (BRANDÃO, 2001, p. 253)

Notadamente seu entendimento, com uma ótica constitucional, torna ainda mais abrangente o leque de possíveis legitimados para a Ação Popular, que deve ser acatada, dada a peculiaridade de seu objeto. Recomenda o autor que:

“(...) somente levando em consideração a profunda transformação operada no âmbito do Direito a partir do inter-relacionamento entre este e o Estado e, ainda, entre o Estado e a Sociedade Civil, e abandonando, em conseqüência, os esquemas conceituais próprios do Direito Processual Civil, buscando uma teoria geral própria para as Ações Cíveis Públicas, é que estas atingirão sua efetividade e seu objetivo, que é o de garantir a efetividade dos direitos típicos da cidadania” (BRANDÃO, 2001, p. 255).

Importante declinar que o Ministério Público, como instituição, não possui legitimidade ativa para ajuizar a Ação Popular, porém, incumbe-lhe atuar como fiscal da lei, promovendo a responsabilização dos condenados, “manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (C.F. art. 127, parágrafo 1º)” (MORAES, 2004, p. 255). A esse, reserva-se a Ação Cível Pública, notadamente muito mais utilizada, posto que basta apenas simples requerimento, até verbal, ao *parquet*, para que esse instaure o competente procedimento inves-

tigatório, com vistas a colher provas para demandar a ação de sua competência.

Superada a questão da legitimidade ativa, discorre-se acerca da competência e da natureza da decisão a ser proferida. Os autores Alexandre de Moraes (2004, p. 195) e Bolzan comungam em suas opiniões acerca da competência, que “será determinada pela origem do ato a ser anulado, aplicando-se as normais regras constitucionais e legais de competência”. A definição de Bolzan, ainda que pertinente, pode ensejar certa dúvida acerca da competência, vez que entende que a Ação Popular deve “ser promovida no foro do local onde ocorrer o dano” (MORAES, 2004, p. 196). Por tutelar direitos ambientais, às vezes, certos danos extrapolam as divisas municipais ou mesmo estaduais, sendo necessária a análise mais aprofundada acerca da competência ou possível prevenção do juízo.

Uma regra que se parece simples, num primeiro momento, é a de indagar se o foro seria competente para julgamento de um mandado de segurança. Se positivo, em tese, o mesmo se aplica para a Ação Popular.

No tocante a natureza a sentença, ainda que Bolzan (1996, p. 198) se refira apenas como ação de natureza condenatória, parece que Alexandre de Moraes (2004, p. 196) agrega os efeitos desconstitutivos-condenatórios, vez que a procedência da demanda implica a invalidade do ato impugnado; condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos; condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios e produção de efeitos de natureza *erga-omnes*.

A título de ilustração, analisando-se a sentença procedente e os efeitos da coisa julgada, com base na classificação de Ovídio A. Baptista da Silva (2001, p. 491), ter-se-ia uma sentença com conteúdo declaratório (o autor tem declarado o direito que pediu porque determinado preceito legal incidiu e ele o está a aplicar); constitutivo negativo, vez que não há a criação de uma nova relação jurídica, mas a extinção de uma relação

anteriormente existente; condenatório, com seus dois fenômenos distintos, de condenar e de condenação; executivo *latu-sensu*, eis que provoca efeitos no mundo da vida sem necessidade de processo de execução e dependendo do caso o efeito mandamental, determinando-se o *status quo* ao momento do ato lesivo.

Ainda acerca da coisa julgada, no caso de improcedência, importante mencionar que a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, vez que, havendo deficiência probatória, haverá “possibilidade de ajuizamento de nova Ação Popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativa em busca da verdade real” (MORAES, 2004, p. 197). Se a Ação Popular for julgada improcedente por ser infundada, gera efeitos de coisa julgada *erga omnes* e permanece o ato por ela atacado.

Nas duas hipóteses mencionadas, o autor, salvo comprovada má-fé, fica isento do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

A análise da Ação Popular demonstra cabalmente ser uma ferramenta poderosa do cidadão comum para controle dos interesses difusos. Entretanto, sua prática não se dá com a frequência desejada; não porque inexistem fatos que se enquadrariam em seu objeto, mas sim, pela necessidade de contratação de um advogado para ajuizá-la. Tanto é que milhares de Ações Civis Públicas tramitam pelo Poder Judiciário, uma vez que o cidadão prefere provocar o Ministério Público a contratar um profissional para ajuizar a ação da qual é titular por força de norma constitucional, igualando-se, na legitimidade, ao *parquet* na Ação Civil Pública.

Considerações finais

A análise do tema abordado dá condição para o entendimento da real necessidade de o cidadão acompanhar de maneira objetiva

os atos do gestor público. A preocupação com o fim a que se destina a administração encontra, pela via da análise conjunta de atos praticados aos princípios e normas vigentes, uma possibilidade de exercício da cidadania, sem a necessidade da longa espera nos intervalos dos períodos de eleição.

De certa parte, os advogados, como operadores da justiça, não se utilizam da via da Ação Popular, ou mesmo, não encorajam o cidadão a buscá-la. Esse, por sua vez, ciente de alguma ilegalidade (no sentido amplo do termo), omite-se ou recorre ao Ministério Público para que, como guardião das instituições de Estado, tome a frente e responsabilize o gestor leviano em suas ações.

O presente estudo apresenta alguns dos princípios de considerável importância para a Administração Pública e a forma com que o cidadão pode fiscalizar e buscar, no crivo do Poder Judiciário, a validação ou anulação do ato lesivo.

Compete a todos promover a utilização dessa via judicial para a construção e aprimoramento das bases do Estado Democrático de Direito.

Referências

AUGUSTIN, Sérgio. Discricionariedade técnica e conceitos indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito/UCS*. n. 15. Caxias do Sul: Educs, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acessos à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

FRANCO SOBRINHO. Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2 ed. Curitiba: Gênese, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LUNELLI, Carlos Alberto. Judicialização da política, processo constitucional e legitimação para agir no controle abstrato de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito/UCS*. n. 15. Caxias do Sul: Educs, 2006.

MARIN, Jeferson Dytz; MARIN, Karen Irena Dytz. A constituição desconstituída: antecedentes históricos e o retrato das crises do estado moderno. *Revista Científica do Instituto de Pesquisa Cenecista*. Bento Gonçalves: FACEBG. ano 3, n. 3, dez. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Realidade e limites do arcabouço legal de prevenção, controle e fiscalização da introdução de espécies marinhas exóticas no Brasil

Anderson Eduardo Silva de Oliveira
Carlos José Saldanha Machado e
Denise Setsuko Okada

Sumário

1. Introdução. 2. Uma breve caracterização do problema. 3. Os conceitos de espécies exóticas e espécies exóticas invasoras. 4. A interface entre os acordos internacionais e a legislação brasileira. 5. A introdução de espécies em águas brasileiras e a legislação. 5.1. Introdução intencional por maricultura. 5.2. Introdução acidental por água de lastro. 5.3. Introdução acidental por bioincrustação. 6. Monitoramento como ferramenta de prevenção. 7. Erradicação e controle de espécies exóticas invasoras. 8. Considerações finais.

Anderson Eduardo Silva de Oliveira é Biólogo formado pelo Centro Universitário da Cidade. Mestre em Botânica pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Carlos José Saldanha Machado é Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Política de Ciência e Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Antropologia Social pela Université Paris V - René Descartes. Pesquisador em saúde pública da Fundação Oswaldo Cruz e professor do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Denise Setsuko Okada é Advogada. Procuradora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Doutoranda em Planejamento Urbano pelo IPPUR/UFRJ. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ.

1. Introdução

Os instrumentos normativos constituem condição *sine qua non* para a institucionalização de uma política pública. Dessa forma, tomando-se como objeto de estudo o ambiente marinho brasileiro, o presente estudo objetiva inventariar e analisar os mais expressivos instrumentos legais e normativos aplicáveis à questão de espécies exóticas no ambiente marinho brasileiro, privilegiando a esfera federal. Cabe mencionar que as águas marinhas são objeto de jurisdição federal; sendo assim, mostra-se a esfera mais adequada à abordagem. A partir de tal análise, busca-se contribuir para a formação de uma política pública nacional de prevenção, controle e fiscalização da introdução de espécies exóticas no

Brasil. Entendendo-se ainda a importância da relação dos instrumentos internacionais nesse contexto, quando aplicável, os autores analisaram de maneira sucinta a relação entre os instrumentos internacionais e nacionais.

A escolha do ambiente marinho como objeto central das nossas análises deve-se: (i) à representatividade do transporte marinho para o comércio internacional brasileiro (CAMACHO, 2007, p. 191-222); (ii) à extensão da costa brasileira; (iii) à riqueza de recursos naturais e econômicos localizados na costa brasileira; e (iv) ao número expressivo de dispositivos jurídicos correlatos ao tema em tela.

Em termos metodológicos, a análise basear-se-á na leitura dos instrumentos regulamentares pertinentes, da literatura científica e de documentos diversos, produzidos e disponibilizados pelas instituições cuja linha de atuação seja correlata ao tema. A apresentação do texto privilegia ainda a opinião quase unânime de que a prevenção é uma das principais estratégias de abordagem do problema; e, quando não for possível, buscar a detecção precoce, seguida de rápida resposta sob a forma de controle ou erradicação de espécie exótica invasora.

Para alcançar os objetivos supracitados, inicialmente apresenta-se uma breve caracterização do problema relacionado com a introdução de espécies exóticas, seguida de uma breve discussão sobre alguns conceitos de grande importância na abordagem proposta, para então inventariar os principais acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Posteriormente, apresentam-se os documentos legais inseridos nos componentes correlatos aos vetores de introdução operantes em águas marinhas brasileiras. Finalmente, concluímos constatando o atual estágio de fragmentação da legislação aplicável e indicamos a abordagem emergencial de pontos críticos de forma a alcançar a maior coerência entre estes e o fortalecimento de uma política pública de enfrentamento desse problema no Brasil.

2. Uma breve caracterização do problema

Apesar de ser um tema ainda muito pouco explorado ou mesmo desconhecido do meio acadêmico brasileiro (MACHADO; OLIVEIRA, 2009, p. 22,23), a exploração do tema “invasões biológicas” iniciou-se há mais de um século, ganhando um importante marco com a publicação do livro *The ecology of invasions by animals and plants* por Charles Elton em 1958. Meio século após sua efetiva introdução à comunidade científica internacional, este é considerado um dos mais polêmicos temas de pesquisa da atualidade, devido aos impactos causados por espécies introduzidas além de sua área de distribuição natural por seres humanos e pela incrível dimensão que o fenômeno tomou em uma era de globalização (CARLTON, 2000, p. 31-53; PYSEK et al., 2008, p. 237-244; SIMBERLOFF, 2004, p. 247-254).

No ambiente marinho, as invasões biológicas são responsabilizadas por diversos impactos, tais como a exclusão competitiva e/ou extinção local de espécies nativas; a alteração na composição da comunidade e na biodiversidade local; a alteração do funcionamento dos ecossistemas; prejuízo econômico devido à contaminação de recursos pesqueiros economicamente relevantes e consequente suspensão de consumo e comercialização desses produtos, além de risco à saúde humana devido à ingestão de organismos marinhos contaminados (FERNANDÉZ; SHUMWAY; BLANCO, 2003, p. 657-692; LOPES et al., 2005, p. 1-7; PROENÇA; FERNANDES, 2004, p. 77-97; SOUZA; CALAZANS; SILVA, 2009, p. 35-41). Ou seja, a dimensão dessa ameaça, não só para o ecossistema marinho, mas também para todos os demais ecossistemas, representa a segunda maior à biodiversidade, além de causar prejuízos à economia e colocar em risco a saúde humana (PIMENTEL et al., 2001, p. 1-7; MCGEOCH; CHOWN; KALWIJ, 2006, p. 1635-1646; CONVENTION..., 2002).

A complexidade e a abrangência das consequências das invasões biológicas so-

bre os recursos naturais e sobre os seres humanos têm levado à mobilização mundial e ao desenvolvimento de ações articuladas e abrangentes, o que inclui a consolidação de estratégias nacionais e/ou políticas específicas (MILLER; GUNDERSON, 2004, p. 1-22). Todavia, no Brasil constata-se, simultaneamente, um número expressivo e crescente de ocorrências de bioinvasão e a desarticulação entre as diversas iniciativas, evidenciando a ausência de uma política pública nacional (OLIVEIRA; MACHADO, 2008, p. 1-14; 2009, p. 23-26).

3. Os conceitos de espécies exóticas e espécies exóticas invasoras

O conceito de “espécie exótica” apresentado na Convenção de Diversidade Biológica (CDB), da qual o Brasil é signatário¹, consiste em uma espécie, subespécie ou *táxon* de hierarquia inferior introduzido além de sua área de distribuição natural passada ou presente; incluindo qualquer parte, gametas, sementes, ovos ou propágulos de tal espécie que possam sobreviver e, subsequentemente, reproduzir-se (CONVENTION..., 2002). Na legislação brasileira, o termo “espécie exótica” é usualmente empregado para descrever um organismo cujo *habitat* natural não inclui o território brasileiro e suas águas jurisdicionais. Ambos os conceitos encontram limitações evidenciadas quando se busca aplicá-los em um país de dimensões territoriais como o Brasil e com a diversidade ecossistêmica que apresenta. Iluminando essa questão, Valery et al. (2008, p. 1345-1351) propuseram o emprego de critérios geográficos ou biogeográficos na distinção entre espécies exóticas e nativas em vez de critérios geopolíticos. Apesar de tratar exclusivamente de fauna, Moura (2004, p. 641-648) elaborou um dos poucos estudos que analisou a

relevância da incorporação da abordagem biogeográfica para a conceituação de espécies exóticas na legislação brasileira. Esse mesmo estudo pontuou a importância da evolução e da adequação da legislação ao momento em que se reconhece a relevância da presença e dos impactos das espécies exóticas invasoras no território brasileiro. Uma análise criteriosa da legislação brasileira revela que ainda é muito incipiente a incorporação dessa ótica nos diplomas legais. Entretanto, mister se faz pontuar que esse é um dos aspectos incorporados à Proposta de Resolução cujo conteúdo pretende normatizar a introdução, reintrodução, translocação e outras movimentações de organismos aquáticos pelo Grupo Técnico do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). A distinção entre os organismos nativos em seu *habitat* natural é especialmente importante na aplicabilidade de instrumentos que preconizam ações que objetivam o controle ou a erradicação de espécies exóticas e espécies exóticas invasoras. Da mesma forma, é fundamental a distinção entre espécies exóticas e espécies exóticas invasoras. Segundo Van Den Bergh et al. (2002, p. 59-74), quando uma espécie tem uma rápida disseminação, causando impactos negativos aos ecossistemas ou bens humanos, ela é considerada uma espécie invasora. A distinção entre espécies exóticas e espécies exóticas invasoras ainda não é contemplada na legislação brasileira. Tal distinção mostra-se extremamente importante na tomada de decisão da necessidade e do tipo de intervenção a ser feita. Releva-se pontuar que muitas das espécies exóticas são introduzidas em novos ambientes por serem benéficas, especialmente aquelas com valores econômicos agregados².

Percebe-se, então, que as lacunas conceituais identificadas podem ter sérios reflexos sobre a eficácia ou não do enfrentamento desse problema. A obscuridade conceitual

¹ O governo brasileiro assinou a Convenção de Diversidade Biológica em 5 de junho de 1992 e incorporou esta convenção a legislação brasileira através do Decreto nº 2.519, de 16 de Março de 1998.

² Considera-se aqui como valor econômico agregado aquele decorrente do reconhecimento de um uso comercial, real ou potencial, de uma espécie.

pontuada pode ser considerada como um dos fatores que dificulta a operacionalização das ações de enfrentamento por parte das instituições brasileiras com tais atribuições. Dessa forma, identifica-se a necessidade da uniformização da terminologia do tema, com um claro estabelecimento e difusão de um glossário a ser empregado para orientar o estabelecimento de instrumentos normativos futuros e a retificação, por meio de alterações daqueles existentes.

4. *A interface entre os acordos internacionais e a legislação brasileira*

A ordem internacional e os ordenamentos nacionais formam sistemas jurídicos independentes e distintos, pelo conteúdo e pela fonte. Dada a diversidade de interesses oriundos de uma norma internacional e a independência de cada sistema, para que a norma internacional tenha incidência em âmbito interno do País, faz-se necessário a recepção normativa pelo sistema nacional, por meio de regra de transformação. Decorre da Constituição Federal que normas constantes de tratados, acordos ou atos internacionais firmados pelo Brasil não são possíveis de serem aplicadas diretamente, sendo necessário submetê-las a um processo de transformação, denominado recepção ou regra de transformação dos tratados internacionais, para que passem a integrar o ordenamento jurídico interno brasileiro (JEVEAUX, 2006, p. 85-98).

Assim, a assinatura de um tratado (acordo ou ato) internacional gera apenas responsabilidade com relação aos demais signatários e não obrigação na ordem interna, sendo necessário que o Congresso Nacional aprove o tratado, mediante Decreto Legislativo, para então ser ratificado e promulgado pelo Presidente da República em um único ato, com a edição do Decreto do Executivo. Com a publicação de tal Decreto do Executivo, as normas previstas nos tratados internacionais adquirem vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro,

ingressando então no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, ou seja, com hierarquia de lei federal ordinária. Entretanto, apesar de não ser regra, registram-se casos em que instituições brasileiras equivocadamente adotam normas internacionais sem a sua recepção, o que pode resultar em conflito entre normas internacional e nacional.

A legislação se presta a regulamentar a conduta humana e das instituições, estabelecendo direitos e responsabilidades entre os agentes envolvidos no sentido de preservar e garantir os direitos fundamentais constantes do texto constitucional. Assim, a legislação pode e deve regular as atividades e processos relativos à introdução de espécies exóticas no País, proibindo ou restringindo, de forma a reduzir os fatores de risco que possam tornar as suas condições mais vulneráveis. Essas leis e normas permeiam práticas navais, gerenciamento de descarte ou política de controle de condições bióticas e abióticas. Porém, atos unilaterais dos Estados frequentemente são insuficientes para gerenciar ampla gama de vetores, etapas, atividades e processos que podem causar a introdução, estimular a reprodução, crescimento e dispersão de espécies exóticas. É particularmente verdadeiro que, no manejo do ambiente marinho, onde as fronteiras são fluidas, os efeitos de espécies exóticas podem facilmente alcançar uma dimensão internacional. Assim, visando adotar e implementar uma política efetiva, a cooperação internacional entre países frequentemente passa por acordos globais ou regionais. O comprometimento do Brasil com acordos internacionais, particularmente aqueles correlatos ao comércio internacional, moldam consideravelmente os instrumentos regulatórios internos, especialmente aqueles relacionados com a temática.

O Brasil é signatário de mais de 20 acordos envolvendo esse tema, entre os quais destacam-se *Convention on Biological Diversity* (CBD), *International Convention for*

the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78), *International Convention on the Control of Harmful Anti-fouling Systems on Ships* (N.I.F.), *ICES Code of Practice on the Introduction and Transfer of Marine Organisms e Model Ballast Water Management Plan*. Alguns desses acordos foram incorporados por transcrição integral à legislação brasileira, como é o caso da Convenção de Diversidade Biológica, ao passo que outros alicerçaram alguns dos diplomas legais aplicáveis, mas nem sempre essa transposição do conteúdo sofreu as adequações necessárias à realidade brasileira. Esse aspecto será adequadamente abordado nos próximos itens da exposição.

5. A introdução de espécies em águas brasileiras e a legislação

A introdução de espécies exóticas em águas marinhas brasileiras tem ocorrido de forma intencional e acidental por diversos vetores, destacando-se entre esses as atividades de maricultura, o lastro³ e a bioincrustação em embarcações (LOPES et al., 2005, p. 1-7). Apesar disso, no Brasil, os instrumentos normativos aplicáveis à questão de espécies exóticas em águas brasileiras encontram-se dispersos, inexistindo uma estrutura legal ou normativa específica voltada para tal temática.

5.1. Introdução intencional por maricultura

O Brasil, assim como muitos outros países colonizados por europeus, recebeu uma intensa carga de introdução de espécies, que ajudaram a sustentar o modo de vida durante o período de colonização. Mas, especificamente com relação à introdução de organismos no ambiente marinho, o auge do processo ocorreu como consequência do dramático crescimento do interesse global em maricultura entre as décadas de 1950 e 1960. As importações para maricultura

³ Lastro consiste em qualquer material usado para aumentar o peso e consequentemente promover a maior estabilidade de embarcações.

tornaram-se um dos vetores-chave para a introdução de espécies exóticas (GOLLASCH, 2007, p. 353-359). Em aquicultura⁴, o uso de espécies exóticas é muito frequente, não obstante o risco de escaparem do confinamento e se tornarem espécies invasoras.

No Brasil, os primeiros instrumentos legais que demandaram cuidados na introdução de espécies foram os Decretos nº 24.114, de 12 de abril de 1934, e nº 24.548, de 3 de julho de 1934. Entretanto, à época, a instituição desses diplomas refletia a preocupação exclusivamente com os sistemas produtivos. Por isso as instituições cuja missão seria de fiscalizar a aplicação desses instrumentos focaram exclusivamente as introduções em ecossistemas continentais, negligenciando aquelas realizadas em ecossistemas marinhos. A proibição expressa da introdução de espécies exóticas de fauna no Brasil apareceu também no artigo 4º, da Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967 (Lei de Proteção à Fauna). Essa lei determinou que nenhuma espécie poderia ser introduzida no país sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida na forma da Lei. No entanto, a normatização dos procedimentos só foi feita em 1994, por meio da Portaria IBAMA nº 29, de 24 de março de 1994, revogada pela Portaria IBAMA nº 93, de 7 de julho de 1998, que estabeleceu padrões técnicos de importação e exportação de organismos vivos, produtos e subprodutos da fauna nativa e exótica brasileira.

A preocupação com a dispersão de espécies exóticas importadas é evidenciada no item 'e' da Portaria IBAMA nº 93/1998, segundo o qual, "para a solicitação de autorização de introdução de espécies exóticas no Brasil, deve-se garantir a segurança da capacidade de suporte do ambiente, da saúde humana e do patrimônio público e privado contra uma fuga acidental da espécie

⁴ Aquicultura é o cultivo de qualquer organismos aquáticos, incluindo peixes, moluscos ou crustáceos, enquanto que a maricultura refere-se especificamente a aquicultura marinha.

cie". Em adição, o artigo 7º dessa Portaria nº 93/1998 permite ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), antes de autorizar uma introdução, consultar especialistas nos taxa⁵ e instituições ambientais sediadas na região. Mas, considerando que as espécies apresentam respostas ecológicas e comportamentais diferentes a diferentes condições ambientais, dever-se-ia esperar que as análises fossem feitas caso a caso; fato que nem sempre ocorre, quando a espécie já é manejada em outras regiões do país. É importante questionar ainda o fato de as portarias tratarem exclusivamente da introdução de espécies vindas de outros países, negligenciando a potencial transposição de espécies entre as bacias da costa brasileira.

Outrossim, insere-se a recomendação do artigo 14 da CBD, que trata do emprego de Avaliação de Impacto Ambiental para todas as atividades que tenham efeitos adversos e significativos ao meio ambiente (SHINE; WILLIAMS; BURHENNE-GUILMIN, 2005, p. 233-284). Apesar de a introdução intencional de espécies exóticas em novos ambientes ser uma atividade identificada, pela literatura internacional, como de alto risco ambiental, para os ambientes receptores, a Avaliação de Impacto Ambiental é uma ferramenta quase nunca empregada para a avaliação da viabilidade da atividade em território brasileiro. O fato toma contornos mais evidentes ao averiguarmos que a Avaliação de Impacto Ambiental de outras atividades potencialmente danosas ao ambiente é um componente familiar na legislação ambiental e na prática de gestão ambiental nacional.

Ainda no contexto do licenciamento da introdução intencional de espécies exóticas, é importante observar o disposto na Instrução Normativa IBAMA nº 01, de 15 de abril

de 1999, e na Portaria IBAMA nº 93/1998. Nesses instrumentos, dois aspectos merecem destaque: (i) a necessidade do processo de licenciamento para a cultura de espécies exóticas e (ii) a proibição do desenvolvimento de espécies exóticas em um raio de 10km de Unidade de Conservação devido ao alto risco de introdução de espécies exóticas. O Decreto nº 4.895, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre a autorização de uso de espaços físicos de corpos d'água de domínio da União para fins de aquicultura, reforça a necessidade de autorização para a introdução de espécies exóticas em águas brasileiras, verificando-se que o seu artigo 9º ressalta também a atenção à aquicultura ao redor de Unidades de Conservação. Por sua vez, o artigo 19 da Instrução Normativa Interministerial nº 06, de 31 de maio de 2004, estabeleceu normas complementares para a aquicultura, destacando-se a necessidade do estabelecimento de programa de monitoramento para o desenvolvimento de aquicultura em águas brasileiras, inexistente até então.

Em resposta ao risco de efeitos adversos oriundos da introdução de espécies exóticas marinhas, mundialmente buscou-se adotar práticas preventivas agrupadas no Código ICES – *Code of Practice on the Movement and Translocation of Non-native Species for Fisheries Enhancement and Mariculture Purposes*. A primeira versão do código foi editada em 1973, com alterações subsequentes propostas por um grupo de trabalho estabelecido em 1978 e posteriormente em 1979. O Código de 1979 tornou-se um padrão para a política internacional e foi extensivamente usado, citado e traduzido por cerca de 10 anos. A mais recente versão do Código ICES foi editada e publicada em 2005; incorpora todas as recomendações expressas dos códigos anteriores e acrescenta a postura de precaução adotada pelos princípios da Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), com o objetivo de reduzir o risco de dispersão de espécies exóticas (GOLLASCH, 2007, p. 353-359).

⁵ Taxa é o plural de táxon, que denomina uma unidade taxonômica de qualquer nível de um sistema de classificação dos seres vivos (exs.: família, gênero ou espécie).

Essa versão reforça a necessidade de uma postura preventiva no manejo de espécies exóticas. Mas permanece insolúvel um dos principais problemas da introdução intencional, o fato de que muitas das espécies comercialmente introduzidas são possíveis vetores de introdução de vírus ou fungos que afetam espécies nativas (TAVARES; MENDONÇA JUNIOR, 2004, p. 59-76; GOLLASCH, 2007, p. 353-359). Mesmo com a adoção de quarentena, registram-se diversos casos em que espécies introduzidas intencionalmente funcionaram como vetores de outras que se tornaram danosas aos ecossistemas e às populações nativas. Então, espécies não-focais (ex.: parasitas) acabam sendo acidentalmente importadas. Nem sempre os cuidados dedicados às espécies principais consideram os efeitos da presença de parasitas. Nota-se então uma dupla vulnerabilidade, primeiramente porque a legislação brasileira ainda não apresenta mecanismos de controle de parasitas e posteriormente porque os monitoramentos e a fiscalização dos locais de maricultura, que seriam etapas de detecção precoce de espécies exóticas invasoras em ambientes naturais, não são adequadamente implementados. Consequentemente, perde-se a oportunidade de enfrentar o eventual problema em sua etapa inicial, quando existe maior probabilidade de controle ou erradicação.

5.2. Introdução acidental por água de lastro

Segundo a Diretoria de Portos e Costas - DPC (2009), cerca de 95% de todo o comércio exterior do país é realizado por via marítima; conseqüentemente, o lastro representa um dos vetores mais importantes de introdução de espécies exóticas aquáticas no Brasil (SILVA et al., 2002, p. 38-43). Mundialmente, o interesse científico no lastro como vetor de introdução de espécies exóticas ampliou-se enormemente devido aos dramáticos impactos ecológicos e econômicos provocados por espécies invasoras (DRAKE; DOBLIN; DOBBS,

2007, p. 333-341). Como resultado do aumento do conhecimento científico, houve um significativo aprimoramento mundial dos instrumentos normativos que regem o emprego do lastro.

McConnell (2002, p. 150) apresentou uma das mais importantes revisões sobre o tema, que considerou os aspectos legais como um dos mais relevantes componentes dos trabalhos do *GEE/UNDP/IMO Global Ballast Water Management Program*, do qual participa o Brasil. De acordo com esse autor, uma das mais importantes regras internacionais sobre o tema é a MARPOL 73/1978, que se propôs a padronizar as formas de poluição decorrentes de embarcações, incluindo substâncias nocivas. A incorporação em âmbito interno da MARPOL 73/1978 deu-se com a promulgação do Decreto nº 2.508, de 4 de março de 1998, importando registrar que se encontra em trâmite o Projeto de Decreto Legislativo para aprovar várias modificações (Emendas à MARPOL 73/78) feitas pelo Comitê de Proteção ao Meio Ambiente Marinho (COMISSÃO..., 2008).

Outro importante instrumento de gestão da introdução acidental de espécies exóticas devido ao descarte do lastro é a Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, cujo conteúdo muito semelhante à MARPOL faz citações diretas a esse acordo, dispõe sobre a prevenção, controle e fiscalização da poluição pelo lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. Em seu artigo 2º, inciso XI, resta definida como substância nociva ou perigosa: "qualquer substância que, se descarregada nas águas, é capaz de gerar riscos ou causar danos à saúde humana, ao ecossistema aquático ou prejudicar o uso da água e de seu entorno." As sanções aplicáveis aos casos de descarga de substâncias nocivas ao mar encontram-se dispostas no Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002.

Duas Normas da Autoridade Marítima (NORMAM) são consideradas como das

mais concretas ações de prevenção de introdução de espécies exóticas por água de lastro no Brasil. A NORMAM 08/DPC/2000, aprovada pela Portaria nº 106/DPC, de 16 de dezembro de 2003, que sofreu dez alterações até o momento, sendo validada atualmente pela Portaria nº 74/DPC, de 10 de julho de 2009; E a NORMAM 20/DPC/2005, aprovada pela Portaria nº 52/DPC, de 14 de junho de 2005, que sofreu quatro alterações e atualmente é validada pela Portaria nº 125/DPC, de 26 de novembro de 2008. Mas somente as alterações incidentes sobre a NORMAM 20/DPC/2005 tratam do assunto em tela.

Em seu Capítulo 3, a NORMAM 08/DPC/2000 trata da fiscalização por autoridades nacionais, incluindo regras para a quarentena e o relatório de água de lastro, discutidos a seguir. A quarentena é um dos mais antigos mecanismos conhecidos pela humanidade para evitar o estabelecimento e a dispersão de “pestes” e/ou doenças que ameacem a saúde de homens, plantas e animais (SHINE; WILLIAMS; GÜNDLING, 2000, p. 138). A citação evidencia a relação entre a aplicação de medidas quarentenárias e o comércio internacional, que, por essa razão, precisam ser consideradas não somente as garantias e proteções estabelecidas no plano interno, mas também o regime legal que estabelece o desenvolvimento do livre comércio mundial.

Diversos acordos quarentenários disciplinam medidas fitossanitárias, com técnicas e protocolos estabelecidos. Tais restrições são estabelecidas pelo *International Health Regulations* e visam quase exclusivamente proteger bens de consumo, sistemas produtivos e a saúde humana. No Brasil, no caso de introduções intencionais, a quarentena é prevista em instrumentos como a Portaria IBAMA nº 93/98 e a Portaria IBAMA nº 145-N, de 29 de outubro de 1998, cujos critérios haviam sido aprovados previamente pelo Ministério da Agricultura e Abastecimento. De acordo com o artigo 4º do Anexo da Resolução ANVISA – RDC

nº 217, de 21 de novembro de 2001, é previsto que a escala em portos brasileiros seja condicionada à conformidade com as disposições legais vigentes, que inclui medidas quarentenárias, mesmo nos casos em que se faz necessário o abastecimento de água potável e combustível. Dessa forma, ainda são carentes os procedimentos e instrumentos legais abrangentes, capazes de proteger recursos naturais vulneráveis aos efeitos da introdução de espécies exóticas invasoras. Cabe mencionar ainda que o aprimoramento dessas medidas é preconizado no Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002 (Política Nacional da Biodiversidade).

Relatórios e inspeções da água de lastro são partes dos requisitos de inspeção aplicáveis no Brasil sob instrução da legislação sanitária no contexto da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A instrução requer que embarcações em viagens nacionais e internacionais preencham o formulário de informações sobre água de lastro (baseado no formulário de orientações da IMO), entregue ao agente da ANVISA na entrada do porto. Esse formulário é parte da aplicação para o Certificado de Livre Prática, que inclui ainda outros aspectos de quarentena. Relatórios fraudulentos são considerados crimes. É observado ainda que qualquer descarga, no Brasil, de água de lastro feita em um local que ponha em risco a saúde humana ou o ambiente requer permissão da autoridade sanitária, além de consulta ao Ministério do Meio Ambiente e à Autoridade Naval (Marinha do Brasil) (MCCONNELL, 2002, p. 150). O relatório de água de lastro e a inspeção da ANVISA eram exigidos pela Resolução ANVISA – RDC nº 217/2001, parcialmente revogada pela Resolução ANVISA – RDC nº 89, de 27 de dezembro de 2007.

Alguns autores, como, por exemplo, McConnell (2002, p. 150), consideram que o conteúdo da Resolução IMO A.868(20) incorpora as mais importantes orientações para prevenção e controle da introdução de espécies por água de lastro. Essa resolução

prevê a atualização de técnicas de tratamento e descarga de água de lastro, buscando a redução do risco. Essa resolução também apresenta claras definições, mecanismos de disseminação das informações, procedimentos de coleta de informações e procedimentos operacionais.

O artigo 4º da NORMAM-20/DPC/2005, que trata da Gestão da Água de Lastro, determina que é responsabilidade da autoridade marítima a realização de inspeções de veículos aquáticos (barcos, embarcações, navios e plataformas, etc.) objetivando assegurar o meio ambiente e a saúde humana contra poluição oriunda desses veículos. Essa NORMAM apresenta correlações com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei de Política Nacional de Meio Ambiente), Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997 (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário), e Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais).

Em 1982, passou a ser adotada a Convenção das Nações Unidas sobre O Direito de Mar, também conhecida como *The United Nations Law of the Sea Convention* (UNCLOS). Essa convenção, que foi recepcionada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990⁶, instituiu, entre outras questões, direitos e responsabilidades aos países no sentido de prevenir a dispersão de organismos patogênicos ou danosos por operações de lastreamento de embarcações.

A Agenda 21, a qual não se constitui em um instrumento legal internacional, e sim em um manual orientador para a prática de políticas de desenvolvimento sustentável, apresenta influência substancial nos aspectos legal e institucional do país, pois, como plano global de gerenciamento de recursos naturais para o alcance do desenvolvimento sustentável, embasou diversos documentos

desenvolvidos em quase todos os setores de atividades humanas que possuem interface ambiental. Em seu Capítulo 17, faz considerações diretas sobre a adoção de práticas apropriadas para trocas de água de lastro para prevenir a dispersão de organismos não indígenas.

As informações apresentadas evidenciam a situação dos instrumentos aplicáveis aos casos de introdução de espécies exóticas por lastro no Brasil. A preocupação com o tema é evidenciada também pela contratação de estudo pela Câmara dos Deputados, consolidado em Juras (2003). Contraditoriamente ao que foi apresentado, neste estudo, a autora cita a NORMAM nº 08/DPC/2000 como único instrumento legal aplicável ao caso brasileiro, concluindo ainda que não cabe nenhuma medida legislativa no sentido de disciplinar a matéria, uma vez que existem incertezas tecnológicas aplicáveis e a perspectiva de novos acordos internacionais que regulamentariam o tratamento da água de lastro. Casos como esses mostram-se extremamente prejudiciais ao esforço de enfrentamento desse problema, além de ser uma potencial fonte de propagação de erros.

É importante pontuar que o aprimoramento da legislação resulta do desenvolvimento tecnológico e científico e da percepção humana da necessidade de ajustes nas condutas. Não é o curso natural da história que o desenvolvimento tecnológico e científico venha a reboque da legislação, mas sim o contrário. A perspectiva e o reconhecimento da necessidade de aprimoramento científico e tecnológico devem ser percebidos como referenciais para ajustes da legislação à medida que surgem novidades, e não justificativas para a inoperância. A legislação brasileira relacionada à água de lastro mostra-se muito sobreposta, em parte, devido à incorporação de muitos instrumentos e acordos internacionais sem adequação compatível. Mas a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 217/2007, que estabelece princípios para o

⁶ Desde a promulgação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito de Mar por meio do Decreto nº 99.165/1990, diversas alterações foram realizadas no Brasil, sendo o conteúdo validado em diferentes decretos.

gerenciamento da água de lastro no Brasil, aponta para a possibilidade de uma organização desse componente e demonstra a já mencionada necessidade de disciplinar a matéria.

5.3. Introdução accidental por bioincrustação

Como a maioria dos demais países, o Brasil não tem uma legislação que trate especificamente do controle de introduções biológicas pela bioincrustação no casco das embarcações. Em parte, essa situação decorre da falsa percepção de que esse constitui um vetor de introdução desprezível. Por outro lado, a situação também pode ser explicada pela carência de tecnologias que garantam resultados satisfatórios e tenham custos condizentes.

Recentemente, alguns estudos sobre o funcionamento de vetores de introdução concluíram que a bioincrustação é menos importante do que a água de lastro como vetor de introdução, mas não desprezível. Esses estudos têm sido mal interpretados e usados como base de argumentação para a não implementação de medidas preventivas adequadas. Entre as razões para a menor importância da bioincrustação como vetor, devem-se destacar: (i) o uso de tintas anti-incrustantes, que expandiu vastamente durante o século XX; (ii) a redução do tempo dos navios em portos (e com isso reduz-se a oportunidade para a colonização do casco); e (iii) o aumento da capacidade de tráfego dos navios atuais, com velocidade consideravelmente maior, o que faz com que poucos organismos consigam se manter grudados ao casco diante da força de tração (CARLTON, 1985, p. 313-371; FOFONOFF et al., 2003, p. 152-182).

Mas, a partir do momento em que se percebeu que a interferência causada pela comunidade incrustante refletia na eficiência das embarcações, iniciou-se um grande esforço mundial para o desenvolvimento de tecnologias para reduzir o processo. Um dos principais mecanismos desenvolvidos

foi o sistema de tintas anti-incrustantes à base de tributil estanho, que nas últimas décadas mostrou-se extremamente tóxico e impactante para a biota aquática.

Além do uso de tintas anti-incrustantes, que se encontra em aprimoramento, com relação à prevenção do aporte de espécies por bioincrustação, historicamente destaca-se a raspagem, prática atualmente empregada quase exclusivamente com o objetivo de reduzir o atrito com a água durante o deslocamento, convertendo-se assim em economia de tempo e combustível. Entretanto, essa ou qualquer outra prática de prevenção à introdução de espécies exóticas necessita de aprimoramento metodológico e legal.

6. Monitoramento como ferramenta de prevenção

O Brasil é um dos maiores países do mundo, com mais de 7000km de litoral, além de possuir em seu território 89 portos comerciais e terminais especiais (de petróleo, industriais e outros), dos quais 17 dos 22 mais importantes em volume de carga e descarga são marítimos (SILVA et al., 2002, p. 38-43). Essas características já evidenciam a dificuldade de monitoramento preventivo. Em adição, destacam-se as lacunas de conhecimento da biodiversidade nacional, evidenciada pela identificação das áreas prioritárias para conservação, consolidada pelo Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia legal (2002, p. 404). Esforços nesse sentido têm sido feitos nos últimos anos mediante programas de biodiversidade (ex.: Programa Nacional da Diversidade Biológica - PRONABIO, instituído pelo Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003). Cabe mencionar que a carência de inventário nacional é apontada como um dos pontos críticos para a consolidação de uma legislação adequada à ameaça da biodiversidade em outros países em desenvolvimento como Argentina (Cf. DI PAOLO; KRAVETZ, 2004, p. 71-88) e África do Sul (Cf. STEIN, 2004, p. 51-70).

Esforços no sentido de implementar o monitoramento de espécies exóticas marinhas foram previstos para os casos de introduções intencionais, por meio da Instrução Normativa Interministerial nº 06/2004, e de água de lastro, por meio das ações do *Global Ballast Water Management Program*, anteriormente descrito. Mas esses monitoramentos, quando efetivamente realizados, não tornam públicos seus dados com periodicidade suficiente para que os resultados sejam efetivamente empregados em ações preventivas de controle ou erradicação de espécies exóticas que venham colocar em risco os ambientes. De acordo com a Lei nº 6.938/1981, cabe ao Governo Federal, por meio de seus entes, informar sobre as tarefas relacionadas à preservação e proteção do meio ambiente, incluindo-se entre essas tarefas a de monitoramento.

As demandas governamentais (legais e institucionais) de monitoramento foram descritas por Dias (2001, p. 17-28), que destacou, entre outras questões, as falhas na implementação e divulgação de dados de monitoramentos no Brasil e a necessidade premente de implantação de sistemas integrados de monitoramento. Curiosamente, o autor destacou, entre os temas prioritários para o monitoramento, a introdução de espécies exóticas. Mas previu apenas as introduções relacionadas aos sistemas produtivos e as relacionadas com os processos de urbanização.

As preocupações com as deficiências de monitoramento identificadas no final da década de 1990 materializaram-se como parte do conteúdo do Decreto nº 4.339/2002, que instituiu a Política nacional de Biodiversidade. No componente 4 desse decreto, é prevista a elaboração de ações cujo objetivo é estabelecer formas para o desenvolvimento de sistemas e procedimentos de monitoramento direcionados para a prevenção e a mitigação de impactos sobre a biodiversidade. Destaca-se, então, como um dos objetivos específicos o desenvolvimento de metodologias e de indica-

dores para o monitoramento dos impactos ambientais causados pela introdução de espécies exóticas invasoras.

Cabe mencionar ainda que, com base na responsabilidade compartilhada, as atividades de monitoramento deveriam ser ampliadas, de modo a cobrir mais áreas sujeitas ao risco de introdução de espécies exóticas acidentalmente ou intencionalmente. Essa abordagem tornar-se-ia enormemente mais eficiente com a disponibilização e troca de informações geradas.

7. Erradicação e controle de espécies exóticas invasoras

O estabelecimento de sistemas de monitoramento é especialmente relevante no caso da necessidade de intervenções de controle e/ou erradicação. Essas atividades encontram como principal dificuldade o fato de que, em um ambiente fluido, as intervenções apresentam limitações técnicas. Menções diretas e indiretas aos processos de controle e erradicação das espécies exóticas invasoras são presentes na legislação brasileira, sendo a mais explícita a Instrução Normativa IBA-MA nº 141, de 19 de dezembro de 2006. Essa instrução normativa trata exclusivamente do controle e erradicação de fauna sinantrópica nociva, definida como aquela que interage de forma negativa com a população humana, causando-lhe transtornos significativos de ordem econômica ou ambiental, ou que represente riscos à saúde pública.

No contexto amplo do enfrentamento da problemática das espécies exóticas invasoras, pode-se considerar o diploma um tanto quanto restrito por duas razões. Primeiramente, a instrução normativa contempla somente animais, ao passo que são registrados casos de espécies exóticas invasoras em quase todos os grupos de organismos (Cf. PYSEK et al., 2008, p. 237-244). Em segundo lugar, ao definir como fauna sinantrópica aquela registrada em áreas antrópicas, deixam descobertas as áreas ainda com formações naturais.

A erradicação e/ou controle de espécies exóticas invasoras foram considerados no princípio 2 do Decreto nº 4.339/2002. De acordo com esse princípio, cabe ao Poder Público determinar medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental quando for evidenciado risco sério e irreversível à diversidade biológica.

Entre os componentes da Política de Nacional de Biodiversidade, instituída pelo decreto supracitado, está prevista a promoção da prevenção, a erradicação e o controle de espécies exóticas invasoras que possam afetar a biodiversidade, além do apoio às ações do órgão oficial de controle fitossanitário com vistas a evitar a introdução de pragas e espécies exóticas invasoras em áreas no entorno e no interior de unidades de conservação.

No que diz respeito ao enfrentamento por meio de ações de controle e erradicação, registra-se o potencial conflito destas com os acordos relacionados com a preservação de espécies inclusas na lista CITES. Isso porque algumas espécies inclusas nessa lista devido à vulnerabilidade em seus *habitats* naturais foram introduzidas e estão tornando-se invasoras em águas brasileiras (ex.: as espécies de cnidários *Tubastraea tagusensis* e *Tubastraea coccinea*).

Além desses aspectos, deve-se observar que a internalização dos custos ambientais é prevista na legislação por meio do princípio de que o poluidor deverá suportar o custo da poluição. Mas como, em geral, a dispersão de espécies exóticas e os efeitos nocivos daquelas que se tornam invasoras são detectados somente a médio ou longo prazo, torna-se difícil comprovar a responsabilidade.

8. Considerações finais

Como evidenciado no estudo, o Brasil conta com instrumentos diretos e indiretos de enfrentamento da problemática de espécies exóticas invasoras em águas marítimas brasileiras. Os instrumentos diretos são

aqueles que apresentam redação explícita, encontrando-se fragmentados em leis, decretos, resoluções e portarias, e os indiretos são aqueles empregados a partir da interpretação jurídica. Alguns deles apresentam sobreposições ou até mesmo conteúdo contraditório, evidenciando a necessidade de revisão do arcabouço jurídico do tema.

A implementação de algumas medidas previstas na legislação torna-se particularmente difícil devido à inexistência de um completo inventário da biodiversidade nacional, assim como sistemas consolidados de monitoramento. Entre os principais pontos observados na estrutura legal brasileira que trata de espécies exóticas em águas marinhas brasileiras, destacam-se: (i) a necessidade de uniformização dos termos empregados, com clara distinção daqueles considerados dúbios; (ii) regulamentação das questões sobrepostas por diferentes instrumentos oriundos principalmente de autarquias; (iii) regulamentação dos procedimentos em casos de introdução acidental; (iv) capacitação e aprimoramento do corpo institucional brasileiro capaz de gerenciar a questão e articular os diversos seguimentos envolvidos na questão em nível nacional; (v) instituição de sistema de monitoramento de espécies exóticas presentes no país; e (vi) instituição de sistemas de controle e erradicação de espécies exóticas que ponham em risco espécies nativas, os ecossistemas, a saúde ou bens humanos.

Apesar das deficiências evidenciadas, importantes avanços visando o aprimoramento da legislação pertinente foram registrados. O Brasil conta, ainda que fragmentadamente, com instrumentos legais que o capacitam a enfrentar a problemática das espécies exóticas invasoras. Reconhece-se, então, a necessidade de efetiva aplicação da legislação. Esse passo, em grande parte, depende de maior organização e articulação dos agentes envolvidos, o que pode ser alcançado com uma política pública específica de enfrentamento das espécies exóticas no Brasil.

Referências

- ANVISA. Resolução ANVISA – RDC nº 217, de 21 de novembro de 2001. Aprovar o Regulamento Técnico, Anexo a esta Resolução, com vistas à promoção da vigilância sanitária nos Portos de Controle Sanitário instalados no território nacional, embarcações que operem transportes de cargas e ou viajantes nesses locais, e com vistas a promoção da vigilância epidemiológica e do controle de vetores dessas áreas e dos meios de transporte que nelas circulam. *DOU*, Brasília, 21 dez. 2001.
- _____. Resolução ANVISA – RDC nº 89, de 27 de dezembro de 2007. Altera artigos do Regulamento Técnico anexo à Resolução – RDC nº 217, de 21 de novembro de 2001. *DOU*, Brasília, 28 dez. 2007.
- BRASIL. Decreto nº 24.114, de 12 de abril de 1934. Aprova o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal. *DOU*, Rio de Janeiro, 28 maio 1934.
- _____. Decreto nº 24.548, de 3 de julho de 1934. Regulamento do Serviço de Defesa Sanitária Animal. *DOU*, Rio de Janeiro, 14 jul. 1934.
- _____. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 5 jan. 1967.
- _____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 2 set. 1981.
- _____. Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 12 dez. 1997.
- _____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 13 fev. 1998.
- _____. Decreto nº 2.508, de 4 de março de 1998. *Promulga a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, seu Protocolo, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, suas Emendas de 1984 e seus Anexos Opcionais III, IV e V.* Brasília: 4/3/1998
- _____. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *DOU*, Brasília, 17 mar. 1998.
- _____. Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 29 abr.. 2000.
- _____. Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 21 fev. 2002.
- _____. Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. *DOU*, Brasília, 23 ago. 2002.
- _____. Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003. Dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica – PRONABIO e a Comissão Nacional da Biodiversidade, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 22 maio 2003.
- _____. Decreto nº 4.895, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a autorização de uso de espaços físicos de corpos d’água de domínio da União para fins de aquíicultura, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 26 nov. 2003.
- _____. Instrução Normativa Interministerial nº 06, de 31 de maio de 2004. Estabelece as normas complementares para a autorização de uso dos espaços físicos em corpos d’água de domínio da União para fins de aquíicultura, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 31 maio 2004.
- _____. Projeto de Lei nº 2.017, de 12 de setembro de 2007. *Estabelece princípios para o gerenciamento da água de lastro.* Brasília.
- CAMACHO, W. N. Aspectos jurídicos acerca da poluição causada por água de lastro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 46, p. 191-222, 2007.
- CARLTON, J. T. Transoceanic and interoceanic dispersal of coastal marine organisms: the biology of ballast water. *Oceanography and Marine Biology Annual Review*, v. 23, p. 313-371, 1985.
- _____. Global change and biological invasions in oceans. In: MOONEY, H.; A.; HOOBS, R. J. (Ed.). *Invasive species in a changing world.* Washington, D.C.: Island Press, 2000.
- COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. Mensagem nº 476, de 2008. *Aprova os textos das Resoluções MEPC 117 (52) e MEPC 118 (52), MEPC 132 (53), MEPC 141 (54), MEPC 143 (54), MEPC 154 (55), MEPC 156 (55) e MEPC 164 (56), adotadas por ocasião de realização das Sessões de nº 52ª, 53ª, 54ª, 55ª e 56ª, do Comitê de Proteção ao Meio Ambiente Marinho, que resultaram na adoção de Emendas à Conven-*

ção Internacional para a Prevenção da Poluição Marinha por Navios - MARPOL 73/78, da Organização Marítima Internacional. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/659719.pdf>>.

DI PAOLO, M. E. D.; KRAVETZ, G. Invasive alien species: legal and institutional framework in Argentina. In: MILLER, M. L.; FABIAN, R. N. (Ed.). *Harmful invasive species: legal responses*. Washington, D. C.: Environmental Law Institute, 2004.

DIAS, B. F. S. Demandas governamentais para o monitoramento da diversidade biológica brasileira. In: GARAY, I.; DIAS, B. F. S. (Ed.). *Conservação da biodiversidade em ecossistemas tropicais: avanços conceituais e revisão de novas metodologias de avaliação e monitoramento*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS. Portaria nº 106/DPC, de 11 de fevereiro de 2000. *Aprova as Normas da Autoridade Marítima para Tráfego e Permanência de Embarcações em Águas Jurisdicionais Brasileiras - NORMAM-08/DPC*. Brasília: 16/12/2003.

_____. Portaria nº 52/DPC, de 14 de junho de 2005. *Divulga a Norma da Autoridade Marítima para o Gerenciamento da Água de Lastro de Navios (NORMAM-20/DPC) e cancela anexo da NORMAM-08/DPC*. Brasília: 27/6/2005.

_____. Portaria nº 125/DPC, de 26 de novembro de 2008. *Altera a norma da autoridade marítima para o gerenciamento da água de lastro de navios - NORMAM-20/DPC*. Brasília: 28/11/2008. Disponível em: <http://www.dpc.mar.mil.br/norman/N_20/Portaria125.pdf>.

_____. Portaria nº 74/DPC, de 10 de julho de 2009. *Altera as Normas da Autoridade Marítima para Tráfego e Permanência de Embarcações em Águas Jurisdicionais Brasileiras - NORMAM-08/DPC*. Brasília: 13/7/2009.

DRAKE, L. A.; DOBLIN, M. A.; DOBBS, F. C. Potential microbial bioinvasions via ships' ballast water, sediment, and biofilm. *Marine Pollution Bulletin*, v. 55, p. 333-341, 2007.

ELTON, C. S. *The Ecology of Invasions by Animals and Plants*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

FERNANDÉZ, M. L.; SHUMWAY, S. E.; BLANCO, J. Management of shellfish resources. In: HALLEGRAEFF, G. M.; ANDERSON, D. M.; CEM-BELLA, A. D. (Ed.). *Manual on harmful marine microalgae*. Paris: UNESCO, 2003. (Monographs on Oceanographic Methodologies, 11).

FOFONOFF, P. W. et al. In ships or on ships? Mechanisms of transfer and invasion for nonnative species to coasts of North America. In: RUIZ, G. M.; CARLTON, J. T. (Ed.). *Invasive species: vectors and management strategies*. Washington, D. C.: Island Press, 2003.

GOLLASCH, S. International collaboration on marine bioinvasions: The ICES response. *Marine Pollution Bulletin*, v. 55, p. 353-359, 2007.

IBAMA. Portaria IBAMA nº 29, de 24 de março de 1994. Normatiza a importação e exportação de animais da fauna silvestre brasileira e da fauna silvestre exótica. *DOU*, Brasília, 13 mar. 1994.

_____. Portaria IBAMA nº 93, de 7 julho de 1998. Normatiza a importação e a exportação de espécimes vivos, produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira e da fauna silvestre exótica. *DOU*, Brasília, 8 jul. 1998.

_____. Portaria IBAMA nº 145-N, de 29 de outubro de 1998. Estabelece normas para a introdução, reintrodução e transferência de peixes, crustáceos, moluscos e macrófitas aquáticas para fins de aqüicultura, excluindo-se as espécies animais ornamentais. *DOU*, Brasília, 30 out. 1998.

_____. Instrução Normativa IBAMA nº 1, de 15 de abril de 1999. Estabelecer os critérios para o Licenciamento Ambiental de empreendimentos e atividades que envolvam manejo de fauna silvestre exótica e de fauna silvestre brasileira em cativeiro. *DOU*, Brasília, 16 abr. 1999.

_____. Instrução Normativa nº 141, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o controle e o manejo ambiental da fauna sinantrópica nociva. *DOU*, Brasília, de 20 dez. 2006.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. Resolução IMO A.868(20), de 13 de fevereiro de 2004. *International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments*. Disponível em: <http://www.imo.org/Conventions/Mainframe.asp?topic_id=867>.

JEVEAUX, G. C. Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 172, p. 85-98, 2006.

JURAS, L. A. G. M. *Problemas causados pela água de lastro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

LOPES, R. M. et al. *Informe Sobre as Espécies Exóticas Invasoras no Brasil: ambiente marinho*. I Simpósio Brasileiro sobre Espécies Exóticas Invasoras. Brasília: [s.n.], 2005.

MACHADO, C. J. S.; OLIVEIRA, A. E. S. Espécies exóticas invasoras: problema nacional ainda pouco conhecido. *Ciência & Cultura*, v. 61, n. 1, p. 22-23, 2009.

MCCONNELL, M. *GloBallast Legislative Review: final report*. London: IMO, 2002.

MCGEOCH, M. A.; CHOWN, S. L.; KALWIJ, J. M. A global indicator for biological invasion. *Conservation Biology*, v. 20, p. 1635-1646, 2006.

- MILLER, M. L.; GUNDERSON, L. H. Biological and cultural camouflage: the challenges of seeing the harmful invasive species problem and doing something about it. In: MILLER, M. L.; FABIAN, R. N. (Ed.). *Harmful invasive species: legal responses*. Washington, D. C.: Environmental Law Institute, 2004.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. *Biodiversidade brasileira: avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade brasileira*. Brasília: MMA, Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2002.
- MOURA, R. C. G. *A difícil definição de fauna exótica na legislação brasileira*. Congresso Internacional de Direito Ambiental - Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais, 8. São Paulo: [s.n.], 2004.
- OLIVEIRA, A. E. S.; MACHADO, C. J. S. *Quem é quem diante da presença de espécies exóticas no Brasil? Uma leitura do arcabouço institucional-legal voltada para a formulação de uma Política Pública Nacional*. IV Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade. Brasília: ANPPAS, 2008.
- _____. A experiência brasileira diante das espécies exóticas invasoras e a perspectiva de formulação de uma política pública nacional. *Ciência & Cultura*, v. 61, n. 1, p. 23-26, 2009.
- PIMENTEL, D. et al. Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. *Agriculture, Ecosystems and Environment*, v. 84, p. 1-20, 2001.
- PROENÇA, L. A. O.; FERNANDES, L. F. Introdução de microalgas no ambiente marinho: impactos negativos e fatores controladores. In: SILVA, J. S. V.; SOUZA, R. C. C. L. (Ed.). *Água de Lastro e Bioinvasão*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.
- PYSEK, P. et al. Geographical and taxonomic biases in invasion ecology. *Trends in Ecology & Evolution*, v. 23, n. 5, p. 237-244, 2008.
- SHINE, C.; WILLIAMS, N.; BURHENNE-GUILMIN, F. Legal and institutional frameworks for Invasive Alien Species. In: MOONEY, H. et al (Ed.). *Invasive Alien Species: a new synthesis*. Washington, D. C.: Island Press, 2005.
- SHINE, C.; WILLIAMS, N.; GÜNDLING, L. A guide to designing legal and institutional frameworks on Alien Invasive Species. *IUCN*, Gland, p. 138, 2000.
- SILVA, J. S. V. et al. Água de lastro: ameaça aos ecossistemas. *Ciência Hoje*, v. 32, n.188, p. 38-43, 2002.
- SIMBERLOFF, D. A rising tide of species and literature: a review of some recent books on biological invasions. *BioScience*, v. 54, n. 3, p. 247-254, 2004.
- SOUZA, R. C. C. L.; CALAZANS, S. H.; SILVA, E. P. Impacto das espécies invasoras no ambiente aquático. *Ciência & Cultura*, v. 61, n. 1, p. 35-41, 2009.
- STEIN, R. Invasive species law and policy in South Africa. In: Miller, M. L.; Fabian, R. N. (Ed.). *Harmful invasive species: legal responses*. Washington, D. C.: Environmental Law Institute, 2004.
- TAVARES, M.; MENDONÇA JUNIOR, J. B. Introdução de crustáceos exóticos no Brasil: uma roleta ecológica. In: SILVA, J. S. V.; SOUZA, R. C. C. L. (Ed.). *Água de Lastro e Bioinvasão*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, 6, 2002, The Hague. *Decisions adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its Sixth Meeting*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/cop/?m=cop-06>>.
- VALÉRY, L. et al. In search of a real definition of the biological invasion phenomenon itself. *Biological Invasions*, v. 10, p. 1345-1351, 2008.
- VAN DEN BERGH, J. C. J. M. et al. Exotic harmful algae in marine ecosystems: an integrated biological-economic-legal analysis of impacts and policies. *Marine Policy*, v. 26, p. 5.

A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar

Representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade

Paulo Sávio Peixoto Maia

Sumário

Introdução. 1. Parlamentarismo como expressão do “sistema metafísico liberal” 2. A representação política como ato de fé. 3. O princípio da identidade como corretivo da “representação burguesa”. 4. Plebiscito como mecanismo de correção do caráter antidemocrático do Parlamento. 5. Considerações finais.

Introdução

No âmbito do direito constitucional, uma das contribuições mais marcantes da Revolução Francesa foi a noção de “reino da lei” (*règne de la loi*), que denota o papel que o princípio da soberania popular estava destinado a desempenhar em um Estado de Direito (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 110, 125). Partindo do suposto institucional que um Estado de Direito deve, necessariamente, conter uma separação de poderes – era o vaticínio do art. 16 da *Déclaration de 1789* –, o Poder Legislativo foi concebido como aquele encarregado de produzir a “Lei”. Esta era entendida, a esse tempo, como “uma regra geral, quer dizer, uma prescrição que não visa um caso particular e atual, nem pessoas determinadas, mas que é promulgada para se aplicar a todos os casos e a todas as pessoas” (CARRÉ DE MALBERG, 1931, p. 4). “Lei” que exalava uma áurea de dignidade precisamente pelo fato de ser uma encarnação da vontade po-

Paulo Sávio Peixoto Maia é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professor nos cursos de especialização da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC - TJ/CE). Professor na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

pular, ou melhor, da vontade geral (*volonté générale*)¹.

É pelo fato de a “Lei” ser o instrumento da soberania popular que os cidadãos deveriam contribuir para a sua formação diretamente ou por meio de seus representantes². Após um período fortemente conturbado (1789-1799) – e de grande complexidade para os que o estudam –, a tese da democracia representativa (parlamentar) foi aquela que fez fortuna não só na França como também no Ocidente como um todo (GAUCHET, 1995). Por tudo isso, o “reino da lei” tem, no Poder Legislativo, a sua pedra angular: é com a intervenção da representação popular que a vontade geral, consubstanciada em regras gerais e abstratas, toma corpo.

Durante todo o século XIX, esses fundamentos do constitucionalismo moderno foram presença constante em solo alemão (DIPPEL, 1977). Os liberais da época costumavam sustentar que o Poder Legislativo seria o guardião dos direitos do povo. Por tal motivo, um Karl von Rotteck afirmava que “a essência da Constituição consiste na representação nacional” (GOZZI, 2006, p. 319-321), de modo que seria essa participação parlamentar na feitura das leis que diferenciaria um Estado de Direito (*Rechts-Staat*) de um Estado de força (*Gewalts-Staat*) (HUMMEL, 2001, p. 128). Tudo isso para propor um “caráter pactuado” às Constituições alemãs, muito embora, na realidade, elas fossem outorgadas com base no princípio monárquico (*das monarschiches Prinzip*).

Esses esforços não vingaram. Durante todo o século XIX, a Alemanha se mante-

¹ Surge daí a identificação entre Lei e direito, entre Lei e justiça. É nesse contexto que faz sentido a afirmação de Rousseau (1973, p. 52-54, 74-75) de que “a vontade geral não pode errar”, sendo uma vontade sempre livre para querer outra coisa.

² O art. 6º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, que afirmou: “a Lei é a expressão da *volonté générale*. Todos os cidadãos devem concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação” (DUVERGER, 1996, p. 18).

ve como um Estado monárquico em que o Parlamento era reduzido ao papel de uma “comissão legislativa” do Rei – como descreveu, com ironia e realismo, um estrangeiro em viagem pela Alemanha (BARTHÉLEMY, 1905, p. 744-745). Todavia, entre 1918-1919 o panorama muda. Dado o imenso desgaste com a opinião pública, que em grande parte se deve a seu envolvimento direto na I Guerra, a monarquia cai assim que a derrota na guerra vira uma realidade (RICHARD, 1988, p. 16). A Alemanha era, ineditamente, uma República – a assim chamada República de Weimar. A vitória dos liberais finalmente acontece: por meio de duas leis ordinárias, a Alemanha adota o parlamentarismo como sistema de governo (LANCHESTER, 1985, p. 153, 154, 184-188). A partir de então, o norte do direito público alemão não é mais o princípio monárquico, e sim o princípio da soberania popular. O centro de gravidade do aparato constitucional alemão migra – como é típico de repúblicas – para o Poder Legislativo. Não é por outra razão que os esforços dos teóricos mais reacionários da República de Weimar terá o Parlamento como alvo³.

Carl Schmitt foi um desses intelectuais; talvez o mais conservador, certamente o mais erudito⁴. Schmitt esteve pessoalmente envolvido na construção da tese do *Präsidentialregierung*, do “governo presidencial”, que, a partir de dezembro de 1929, toma corpo na Presidência do Reich. A ideia era simples: colocar um político para ser o Chanceler, independentemente de ele ter ou não maioria formada no Parlamento (o *Reichstag*) e sem qualquer negociação partidária. Caso o Parlamento se opusesse à política do gabinete, o Presidente colocaria os decretos de necessidade (*Notverordnung*)

³ Cf. Bercovici (2004, p. 87-93), que possui uma documentação muito precisa desses posicionamentos, que são descritos com grande perspicácia.

⁴ Para um perfil biográfico de Schmitt, cf. Bendersky (1983). A ressalva que se faz é que Bendersky parece suavizar o matiz autoritário da obra de Schmitt: que, incidentalmente, é sua principal característica.

previstos no art. 48 da Constituição de Weimar à disposição do Chanceler, para legislar à revelia do Parlamento. Em termos práticos: uma “desparlamentarização” da Alemanha (BEAUD, 1997, p. 28-33). E agora vem o mais paradoxal disso tudo: para Schmitt, isso seria um passo necessário para democratizar a Alemanha. Isso porque democracia e parlamentarismo não teriam ligação nenhuma.

Quais os pressupostos e consequências dessa disjunção entre democracia e parlamentarismo (isto é, representação popular no âmbito do Poder Legislativo)? Como foi possível a Schmitt afirmar que o aprofundamento da democracia na Alemanha exige que o Poder Legislativo seja simplesmente anulado? Quais os perigos envolvidos nesse modo de pensar?

1. *Parlamentarismo como expressão do “sistema metafísico liberal”*

O ataque desferido por Carl Schmitt à democracia representativa (parlamentar) pode ser compreendido como um dos capítulos de uma trama mais extensa: a contraposição de Schmitt ao liberalismo – também mencionado como “sistema metafísico liberal”⁵. A modernidade é descrita por Schmitt como o momento em que há uma desagregação da “hierarquia da esfera do espírito” (SCHMITT, 1924/1981, p. 19); como a era histórica em que o “sujeito” passa a exercer o protagonismo social, sendo “o sacerdote de si mesmo”, o “arquiteto que erige a catedral para o culto da própria personalidade” (SCHMITT, 1924/1981, p. 24).

E se no Antigo Regime o sujeito vivia em função de sua posição de nascença, com o alvorecer do liberalismo o sujeito inverte esse posicionamento, porquanto passa a conceber o mundo como um pretexto,

⁵ Vários autores apontam que o liberalismo teria sido o grande adversário intelectual de Schmitt. Cf., por todos: Ferreira (2004); Richter (2000, p. 1619-1644).

uma *occasio* de sua produtividade estética (SCHMITT, 1924/1981, p. 128; CAAMAÑO MARTÍNEZ, 1950, p. 60). Ao sujeito forjado pelo liberalismo só interessa *discutir*, eternamente. A decisão forma vínculos com o futuro e, por isso, limita a liberdade subjetiva de quem a toma (FERREIRA, 2004, p. 98); por tal razão, não é desejada pelo liberal.

Schmitt insere o Poder Legislativo nesse marco de ideias, o “sistema metafísico liberal”. Buscando encontrar o “fundamento histórico-espiritual (*geistesgeschichtliche*) do parlamentarismo”, o jurista alemão afirma que a *ratio* do parlamentarismo reside em um processo dinâmico e dialético de confronto de opiniões divergentes (SCHMITT, 1926/1994a, p. 33)⁶. Sua essência fora fixada de modo preciso por aquele que fora o maior teorizador do sistema parlamentar, o político e constitucionalista francês François Guizot⁷.

Quando Guizot aborda o parlamentarismo, ele o faz – sempre de acordo com a descrição schmittiana – mediante uma diferença entre direito e poder (Idem, p. 34). Assim, no âmbito de um sistema político que conhece a separação de poderes, o parlamentarismo contribuiria para a manutenção do direito diante do poder se as seguintes exigências fossem atendidas: (i) “que os poderes sejam sempre obrigados a discutir e, com isso, buscar a verdade juntos”, (ii) “que a publicidade de toda

⁶ Com efeito, tal afirmação de Schmitt é bem consoante a algumas descrições da época. Um grande especialista inglês em *Parliamentary Law*, Sir Courtney Ilbert (1926, p. 100), atesta a crença de que por meio da crítica e da discussão, a partir do oferecimento de moções, seria possível aos representantes do povo interferir na formulação das políticas públicas. Diz ele: “Nada aclara tanto a atmosfera como um bom debate parlamentar, nem revela de modo mais perfeito as distintas orientações do sentimento popular e sua opinião”.

⁷ Sobre a justificação do parlamentarismo, por Guizot, é imprescindível: Guizot (1855). Há recente tradução brasileira: Guizot (2008). Para uma introdução ao pensamento de Guizot, revela-se fundamental: Hummel (2006, p. 903-914).

a vida política coloque os poderes sob o controle dos cidadãos”, e, por último, (iii) “que a liberdade de imprensa incentive os cidadãos a procurarem a verdade por eles mesmos, e que ela seja transmitida aos poderes” (SCHMITT, 1926/1994a, p. 35). Têm-se aqui três princípios: discussão (que se traduz pela separação de poderes), publicidade da vida pública e liberdade de imprensa; sendo que o último estaria mais para um meio que instrumentaliza os dois primeiros princípios do que propriamente um elemento autônomo.

Para Schmitt, as considerações de Guizot têm a sua profundidade vislumbrada quando se percebe a sua filiação ao liberalismo. Não se trata de um racionalismo ou de uma apologia à concorrência econômica (ao estilo *laissez-faire*), é mais que isso: as teses de Guizot são filhas legítimas do sistema metafísico e abrangente do liberalismo. Isso pode ser verificado quando se nota o papel central exercido pela “discussão”⁸. É ela que estrutura o funcionamento do princípio da publicidade e do princípio da separação de poderes, pedras angulares do pensamento constitucional e do parlamentarismo, e uma emblemática tradução do sistema metafísico liberal (Idem, p. 48-49).

Quanto ao princípio da publicidade, ele seria tributário à crença nas qualidades da opinião pública, diz o jurista de Plettenberg. Um princípio que nasce com um adversário certo: os *arcana imperii*, a teoria dos segredos de Estado, muito típica do Estado absolutista⁹. O princípio da publicidade se dirigia contra “a política de gabinete, exercida a portas fechadas e por poucas pessoas”, que

era descrita como uma técnica maquiavélica de poder. Com o advento dos ideais iluministas, teria início uma “panaceia”, que colocava a publicidade da política como algo que é “justo e bom só por causa de sua publicidade” (SCHMITT, 1926/1994a, p. 38). Para Schmitt, é essa crença liberal na opinião pública que fornece um mote interessante para se compreender a “separação ou balanceamento das diversas atividades e instituições do Estado” (Idem, p. 39).

No entender de Schmitt, a separação de poderes denota a crença liberal de que o problema representado pela unidade absoluta do poder seria resolvido de pronto quando se desenvolve um sistema de mediações institucionais que cria uma diversidade de pontos de vista e de opiniões (SCHMITT, 1928/2001, p. 60-61, 186-189). Isso não somente entre os poderes, mas inclusive dentro do próprio Legislativo, como ocorre com o bicameralismo, com a concorrência entre câmaras de natureza estadual e federal e com a cisão interna de um órgão legislativo entre governo e oposição (SCHMITT, 1926/1994a, p. 41). A separação dos poderes traria a discussão para dentro do próprio Estado, o que para o pensamento metafísico liberal seria, necessariamente, uma coisa positiva.

Assim, publicidade e separação dos poderes são variações de um mesmo tema: a crença na *discussão*. E é precisamente quando se repara no papel central exercido pela discussão que se vê uma zona de interseção entre o parlamentarismo e liberalismo (HUMMEL, 2005, p. 46-47). Ao propor essa identidade, Schmitt se inscreve na tradição iniciada pelo teólogo espanhol Juan Donoso Cortés (1809-1853) (AZZARITI, 2005, p. 72-74)¹⁰. Para Donoso (apud SCHMITT, 1934/1972, p. 79-80),

¹⁰ Além de admirador e de ser o maior responsável pela revalorização recente da obra de Donoso Cortés, Carl Schmitt revelou-se profundo conhecedor da obra de Donoso. Uma mostra disso: cf. Schmitt (1950/2002a, p. 87-99); Schmitt (1950/2002b, p. 100-115); Schmitt (1949/2002, p. 80-86).

⁸ Aqui, Schmitt parece perceber bem a importância que os constitucionalistas de seu tempo conferiam à discussão, entendida como um pré-requisito para o bom funcionamento de um Legislativo. Ao justificar a publicação de um manual de direito parlamentar, Edwin DuBois Shurter (1923, p. 13) sustentou a sua necessidade informando que “*The American Republic is in large measure a government through public discussion*”.

⁹ Schmitt discorre sobre eles em: Schmitt (1921/2003, p. 45-49). Para a doutrina da Razão de Estado, cf. Koselleck (1999, p. 20-25).

“pertence à essência do liberalismo burguês não tomar decisões”, e, por isso, “ele define a burguesia exatamente como ‘uma classe que discute’”, que transfere toda atividade política ao discurso parlamentar ou à via da imprensa. A discussão liberal seria uma prova manifesta de um modo de pensar tipicamente *conciliatório*, incapaz, por isso, de gerar decisões. Por isso, se ao Parlamento é feita a pergunta “Cristo ou Barrabás?”, ela é respondida “com uma moção de adiamento ou com a instalação de uma comissão de inquérito” (SCHMITT, 1934/1972, p. 82)¹¹.

Em síntese, a discussão liberal é conciliatória, e isso impede a decisão. Para Schmitt, a publicidade e a separação de poderes, como desdobramentos do liberalismo, são princípios que até tiveram sentido em uma certa época, mas foi justamente a mudança nas condições sociais que permitiu o seu surgimento, que os reduziria a uma “formalidade trivial e vazia” (SCHMITT, 1926/1994a, p. 50).

Do que foi até agora exposto, viu-se de que maneira Schmitt “desconstrói” a justificativa clássica da centralidade que o Poder Legislativo deve ter em um Estado que se guia pelo princípio da soberania popular. Mas: o que ele coloca em seu lugar? Se a democracia parlamentar é um mero anacronismo fruto das “ilusões de Guizot”, quais alternativas se tem a isso?

A resposta deveria ser buscada na própria Constituição de Weimar (1919). Analisando-a, Schmitt apontou que haveria, nela, dois elementos constitutivos. O primeiro seria um “elemento democrático”. A Constituição de Weimar contém uma

decisão política fundamental em prol da democracia. O Reich alemão é uma república. O *segundo* consistiria no elemento *rechtsstaatlich*, isto é, “próprio ao Estado de Direito liberal”: suas principais expressões seriam o catálogo de direitos fundamentais e a separação dos poderes. E o Parlamento nada mais seria que um corolário da separação de poderes.

A “salvação” da República de Weimar passaria por um fortalecimento do elemento democrático (*qua* positivo, porque decide, estabelece algo) em desfavor do elemento *rechtsstaatlich* (*qua* negativo, porque se reduz a limitar algo que já existe). E é assim que Carl Schmitt envidará esforços no sentido de neutralizar essa tradução do liberalismo que é a democracia parlamentar e, concomitantemente, valorizar a “democracia”, contida na Constituição de Weimar.

A democracia é uma forma política que um Estado pode assumir: “Estado é um determinado *status* de um povo, e certamente o *status* da unidade política. Forma política é a maneira especial de conformação dessa unidade” (SCHMITT, 1928/2001, p. 205). Para o jurista alemão, toda forma política é uma resultante da combinação de dois princípios político-formais: *identidade* e *representação*. Princípios que não se excluem mutuamente (Idem, p. 206). A partir do manejo desses dois princípios, Schmitt vai lançar sua proposta para uma República de Weimar sem parlamentarismo. A seguir, ver-se-á como ele concebe o princípio da representação. Logo em seguida, o da identidade.

2. A representação política como ato de fé

“Representação significa tornar presente algo que, todavia, não está literalmente presente” (PITKIN, 1967, p. 144). De alguma forma, a unidade política do Estado tem que se tornar visível. Mas isso somente é um problema porque a unidade não é um dado: a representação não é espelho de uma

¹¹ Efetivamente, à época de Schmitt a figura da “comissão parlamentar” era havida, pelos constitucionalistas, como o método por excelência para resolução de conflitos entre órgãos do Estado. Assim acreditava Vincenzo Miceli (1913, p. 170-171), que não era entusiasta do uso de métodos de democracia direta, como o *referendum* e o plebiscito, para a resolução de impasses entre instituições estatais, de modo que somente deveriam ser utilizados em casos excepcionais; sua preferência era a “comissão”.

identidade pressuposta, porque a unidade política do povo nunca chega a ser uma identidade real (SCHMITT, 1928/2001, p. 205). É a partir do inescapável hiato existente entre os cidadãos que governam e os que são governados que a representação encontra a sua importância. Invólucro do Estado, é por meio da representação que algo ausente pode revestir uma exterioridade palpável, perceptível. Assumindo esse *leitmotiv*, o conceito de representação de Schmitt apresenta três características centrais.

Primeiro, a representação somente tem lugar no âmbito *público* (Idem, p. 208). A representação política não pode, assim, ser confundida com uma representação de interesses particulares, própria do âmbito do direito privado, que a entende como uma atividade de gestão de negócios. Schmitt afasta semelhante uso privatístico, que é denotado no âmbito linguístico alemão por *Vertretung*: em seu lugar, ele prefere o substantivo (com raiz latina) *Repräsentation*, reservando para este termo um uso exclusivamente político-formal (AZZARITI, 2005, p. 31; BISOGNI, 2005, p. 147).

Em *segundo* lugar, a representação não se resume a um fenômeno puramente normativo, mas *existencial*¹². Na representação, opera-se uma atualização de “um ser imperceptível mediante um ser de presença pública” (SCHMITT, 1928/2001, p. 209). Claro que somente algo que tenha uma certa dignidade – e, por isso, superioridade – é que pode ser representado. Uma coisa inferior ou morta não pode ser representada por algo que lhe é superior, afinal seria desprovida de *existência* (Idem). Essa passagem de sua “Teoria da Constituição” [*Verfassungslehre*] (original de 1928) mostra-se de difícil compreensão quando não se nota que a dimensão existencial da representação já foi desenvolvida por

¹² Até porque, no entendimento de Schmitt (1929/1992, p. 111), “todas as representações essenciais da esfera espiritual do homem são existenciais, e não normativas”.

Schmitt em um estudo precedente, em que ele aborda a Igreja Católica como a forma política apta a ser arquétipo de todas as outras¹³.

Em “Catolicismo Romano e Forma Política” [*Römisches Katholicismus und Politische Form*] – que data de 1923 –, Schmitt encontra mais uma ocasião para questionar os fundamentos da modernidade¹⁴. É mais uma aplicação do seu famoso teorema da secularização, desenvolvido em sua “Teologia Política”, em que afirma que “todos os conceitos mais importantes da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 1934/1972, p. 61).

Consiste também em mais uma oportunidade em que Schmitt contrapõe técnica e política. Confrontando-se com a noção tipicamente weberiana de modernidade como o primado da racionalidade técnico-econômica (KELLY, 2004, p. 118), Schmitt vê na Igreja Católica, na sua permanência perante os séculos, um exemplo claro de que a força da forma política não é dependente da racionalidade econômica do liberalismo – chamado de modo depreciativo, por Schmitt, de “sistema metafísico liberal”. O pensamento econômico não é passível de representação, pois só conhece a técnica. Seu racionalismo exige a imanência, a matéria, a objetividade, a privatização da experiência religiosa (SCHMITT, 1923/1996, p. 13, 15, 20). O pensamento econômico “tem a sua razão própria e a sua própria veracidade naquilo que é absolutamente material, que diz respeito apenas às coisas” (SCHMITT, 1996, p. 16).

¹³ Chamou-me a atenção para isso: Kervécan (2002, p. 160-161).

¹⁴ Seguimos, aqui, as considerações teóricas de Niklas Luhmann para conceituar a modernidade como o momento histórico em que a comunicação da sociedade passou a ser primordialmente organizada com base em funções, que são executadas por sistemas sociais especializados em tal tarefa. Esse processo de diferenciação tem como termo inicial a virada para o século XIX. Para uma introdução ao tema, cf. Pinto (2002); Campilongo (2000); Luhmann (1983) e Maia (2008).

Precisamente por isso é que o conceito de representação da Igreja será de tanta valia para a cruzada antiliberal de Schmitt¹⁵. Como perfeito antípoda ao pensamento economicista, racionalista, individualista, enfim, liberal, a Igreja forneceria “um modo especial de pensamento cujo método de comprovação é uma específica lógica jurídica” (SCHMITT, 1923/1996, p. 12)¹⁶. A Igreja não é matéria, e nem se preocupa com a exploração da matéria, pois ela é forma, é uma *ideia* (CASERTA, 2005, p. 74). Disso vem seu poder atemporal, capaz de se adaptar às mais diversas situações e aos mais diversos regimes políticos. A Igreja consiste em um *complexio oppositorum*:

“Do ponto de vista da idéia política do catolicismo, a essência do *complexio oppositorum* católico-romano reside em uma tal superioridade formal específica na questão da vida humana que nenhum outro império jamais conheceu. Ela obteve sucesso em construir uma configuração sustentável da realidade social e histórica que, apesar de seu caráter formal, mantém sua existência concreta a um só tempo vital e ainda racional em seu mais alto grau. Esse caráter formal do catolicismo romano funda-se em uma realização estrita do princípio da re-

presentação” (SCHMITT, 1923/1996, p. 8).¹⁷

A dimensão existencial, por tudo isso, é demonstrada pela forma política encarnada pela Igreja, porquanto há uma representação oriunda “de cima” (SCHMITT, 1923/1996, p. 26). A Igreja desempenhava a função, segundo Schmitt, de realizar uma “mediação” entre Deus e o mundo terreno. Disso derivaria a *visibilidade da Igreja*: daquilo que não é visível. “O mediador descende, porque a mediação somente pode derivar de cima, e não de baixo” (SCHMITT, 1917/1996, p. 51-52)¹⁸. O representante adquire uma *autoridade pessoal* que deriva daquilo que não é visível, mas que ele representa; afinal “o representante de um valor nobre não pode ser sem valor” (SCHMITT, 1923/1996, p. 21). Um curioso paradoxo, ou melhor: *complexio*.

O conceito de representação da Igreja possui um aspecto que corresponde à *terceira* característica do conceito de representação de Schmitt: a *personificação* da representação. Schmitt descreve a Igreja como “uma representação pessoal concreta de uma personalidade concreta”. Herdeira da *jurisprudencia* romana, a Igreja consegue assumir as mais diversas formas jurídicas: mas só pode fazê-lo porque “representa a pessoa do próprio Cristo” (Idem, p. 18-19). Personalisticamente, essa tarefa será desenvolvida pelo Papa, o Vigário de Cristo. O Papa não é um funcionário de uma burocracia, porque a sua posição não é impessoal, uma vez que “seu cargo é parte de uma cadeia ininterrupta ligada ao mandato pessoal e à pessoa concreta de Cristo. Este é, na verdade, o mais espantoso *complexio oppositorum*”, confessou Carl Schmitt (1923/1996, p. 14).

¹⁷ Para a transcrição desse trecho, fez-se uso da cuidadosa tradução inédita levada a efeito por Menelick de Carvalho Netto.

¹⁸ Como notou G. L. Ulmen (1996, p. 12-13), pode-se observar uma secularização no argumento de Schmitt. Se, no escrito de 1917, a essência da Igreja seria a mediação, no estudo de 1923 esse conceito será substituído pelo de “representação”.

¹⁵ Já em 1914, Carl Schmitt identifica no pensamento teológico católico um bom exemplo de pensamento jurídico que não precisa se apoiar no conceito de “indivíduo”, porquanto toda a autoridade papal deriva da dignidade do cargo, e não de seu carisma pessoal. Cf. Schmitt (1914/2003, p. 133). Excelente introdução é o estudo de Slade (1996, p. 113-122).

¹⁶ E nesse ponto é possível observar, mais uma vez, a influência que Juan Donoso Cortés exerceu na formação intelectual de Schmitt. Em discurso no Parlamento espanhol, em 1850, Donoso aponta que o meio mais eficaz de combater o economicismo que orienta as pretensões socialistas é exatamente o catolicismo romano. Isso porque “o socialismo é a cria da economia política tal como uma pequena víbora é filha de uma cobra”. Assim, a receita não é outra: “Queres combater o socialismo? (...). Se queres combater o socialismo, é necessário que vás até a religião que ensina o pobre a ser resignado e o rico a ser generoso”. Cf. Donoso Cortés (1850/2000, p. 78).

A partir da autorizada análise etimológica empreendida por Hanna Pitkin (1967, p. 241), pode-se ver que o conceito católico de representação adotado por Schmitt tem a sua origem situada historicamente nos séculos XIII e XIV, quando o Papa e seus cardeais começaram a ser descritos como Cristo e seus apóstolos, respectivamente. No *Decretum* de Graciano, é verdade, os bispos e sacerdotes também apareciam como *vicarii Christi*, mas a partir da doutrina da plenitude potestatis, do papa Inocêncio III, somente o papa poderia ser considerado o *vicarius Christi* (KANTOROWICZ, 1998 p. 73-74). A Querela das Investiduras, que se seguiu à luta entre *æternitas* e *seculum* desencadeada pela reforma gregoriana (BERMAN, 1996, p. 95-124), provocou uma variação evolutiva, que acabou por ser selecionada, o que propiciou uma reacomodação semântica que é adotada por Schmitt como um dado. Nesse uso linguístico, não havia a ideia de uma transferência de poder ao representado, mas sim de uma corporificação *per successionem* (PITKIN, 1967, p. 241-242). A Igreja era o *corpus mysticum Christi*; sendo um corpo, a cabeça era o papa, porque tornava o Cristo presente, porque se ligava espiritualmente a ele em sua corporificação *per successionem* (KANTOROWICZ, 1998, p. 126)¹⁹.

As tintas pré-modernas da noção católica de representação não inibiram Schmitt de utilizá-la. Ao contrário, ela fornecia a Schmitt uma alternativa às abstrações e às ficções que ele julgava existir na estetização política realizada pelo sistema metafísico do liberalismo e sua característica aversão à decisão (porquanto preferia o eterno diálogo), o que fazia com que a representação não adviesse “de cima”, uma vez que procedia “de baixo” (KAHN, 2003, p. 73). No entender de Schmitt (1923/1996, p. 17), a representação na abordagem católica advertiria ao liberalismo que “não há polí-

tica sem autoridade e nem autoridade sem um *ethos* de crença”, o que tem o efeito de conceber a representação a partir de uma dimensão hierárquica, pois instaura uma relação de obediência entre o representante e o destinatário do ato de representação (KERVÉGAN, 2006, p. 161), facilitando, assim, o estabelecimento da *decisão*.

E mais: tecendo um contraponto ao liberalismo que, na seara da política, tem como principal traço a valorização do “eterno diálogo” em detrimento da decisão. Para Schmitt, o liberal vê a política apenas como um mote, uma ocasião para realizar um “diálogo agradável”. Entender a representação de um modo hierárquico, entre representante e representado, é um pressuposto necessário para romper com o “eterno diálogo” liberal e colocar a decisão como aquilo que é tipicamente político (SCHMITT, 1924/1981, p. 237). A decisão é boa porque é decisão, por encarnar uma autoridade superior, uma ideia – independentemente do conteúdo da decisão²⁰.

Ao conceber o princípio político-formal da representação como *um ato de fé* (SCHMITT, 1923/1996, p. 32; AZZARITI, 1995, p. 32-33), Schmitt pôde concluir que somente aquilo que é *governo* pode representar a unidade política de um povo como um todo – o que não se confunde com o povo em sua realidade natural, necessário ressaltar (SCHMITT, 1928/2001, p. 211). “Mas em todo caso, governa somente porque tem a confiança do povo” (Idem, p. 232). A produção dessa confiança é aspecto central do conceito de democracia de Schmitt e é operacionalizada de forma plebiscitária; mas a sua compreensão depende da abordagem preliminar do segundo princípio político-formal, o da identidade. É o que será feito agora.

²⁰ A esse posicionamento que Carl Schmitt tem diante do político, dando precedência à decisão independente daquilo que é decidido, dá-se o nome de “decisionismo”. Sobre o assunto: Portinaro (1982, p. 247-267); Carloni (2001, 363-384); Dymetman (2001, p. 115-134).

¹⁹ A doutrina “corporativa” da Igreja foi sintetizada pela bula *Unam Sanctam*, de Bonifácio VIII, em 1320.

3. O princípio da identidade como corretivo da “representação burguesa”

O princípio da identidade parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como “sujeito de toda determinação conceitual do Estado”, seja capaz de atuação política em virtude de uma “homogeneidade forte e consciente” (SCHMITT, 1928/2001, p. 205). Nesse passo, a democracia é definida como uma forma política que utiliza em primazia o princípio da identidade. “A igualdade democrática é, essencialmente, homogeneidade, e, certamente, homogeneidade do povo”. Assim, atendendo ao requisito da homogeneidade, a democracia, em Schmitt, terá que aparecer como a “identidade entre dominadores e dominados, dos governantes e dos governados, dos que mandam e dos que obedecem” (Idem, p. 230).

A identidade, contudo, requer diferença. Por um lado, uma democracia tem que conceber todos os homens como sendo iguais, a partir de um determinado núcleo de identificação, como “idéias de raça e de fé comuns, de destino e tradições comuns” (Ibidem, p. 224). Mas, por outro lado, a igualdade interna tem como contraposição uma desigualdade que no mais das vezes lhe é externa. É mediante a identificação interna que um povo pode olhar outro que não seja a ele semelhante como estrangeiro, diferente, não-homogêneo (CASERTA, 2005, p. 52).

Para Schmitt (1932/1992, p. 76), um povo somente existe quando ele pode determinar autonomamente, existencialmente, quem é amigo e quem é inimigo. Quando um povo renuncia a essa responsabilidade em prol de um ideal apolítico como “humanidade”, o político não desaparece do mundo: “desaparece apenas um povo fraco” (Idem, p. 79). Só que, ao contrário do que entende Ernst-Wolfgang Böckenförde (1998, p. 39-40), o contraste com o

heterogêneo, na formação do princípio da identidade, não se restringe ao “inimigo externo”. Schmitt (1932/1992, p. 72) faz questão de deixar muito claro que o Estado somente existe como unidade política se ele consegue determinar, igualmente, o “inimigo interno”. A igualdade democrática seria um fim que justificaria meios de “declaração de hostilidade”. Bem explicado, mais que justificar as hostilidades, a igualdade democrática precisa delas, sob pena de padecer sua própria existência. Desterro, banimento, prisão: modos mediante os quais a homogeneidade democrática depura todo elemento heterogêneo, e assim constrói a sua identidade (Idem).

Definir a democracia como identidade entre dominante (*Herrscher*) e dominados (*Beherrschten*) significa negar uma diferença “qualitativa” entre eles, segundo Schmitt (1928/2001, p. 230). Ele se refere, *a contrario sensu*, a outras formas políticas que pressupõem uma diferença de nasença, como nobre/plebeu, como é o caso da monarquia, em que se tem uma superioridade qualitativa, de sangue, entre quem governa e quem é governado (Idem, p. 231).

Não se pode olvidar que, apesar de a democracia se pautar na homogeneidade, ela não é o único caminho possível para que se tenha *unidade política*. Faz-se necessário lembrar que o princípio da identidade não detém exclusividade na formação da unidade política. Os dois princípios político-formais, identidade e representação, ainda que mutuamente díspares, são igualmente competentes para levar a efeito a confecção da unidade política do povo, o Estado (MANIN, 1995, p. 193). Vale a pena recuperar a síntese operada por Schmitt quando ele compara esses dois princípios; aqui, a extensão do trecho transcrito se justifica pela clareza por ele propiciada:

“Em resumo, pode-se dizer: o Estado se fundamenta como unidade política a partir da vinculação de dois princípios de formação contrapostos, o princípio da identidade (do povo

presente consigo mesmo como unidade política, quando, em virtude da própria consciência política e vontade nacional, tem aptidão para distinguir entre amigo e inimigo) e o princípio da representação, em virtude do qual a unidade política é representada pelo governo. A aplicação do princípio da identidade significa uma tendência a um mínimo de governo e de direção pessoal. Quanto mais se aplique este princípio, tanto mais se pratica a resolução dos assuntos políticos ‘por si’, graças a um máximo de homogeneidade, naturalmente dada ou historicamente alcançada. (...) mas essa situação deve ser considerada como uma simples construção ideal do pensamento, e não uma realidade histórica e política. O máximo de identidade não acontece, mas sim, de forma real, um mínimo de governo. (...) E ao contrário: um máximo de representação significaria um máximo de governo. O perigo dessa situação é que o sujeito da unidade política, o povo, é ignorado, perdendo seu conteúdo o Estado, que não é mais que um povo em situação de unidade política. Seria então um Estado sem povo, uma *res populi* sem *populus*” (SCHMITT, 1928/2001, p. 214).²¹

A partir dessa menção aos dois princípios político-formais da teoria constitucional de Schmitt, representação e identidade, pode-se ver a tensão existente entre Estado e povo – que não pode ser nivelada em favor de um dos lados²². Um Estado não vive sem

²¹ A similitude do argumento de Schmitt com aquele de Rousseau é significativa e já foi apontada por diversos estudiosos, sendo assumida pelo próprio Schmitt. Em Rousseau, também há uma variação da forma política entre o máximo e o mínimo de representação. Cf. Fortes (1985, p. 94-95).

²² É tentador ver nisso uma tensão entre dois tipos ideais. A bibliografia especializada se debate acerca da utilização, ou não, da metodologia típico-ideal de Max Weber por parte de Schmitt. A metodologia weberiana, ao provocar uma acentuação aguda na realidade a fim de formar um tipo ideal, persegue

povo, mas também não há povo sem Estado. Uma aplicação exclusiva do princípio da identidade produz uma democracia direta, que, basicamente, consistiria na eliminação de toda e qualquer magistratura pública, de toda mediação institucional. Quando se coloca como única magistratura do Estado, o povo, na verdade, destrói o Estado, acredita Schmitt (1927/2001, p. 80). Uma democracia imediata, sem representação, é impossível; nesse passo: “a imediaticidade da democracia não se deixa organizar sem deixar de ser imediata” (Idem).

E, mais uma vez, aparece o nexo interno entre identidade e representação como princípios político-formais. Mesmo em uma democracia, em que o primado é do princípio político da identidade, a representação faz-se igualmente necessária, modo contrário, essa “magnitude” que é definida em contraposição ao Estado, o povo, não consegue ser percebida. Afinal, “não existe um povo que seja prontamente dotado de uma ordem própria, eventualmente já jurídica, que preceda o Estado” (BISOGNI, 2005, p. 147).

Daí a necessidade da existência de uma representação do povo, mesmo em uma democracia, porquanto o “povo é um conceito que somente adquire existência na esfera do que é *público*”, e, “na realidade, o povo produz o público mediante sua presença” (SCHMITT, 1928/2001, p. 238). Somente o que está ausente é que pode ser representado, mas é pela representação que algo se torna visível, *presente*. Dessa forma, o povo, para Schmitt, inevitavelmente precisa ser representado, já que a homogeneidade do povo é uma ficção – em sentido inverso, mostra-se possível afirmar que o povo só existe porque é ausente (BISOGNI, 2005, p. 151), o que não deixa de ser um curioso *complexio oppositorum*: como desenvolvê-lo?

com isso um resultado de neutralidade axiológica. Esse não é o caso de Schmitt, definitivamente, que é mais interessado em impelir a ação. Daí, talvez o existencialismo de um Georges Sorel tenha sido mais decisivo nas escolhas acadêmicas de Schmitt. É a tese de: Seitzer (1998, p. 283).

Consoante já foi aventado, Schmitt, conscientemente, deseja eliminar os traços liberais presentes na Constituição de Weimar (o elemento *rechtsstaatlich*), como o parlamentarismo, para, assim, fortalecer o “elemento democrático”. Só que a democracia não é um dado, e sim uma amarração paradoxal entre identidade e representação (MOUFFE, 1994, p. 91-107). Por um lado, a democracia pura é indesejável (identidade), eis que destrói a (mítica) unidade estatal. Por outro lado, a representação tende a destruir o elemento povo, a substância do Estado, quando utilizada em demasia. É preciso evitar os dois extremos. Jean-François Kervégan (2002, p. 159) notou como Schmitt saiu desse impasse: “é ao se fundamentar nessa tese do caráter limitado de uma democracia pura que Schmitt poderá militar em favor de uma correção plebiscitária do regime de Weimar”.

4. *Plebiscito como mecanismo de correção do caráter antidemocrático do Parlamento*

No âmbito de uma democracia de massas como a de Weimar, Schmitt (1932/1971, p. 146) aduz que “a legitimidade plebiscitária é a única espécie de justificação estatal que atualmente pode ser reconhecida em geral como válida”. Os métodos plebiscitários seriam, para Schmitt, portanto, um meio possível de transformar o povo, aquela “entidade essencialmente não organizada e tampouco estruturada” (SCHMITT, 1928/2001, p. 237), em algo palpável, ao tornar presente um eterno ausente. Para Schmitt, nessa senda, o traço específico de uma democracia real, viva, não é o voto individual e secreto, em que o indivíduo fica atomizado em uma cabine de votação (Idem, p. 234), que pode, no máximo, denotar a vontade de todos, mas não a vontade geral. Ao contrário, o que constitui uma democracia, o seu “fenômeno originário”, é a *aclamação*, “o grito de aprovação ou de recusa da massa reunida” (SCHMITT,

1927/2001, p. 62)²³, caracterizada por Schmitt (1927/2001, p. 63) como um fenômeno eterno de toda comunidade política. “Nenhum Estado sem povo, nenhum povo sem aclamação”.

Assim, Schmitt (1927/2001, p. 62) acredita que o povo só é povo enquanto politicamente reunido para decidir sobre os rumos da unidade política, cuja confecção depende da aclamação: “onde quer que exista povo e onde quer que ele esteja (...) concretamente reunido e manifeste sinais de vida política, ele exprime a sua vontade mediante a aclamação”. Daí Schmitt valorar tanto instrumentos como o plebiscito, essa poderosa ferramenta, que, no âmbito de uma democracia de massas, a um só tempo fortalece a autoridade estatal e torna presente esse grande ausente que é o povo (CASERTA, 2005, p. 51-53). Plebiscito que faz com que o governo tenha “a autoridade para colocar corretamente as perguntas plebiscitárias em seu devido momento” (SCHMITT, 1932/1971, p. 147).

A partir dessa opção pelos métodos plebiscitários, será possível a Schmitt descrever a crise constitucional de Weimar não como uma crise democrática, mas como uma *crise na representação* (KERVÉGAN, 2002, p. 159). Mais que isso, permitirá a Schmitt concluir que seria a noção “liberalesca” a responsável por colocar o Parlamento (o Poder Legislativo) no pretense posto de grande guardião das liberdades, o que traria o profundo inconveniente de minar a legitimidade democrática, bem explicado: a identidade entre governante e governado, entre quem manda e quem obedece.

Para Schmitt, pelo fato de a Alemanha do tempo Weimar ser uma democracia é que cada vez mais o Presidente do *Reich* (e depois o *Führer*) deveria colocar, de cima

²³ No mesmo sentido, diferenciando a vontade do povo, como comunidade viva, da soma da vontade dos indivíduos atomizados: Smend (1985, p. 9). No entanto, Smend (1985, p. 20) se mostra consciente da necessidade do voto secreto no sentido de propiciar ao eleitor liberdade de consciência.

para baixo, a “pergunta correta”, que seria respondida por aclamação. Isso geraria a identidade suficiente requerida pela moderna democracia de massas, ao mesmo instante em que preservaria o princípio da representação, porquanto essa pequena “correção plebiscitária” não seria o suficiente para fazer a Alemanha descambar em uma democracia direta. Não por último, esse procedimento teria o efeito de lembrar que a representação seria, sobretudo, um ato de fé, que um parlamentar não representaria nada.

Paradoxalmente, esse procedimento plebiscitário não somente doaria identidade entre governante e governado, mas também fortaleceria o princípio da representação, na medida em que esvaziaria a democracia indireta, a representação levada a efeito pelos parlamentares. Conceber que o povo é representado por parlamentares é, para Schmitt, um equívoco. Essa representação seria, na verdade, “uma designação de funcionários de partidos e de interesses” (SCHMITT, 1928/2001, p. 235), o que era sobretudo agravado com o sistema eleitoral proporcional de listas²⁴. A identidade entre governante e governado fica prejudicada com a representação parlamentar; a representação, como visto, envolve confiança, é um *ato de fé* naquele que vai governar, tem caráter personalístico.

O *Reichstag*, por isso, consistiria, na verdade, em um entrave à utilização dos métodos plebiscitários, que seriam de fundamental valia para o fortalecimento do elemento democrático da Constituição de Weimar, frente ao elemento *rechtsstaatlich*. E é nesse passo que Schmitt enuncia a sua difundida máxima de que o parlamentarismo e a democracia seriam realidades inconciliáveis – o que tem como efeito permitir a Schmitt negar veementemente

que o Legislativo seja “guardião da Constituição”, uma noção que era muito cara aos liberais do século XIX²⁵.

Quando Schmitt publicou, em 1923, a primeira edição de *A Crise da Democracia Parlamentar*, limitou-se a afirmar que a metafísica que orientou o surgimento do parlamento houvera se esgotado, daí identificava a intransponível anacronicidade dessa instituição. Ou seja, Schmitt até então não precisou recorrer de forma enfática à contraposição entre democracia e parlamentarismo²⁶. Isso parece mudar após Richard Thoma publicar, em 1925, uma resenha sobre a referida obra de Schmitt.

Thoma apontou a incompletude da exposição histórica de Schmitt acerca dos fundamentos histórico-intelectuais do parlamentarismo. Enxergou bem a seleção forçada operada por Schmitt e afirmou que, “caso se queira examinar as fundações de uma instituição na história intelectual, não se pode se auto-restringir ao estudo de uma só ideologia”, afinal existem outras razões para o funcionamento do parlamento além das “ilusões de Guizot” (THOMA, 1925/1994, p. 79). De modo que “a vitalidade de uma instituição política de nenhum modo depende da qualidade de poder de persuasão das ideologias postas para sua justificação”; é sempre possível que uma instituição passe por mudanças, adaptações em seu propósito e estrutura (Idem, p. 80). Ao negar valor à reconstrução histórica de Schmitt, Thoma fica em condições de rebater também a sua “prognose constitucional”. Para ele, não estaria de forma alguma comprovado que os problemas constitucionais da atualidade [1925] poderiam ser simplificados no dilema “parlamentarismo ou ditadura”, uma

²⁵ Na análise de Schmitt (1931/1998, p. 128-130), a estratégia da burguesia foi a de constituir uma ordem dualista entre representação parlamentar *versus* governo, uma variação da distinção povo *versus* príncipe.

²⁶ Cf. uma das poucas passagens que constituem exceção, ainda assim argumentando que liberalismo e democracia não são a mesma coisa, mas sem ainda dizer o porquê: Schmitt (1926/1994a, p. 36).

²⁴ Smend (1919/1985, p. 27-36) também era um ferrenho crítico do sistema proporcional, o que mostra uma virada completa de sua opinião exposta pouco tempo antes, em que mostrava profunda fé no sistema proporcional: Smend (1912/1985, p. 1-26).

vez que “a democracia tem muitas outras possibilidades organizacionais além do parlamentarismo” (THOMA, 1925/1994, p. 81).

Schmitt parte dessa última constatação de Thoma e concorda inteiramente com ela, em sua tréplica: para Schmitt, a democracia tem, de fato, outras possibilidades para além do parlamentarismo (SCHMITT, 1926/1994b, p. 1-17). Democracia e parlamentarismo não se confundem, e Schmitt, a partir de então (1926), radicalizará essa diferença. A democracia, ao contrário do parlamentarismo, não possui nenhum parentesco com o sistema metafísico liberal. A democracia não implica discussão. Sua principal preocupação, na verdade, é outra: “em primeiro lugar, a democracia requer homogeneidade e, em segundo, a eliminação ou erradicação da heterogeneidade, caso necessário” (Idem, p. 9). Dessa forma, “uma democracia demonstra a sua força política quando se mantém distante ou afasta tudo aquilo que lhe é estranho, diferente e que por isso ameaça a sua homogeneidade” (Ibidem). Schmitt (1926/1994b, p. 15) sintetiza, desta forma, o caráter anti-democrático do parlamentarismo:

“Enquanto democracia, a moderna democracia de massas intenta concretizar uma identidade entre governante e governado e por isso ela encara o Parlamento como uma inconcebível instituição obsoleta. Se a identidade democrática é levada a sério, em caso de emergência nenhuma outra instituição constitucional consegue se impor face ao exclusivo critério da vontade do povo, seja qual for a forma que ele venha expresso. Principalmente uma instituição baseada na discussão por representantes independentes não tem nenhuma justificação autônoma para a sua existência em face à vontade do povo, menos ainda porque a crença na discussão não é originariamente democrática, mas liberal.”

A contraposição polêmica oferecida por Schmitt coloca de um lado a democracia como unidade homogênea e de outro o parlamentarismo como um liberalismo heterogêneo. Já foi assentado que, para Schmitt, somente o elemento político da Constituição de Weimar merece ser preservado. A decisão política em favor da democracia (de preferência com a adoção do devido aperfeiçoamento plebiscitário) é o que Schmitt considera que merece ser protegido; como decorrência, é inevitável que o Parlamento, mais uma vez, apareça como órgão desprovido de utilidade. O guardião da Constituição, dessa forma, não pode ser o *Reichstag*, porque ele seria, na verdade, a principal força a se colocar contra o conceito schmittiano de democracia. O parlamento, para Schmitt, somente dissolve a unidade política estatal. A proteção da Constituição, portanto, envolve a tomada de decisões. Um poder que somente discute não pode exercer propriamente essa função (CASERTA, 2005, p. 64-66).

5. Considerações finais

O libelo schmittiano de crítica ao funcionamento do Poder Legislativo é, antes de mais nada, uma mostra convincente do quão apta à manipulação é o significante “democracia”. O século XX deu vários exemplos de ferrenhas ditaduras que se descreveram como “democráticas” – ou, no mínimo, como preparatórias de um futuro democrático. Em nome da materialização de um ideal nobre, o Estado poderia assumir o papel de um Leviatã que adota qualquer meio para conseguir materializar a cidadania, e assim, fazer com que prestações estatais atingissem aquele exército de explorados, fruto do espólio do século XIX, que foi o teatro da maior exploração do homem pelo homem jamais presenciada (CARVALHO NETTO, 2001, p. 227). A construção de um Estado forte – muitas vezes chefiado por um líder carismático com habilidade suficiente para manipular as massas mediante

uma estetização da política levada a efeito por plebiscitos e referendos – justificaria a desconsideração de formalidades “liberais”, “burguesas” e levaria a uma “natural” desconsideração dos institutos mais caros ao constitucionalismo, como a separação dos poderes, por exemplo²⁷ (CARVALHO NETTO, 2003, p. 148).

Essa visão de mundo – que pode ser historicamente situada no paradigma do Estado Social (HABERMAS, 1997, p. 138-147) – orienta profundamente a crítica de Schmitt ao Poder Legislativo. Na medida em que desqualifica a representação popular, ao entendê-la como uma mera “formalidade vazia”, Schmitt fica em condição de sustentar uma suposta “materialização” da democracia. Só que essa *materialização* democrática, por meio de uma correção plebiscitária da representação (pejorativamente tida como “burguesa”), revela-se, a rigor, como um *esvaziamento* da democracia (DYMETMAN, 2001, p. 118).

Não há absolutamente nada de democrático em se conceber a representação como uma relação de fé personificada. Schmitt até acerta quando afirma que o povo é um eterno ausente; mas erra no instante em que prescreve que esse ausente tenha que se tornar presente por meio de uma relação identitária confeccionada por chancelas plebiscitárias. “Povo” não pode ser uma instância materializada; “povo” é, sobretudo, um processo que é configurado (e reconfigurado) através do tempo. É um conceito que envolve não só o conjunto de pessoas que habita um país, mas também as gerações passadas e futuras (MÜLLER, 2000, p. 107-

²⁷ Quanto a esse aspecto particular, é de se notar que Schmitt se insere em um pano de fundo que tanto lhe é precedente quanto confere significação às suas linhas. Joseph Barthélemy (1928) confeccionou um precioso inventário do processo de queda das democracias que estava em curso no Entreguerras. Nele se pode ver que, seja na Itália de Mussolini, na Alemanha de Weimar, na Polônia com o Marechal Pilsudskisme ou na Espanha com o General Primo de Rivera, sempre há um ataque ao Parlamentarismo para depois emergirem os clamores por uma democracia identitária.

115). O povo em uma democracia não pode ser reduzido a uma relação de identificação por parte de um líder carismático que, seja mediante *auctoritas* ou *potestas*, coloca a “pergunta correta de cima para baixo”.

De tudo que foi aventado, é possível vislumbrar os riscos envoltos na empresa de se colocar os métodos plebiscitários como essenciais à manutenção da substância democrática. Após todos os totalitarismos presenciados pelo século XX, já está mais do que evidente que o fortalecimento de uma democracia plural – que incorpore e estimule a diferença – passa pela valorização do Poder Legislativo. É com a representação popular que uma democracia tem a possibilidade de estabelecer um processo reflexivo entre representante e representado (GAUCHET, 1995, p. 286). É precisamente um maior engajamento dos representados que pode inverter a relação schmittiana entre governante e governado: *é pela participação, pelo engajamento político, que os representados poderiam colocar as questões corretas para os representantes*, o que teria o positivo efeito de lembrar que aqueles que ocupam cargos eletivos não os podem utilizar em proveito próprio. O Brasil não é Weimar, mas essa impostação aparenta ser bem adequada ao cenário nacional, também; o que não deixa de ser mais uma mostra da universalidade do constitucionalismo moderno (DIPPEL, 2007, p. 1-35).

Referências

AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schittiano e la crisi del parlamentarismo*. Bari: Laterza, 2005.

BARTHÉLEMY, Joseph. Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l'Empire. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Tomo 22, ano 12. Paris: E. Brière, 1905.

_____. *La crise de la démocratie représentative (rapport fait à l'Institut International de Droit Public, session d'octobre 1928)*. Paris: Marcel Giard, 1928.

- BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar: Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Paris: Descartes & Cie, 1997.
- BENDERSKY, Joseph. *Carl Schmitt: theorist for the Reich*. New Jersey: Princeton University Press, 1983.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de lo Occidente*. [Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition] Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Concept of the Political: a Key to understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. In: DYZENHAUS, David (Org.). *Law as Politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.
- CAAMAÑO MARTÍNEZ, José. *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*. La Coruña: Editorial Moret, 1950.
- CAMPILONGO, Celso. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CARLONI, Stefano. La componente irrazionalistica del decisionismo schmittiano: tre esempi. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*. série 5, ano 78, n. 3. Milano: Giuffrè, julho-setembro 2001, p. 363-384.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- DIPPEL, Horst. *Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*. Tradução de Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.
- _____. O constitucionalismo moderno: uma introdução a uma história que está por escrever. In: DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DONOSO CORTÉS, Juan. Speech on the situation in Europe. In: *Selected Works of Juan Donoso Cortés*. Ed. Jeffrey P. Johnson. Westport: Greenwood Press, 30 jan. 1850, 2000.
- DUVERGER, Maurice (Org.). *Constitutions et documents politiques*. 14 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. *Lua Nova: revista de cultura e política*. n. 53. São Paulo: Cedec, 2001, p. 115-134.
- FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2004.
- FORTES, Luiz Roberto Salinas. Rousseau: o mundo político como vontade e representação. In: *Filosofia Política*. n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- GAUCHET, Marcel. *La Révolution des pouvoirs: la souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*. Paris: Gallimard, 1995.
- GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GUIZOT, François. *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe, depuis de la chute de l'Empire Romain jusqu'au XIVe. Siècle*. 2 ed. Paris: Didier Librairie-Éditeur, 1855.
- _____. *História das origens do governo representativo na Europa*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HUMMEL, Jacky. État de droit, libéralisme et constitutionnalisme Durant le Vormärz. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

- _____. *Carl Schmitt: l'irréductible réalité du politique*. Paris: Éditions Michalon, 2005.
- _____. Guizot: théoricien de la légitimité. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. Tomo 122, n. 4. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, jul./ ago. 2006, p. 903-914.
- ILBERT, Sir Courtney P. *El Parlamento: su historia, Constitución y práctica*. Tradução de Julio Alfaro. Barcelona: Editorial Labor, 1926.
- KAHN, Victoria. Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's decision. *Representations*. v. 83, n. 1. Berkeley: University of California, verão de 2003, p. 67-96.
- KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. *Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KELLY, Duncan. Carl Schmitt's political theory of representation. *Journal of the History of Ideas*. v. 65, n. 1. jan. 2004, p. 113-134.
- KERVÉGAN, Jean-François. Carl Schmitt et la crise de la représentation. In: _____. (Org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002.
- _____. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.
- LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Milano: Giuffrè, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Sociedade como comunicação: a modernidade segundo a abordagem teórico-diferencial de Niklas Luhmann. *Revista Acadêmica*. n. 80. Recife: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2008, p. 247-285.
- MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Flammarion, 1995.
- MICELI, Vincenzo. *I moderni Parlamenti: studi e notizie di diritto e di politica parlamentare*. Milano: Società Editrice Libreria, 1913.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. ano 1, v. 2. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, jul./ dez. 1994, p. 91-107.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann, Revisão de Paulo Bonavides. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.
- PORTINARO, Pier Paolo. Che cos'è il decisionismo? In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*. Série 4, ano 59, n. 2. Milano: Giuffrè, abr./ jul. 1982, p. 246-267.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- RICHTER, Emanuel. Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism. *Cardozo Law Review*. v. 21, n. 5. New York: Yeshiva University, Maio 2000, p. 1619-1644.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, (1932) 1971.
- _____. Teologia política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità. In: *Le categorie del politico*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, (1934) 1972.
- _____. *Romanticismo politico*. Ed. Carlo Galli. Milano: Giuffrè, (1924) 1981.
- _____. A era das neutralizações e despolitizações. In: *O conceito do político*. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, (1929) 1992, p. 106-120.
- _____. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, (1932) 1992.
- _____. *The crisis of parliamentary democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, (1926, 2 ed.) 1994a.
- _____. Preface to the second edition (1926): on the contradiction between parliamentarism and democracy. In: _____. *The crisis of parliamentary democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, (1926) 1994b.
- _____. *Roman catholicism and political form*. Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, (1923) 1996.
- _____. The visibility of the church: a scholastic consideration. In: *Roman catholicism and political form*. Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, (1917) 1996.
- _____. *La defensa de la constitución [Der Hüter der Verfassung]*. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2 ed. Madrid: Tecnos, (1931) 1998.

- _____. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, (1928) 2001.
- _____. Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare: un contributo all'interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta. In: *Democrazia e liberalismo*. Ed. de Manuela Alessio. Milano: Giuffrè, (1927) 2001.
- _____. Donoso Cortés in Berlin. *Telos*. n. 125. New York: Telos Press, (1950) 2002a, p. 87-99.
- _____. A Pan-European interpretation of Donoso Cortés. *Telos*. n. 125. New York: Telos Press, (1950) 2002b, p. 100-115.
- _____. The Unknown Donoso Cortés. *Telos*. n. 125. New York: Telos Press, (1949) 2002, p. 80-86.
- _____. *La valeur de l'État et la signification de l'individu*. Edição de Sandrine Baume. Genève: Librairie Droz, (1914) 2003.
- _____. *La dictadura*: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Tradução de José Díaz Gracia. Madrid: Alianza Editorial, (1921) 2003.
- SEITZER, Jeffrey. Carl Schmitt's internal critique of liberal constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis. In: DYZENHAUS, David (Org.). *Law as Politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.
- SHURTER, Edwin DuBois. Introduction. In: HALL, Alta; STURGIS, Alice. *Textbook on Parliamentary Law*. New York: MacMillan, 1923.
- SLADE, Francis. Catholicism as paradigm of the political? *Telos*. n. 109. New York: Telos Press, outono de 1996, p. 113-122.
- SMEND, Rudolf. Criterios del derecho electoral en la teoría alemana del Estado del siglo XIX. In: *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, (1912) 1985.
- SMEND, Rudolf. La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional. In: *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, (1919) 1985.
- THOMA, Richard. On the ideology of parliamentarism. In: SCHMITT, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, (1925) 1994.
- ULMEN, G. L. Introduction. In: SCHMITT, Carl. *Roman catholicism and political form*. Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, (1923) 1996.

Meios de Solução de Controvérsias entre Estados Partes do Mercosul

Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos

Orione Dantas de Medeiros

Sumário

1. Introdução. 2. Sistema de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul: do Protocolo de Brasília ao Protocolo de Olivos. 2.1. Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul no marco do Protocolo de Brasília. 2.2. Direito aplicado pelo Tribunal Arbitral. 3. Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos: Tribunal Arbitral *ad hoc* e Tribunal Permanente de Recursos (TPR). 3.1. Recurso declaratório com relação ao Laudo Arbitral na controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Precedentes do Uruguai”. 3.2. Recursos de Revisão. 4. Considerações finais.

1. Introdução

O fenômeno mundial da globalização econômica tem levado à intensificação de integrações regionais, como a integração do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), instituída com a assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, pela República da Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Não obstante, o tema da integração econômica latino-americana já tenha sido discutido antes daquela data¹ e o conceito de inte-

Orione Dantas de Medeiros é Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Professor Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

¹ As iniciativas de integração econômica na América Latina remontam ao final dos anos 50, quando os estudos da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) indicavam a diminuição do intercâmbio comercial entre os países da região. A integração econômica foi, então, recomendada como

gração econômica já esteja sendo usado desde a Segunda Guerra Mundial, nunca se viu um envolvimento maior em torno de integrações regionais.

Não obstante os múltiplos entraves e as crises econômicas globais, o Mercosul representa uma integração econômica em permanente busca de aperfeiçoamento da União aduaneira e politicamente estável, tem buscado aproveitar os ensinamentos e as oportunidades da globalização econômica e, assim, tem atraído, cada vez mais, o interesse de outros países vizinhos, como a Venezuela².

A compreensão dos limites e possibilidades do Mercosul, como projeto de integração, passa pela interpretação e eficácia de suas normativas (Tratado de Assunção, protocolos, acordos, decisões, resoluções, diretrizes etc.) no âmbito do Tribunal Arbitral *ad hoc* (TAH) e do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), ou seja, no marco do Pro-

meio capaz de permitir a formação de mercados mais abrangentes e dinâmicos, que facilitarão o processo de substituição das importações. Nesse sentido, onze países da América do Sul celebraram, em 18 de fevereiro de 1960, o Tratado de Montevidéu, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Tinha por objetivo instituir uma zona de livre comércio, no prazo de onze anos. A ALALC teve méritos incontestáveis, contudo, com o propósito de corrigir as imperfeições da ALALC e aprofundar o nível de integração econômica, os onze Estados Partes deliberaram criar a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), prevista no segundo Tratado de Montevidéu, celebrado em 12 de agosto de 1980. Por outro lado, fiel ao espírito integracionista, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru concluíram, em 1969, o Tratado de Cartagena, que originou o Pacto Andino. A Venezuela aderiu ao Tratado de Cartagena em 1973, três anos antes da retirada do Chile, verificada em 1976 (AMARAL JR., 2000, p. 292-307). No âmbito da América Central, a integração econômica regional, propriamente dita, remonta à década de 50, quando os países centro-americanos (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua e Costa Rica) partiram de acordos de concessões comerciais até concluir o Tratado Geral de Integração Econômica de 1960, que tinha por objetivos a construção de um Mercado Comum (SORTO, 2002, p. 124).

² Cf. Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, subscrito em 8. dez. 2005, pendente de ratificação até a presente data por parte do Brasil e do Paraguai.

toloco de Brasília e do Protocolo de Olivos, verificadas nos casos concretos.

O presente artigo procura abordar os meios de solução de controvérsias no Mercosul a partir do sistema normativo Mercosul pertinente e dos laudos prolatados pelo Tribunal Permanente de Revisão, com o objetivo principal de compreender como esse Tribunal vem interpretando o processo de integração (Mercosul) e sua influência no processo de consolidação do bloco.

As respostas foram buscadas no estudo dos laudos prolatados pelo TPR. As controvérsias versaram sobre aspectos corriqueiros do comércio, tais como, acesso a mercados, regras de comércio, subsídios à produção e exportação, medidas de salvaguarda, medidas *antidumping*, barreira fitossanitária, medidas compensatórias, meio ambiente etc. De modo que, em vários casos, as controvérsias giraram em torno de incompatibilidade entre normas internas dos Estados Partes com o propósito do Tratado de Assunção e o sistema normativo Mercosul.

A profundidade e amplitude das fundamentações jurídicas alegadas pelas partes, nos casos julgados, indicam claramente que a tarefa do Tribunal não consistia em decidir acerca da aplicação de alguma ou algumas disposições específicas e isoladas, mas em situar e resolver as controvérsias sob a perspectiva do conjunto normativo, interpretando-o à luz das relações recíprocas que emanam do conjunto dessas normas “mercasureñas” e dos fins e objetivos que os Estados Partes assumiram, explícita e implicitamente, ao adotarem tais normas, confirmados por seus atos posteriores no contexto de um projeto integrador comum.³

³ Cf. I Laudo Arbitral, de 28 de abril de 1999, marco do Protocolo de Brasília, 1º Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul constituído para decidir sobre a controvérsia entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil sobre os Comunicados nº 37 de 17/12/1997 e nº 07/98 de 20/02/1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior da Secretaria de Comércio Exterior: aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco; Laudo nº 2/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, de 8 de junho de 2007, no

Com efeito, trata-se da aplicação de um conjunto normativo de formação sucessiva, por acumulação de disposições tomadas no andamento de um complexo processo de decisões políticas e jurídicas, inseridas numa realidade econômica cambiante, que Panayotis Soldatos (1989, p. 15-17) chama de *continuum integratif*.

Nesse contexto, o sistema normativo Mercosul foi analisado e interpretado a partir de uma perspectiva que levasse em conta meios apropriados para alcançar os fins comuns, estabelecidos nos tratados-quadro, como o Tratado de Assunção. Do contrário, ao não ter em conta uma perspectiva finalista, na expressão de Robert Lecourt (1976, p. 235), um tratado-quadro tornar-se-ia um tratado bloqueado. O enfoque teleológico resulta ainda mais claro nos tratados e instrumentos que conformam organismos internacionais ou configuram processos ou mecanismos de integração.

Ademais, assumindo uma perspectiva teleológica, o 1º Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul (em 1999, no marco do Protocolo de Brasília) inspirou quase todos os tribunais posteriores, que buscaram a vocação comum de extrair a plenitude dos efeitos almejados pelo Tratado de Assunção e derivar das demais normativas invocadas nas controvérsias todas as consequências razoáveis. Segundo Fausto Quadros (1984, p. 426,427), os fins e objetivos não são um adorno dos instrumentos de integração, mas um guia concreto para a interpretação e para a ação. A interpretação das disposições em um conjunto normativo cujo fim é a integração deve guiar-se por esse propósito e torná-lo possível. Esse critério resulta especialmente pertinente quando se apresentam situações duvidosas ou quando existem lacunas ou “vazios jurídicos” em parte da estrutura jurídica e faz-se necessário suprir as insuficiências.

marco do PO, constituído para entender a solicitação de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias – controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai.

2. Sistema de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul: do Protocolo de Brasília ao Protocolo de Olivos

Há vários meios pacíficos de solucionar conflitos. No âmbito interno dos Estados, temos preponderantemente o meio judicial, exercido pelo Poder Judiciário, que aplica as normas que esse mesmo Estado adotou soberanamente como suas, impondo suas decisões inclusive coativamente. No nível internacional, o sistema de solução de divergências é pautado em normas do Direito Internacional, tanto público quanto privado, *e.g.* a arbitragem pública ou privada.

No Mercosul, os meios para resolver as divergências entre os Estados têm assento no Direito Internacional. Mas, quando da aplicação do Direito do Mercosul, a solução deverá se revestir de maior eficácia e especificidade do que tradicionalmente obtido por aquele sistema do Direito Internacional Público (BAPTISTA, 1994, p. 157). Vejamos sucintamente como a matéria é disciplinada no sistema normativo Mercosul.

O sistema de solução de controvérsias, no quadro normativo Mercosul, é misto. Nele, encontramos meios diplomáticos e meio jurisdicional. No primeiro, temos as negociações diretas e a intervenção do Grupo Mercado Comum (GMC); no segundo, a arbitragem. A seguir, buscar-se-á a base legal de tal sistema, previsto no Tratado de Assunção (Anexo III – 1991), no Protocolo de Brasília (1991), no Protocolo de Ouro Preto (Anexo – 1994), no Regulamento do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias (1998) e no Protocolo de Olivos (2002).

Os meios para solucionar as divergências no Mercosul já vêm explícitos no Tratado de Assunção. Conforme seu artigo 3, os Estados Partes terão adotado, durante o período de transição⁴, entre outras medidas, um sistema de solução de controvérsias, constante no Anexo III

⁴ O período de transição do Mercosul vai da entrada em vigor do Tratado de Assunção (1991) até 31 de dezembro de 1994, segundo o artigo 1 do mesmo Tratado.

do referido Tratado, que em seu ponto 1 manifesta predominância do mecanismo diplomático, por meio das negociações diretas e da intervenção do GMC. O ponto 2 do mesmo Anexo prevê a criação de um sistema provisório, que se deu por meio do Protocolo de Brasília, que igualmente manteve a via diplomática como predominante na solução dos conflitos no Mercosul. Prevê, antes de tudo, as negociações diretas; em seguida, a intervenção do GMC; e, em última instância, a arbitragem.

Na primeira reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), ocorrida no dia 17 de dezembro de 1991 na cidade de Brasília, foi aprovada a Decisão CMC 01/91 – Sistema de Solução de Controvérsias (Protocolo de Brasília). Posteriormente, com o Protocolo de Ouro Preto (POP), acrescentou-se ao sistema a possibilidade de se apresentarem reclamações à Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) quando versem sobre assuntos de competência dessa Comissão. É o que determina o artigo 21 do POP, ao definir parte das funções e atribuições da CCM. Entretanto, o exame dessas questões não impede a ação do Estado Parte que, em sua reclamação, encontra-se amparado pelo Protocolo de Brasília. As reclamações para CCM seguem procedimento específico, previsto no Anexo ao POP.

O POP confirmou os meios previstos no Protocolo de Brasília, estipulando, entretanto, que, ao culminar o processo de convergência da Tarifa Externa Comum (TEC), rever-se-á o atual sistema com vistas à adoção de um sistema permanente (arts. 43 e 44). Por outro lado, decorridas quase duas décadas de formação do Mercosul, já surgiram várias controvérsias ao longo desse processo, tramitadas no marco do Protocolo de Brasília (Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul) e no marco do Protocolo de Olivos. Maristela Basso (1995, p. 25-33)⁵,

⁵ Maristela Basso integrou o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul na reclamação sobre “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes do Uruguai”, feita pela República

criticando a provisoriedade de parte dos instrumentos vigentes para solucionar as controvérsias no Mercosul, demonstrou, com razão, a fragilidade do próprio sistema, que aos poucos vai-se fortalecendo até alcançar seu estágio mais acabado ou definitivo.

Por outro lado, existe a preocupação constante de se buscar um aperfeiçoamento do sistema de solução⁶, e quem sabe até a possibilidade de se criar um Tribunal de Justiça do Mercosul, como meta a ser alcançada. As Cortes Supremas dos Países do Mercosul se reúnem, anualmente, como forma de dialogar e buscar uma aproximação de questões relacionadas ao processo de integração⁷. Nesse passo, centralizar-se-á aqui nossa atenção para o texto do Protocolo de Brasília, em particular ao que se refere aos conflitos entre os Estados Partes.

Reconhecendo que o desenvolvimento do processo de integração no Mercosul requer o aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias, considerando a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática, e a conveniência de efetuar modificações

Oriental do Uruguai contra a República Federativa do Brasil.

⁶ Depois do Protocolo de Ouro Preto (POP), várias normativas advieram no sentido de melhorar o funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul. Em 10 de dezembro de 1998, o CMC aprovou a Decisão CMC nº 17/1998, que estabelece o regulamento do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. Outras tentativas de aperfeiçoamento do sistema não se concretizaram, como depreende-se das Decisões CMC nº 25/2000 e CMC nº 65/2000. Entretanto, na III Reunião Extraordinária, realizada na cidade Argentina de Olivos, no dia 18 de fevereiro de 2002, o Conselho do Mercado Comum subscreveu um Protocolo sobre o Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul, denominado Protocolo de Olivos. Tal texto normativo, até a presente data, ainda não entrou em vigor.

⁷ O VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul ocorreu no Brasil (Brasília) nos dias 20 e 21 de novembro de 2008.

específicas no sistema de solução de controvérsias para dar maior seguridade jurídica ao Mercosul, o Conselho do Mercado subscreveu o Protocolo de Olivos, em 18 de fevereiro de 2002, como de aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias. O Protocolo marca um importante passo rumo a um sistema adequado. Uma das inovações, por exemplo, trazida por ele foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão, criando um duplo grau de “jurisdição”, não previsto nas normativas anteriores. Por meio do recurso de revisão, qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* ao Tribunal Permanente de Revisão.

A seguir, tratar-se-á do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, para, posteriormente, no marco do Protocolo de Olivos, apresentar o Tribunal Permanente de Recursos e algumas questões relacionadas aos Recursos de Revisão.

2.1. Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul no marco do Protocolo de Brasília

O Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, com sede fixada em cada caso, é formado por três árbitros pertencentes a uma lista de quarenta, entre juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia. Essa lista fica registrada na Secretaria Administrativa, onde cada um dos Estados Partes indica dez árbitros. Cada Estado, parte na controvérsia, escolhe um árbitro, sendo que o terceiro, que não pode ser nacional de nenhum dos Estados Partes em conflito, é designado de comum acordo entre eles. Não havendo indicação por parte de um dos litigantes, a Secretaria Administrativa pode fazê-lo, assim como pode designar sorteio do terceiro árbitro, quando não haja acordo entre as partes.

Segundo preceitua o artigo 15 do Protocolo de Brasília, o Tribunal Arbitral *ad hoc*, além de fixar sua sede, tem poderes para criar suas regras de procedimento, desde

que seja garantida a plena oportunidade de manifestação das partes. O artigo 16 prevê que as Partes na controvérsia informarão o Tribunal Arbitral sobre as instâncias cumpridas anteriormente ao procedimento arbitral, bem como farão breve exposição dos fundamentos de fato e de direito de suas respectivas posições. Prescreve o artigo 17 que os Estados Partes, na controvérsia, designarão seus representantes ante o Tribunal Arbitral, podendo também designar assessores para a defesa de seus direitos.

O artigo 18, por sua vez, traz, para o procedimento arbitral a ser exercido no Mercosul, a possibilidade de que sejam dadas medidas provisionais apropriadas, por solicitação da parte interessada e havendo presunções fundadas de danos graves e irreparáveis a uma das partes, tal qual nas medidas cautelares e nas antecipações de tutela vistas no âmbito do Direito Processual Civil.

O Tribunal Arbitral pode suspender o seu laudo, se assim considerar exigível, segundo as circunstâncias. O não cumprimento do laudo arbitral por um dos Estados Partes permite aos demais a adoção de medidas compensatórias visando ao seu cumprimento efetivo. As despesas ocasionadas pela atividade do árbitro devem ser custeadas pelo Estado que o nomeou, assim como as despesas do presidente do Tribunal e as demais serão custeadas em montantes iguais pelos Estados Partes na controvérsia, a menos que o Tribunal arbitral estipule de modo diferente, como ocorreu na controvérsia entre a República Argentina (Parte reclamante) e a República Oriental do Uruguai (Parte Reclamada) sobre Incompatibilidade do Regime de Estímulo à Industrialização de Lã, outorgado pelo Uruguai.

2.2. Direito aplicado pelo Tribunal Arbitral

É importante lembrar que a questão do direito aplicado pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul tem papel fundamental no presente trabalho, porque procuramos saber

como o Tribunal tem interpretado o sistema normativo Mercosul, sobretudo o Tratado de Assunção, nos casos concretos.

Por força do artigo 19, o direito em questão deve estar fundamentado no Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas Decisões do Conselho Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como nos princípios de direito internacional aplicáveis à matéria. Além desses, há também as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, prevista pelo parágrafo único do artigo 43 do Protocolo de Ouro Preto.

O próprio Tratado constitutivo do Mercosul tem suas regras submetidas à apreciação do Tribunal Arbitral, na medida em que ele (o Tratado de Assunção) é invocado por uma das partes nas controvérsias que tramitam no âmbito arbitral. Nesse caso, o Tribunal, ao interpretar o Tratado de Assunção e demais normativas produzidas pelos órgãos do Mercosul, concretiza paulatinamente regras que se integram no ordenamento jurídico da organização. Trata-se do conhecido problema da criação jurisprudencial do direito, que surge de fato no âmbito do Tribunal. Não obstante o Direito da Integração no Mercosul ser positivado em suas normativas, há possibilidade de conter lacunas, como qualquer ordenamento jurídico. Em havendo lacunas, a função do intérprete ou julgador é buscar mecanismo de solução com base no próprio sistema jurídico da integração ou nos textos normativos internacionais.

O Tribunal Arbitral está facultado, se as partes convierem, a decidir uma controvérsia *ex aequo et bono*, ou seja, pelos princípios de equidade. O pronunciamento do Tribunal Arbitral, segundo o artigo 20 do Protocolo de Brasília, para fins do laudo arbitral, deve ser feito por escrito e no prazo de sessenta dias, prorrogáveis por trinta dias, no máximo, a partir da designação do seu presidente.

O Regulamento do citado protocolo, em seu artigo 22, estabelece os elementos

necessários do laudo arbitral, sem prejuízos de outros que o Tribunal Arbitral considere conveniente. São elementos necessários: indicação dos Estados Partes na controvérsia; o nome, a nacionalidade de cada um dos membros do Tribunal Arbitral e a data de sua conformação; os nomes dos representantes das partes; o objeto da controvérsia; um relatório do procedimento arbitral, incluindo um resumo dos atos praticados e das alegações de cada um dos Estados Partes envolvidos; a decisão alcançada com relação à controvérsia, consignando os fundamentos de fato e de direito; a proporção que caberá a cada Estado Parte na cobertura dos custos do procedimento arbitral; a data e o local em que foi proferido; e, por fim, a assinatura de todos os membros do Tribunal Arbitral.

Os laudos deverão ser adotados por maioria, devendo, como ocorre nos Acórdãos dos Tribunais judiciais, estar devidamente relatados, fundamentados e firmados pelo presidente e demais membros. É ele inapelável, significando instância única, no procedimento arbitral, porque não existe o duplo grau de jurisdição. Como toda decisão jurisdicional, os laudos são obrigatórios para as partes, tendo relativamente a mesma força de coisa julgada, devendo ser cumpridos no prazo de quinze dias. Segundo o art. 39 do Protocolo de Ouro Preto e art. 23 do Regulamento do Protocolo de Brasília (Decisão do CMC 17/1998), os laudos arbitrais deverão ser publicados no Boletim Oficial do Mercosul. Os Estados Partes na questão poderão, dentro de quinze dias da notificação do laudo, solicitar esclarecimentos do laudo ou à forma de seu cumprimento⁸.

Eis aqui presente, no que tange ao poder coativo, a ideia de compartilhamento da soberania. O poder coativo da comunidade toma o espaço do poder coativo individualizado de cada Estado. O cumprimento a essa coação, todavia, depende da boa fé dos Estados Partes, o que ainda distancia

⁸ Dos laudos prolatados pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, no marco do Protocolo de Brasília, em apenas três foi pedido esclarecimento.

o procedimento jurisdicional internacional (judicial e arbitral) da verdadeira efetividade com que pode revestir-se o processo civil interno, devido à existência, nesse plano, do processo de execução.

Outro aspecto que devemos ressaltar é o de que os Estados Partes, mesmo não podendo apelar, podem solicitar um esclarecimento do laudo, o que corresponde ao “pedido de interpretação” presente na doutrina jus-internacionalista, algo como os embargos declaratórios do processo civil (REZEK, 1993, p. 357).

Em suma, o Protocolo de Brasília trata dois tipos de controvérsias: as que surgem entre os Estados Partes (Capítulos I, II, III e IV) e as formuladas como consequência de reclamações de particulares (Capítulos V e VI). Em ambos, o texto prevê um procedimento composto por três etapas necessárias e sucessivas. Entretanto, a única etapa que produz efeitos jurídicos é a arbitral, pela sua natureza jurisdicional. As duas primeiras etapas não produzem efeitos jurídicos, exceto o de habilitar a instância seguinte. Portanto, o exercício da função jurisdicional é próprio e específico unicamente da etapa arbitral. Não obstante o procedimento de solução de controvérsias no Mercosul se desenvolva em diferentes fases, estas formam um mesmo *iter*, destinado a encontrar uma solução para o conflito.

A seguir tratar-se-á das controvérsias julgadas no âmbito do Mercosul, no marco do Protocolo de Olivos, visando perceber como o Tribunal Arbitral *ad hoc* e o Tribunal Permanente de Recursos (TPR) têm interpretado o processo de integração Mercosul, o Tratado de Assunção e seu sistema normativo.

3. Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos: Tribunal Arbitral *ad hoc* e Tribunal Permanente de Recursos (TPR)

No ano de 2003, visando ao aperfeiçoamento dos mecanismos de Solução de Con-

trovέρsia, os Estados Partes do Mercosul aprovaram o Protocolo de Olivos. O Brasil aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 712, de 14.10.2003. Esse “Protocolo de Olivos” substituiu integralmente o “Protocolo de Brasília” e seu Regulamento aprovado pela Decisão CMC 17/98. O “Protocolo de Olivos”, ratificado em 02.02.2004, disciplina, em seu art. 9º, o início da etapa arbitral, nestes termos: 1. Quando não tiver sido possível solucionar a controvérzia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos Capítulos IV e V, qualquer dos Estados Partes na controvérzia poderá comunicar à Secretaria Administrativa do Mercosul sua decisão de recorrer ao procedimento arbitral estabelecido no presente Capítulo. 2. A Secretaria Administrativa do Mercosul notificará, de imediato, a comunicação ao outro ou aos outros Estados envolvidos na controvérzia e ao Grupo Mercado Comum. 3. A Secretaria Administrativa do Mercosul se encarregará das gestões administrativas que lhe sejam requeridas para a tramitação dos procedimentos.

Prevê o Protocolo de Olivos um Tribunal Arbitral *ad hoc* e um Tribunal Permanente de Revisão, quando diz que qualquer das partes na controvérzia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a quinze dias a partir da notificação do mesmo.

O recurso estará limitado a questões de direito tratadas na controvérzia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc*.

Os laudos dos Tribunais *ad hoc* emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono* não serão suscetíveis de recurso de revisão.

O Tribunal Permanente de Revisão é integrado por cinco árbitros. Cada Estado Parte do Mercosul designará um árbitro e seu suplente por um período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. O quinto árbitro, que será designado por um período de três anos não renovável, salvo acordo em contrário dos

Estados Partes, será escolhido, por unanimidade dos Estados Partes, pelo menos três meses antes da expiração do mandato do quinto árbitro em exercício.

O TPR poderá confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal Arbitral *ad hoc*. O laudo do Tribunal Permanente de Revisão será definitivo e prevalecerá sobre o laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc*.

As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido no Protocolo de Olivos, poderão acordar expressamente submeterem-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral *ad hoc*, aplicando-se, no que corresponda, o que prescreve o referido Protocolo.

Aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

A controvérsia sobre “proibição de importação de pneumáticos remodelados” no marco do Protocolo de Olivos foi julgada na cidade de Montevidéu, República Oriental do Uruguai, aos 25 de outubro de 2005, envolvendo Uruguai e Argentina. Frise-se que o Laudo prolatado pelo Tribunal *ad hoc* foi revogado pelo TPR.

Assim, passaremos a demonstrar, de forma sucinta, o Laudo prolatado pelo Tribunal Arbitral constituído para solucionar controvérsia surgida entre a República Oriental do Uruguai (aqui simplesmente denominada “Parte Reclamante” ou “Reclamante” ou “Uruguai”) e a República Argentina (aqui simplesmente denominada

“Parte Reclamada” ou “Reclamada” ou “Argentina”), controvérsia essa versando sobre a *Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados*.

O Tribunal Arbitral, devidamente constituído para julgar a presente controvérsia, de conformidade com o disposto no Protocolo de Olivos, datado de 18 de fevereiro de 2002, foi constituído pelos árbitros Hermes Marcelo Huck da República Federativa do Brasil (Presidente do Tribunal), José María Gamio da República Oriental do Uruguai e Marcelo Antonio Gottifredi da República Argentina.

Nessa controvérsia, por todo o exposto e pelo demais que desse processo consta, de conformidade com o Protocolo de Olivos, com as normas e princípios jurídicos aplicáveis à matéria e nos termos das Regras de Procedimento aprovadas em data de 19 de agosto de 2005, o Tribunal Arbitral *ad hoc* constituído para conhecer e julgar a controvérsia envolvendo a República Oriental do Uruguai e a República Argentina sobre *Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados* decidiu: pela maioria de votos dos Senhores Árbitros, que a Lei nº 25.626, promulgada pela República Argentina em 8 de agosto de 2002 e publicada no Boletín Oficial em 9 de agosto de 2002, é compatível com o disposto no Tratado de Assunção e seu Anexo I, com as normas derivadas de tal Tratado, bem como com as disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria.

Por unanimidade, determinou, nos termos do artigo 36.1 do Protocolo de Olivos, que os custos e despesas desse procedimento arbitral sejam pagos ou reembolsados à Secretaria Administrativa do Mercosul, conforme o caso, da seguinte forma: (a) cada Parte arcará com os custos e despesas do árbitro por ela indicado, bem como com os custos e despesas de representantes, assessores e peritos por ela respectivamente nomeados ou indicados; (b) os custos e despesas incorridos com e pelo Presidente do Tribunal serão arcados em partes iguais pelas Partes; (c) as Partes partilharão igual-

mente entre si todos os custos e despesas, inclusive de natureza administrativa, incorridos pela Secretaria Administrativa do Mercosul com a organização e condução desse processo. Os pagamentos e reembolsos de custas e despesas, na forma aqui definida, deverão ser efetuados pelas Partes correspondentes diretamente à Secretaria Administrativa do Mercosul, dentro do prazo improrrogável de trinta dias contados da notificação do Laudo.

Por unanimidade, autorizou a Secretaria Administrativa do Mercosul a efetuar, de imediato, todos os pagamentos ainda pendentes e relativos ao presente processo, nos termos da decisão prolatada, com recursos disponíveis no Fundo Especial, debitando-os às Partes nas proporções aqui determinadas.

Por unanimidade, determinou que os autos e todos os documentos relativos ao presente processo permaneçam arquivados na Secretaria Administrativa do Mercosul.

Por unanimidade, declarou que, ressaltado o disposto nos artigos 28.1 e 17 do Protocolo de Olivos, o disposto neste Laudo é obrigatório para as Partes e tem efeito imediato, de conformidade com o que determinam os artigos 26 e 27 do mesmo Protocolo.

O segundo Tribunal *ad hoc* se reuniu, no marco do protocolo de Olivos, para apreciar a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre “omissão do estado argentino em adotar medidas apropriadas para prevenir e/ou fazer cessar os impedimentos à livre circulação derivados dos cortes em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais Gral. San Martín e Gral. Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai”.

Em conformidade com o disposto no Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul, o Tribunal *ad hoc* foi formado pelo trio arbitral Luis Martí Mingarro, José Maria Gamio e En-

rique Carlos Barreira, cidadãos nacionais da Espanha, do Uruguai e da Argentina, respectivamente.

O Tribunal, após considerar a proposição da Parte Reclamada segundo a qual teria havido novação e ampliação do objeto demandado; que a Reclamação é abstrata por carecer de objeto fático; os fatos que geraram as manifestações dos moradores da costa argentina que ocasionaram a controvérsia, sobre a existência de descumprimento por omissão em face da normativa do Mercosul, sobre a referência aos Direitos Humanos; a conduta devida perante as circunstâncias existentes, a responsabilidade do Estado Federal pelas omissões dos Governos Provinciais, a atitude dos moradores de Gualaguaychú, a relevância dos prejuízos, o pedido de que se imponha à Parte Reclamada a adoção das medidas apropriadas para prevenir ou cessar a possível reiteração futura de fatos similares; após várias considerações, chega ao seguinte entendimento:

1. Tem jurisdição para julgar e resolver o objeto da controvérsia apresentada.
2. Acolhendo parcialmente a pretensão da Parte Reclamante, declara que a ausência das devidas medidas que a Parte Reclamada deveria ter adotado para prevenir, ordenar ou, em seu caso, corrigir os bloqueios das rodovias que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai, realizados pelos moradores da margem argentina do rio Uruguai e que foram enumerados nos considerandos deste laudo, não é compatível com o compromisso assumido pelos Estados Partes no tratado fundacional do Mercosul de garantir a livre circulação de bens e serviços entre os territórios de seus respectivos países.
3. Desestimando parcialmente a pretensão da Parte Reclamante, declara que, em atenção às circunstâncias do caso, não resulta procedente em direito que este Tribunal *ad hoc* adote ou promova determinações sobre condutas futuras da Parte Reclamada.
4. Conforme o estabelecido nos fundamentos deste laudo, não se

faz ressalva alguma quanto à imposição de custas, pelo qual se respeitará o que prescreve o art. 36, primeiro parágrafo, do Protocolo de Olivos. Os pagamentos correspondentes deverão ser realizados pelas Partes por meio da Secretaria do Mercosul dentro do prazo improrrogável de trinta dias contado a partir da notificação.

3.1. Recurso declaratório com relação ao Laudo Arbitral na controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”

Trata-se de Recurso declaratório interposto pela República Argentina com relação ao Laudo Arbitral ditado pelo TPR em 20 de dezembro de 2005 na Controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”. Na cidade de Assunção, República do Paraguai, aos treze dias do mês de janeiro de 2006, tendo em vista referido recurso, o TPR assim analisou e decidiu item por item.

O TPR, considerando que o recurso declaratório, ao menos quanto a seu alcance, nunca foi objeto de maior discussão, assim o define: “O recurso declaratório é o remédio que se concede às partes para obter que o próprio juiz ou tribunal que ditou uma resolução corrija as deficiências materiais ou conceituais que contenha, ou a integre em conformidade com as petições oportunamente formuladas”.

A representação argentina solicitou esclarecimento com relação a trinta e um itens bem diferenciados em sua apresentação. Que o recurso declaratório, como se sabe, deve ter por objeto: a) a correção de um erro material; b) o esclarecimento de qualquer expressão obscura, sem obviamente alterar a substância da decisão objeto do recurso; c) suprir alguma omissão na qual o TPR tenha incorrido com relação a qualquer pretensão deduzida e discutida no litígio. Que, conseqüentemente, coube analisar item por item, de acordo com a consideração precedente, o conteúdo completo do recurso declaratório deduzido.

Pelo exposto, e de conformidade com as normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso, o Tribunal Permanente de Revisão, na controvérsia acima, decidiu: 1. Por maioria, inadmitir *in limine* o presente recurso de revisão interposto pela República Argentina. 2. Por maioria, como consequência do decidido no item anterior, indeferir o peticionado nos números 3, 4, 5 e 6 da petição da República Argentina, e não se pronunciar sobre o número 7 da referida petição. 3. Por maioria, deixar expressa a ressalva de que esta inadmissão *in limine* não prejudica em absoluto o direito da República Argentina de voltar a alegar os mesmos fatos e as mesmas pretensões jurídicas em um eventual recurso de revisão contra um laudo arbitral final do Tribunal *ad hoc*.

3.2. Recursos de Revisão

O TPR julgou, até o ano de 2008, em nível de Recurso de Revisão, ou seja, uma espécie de segundo grau, os seguintes recursos: Revisão da controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre “proibição de importação de pneumáticos procedentes do Uruguai”; Recurso de Revisão para julgar a solicitação de pronunciamento sobre o excesso na aplicação de medidas compensatórias – controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai (Laudo nº 1/2005 e seu Laudo declaratório nº 1/2006); Recurso de Revisão contra a Decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* sobre “Impedimentos à Livre Circulação derivado dos cortes no território argentino de vias de acesso às pontes internacionais Gral. San Martín e Gral. Artigas”; Recurso de Revisão a respeito do assunto nº 1/2008 “Divergência sobre o cumprimento do Laudo N/05 iniciada pela República Oriental do Uruguai (Art. 30 do Protocolo de Olivos)”. Abordaremos parte dos laudos, no tocante às decisões tomadas.

O primeiro Recurso de Revisão, em 2005, tramitou no Tribunal Permanente de Revisão apresentado pela República Orien-

tal do Uruguai contra o Laudo arbitral do Tribunal Arbitral *ad hoc* datado de 25 de outubro de 2005 na Controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”.

O TPR estava integrado, conforme o Protocolo de Olivos, pelos Árbitros Nicolás Eduardo Becerra da Argentina e Ricardo Olivera do Uruguai, sendo presidido por Wilfrido Fernández da República do Paraguai.

O recurso de revisão foi apresentado em 9 de novembro de 2005 pelo Uruguai, tendo sido contestado pela Argentina no dia 9 de dezembro de 2005. Por providência de 9 de dezembro de 2005, notificou-se a presente controvérsia à República Federativa do Brasil e à República do Paraguai, sem atribuir-lhes qualidade de partes. Outrossim, por tal providência, as partes foram convocadas para audiência oral que se celebrou em 19 de dezembro. Posteriormente à audiência, o TPR procedeu imediatamente a elaborar o laudo arbitral. Eis alguns dos temas importantes abordados nesse laudo: alcance do recurso: questões de direito, objeto da controvérsia, questões de direito em revisão: o princípio de livre comércio no Mercosul e as exceções, critérios de rigor para a análise da viabilidade das exceções ao livre comércio, inversão do ônus da prova – incerteza jurídica, *estoppel* – sua aplicabilidade ao direito da integração, pronunciamento sobre notificação a terceiros países não partes na controvérsia.

Por tudo que expôs, e em conformidade com as normas e os princípios jurídicos aplicáveis ao caso, o Tribunal Permanente de Revisão, na presente controvérsia sobre “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados Procedentes do Uruguai”, decidiu: a) por maioria, revogar com o alcance indicado o laudo arbitral em revisão nesta instância, datado de 25 de outubro de 2005; b) por maioria, determinar que a Lei argentina 25626, promulgada em 8 de agosto de 2002 e publicada no Boletim Oficial em 9 de agosto de 2002, é incompatível com

a normativa Mercosul, com base em uma correta interpretação e aplicação jurídica das exceções previstas no Art. 50 do Tratado de Montevideu de 1980, as quais estão entroncadas no Anexo 1 do Tratado de Assunção, especificamente em seu Art. 2b; e, como consequência, a República Argentina deverá derrogá-la ou modificá-la com o alcance anteriormente exposto, por via institucional apropriada, dentro do prazo de cento e vinte dias corridos; c) por maioria, determinar que, a partir da notificação do presente laudo, seja vedado à República Argentina adotar ou empregar qualquer medida contrária a este pronunciamento ou que obste sua aplicação; d) por maioria, determinar que a presente decisão terá vigência até que o Mercosul, pela via institucional apropriada, aprove uma normativa consentida sobre a questão debatida nesses autos com relação à importação de pneumáticos remoldados.

Em 2006, na cidade de Assunção, República do Paraguai, precisamente no dia seis do mês de julho de 2006, o Tribunal Permanente de Revisão, constituído em plenário, julgou o Recurso de Revisão apresentado pela Argentina contra a decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc*, de 21 de junho de 2006, que foi constituído para julgar a controvérsia promovida pela República Oriental do Uruguai contra a República Argentina sobre a questão dos “Impedimentos impostos à livre Circulação pelas barreiras em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais Gral. San Martin e Gral. Artigas”.

Nesse passo, no dia oito do mês de junho de 2007, o Tribunal Permanente de Revisão volta a se reunir para julgar a solicitação de pronunciamento sobre o excesso na aplicação de medidas compensatórias – controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai (Laudo nº 1/2005 e seu Laudo declaratório nº 1/2006).

Consta do laudo que por intermédio da Lei nº 25.626 (08/08/2002; BO 09/08/02), a

Argentina decidiu proibir: “*la importación de las mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados*”, sem discriminar a sua origem extra ou intra Mercosul.

Considerando que a dita normativa era incompatível com o Direito do Mercosul, o Uruguai recorreu ao TPR. Em primeira instância, o TAH estabeleceu que a norma impugnada feriu princípios do Direito do Mercosul (Laudo de 25 de outubro de 2005, Proibição de importação de pneumáticos, TAH-2/2005, Boletim Oficial do Mercosul nº 00).

Em virtude do recurso de revisão dirigido contra a dita decisão, o Tribunal, por maioria, recebeu o recurso, revogou a decisão e, constatando que a lei em questão infringia o Direito do Mercosul, determinou, entre outras coisas, que a Argentina devia proceder a sua derrogação pela via institucional apropriada, dentro do prazo de cento e vinte dias corridos, a partir da publicação da decisão.

A “sentença” foi objeto de uma solicitação de Recurso Declaratório, decidido oportunamente pelo Tribunal (Recurso Declaratório de 13 de janeiro de 2006, Laudo de Revisão “proibição de importação de pneumáticos”, TPR-1/05 - Laudo nº 1/2006).

Posteriormente, o Uruguai, considerando que a Argentina não havia dado cumprimento a decisão do Tribunal, solicitou o cumprimento da mesma e decidiu aplicar medidas compensatórias, por meio do Decreto 142/2007. Objeto questionado.

O Marco normativo da presente controvérsia está regido pelos artigos 31 e 32

do Protocolo de Olivos, assim como os artigos 43 e 44 do Regulamento do citado Protocolo.

Nesse sentido, alegou a Argentina, entre outras, que a medida compensatória tem efeitos que provocam desvio de comércio, em particular em benefício do Brasil e da China entre outros países.

Assinalou também que o Protocolo de Olivos não estabelece o quanto do excesso de uma medida compensatória, nem critérios a serem aplicados, tampouco se existem precedentes jurisprudenciais acerca do assunto, em especial no marco do sistema de solução de controvérsias no Mercosul.

Em consequência, solicitou ao Tribunal que declarasse que a medida compensatória uruguaia é excessiva e desproporcional em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo nº1/2005.

Por sua vez, o Uruguai destacou que a Argentina reconheceu, neste caso concreto, a existência do pressuposto essencial para a aplicação da medida compensatória, a saber o descumprimento do Laudo nº 1/2005. Para o Uruguai, o sistema jurisdicional do Mercosul e sua efetiva aplicação constitui a garantia do processo de integração. Por outro lado, o caráter obrigatório dos laudos surge do PO, razão pela qual seu descumprimento implica uma violação tanto da norma “*mercasureña*”, como do próprio Protocolo, o que constitui, assim, uma afetação à essência mesma do processo de integração.

As medidas compensatórias adotadas pelo PO, segundo o Uruguai, têm por objetivo não só que o Estado acate o laudo do Tribunal, mas também reduza o dano provocado pela demora na observância do dito laudo. Sem embargo, nesse caso, entendeu o TPR que as medidas adotadas pelo Uruguai são menos gravosas que as consequências que se derivam do descumprimento do Laudo nº 1/2005, acima citado, por parte da Argentina.

Por fim, o Uruguai agregou que, a fim de estabelecer a proporcionalidade de uma medida compensatória, não há de estar-se

unicamente na comparação dos fluxos comerciais afetados, mas, sobretudo, a atitude da Argentina de descumprir um laudo do Tribunal afeta outros valores que escapam ao aspecto meramente comercial e que incidem negativamente na consolidação do processo de integração, na conformação do mercado comum. Quanto às demais alegações da parte uruguaia, remetemos *in totum* ao texto do Laudo.

Em consequência de todo o exposto, o Uruguai solicitou que o Tribunal denege a reclamação da Argentina e declare que as medidas compensatórias aplicadas são proporcionais e não excessivas, com relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo nº 1/2005, e por ele são ajustadas e dispostas nas normas pertinentes do Protocolo de Olivos.

O dano institucional, explicitado em certa forma pelo Tribunal, não especificamente conceitualizado pelo Uruguai, comporta outro fator de vital importância na evolução da proporcionalidade para caso como o presente, considerando que o descumprimento se refere precisamente ao primeiro laudo emitido por este Tribunal desde sua constituição. Por sua vez, com as distâncias do caso e os que na União Europeia estão proibidos, as medidas compensatórias, sem embargo dos critérios mencionados nesse laudo, dados a conhecer pela Comissão Europeia, em relação ao sistema de cálculo de multas coercitivas, são igualmente de plena aplicação ao caso (gravidade da infração, duração e necessidade de assegurar os efeitos decisórios da sanção para evitar a reincidência), para o qual o Tribunal não necessita, na realidade normativa atual, de nenhuma delegação de soberania.

Em síntese, por tudo que foi exposto, o Tribunal decidiu, por maioria, determinar que a medida compensatória contida no Decreto nº 142/07, de 17 de abril de 2007, emitida pela República Oriental do Uruguai, é proporcional e não excessiva em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo nº 1/2005 ditado

pelo Tribunal em 20 de dezembro de 2005, conforme a normativa aplicável.

Em 2008, outro Recurso de Revisão foi julgado, na cidade de Assunção, República do Paraguai, pelo Tribunal Permanente de Revisão, sobre o assunto nº 1/2008 “Divergência sobre o cumprimento do Laudo nº 1/05 iniciada pela República Oriental do Uruguai (Art. 30 do Protocolo de Olivos)”.

Conforme previsto nos Artigos 30 do Protocolo de Olivos e 42 de seu Regulamento, bem como o que foi resolvido pelo Plenário do Tribunal Permanente de Revisão por meio da Resolução nº 1/08, o TPR foi formado pelos Árbitros Nicolás Eduardo Becerra, da República Argentina, Carlos Alberto González Garabelli, da República do Paraguai (em exercício da Presidência), e Ricardo Olivera García, da República Oriental do Uruguai.

Em conclusão, conforme as considerações apresentadas, o Tribunal entendeu que a medida adotada pela República Argentina, Lei nº 26.329, não cumpre o Laudo nº 1/2005.

Em suma e em concordância com as normas e princípios jurídicos aplicáveis nesse caso, o Tribunal Permanente de Revisão, na presente controvérsia sobre a “Divergência sobre o cumprimento do Laudo nº 1/05 iniciada pela República Oriental do Uruguai (Art. 30 Protocolo de Olivos)”, resolveu: 1) por maioria, determinar que a Lei argentina nº 26.329 não supõe o cumprimento do Laudo 1/2005 e, portanto, a República Argentina terá de revogá-la ou modificá-la (revogando ou modificando, portanto, a Lei nº 25.626) com o alcance exposto no Laudo 1/2005; 2) por maioria, determinar que, tendo decorrido o prazo de 120 dias a partir do Laudo 1/2005 para que a República Argentina cumprisse o referido Laudo, e tendo em vista que a Lei nº 26.329 não supõe seu cumprimento, a República Oriental do Uruguai tem direito a manter as medidas compensatórias até o cumprimento do referido Laudo; 3) por unanimidade, determinar que, para as partes, este laudo tem efeito

imediatamente, conforme determinado pelos Artigos 26 e 27 do Protocolo de Olivos.

4. Considerações finais

O Mercosul, como união aduaneira imperfeita, está em processo de desenvolvimento e de consolidação de suas instituições. Para que o processo de integração avance e se consolide como união aduaneira e, posteriormente, como mercado comum, há necessidade de que suas instituições ampliem sua competência para atuar em outras áreas da integração e não apenas na área comercial, visto que seus tratados constitutivos vislumbram uma futura integração social, cultural e política.

A importância do Mercosul para a região é inegável. Seu alargamento e aprofundamento elevam o número de controvérsias, o que tornará necessário um sistema de solução de controvérsias que garanta estabilidade do processo de integração, a fim de que mantenha credibilidade e segurança jurídica para atrair investimentos e fomentar o intercâmbio comercial, social, cultural e político.

Nesse sentido, deixou claro o Tribunal Permanente de Revisão no Laudo nº 1/2007, de 8 de junho de 2007, constituído para entender a solicitação de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias – controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai. A falta de observância de uma decisão do Tribunal, desfavorável ao Estado Parte, põe em causa a estabilidade e efetividade das instituições do Mercosul, provocando uma preocupante sensação de descrédito na sociedade em relação ao processo como um todo.

O sistema de solução de controvérsias no Mercosul no marco do Protocolo de Brasília se mostrou insuficiente e provisório. Mas foi importante não só para se criar as condições de se estabelecer um sistema permanente, mas também para a busca do

processo de convergência da tarifa externa comum (TEC), o que não ocorreu até a presente data. Do Protocolo de Brasília, aprovado em 1991, ao Protocolo de Olivos, subscrito em fevereiro de 2002, o sistema tem sido paulatinamente aperfeiçoado, mas não sofreu grandes alterações, no sentido de fortalecer o processo de integração. Entretanto, é de se reconhecer uma inovação significativa, produzida no interior do procedimento arbitral, trazida pelo Protocolo de Olivos, que foi a criação de um Tribunal Permanente de Revisão, integrado por 5 árbitros, uma espécie de segunda instância, com competência para apreciar os laudos arbitrais prolatados pelo TAH. O Tribunal de Revisão talvez venha a representar um passo importante para se pensar em um Tribunal de Justiça para o Mercosul, a partir da experiência que aquele tribunal possa proporcionar à integração sub-regional.

Os meios de solução de controvérsias entre os Estados Partes do Mercosul, previstos pelos Protocolos, são os clássicos meios previstos no Direito internacional. Entretanto, quando da interpretação e da aplicação das regras da integração pelo TAH e TPR, nos casos julgados, a solução se revestiu de maior eficácia e especificidade do que tradicionalmente é visto por aquele sistema do Direito Internacional.

Ao empreender uma visão pragmática para as decisões, na qual o processo de integração é visto como uma realidade dinâmica, e que o sistema do Tratado de Assunção e de seus Anexos mostram claramente uma combinação de normas próprias de um tratado-quadro com outras de caráter operacional, o TAH e o TPR produziram uma interpretação corajosa, na qual o Tratado de Assunção vai além de um tratado-quadro, constituindo um esquema normativo que flutua entre um “direito diretivo” – com bases jurídicas gerais – e “um direito operacional” – constituído por compromissos concretos, apontado para o futuro.

Por fim, é justo anotar que o método teleológico, empregado pelos primeiros

Tribunais *ad hoc*, serviu de parâmetro para os demais. Segundo esse método, ao aplicar as normas, procura-se garantir sua eficácia em relação a seu fim último, que é o de dar satisfação às exigências da integração. Partindo do Protocolo de Brasília e do Protocolo de Olivos, os Tribunais buscaram sua base argumentativa, considerando os textos dos instrumentos internacionais, em seu sentido gramatical e sistemático; o contexto desses instrumentos e o conjunto normativo Mercosul. Nessa perspectiva, conforme expresso pelos Tribunais, a interpretação teleológica acha-se controlada por sua combinação operacional com os outros métodos e, em si mesma, ao associar as noções de objeto e de fim que equilibram seus conteúdos reais e ideais.

Referências

- AMARAL JR., Alberto. Mercosul: características e perspectivas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, p. 291-307, abr./ jun. 2000.
- BAPTISTA, Luis Olavo. Solução de divergências no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 124, p. 155-167, out./ dez. 1994.
- BASSO, Maristela. Solução de controvérsias no Mercosul: reflexões sobre um sistema permanente. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, UNISINOS, v. 28, n. 72, p. 25-33, jan./ abr. 1995.
- LECOURT, Robert. *L'Europe des juges*. Bruxelles: Bruylant, 1976.
- MERCOSUL. *Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991*. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a república Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (tratado do Mercosul). Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 9 mar. 2003.
- MERCOSUL/CMC/DEC/01/1991. *Sistema de soluções de controvérsias, de 17 de dezembro de 1991*, (protocolo de Brasília). Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 9 mar. 2003.
- _____. *Protocolo adicional ao tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do MERCOSUL, de 17 de dezembro de 1994*. (protocolo de Ouro Preto). Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 9 mar. 2003.
- _____/CMC/DEC/17/1998. *Regulamento do protocolo de Brasília para a solução de controvérsias, de 10 de dezembro de 1998*. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 20 de abr. 2003.
- _____. Protocolo adicional ao tratado de Assunção, ao protocolo de Brasília e ao Protocolo de Ouro Preto sobre a solução de controvérsias no Mercosul, de 18 de fevereiro de 2002. (Protocolo de Olivos). Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 9 mar. 2003.
- _____. Laudos, esclarecimentos e opiniões consultivas dos tribunais do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 10 nov. 2008.
- _____. *Laudo N. 1/2008. Laudo do tribunal permanente de revisão a respeito do assunto N. 1/05 iniciada pela República Oriental do Uruguai* (art. 30 protocolo de Olivos). Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 10 nov. 2008.
- QUADROS, Fausto. *Direito das comunidades européias e direito internacional público*. Lisboa: Almedina, 1984.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SOLDATOS, Panayotis. *Le système institutionnelle et politique des communautés européennes dans un monde en mutation*. Bruxelles: Bruylant, 1989.
- SORTO, Fredys Orlando. Integração centro-americana: da união política à integração econômica. *Verba Juris*, João Pessoa, ano 1, n. 1, p. 120-136, jan./ dez. 2002.

A interdisciplinaridade entre Direito e Psicologia no conflito familiar violento

Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro
Liana Fortunato Costa

Sumário

1. A violência intrafamiliar sob a ótica jurídica. 2. A pesquisa qualitativa. 3. Discussão dos resultados. A complementaridade e a interdisciplinaridade. 4. Considerações finais.

Esta pesquisa foi realizada com o objetivo de estudar as ações dos profissionais do Direito e da Psicologia que atuam em Vara Criminal dentro da perspectiva do relatório psicossocial, documento elaborado pelos técnicos do Setor Psicossocial, com o intuito de analisar as situações de violência intrafamiliar. Procuramos propor um pensamento integrador, dentro das competências e do contexto de trabalho de cada um, passando do pensamento simplificador para uma perspectiva complexa (MORIN, 1990, 2000). Buscamos a coerência a esse ponto, até mesmo na relação entre as duas pesquisadoras: uma é Bacharela em Direito e a outra é Psicóloga.

Dentro da perspectiva do pensamento sistêmico novo-paradigmático (VASCONCELLOS, 2002), o observador faz parte do sistema; no entanto, deve-se levar em consideração a complexidade dos fenômenos para a sua compreensão. O ordenamento jurídico positivado não tem conseguido dar conta de acontecimentos complexos e multifacetados que exigem do julgador - no caso especificamente do Juiz - uma postura diferenciada da visão dicotômica, reducionista e dogmática. Encontramos

Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro é Advogada, Mestre em Psicologia Clínica pela Universidade de Brasília, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília.

Liana Fortunato Costa é Psicóloga, Terapeuta Familiar, Psicodramatista, Doutora em Psicologia Clínica pela Universidade de São Paulo, Docente Permanente do Departamento de Psicologia Clínica da Universidade de Brasília.

já uma nova maneira de pensar juridicamente – que afasta a concepção formalista kelsiana e o seu dogmatismo jurídico (RUBIO; FLORES, 2004) e defende um agir com reflexividade para uma atuação com relevância jurídica, em que os valores, as necessidades e o conceito de Justiça são os melhores argumentos para interpretar e aplicar uma norma jurídica. Essa nova forma de pensar integra conhecimentos, realiza ações, privilegia, ao mesmo tempo, a diversidade e a unicidade, o sujeito – seja individual ou coletivo –, o contexto social do autor e do réu e busca uma articulação entre as diversidades, com a aplicação de diversos saberes.

1. A violência intrafamiliar sob a ótica jurídica

A família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, de natureza, de composição e, até mesmo, de concepção. Isso se deveu, principalmente, ao aparecimento do Estado Social. O ideal liberal burguês afastou a ideia do aspecto econômico dirigido pelo político, supervalorizou o aspecto econômico e transformou o político em súdito do econômico. Bonavides (1996) salienta que, antes do Estado Liberal, o político era o poder do rei, e este tinha ascendência sobre o econômico. Depois, a burguesia, que se tornou o poder econômico, controlava e dirigia o político – a democracia. Segundo esse autor, isso gerou uma das mais furiosas contradições do séc. XIX: a liberal-democracia. Como consequência, na visão do Estado Liberal, os direitos das pessoas deveriam acomodar-se de maneira natural por uma liberdade abstrata e formal.

Aranha (1999) afirma que os direitos tutelados no Estado Liberal eram limitados por aspectos subjetivos da própria estrutura econômico-social. Não se propunham modificar o mundo, pois a ideia era deixá-lo modificar-se por si mesmo. Dessa forma, o Estado Liberal não apresentava um ca-

ráter *prospectivo* dos direitos, ou seja, não tinha um olhar para adiante, para longe. O Estado Social surge com força e traz o conteúdo prospectivo, como um Direito que sensibiliza o tecido da existência, busca as projeções do pensamento, volta os olhos para a realidade social e oferece ao homem a possibilidade de se assumir e de influenciar as decisões do Estado. O homem volta os olhos para o *hacer vital*, que, segundo Siches (1948, p. 274), significa determinar o que o homem vai ser, o que vai fazer no próximo instante: “(...) começa por ser o que ainda não sou, começa por ser futuro, em me ocupar do que hei de fazer, ou o que é mesmo, em me preocupar”. O conteúdo prospectivo traduziu-se em dever-ser do Direito. O dever-ser, consoante Aranha (1999), existe não só para incorporar o comportamento humano, mas, principalmente, para direcioná-lo rumo aos princípios agasalhados pelo sistema.

O Estado Social limitou a própria criação legislativa ao colocar os chamados direitos fundamentais como catálogos prospectivos, o que fez com que se manifestasse a essência do Direito, que é a conformação do presente mediante preceitos para o futuro. Nesse sentido, propôs a objetivação dos direitos, pois a objetividade permite que o Direito seja algo mensurável, e é um pressuposto para a definição de núcleos essenciais para a sua atuação. Assim, institucionalizaram-se, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos, oferecendo um olhar humanizado para o Direito. Para Aranha (1999), significou a constatação de que um direito, embora uno abstratamente, via-se fragmentado em diversas gradações de acordo com a condição socioeconômica do ser que o reclamava. Os direitos efetivos eram daqueles que tinham o poder para usufruí-los, e o Estado Social buscava diminuir a desigualdade de forças, que enfraquecia a liberdade abstrata.

Foi nesse contexto que o Estado legislador passou a se interessar de forma mais clara e incisiva pelas relações de família,

em suas variáveis manifestações sociais. O Código Civil de 1916 representou, para o Direito brasileiro, um avanço quando tratou de temas, tais como: o casamento, seus efeitos jurídicos e o regime dos bens entre os cônjuges; da dissolução da sociedade conjugal; da proteção da pessoa dos filhos; do Direito sucessório, entre outros. Esse Código – e a legislação superveniente – considera a família romana e a família moderna como modelo. O pai era considerado o chefe da sociedade conjugal, a exemplo da família romana, função exercida com a colaboração da mulher, sendo que esta era considerada hipossuficiente, isto é, precisava da chancela marital para exercer atividades comerciais. Todavia, esse poder absoluto foi relativizado, uma vez que o Código Civil de 1916 afastou o poder de vida e de morte que o chefe do grupo familiar romano (no caso o pai ou um homem mais velho) tinha sobre os filhos e a mulher. A par disso, garantiu alguns direitos à mulher, aos filhos legítimos (havidos no casamento) e aos filhos ilegítimos, estes com direito ao reconhecimento pelos pais, de forma conjunta ou separada.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988, a relação família-Estado se tornou mais democrática e se assentou em princípios de proteção, de aperfeiçoamento, de dignidade da pessoa humana e de repressão da violência doméstica. Sendo a família considerada unidade básica da sociedade – pois se constitui como um “*plexus* de relações de dependência indissociavelmente privadas e públicas” (DONZELOT, 1986, p. 49) e um elo de liames sociais, que organiza as pessoas, a fim de lhes proporcionar um desenvolvimento psíquico e interacional –, a previsão constitucional da repressão à violência doméstica trouxe para o espaço público esse fenômeno e o colocou como problema social e jurídico.

A visibilidade necessária para a violência doméstica desencadeou uma crítica ao modelo de intervenção do Estado, especial-

mente no campo jurídico, pois questionou a “legalidade/legitimidade natural” de o homem agredir a sua família. O estudo e a criminalização da violência doméstica, no entanto, não deve focalizar apenas as mulheres e as crianças como únicas vítimas de abuso. Os estudiosos percebem-na como multidirecionada (SOARES, 1999), circunscrita a um número restrito de interações entre consanguíneos e afins, e têm a família como eixo de sua análise, uma vez que todos os seus membros têm a possibilidade de serem vítimas ou algozes de violência. Nesse sentido, o foco deve voltar-se – a par das agressões físicas e emocionais – ao incesto, ao estupro marital, à negligência, ao abandono material e intelectual, entre outros.

O controle social e das relações íntimas, no entanto, afasta a compreensão da violência na figura de um criminoso que se coloca contra os interesses de toda a sociedade. O sujeito violento, no mais das vezes, está inserido no ambiente familiar e, inexoravelmente, provoca sentimentos contraditórios aos outros membros da família: é querido e temido pelas pessoas que agride, domina e ameaça. Por outro lado, Soares (1999) acredita que a criminalização propõe um sentido da individualidade, por meio de um processo de redefinição de direitos, isto é, o mundo privado invade o mundo público – e não o inverso –, e, conseqüentemente, provoca um movimento que desestabiliza e redefine o foco das percepções sobre dominação, poder/legitimidade e controle.

A Lei 11.340/2006, que entrou em vigor no dia 7 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Com essa lei, amplia-se o conceito de violência contra a mulher para além da

agressão física. Incluem-se a violência moral – relacionada à dignidade da mulher como pessoa humana – e a patrimonial, que acontece quando seus bens são retirados de sua posse. Além disso, o projeto prevê aumento de pena para lesão corporal praticada contra integrante da família ou companheiro, passando de detenção de seis meses a um ano, para detenção de três meses a três anos. Haverá aumento da pena em 1/3 quando o crime for praticado contra pessoa com deficiência. Os crimes de violência doméstica contra a mulher sairão da competência dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que essa lei prevê a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência para os processos civis e criminais. Todavia, melhor seria que esses juizados tivessem competência para julgar quaisquer crimes cometidos em âmbito doméstico, entre eles o abuso sexual contra crianças e adolescentes.

O jurista pode fundar as bases de uma nova cultura, mais democrática – porque pluralista –, mais humanista, multidisciplinar, transformadora e apta a realizar as promessas do Direito. O Magistrado pode deixar de adotar o modelo de Juiz-árbitro-declarante do Direito e se transformar em Juiz-acompanhante-participante. Do Juiz onipotente ao Juiz comprometido, não em dar uma resposta pronta, acabada para a situação conflituosa, mas com o resultado concreto de sua decisão. “Do juiz solitário (...) ao juiz chefe e membro de uma equipe (...). Do juiz imóvel (...) ao juiz participante que intervém na família e que a mobiliza com sua própria história de vida” (CÁRDENAS, 1998, p. 61).

2. A pesquisa qualitativa

A violência intrafamiliar, principalmente a violência contra a mulher, a criança e o adolescente, não pode ser vista apenas pelo olhar jurídico, sem interferência das outras áreas de conhecimento. A multiplicidade e

a complexidade de situações de violência intrafamiliar afastam a ideia de que basta aplicar a lei – quando esses problemas chegam aos tribunais – que os conflitos familiares serão resolvidos. A complexidade da violência familiar demanda, em seu estudo e pesquisa, uma perspectiva de construção do conhecimento, com destaque na participação ativa de todos os sujeitos envolvidos no trabalho: a vítima, o réu, o Juiz competente para julgar o conflito, o representante do Ministério Público, o advogado ou o defensor público, a psicóloga, a assistente social e, também, os pesquisadores.

O estudo da interdisciplinaridade no conflito familiar violento constitui um fenômeno complexo e multifacetado, e a pesquisa qualitativa preserva a realidade acima do método, porquanto busca no contexto estudado informações, segundo Demo (2001), que possam ser manipuladas cientificamente, a fim de buscar uma melhor compreensão de intervenção e mudança. A perspectiva qualitativa de investigação em Psicologia constitui-se numa opção epistemológica, teórica e ideológica, e não somente em uma questão de método (GONZÁLEZ REY, 2002). Para esse autor, a epistemologia qualitativa possui três princípios, a saber: a) o conhecimento é uma produção construtiva-interpretativa; b) o processo de produção do conhecimento tem um caráter interativo; e c) a significação da singularidade possui legitimidade em todo esse processo. Nesse contexto, o conhecimento não é uma realidade externa pré-existente, não é buscado nem descoberto. É o contexto interativo e relacional que promove o processo criativo de diálogo, reflexão e produção de conhecimento (Idem).

O contexto de realização da pesquisa foi o de uma Vara Criminal, e o processo estudado teve como objeto o abuso sexual cometido pelo pai contra duas filhas, uma de um ano e outra de quatro anos. A denúncia apresentada em agosto de 2003 requereu a condenação do pai das crianças pela prática da infração penal prevista no art. 214,

caput (atentado violento ao pudor), c/c art. 224, "a" (presunção de violência, por serem as vítimas menores de 14 anos), c/c art. 71 (crime continuado), todos do Código Penal, com incidência das causas de aumento de pena previstas no art. 226, II, do Código Penal (abuso do pátrio poder) e no art. 9º da Lei 8.072/90 (LEI ..., 1990).

Alegou o Ministério Público que o denunciado, senhor Mário¹, constrangeu suas filhas, Amanda e Mariana, mediante violência presumida em razão da idade das ofendidas, a permitir que com elas fossem praticados atos libidinosos diversos da conjunção carnal, esses consistentes em beijo na boca, seios e vagina, masturbação e tentativa de introdução do pênis na vagina, este último na criança mais velha. Diante da impossibilidade de êxito na inquirição da vítima, pediu o Magistrado o encaminhamento dos autos ao Setor Psicossocial Forense, a fim de que fosse realizado estudo do caso.

Em 2004, o Serviço Psicossocial Forense apresentou relatório técnico do caso, incluindo não apenas as crianças, mas também os seus familiares maternos. O estudo demonstrou que a história de violência denunciada nos autos teve início na geração anterior, fazendo parte de vida não apenas das crianças, mas também de sua mãe. A família da mãe mantinha uma relação de hierarquia exacerbada, a mãe das crianças foi vítima de estupro, aos quinze anos de idade, perpetrado por cinco rapazes. Foi nesse contexto de violência que a mãe das crianças conheceu o denunciado, com quem passou a morar. O relacionamento do casal foi marcado por fortes episódios de violência física, verbal e sexual. Após um longo período de brigas e desentendimentos, o par parental deixou de manter relacionamento sexual, caracterizando separação de corpos. Nesse período, a mãe das meninas identificou um comportamento de masturbação das filhas, o que a levou a consultar

um médico. Detectada a violência, a mãe procurou a Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente.

Os participantes desta pesquisa foram: três operadores do Direito: o Juiz da causa: 45 anos, quem proferiu a sentença; a Promotora de Justiça: 28 anos, não fez a denúncia, pois substituiu outro promotor; a Defensora Pública: 28 anos, não acompanhou o processo desde o início; e duas profissionais psicossociais: a Psicóloga: 42 anos, acompanhou o caso sob análise desde o início; a Assistente Social: 35 anos, acompanhou o caso sob análise desde o início. As entrevistas foram realizadas nos locais de trabalho dos sujeitos.

Os instrumentos para a investigação foram entrevistas semiestruturadas gravadas em fitas de gravador e transcritas, posteriormente, para análise dos dados. A identidade de todos os participantes da pesquisa foi preservada.

A metodologia de análise escolhida foi a Hermenêutica de Profundidade, conhecida como HP, que se constitui em um referencial metodológico geral, que tem como enfoque aceitar e levar em consideração as maneiras em que as formas simbólicas são interpretadas pelos sujeitos que constituem o campo-sujeito-objeto. Nessa perspectiva, deve-se conceder um papel central ao processo de interpretação da vida cotidiana, pois o estudo das formas simbólicas é fundamentalmente um problema de compreensão e interpretação. "A hermenêutica da vida cotidiana é um ponto de partida primordial e inevitável do enfoque da HP" (THOMPSON, 2002, p. 363).

3. Discussão dos resultados

A complementaridade e a interdisciplinaridade

O Direito e a Psicologia são ciências incompatíveis entre si? Como fazer para estabelecer elos entre a Psicologia e o Direito? É possível criar uma prática interdisciplinar entre essas duas áreas de conhecimento?

¹ Todos os nomes citados neste trabalho são fictícios.

Como superar a visão fragmentária dos objetos e dos acontecimentos, em que cada fenômeno observado ou vivido é entendido ou percebido como fato isolado, principalmente no campo jurídico?

Segundo Vasconcellos (2002), há três pressupostos epistemológicos que distinguem a ciência tradicional, quais sejam: a) o pressuposto da simplicidade; b) o pressuposto da estabilidade; e c) o pressuposto da objetividade.

Em busca do conhecimento, o cientista depara-se com um universo que se apresenta complexo, diferenciado, autônomo. Porém, ao investigá-lo, o cientista acredita que, para compreendê-lo, é necessário ultrapassar essas aparências complexas e buscar a simplificação. “Pressupõe o objeto simples no complexo, ordem subjacente ao caos aparente” (VASCONCELLOS, 2002, p. 74). Assim, a ciência separa em partes os todos complexos e retira o objeto de estudo dos contextos em que ele se encontra. Por consequência, há a separação dos fenômenos: os biológicos dos físicos, os jurídicos dos psicológicos e dos culturais, por exemplo.

A operação de *disjunção* ou operação disjuntiva, que separa o que está ligado, norteia-se pelo estabelecimento de categorias e, em seguida, para a classificação dos objetos ou fenômenos. Nesse sentido, um objeto não pode pertencer simultaneamente a duas categorias, “não pode ser ele e não-ele (princípio da identidade), e um bom sistema de categorias (sistema de classificação) deve se constituir de categorias excludentes entre si”. Isso desencadeia a atitude que se tem chamado de “ou-ou”, “ou isto ou aquilo”, ou seja, os saberes são direcionados para a fragmentação, para a criação de inúmeras disciplinas desconexas, isoladas umas das outras – é uma abordagem de natureza enciclopédica (Idem, p. 75).

Vasconcellos (2002, p. 76) entende que essa atitude simplificadora, analítica, fragmentadora, disjuntiva, reducionista, que separa os saberes e desenvolve a multi-

disciplinaridade ou pluridisciplinaridade, transforma as instituições científicas em departamentos estanques. Criam-se especialistas em conteúdos específicos, que trabalham em domínios disjuntos – cada um em seu território –, “tendo grande dificuldade para se comunicar com especialistas de outras áreas, para experimentar a interdisciplinaridade”.

O segundo pressuposto apresentado por Vasconcellos é o da estabilidade, que está relacionada à crença em que o mundo é estável e ordenado, e as leis de funcionamento são simples e imutáveis. A tarefa do cientista é conhecer as relações funcionais entre variáveis, entre dois fatores quaisquer, por exemplo, sendo que um deles varia em função do outro. Assim, a função do cientista é explicar, prever e controlar a ocorrência dos fenômenos no universo. “Só um mundo concebido como ordenado, em que há repetição, constância, invariabilidade, em que as relações entre as variáveis são altamente prováveis, pode ser descrito por meio de leis ou princípios explicativos” (VASCONCELLOS, 2002, p. 83).

Tudo isso garante a criação de um “protocolo matematizável” (Idem, p. 84), que corresponde às maiores exigências de rigor, de objetividade, de exatidão na representação das relações estudadas. A quantificação e a matematização tornam-se características indispensáveis ao conhecimento produzido pela ciência tradicional.

Por último, Vasconcellos (2002, p. 89) apresenta o pressuposto da objetividade. A objetividade é a crença de que é possível conhecer objetivamente o mundo, “tal como ele é na realidade”. Para que o cientista possa descobrir e descrever os mecanismos de funcionamento do objeto que está estudando, deve ficar fora dele, ou seja, o sujeito cognoscente (cientista) e o objeto cognoscível são independentes. Segundo Morin (1983, p. 17), “o mundo que a ciência [tradicional] quer conhecer tem que ser um mundo objetivo, independente do seu observador”.

A existência de uma realidade única, com uma única descrição, leva à construção de uma melhor ou única versão, “um *universo*, que corresponda à verdade sobre essa realidade” (VASCONCELLOS, 2002, p. 90). E somente o especialista no assunto pode manifestar-se sobre essa verdade.

O distanciamento entre o sujeito e o objeto, entre o observador e o sistema observado, afasta a possibilidade de a pesquisa ser contaminada pela subjetividade do pesquisador. Exemplo disso são algumas manifestações que se ouvem nas Faculdades de Direito e nos corredores dos tribunais, tais como: “cabe ao juiz analisar os fatos e as provas e, de forma imparcial, proferir a sentença”; “o juiz pode não ser neutro, mas deve ser imparcial”; “o que não está nos autos não está no mundo jurídico”, entre outras. Essas manifestações demonstram que, para Vasconcellos (2002, p. 92), “a concepção é de que existe uma justiça melhor a ser feita, que é a que está expressa pela lei, sendo o juiz apenas um instrumento de manifestação dessa justiça”.

A construção desse quadro permite afirmar que o Direito – entendido no seu paradigma positivista – se fundamenta na lei, é objetivo, separado das outras áreas de conhecimento, e o processo jurisdicional de tutela do Estado, este representado pelo Juiz, transforma-se em uma atividade extremamente formalista e hierarquizada em que os operadores do Direito, especialmente o Juiz, classificam-se como aplicadores da lei. A lei apresenta-se como a melhor solução, e o fato jurídico é separado do fato social, do fato psicológico.

“(…) o Direito trata a matéria de forma bem técnica e nós precisamos só de provas (...). Judicialmente, a nossa lei não exige que o Juiz se aprofunde nessas questões de sequelas emocionais ou nessa intervenção mais rápida para evitar a continuação da violência”. (Juiz)

O discurso do Juiz acima apresentado corrobora a ideia de que o pensamento

jurídico tradicional continua a remar para uma concepção jurídica de que o ideal-tipo da atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública é o da aplicação do Direito estatal (como encontrado nos manuais de Direito), dentro de uma abordagem de isolamento dos saberes, em que o Direito (estatal, autoritário e burguês) é uma caixinha de conhecimentos isolada das outras áreas, é enciclopédico, fragmentado, especializado e disciplinarizado. O Direito preocupa-se, tão somente, com a precisão dos detalhes (tipos penais, por exemplo), com a produção das provas, com a prolação da sentença. Afasta-se da intersubjetividade do réu e da vítima, pois precisa avaliar, julgar e condenar uma única pessoa e, para isso, tira essa pessoa de seu contexto, de suas relações. Nesses termos, a lei se apresenta tão maravilhosamente complexa que qualquer tentativa de incluir as emoções, de contextualizar as pessoas envolvidas em um conflito judicial poderia obscurecê-la. Nesse panorama, o ser humano perde a sua individualidade, vê-se encerrado, acorrentado à sua própria condição de “parte”, e não de pessoa, e encontra-se reduzido a um mero elemento nesse processo. Como afirma Delmas-Marty (2002, p. 257), “no campo jurídico a humanidade ainda é recém-nascida”.

Esquecem-se os profissionais do Direito de que é necessário questionar o próprio pensamento jurídico dominante, a fim de construir um processo de “*humanização jurídica*” (DELMAS-MARTY, 2002, p. 266), em que o Direito seja direcionado a uma vocação humanista, universal, sistêmica, pluralista e evolutiva.

Morin (2002a, p. 559) afirma que a complexidade “(…) é um problema, é um desafio e não uma resposta”. A palavra *complexus* significa “o que está ligado, o que está tecido” (MORIN, 2002a, p. 564). Refere-se a um conjunto cujos constituintes heterogêneos estão inseparavelmente associados e integrados, sendo ao mesmo tempo uno e múltiplo. Vasconcellos (2002,

p. 110) entende que a melhor pergunta, dentro de um quadro referencial de ciência novo-paradigmática, seria: “como se *concebe* a complexidade?”. Assim, citando Wittgenstein (1921, p. 110), percebe que “o complexo significa perceber que suas partes constitutivas se comportam umas em relação às outras, de tal ou qual modo [e que] não podemos nem imaginar um objeto a não ser em conexão com outros objetos”.

A fim de pensar complexamente, é necessário mudar de convicções e de atitudes: afastar-se da crença de que o objeto de estudo – o elemento ou o indivíduo – deverá ser delimitado para ser entendido. Pelo contrário, a delimitação simplifica o objeto e o afasta de seu contexto. Morin (2002a) apregoa que os princípios de explicação do fenômeno jurídico, por exemplo, passaram por um pensamento de simplificação, no qual a aparente complexidade das coisas pudesse ser explicada por meio de procedimentos de separação e redução dos fenômenos.

Então, não resta dúvida de que, para realizar a contextualização do objeto ou problema, faz-se mister proceder a um exercício de “ampliação de foco, o que nos leva a ver *sistemas amplos*” (VASCONCELLOS, 2002, p. 112).

“(…) o Juiz conhece só o Direito. Poucos juízes têm vivência prática, primeiro vivência prática, convivência com a violência. A maioria dos nossos juízes é retirada da classe média, média alta (…), não convivem com esse tipo de violência”. (Juiz)

“(…) no Direito eu só tenho duas possibilidades: condeno ou absolvo, e não pode ser para o bem do Estado, para o bem da coletividade, para o bem das vítimas, não é para o bem de ninguém que eu condeno, eu condeno para realizar o Direito, para realizar o tipo penal, para realizar a vontade do Direito Penal e, aí, eu fico de mãos atadas”. (Juiz)

Essas palavras deixam claro que o recrutamento de futuros juízes se dá, primor-

dialmente, pelo conhecimento do Direito positivado. Não há preocupação com o domínio de outras áreas do conhecimento e com a construção de uma capacidade de análise e pensamento crítico sobre as questões que se encontram em julgamento. Os juízes são levados a construir representações, noções e crenças que governam a tomada de posição concreta em relação ao processo judiciário e a sua produção teórica. A isso Warat (1993, p. 101) denominou “senso comum teórico dos juristas”. Essa montagem condiciona ideologicamente o trabalho profissional dos juristas.

Constrói-se, assim, um apanágio à lei. Só ela tem validade e importância. Ignora-se qualquer possibilidade de estudar a complexidade dos fenômenos que lhes são apresentados, no caso da violência, *v. g.*, o contexto em que se inserem as pessoas, as famílias, as instituições, no qual se constituem as redes sociais e no qual se desenvolvem as políticas sociais. Nesse diapasão, “o saber jurídico emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la” (WARAT, 1993, p. 103) numa visão complexa. Assim, o saber jurídico descontextualiza os fenômenos, realiza operações de disjunção, redução e simplificação, distancia o sujeito de seu contexto, isola-o, dissocia-o, classifica-o, transforma-o em uma “parte” na relação processual e o coloca como sendo “ou – ou”, “ou isto e aquilo”. Pensar o objeto em contexto, em sistemas complexos, não é tarefa do jurista. Para ele, só interessa as interações e retroações numa causalidade linear, isto é, tal causa produz tal efeito.

“(…) o Direito, ele analisa o comportamento a partir do resultado que esse comportamento provocou, o Direito avalia o comportamento externo, a Psicologia consegue trazer o comportamento interno”. (Juiz)

A segunda dimensão da ciência paradigmática emergente é a da instabilidade do mundo. Hoje se pensa um “mundo em processo de tornar-se” (VASCONCELLOS,

2002, p. 119), em profunda transformação. Por isso, é possível falar-se em imprevisibilidade, de irreversibilidade e de incontabilidade de alguns fenômenos. O problema da desordem, trazido pela física, derrubou o dogma central de um mundo ordenado, estável, duradouro, reto, auto-organizado.

O Direito aprisionado em conjunto de normas estatais, alongado e achatado, (LYRA FILHO, 1982), no entanto, vai de encontro, também, a essa segunda dimensão. Isso porque a palavra direito, segundo Venosa (2004, p. 27), “intuitivamente nos outorga a noção do que é certo, correto, justo, equânime”. Nesse contexto, o Direito estatal é ordenado, é uma “coisa” fixa, parada, definitiva e eterna (vale ressaltar que o termo *direito* é palavra plurívoca, uma vez que possui vários significados, ainda que ligados e entrelaçados). O estabelecimento de uma ORDEM traz segurança jurídica a toda a sociedade e qualquer tentativa de questioná-lo, de torná-lo plano e abrangedor (ou seja, aplicá-lo numa perspectiva de um pensamento complexo), faz crescer a contestação e desencadeia manifestos de que o porta-voz do jurista é a lei.

O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa (LYRA FILHO, 1982), deve libertar-se das amarras do formalismo jurídico, da previsibilidade, da controlabilidade para não se transformar em um falso Direito (DALLARI, 1998). Nesse sentido, os juristas, ao acusarem, defenderem e julgarem, devem direcionar o seu trabalho para as pessoas envolvidas no conflito – e não para a lei, que apresenta apenas um norte, uma direção –, a fim de que elas possam “assumir a competência da autoria de suas próprias vidas” (VASCONCELLOS, 2002, p. 9). Assim, as instituições agiriam para propiciar a mudança, mas sem ser os autores da mudança.

“(…) então o relatório vai dizendo de uma dinâmica relacional quando, muitas vezes, o que o Juiz quer ouvir não é sobre a dinâmica, mas sim

com quem a criança vai ficar, aí você imagina que talvez você esteja dando mais elementos do que ele espera (...). Em alguns momentos, eu tenho a sensação de que só aqueles elementos que ele espera não vão subsidiar uma decisão justa. Ele precisa se ater a essas outras dinâmicas que fazem parte (...), essas outras questões que estão envolvidas numa decisão”. (Psicóloga)

“(…) na audiência, a gente pede o relatório, mas chama a Psicóloga, traz a Psicóloga para a audiência para acompanhar o depoimento da criança junto com a gente, para que ela depois seja ouvida sozinha sem a criança, para que, além do relatório por escrito, a gente tenha a oportunidade de perguntá-la alguma coisa, de perguntar alguma coisa que tenha ficado, passado, não passado em branco no relatório, porque elas fazem um trabalho muito bem feito, mas é porque às vezes, na nossa percepção, perguntando é melhor”. (Promotora)

“(…) quando há orientação científica e há possibilidade jurídica, o Juiz vai, Juiz envolvido com a causa, o Juiz preocupado com a prevenção do crime, ele vai se preocupar também em ver o que o relatório está recomendando. Nas minhas sentenças, eu tenho adotado as recomendações do relatório, eu tento dar o encaminhamento da família para o trabalho de apoio e de recuperação psicológica, eu tenho adotado essas providências”. (Juiz)

As palavras acima demonstram que a Promotora é como São Tomé, só acredita vendo. Há, realmente, necessidade de interrogar a criança vítima de abuso sexual numa audiência que pode ser revitimadora? Os juristas revelam certa preocupação com a dinâmica relacional da vítima, mas logo esta se dilui na sua função institucional: buscar no estudo psicossocial e na con-

versa com a Psicóloga as provas necessárias para acusar e julgar o réu. Afastam-se, dessa forma, das ideias apresentadas pela Psicóloga, que deseja mais que um diálogo rápido acerca do caso sob análise, mas o estabelecimento de um código de trabalho conjunto entre o Setor Psicossocial e a Instituição Judiciária, principalmente.

Outro ponto relevante a destacar nessas falas é que os juristas reconhecem a complexidade, a intersubjetividade e o contexto dos fenômenos que lhes são apresentados, mas não conseguem ainda integrar. Contudo, isso não é um pecado, é um momento, pois lhes faltam condições de formulação teórica e cognitiva para avançar nessa perspectiva, na medida em que foram condicionados a pensar em um Direito indelével, estável, ordenado e previsível.

“(...) o que eu retiro do relatório, o que eu busco na história do relatório é uma constatação de que aquilo que está sendo contado, que está sendo relatado ali não é uma fantasia, uma fantasia engendrada por alguém, uma história, história contada para que a criança repita (...). mas, se eu tenho o relatório psicossocial, (...) eu tenho o meu convencimento (...), se o relatório vier me dizendo que há dúvidas quanto à veracidade dos fatos narrados, a minha maneira de abordagem vai ser diferente”. (Juiz)
“(...) eu não citei o laudo em nenhum momento no processo, mas eu mudei a minha defesa por causa do laudo. Eu ia sustentar que ela poderia está inventando, como tem vários casos aqui, e porque foi para esse lado que o interrogatório dele caminhou. Tinha lotes que eles queriam dividir, não sei o quê, então eu ia levar para esse lado. Aí eu comecei a fazer a defesa (...) daí eu cheguei aqui e falei não, não vou alegar, a acusação foi estritamente técnica, aleguei um negócio que não vai colar no Tribunal”. (Defensora)

Por fim, Vasconcellos (2002, p. 102) apresenta a terceira dimensão da ciência contemporânea emergente, que é a intersubjetividade na constituição do conhecimento. Trata-se da impossibilidade da existência de uma realidade independente de um observador, de um conhecimento objetivo do mundo. O conhecimento científico é uma construção social, “em espaços consensuais, por diferentes sujeitos/observadores. Como consequência, o cientista coloca a ‘objetividade entre parênteses’ e trabalha admitindo autenticamente o *multi-versa*: múltiplas versões da realidade, em diferentes domínios linguísticos de explicações”.

Vasconcellos (2002, p. 132) expõe a ideia de Morin (1983) de que, “nas ciências sociais, é ilusório acreditar-se que se elimina o observador. O sociólogo não apenas está na sociedade; conforme a concepção hologramática, a sociedade também está nele; ele é possuído pela cultura que ele possui”. Como analogia, é possível afirmar que a intersubjetividade do Juiz está presente na sentença que profere, como a intersubjetividade do Promotor está na denúncia que oferece ao Poder Judiciário, e assim por diante. Não obstante a tentativa de objetividade a que o Direito se propõe, é praticamente impossível em um mesmo caso (de abuso sexual contra criança, *v. g.*) receber sentenças iguais – quantidade de anos, meses, dias –, quando julgado por juízes diferentes. Isso demonstra que a sentença não é um relatório impessoal. Se o fosse, bastaria criar um programa de computador especial para julgar os casos colocados em juízo. O computador receberia as informações concernentes ao processo e, imediatamente, proferiria a sentença. Mas não haveria subjetividade também nessa programação? Quem a fez não foi uma pessoa, dotada de crenças, costumes e influenciada pelo meio em que vive?

O quadro acima propõe o relativismo do conhecimento; “o conhecimento é relativo às condições de observação; o

cientista conhecerá o fenômeno no estado em que escolher produzi-lo e descrevê-lo” (VASCONCELLOS, 2002, p. 133). Essa perspectiva de escolha fica associada à ideia de complementaridade: a realidade é cheia de relevos complexos, mas um só caminho não poderia levá-los ao conhecimento como um todo.

“(…) a complementaridade está mais relacionada ao fato de o nosso parecer ser aceito ou não (...). Eu posso fazer um parecer que vai influenciar ou não o Juiz, que vai subsidiar ou não a decisão do Juiz, e vai depender muito de como esse Juiz aceita o meu conhecimento, aí, quando esse conhecimento é aceito, eu acho que há complementaridade”. (Psicóloga)

“(…) mas eu acredito que, se o Juiz cita o relatório na sentença, ele não está meramente reproduzindo, não. A sua reprodução indica algum nível de integração, que ponto essa integração é realizada eu acho que só o Juiz que utilizou poderia passar isso para você. Ele tem o conhecimento de que aquilo é crime, que dá tanto e tanto tempo de prisão, com mais a minha, o meu conhecimento que foi produzido em cima das consequências, ou da veracidade dos relatos, ou do contexto que é construído e favorece aquilo, eu acho que ele junta tudo para poder fazer um julgamento, eu acho que a integração existe”. (Psicóloga)

“(…) eu acho que a complementaridade vem em que o nosso conhecimento, a nossa competência de alguma forma reforça a competência do outro, ressalta, ou aumenta, ou amplia, ou acrescenta, então eu acho que o que falta na complementaridade é na relação”. (Psicóloga)

“(…) na denúncia não (...), na denúncia não pode constar nenhum juízo de valor, o que a gente faz é objetivamente dizer, por exemplo, se eu tenho um laudo que fala, a criança

manipulando os brinquedinhos, (...), demonstrou que o pai pegou o pênis e esfregou em suas pernas, aí eu coloco conforme se apurou (...), então eu não posso me reportar ao relatório, mas eu extraio os fatos do relatório e coloco na denúncia”. (Promotora)

“(…) onde é que eu encaixo o relatório na minha decisão? Eu descrevo os fatos (...), uso o relatório como sendo o parágrafo de conclusão, como sendo a coroação de tudo isso, falando também qual foi a impressão que tiveram as profissionais que lidam com o comportamento humano, os profissionais do psicossocial tiraram a mesma conclusão a que chego, a de que efetivamente o réu agrediu as vítimas”. (Juiz)

“(…) não citei o laudo em nenhum momento, mas eu mudei minha defesa por causa do laudo”. (Defensora)

“(…) eu acho que o nosso trabalho é muito complementar, assim, auxilia bastante no sentido de que a gente lida diretamente com a família, com as pessoas envolvidas no processo e é um complemento com as provas, com a parte legal do processo. Então, assim, é como o Juiz, nós somos um (...) eu vou usar isso, um braço do Juiz, uma assessoria”. (Assistente Social)

Os trechos acima indicam que o campo de interação – de acordo com a Hermenêutica de Profundidade – entre a Psicologia e o Direito se realiza numa dimensão complementar. A leitura jurídica afasta a perspectiva de compreensão do ato da violência – o seu significado simbólico, que se inscreve em um contexto familiar ou social mais amplo – e utiliza as informações contidas no estudo psicossocial para complementar o ato de acusar, defender e julgar.

O termo “nós somos um (...) braço do juiz”, interpretado e reinterpretado dentro da HP – utilizado pela Assistente Social, confirma essa tese. O Juiz é um corpo, é mais importante. Se um braço lhe faltar, o corpo

sobrevive. Na verdade, a leitura jurídica que o Juiz, a Promotora e a Defensora tiram do laudo psicossocial (e não do relatório como é nomeado pelo Setor Psicossocial) não se demonstra incompatível com o discurso psicológico sistêmico ou relacional, na medida em que uma leitura não exclui a outra. Tanto o Direito quanto a Psicologia buscam interromper o abuso sexual contra crianças, por exemplo, mas ambas as áreas caminham por lados opostos: o Direito busca a objetividade e a aplicação da lei; a Psicologia busca a análise dos sujeitos em seu contexto familiar e social. O laudo (relatório), nesse contexto, complementa as informações de que os juristas dispõem para acusar, defender, absolver ou condenar o réu. O “diálogo” se interrompe no momento em que o laudo (relatório) é enviado ao juízo.

“(…) não tive informações, não tive retorno, não tive um retorno da decisão, a não ser através de você que mencionou, não sei de que forma que esse parecer auxiliou ou não o juiz”. (Psicóloga)

“(…) é uma grande dificuldade, se a gente pudesse ter contato com os juízes, se a gente pudesse discutir com eles, como é que o nosso parecer ajuda? O que que vocês esperam? O que que nós podemos oferecer? Ou então, o que cabe a nós? Talvez a gente se sentisse um pouco mais seguro na elaboração de um parecer”. (Psicólogo)

Traçar novos percursos e criar novas alternativas exige compreender e aplicar o Direito com um olhar voltado para a causa humana, uma vez que lida diretamente com questões de interesse humano, como a liberdade, a moralidade, o comportamento e, por que não afirmar, as emoções. Todos esses valores têm intensa significação humana, e a construção de um pensamento psicológico, a par do jurídico, é fundamental para a “hominização jurídica” (DELMAS-MARTY, 2002, p. 266) e para a aplicação de um princípio tão caro

ao mundo jurídico: a dignidade da pessoa humana, e, por consequência, a dignidade da família humana. É desse pressuposto de construção de uma “hominização jurídica” (Idem, p. 266), voltada para a valorização da dignidade da família humana, que o Direito e a Psicologia devem partir, ou seja, ambas as áreas devem edificar uma atitude/ação interdisciplinar.

Inicialmente, vale lembrar que a interdisciplinaridade está ligada à complexidade. Esta, para Morin (2002b, p. 559), “(…) é um problema, é um desafio e não uma resposta”. Se a complexidade é, à primeira vista, o que não é simples pois não busca estabelecer uma verdade simples, como o fez o ideal científico, segundo Morin, até o início do século XX, quando adotou quatro grandes meios para a simplificação dos fenômenos: o princípio da ordem; o princípio da separação; o princípio da redução; e o princípio da validade absoluta da lógica clássica –, a complexidade nascida do questionamento desses princípios não criou uma verdadeira reforma do pensamento. Isso porque a complexidade contribui para uma maior incerteza, e ela reconhece a parcela inevitável de incerteza no conhecimento, pois se a palavra *complexus* significa “o que está ligado, o que está tecido”, e se é esse tecido que é preciso conceber, a complexidade, então, repousaria ao mesmo tempo sobre o caráter de tecido e sobre a incerteza. “É o fim do saber absoluto e total” (MORIN, 2002b, p. 564).

A perspectiva dialógica, para Vasconcelos (2002), é característica fundamental do pensamento complexo, pois é capaz de unir conceitos que tradicionalmente se opõem, que são antagônicos e se encontravam em compartimentos fechados. Para alcançar um conhecimento complexo, Morin (2002b) afirma que é preciso reunir, contextualizar, globalizar as informações e os saberes de que a humanidade dispõe. Assim, em vez de pensar a compartimentação do saber, “passa-se a focalizar as possíveis e necessárias relações entre as disciplinas e a efetivação de contribuição

entre elas, caracterizando-se uma interdisciplinaridade” (VASCONCELLOS, 2002, p. 114).

A atitude interdisciplinar é uma tentativa de busca do saber unificado para, assim, preservar a integridade do pensamento e o restabelecimento da ordem perdida pela fragmentação dos saberes. A tônica da atitude/ação interdisciplinar é a supressão do monólogo e a fundação de uma prática/relação dialógica. Para tanto, faz-se necessária a eliminação de quaisquer barreiras entre as áreas de conhecimento e entre as pessoas que pretendem desenvolvê-la.

“(…) então, quando nós pudermos somar a Psicologia ao Direito, e nós podemos, nós vamos somar a polpa à casca, como se o Direito olhasse sempre para a casca e a Psicologia pudesse expressar o que está na polpa, e, se eu posso somar isso, certamente eu vou ter mais informações, mais subsídios para aplicar o justo, além do Direito, aplicar o justo”. (Juiz)

“(…) para mim, é essencial a contribuição da Psicologia, porque são temas que o Direito não se aprofunda no conhecimento em sua formação. A formação de nenhum advogado, Juiz vai aprofundar conhecimento sobre o fenômeno, sobre as relações, sobre a intersubjetividade, a intrasubjetividade. Isso é específico de cada formação, embora eu ache que quem é formado em Direito tem algum acesso a alguma informação, mas ainda assim não tem o aprofundamento, não tem a possibilidade, até porque não compete, e, assim ele vai desvirtuar uma coisa que, às vezes, ele poderia até aperfeiçoar. Aí eu acho que vem a interdisciplinaridade, que é aquilo que eu vou a fundo para conhecer”. (Psicóloga)

“(…) a gente está construindo uma parceria, a gente entende que a parceria é lado a lado, igual para igual”. (Assistente Social)

“(…) eu acho que pode ser feito um trabalho em conjunto, não só no nível do processo, porque eu acho que o Poder Judiciário e o Ministério Público têm condições de trabalhar extraproceto para resolver determinadas coisas (...), é possível, sim, a gente fazer um trabalho em conjunto, não dos psicólogos complementarem o nosso trabalho, mas é possível nós fazermos um trabalho juntos para resolver esses problemas de violência”. (Promotora)

“(…) eu gosto muito dessa parte da Psicologia, assim, sabe, eu acho até que você me deu uma idéia boa de, sei lá, para eu tirar uma dúvida, alguma coisa e conversar com as psicólogas.” (Defensora Pública)

A interpretação, de acordo com o método da Hermenêutica de Profundidade, implica um movimento novo de pensamento, por construção criativa de possíveis significados –, com o objetivo de buscar uma explicação interpretativa do que está representado ou do que é dito. Nesse sentido, o Juiz deixa claro que o seu trabalho é aplicar o Direito. Ele dissocia o Direito da Justiça e entende que só com a soma da Psicologia (a polpa) e o Direito (a casca) é possível aplicar a Justiça ao caso concreto. Mas somar significa juntar, e não necessariamente discutir e trocar. Ele pensa na possibilidade da construção de uma relação dialógica entre essas áreas, a despeito de ter utilizado o termo somar, mas se demonstra acorrentado ao formalismo do processo, à hierarquia da instituição, às exigências da lei. Ao mesmo tempo, mostra-se inseguro e perdido em como estabelecer essas práticas interdisciplinares, em como vencer o leão do Direito estatal e buscar novas alternativas para a atividade jurídica de julgar.

A Psicóloga reconhece a incapacidade de o jurista promover a Justiça sem um relacionamento efetivo com a Psicologia e propõe a interdisciplinaridade como um exercício do diálogo para que novos

conhecimentos, novas posturas, novos indicadores, novas possibilidades de trabalho sejam estabelecidas. A Promotora, ao lado da Psicóloga, avança muito. Para ela, o Direito e a Psicologia podem construir um relacionamento extraprocessual, isto é, para alguns casos, é possível incitar o diálogo, a resolução de um problema de violência, por exemplo, sem a instauração de um processo judicial. Isso se apresenta como uma compreensão do movimento dialético, ou seja, segundo Barros (2005, p. 3), “rever o velho para torná-lo novo, tornando novo o velho (...) o velho sempre pode tornar-se novo e há sempre algo de velho no novo. Velho e novo, faces da mesma moeda, depende apenas da visão de quem lê, se o faz disciplinar ou interdisciplinarmente”.

4. Considerações finais

A construção de uma parceria, de uma relação lado a lado e de igual para igual é o caminho a ser perseguido pelos profissionais da área jurídica e psicológica. Para tanto, Fazenda (1991) aponta que é primordial o pensar interdisciplinar a partir da premissa de que nenhuma forma de conhecimento é em si mesma exaustiva. O diálogo com outras fontes do saber e a atitude de se deixar irrigar por elas significa transformar-se por dentro e, ao mesmo tempo, criar condições exteriores para mudar o mundo do saber. O paradigma da parceria é premissa maior da interdisciplinaridade (FAZENDA, 1991). Os profissionais que pretendem ser interdisciplinares não são solitários, são parceiros: parceiros de pares, parceiros das pessoas envolvidas em um conflito judicial, parceiros dos outros órgãos da instituição em que trabalham, parceiros na promoção da Justiça. O comprometimento é com a totalidade, ou seja, com a interdisciplinaridade. Não cabe, aqui, o saber que apenas perquire (o pedido do laudo psicossocial) e responde (a resposta à pergunta com a apresentação de um relatório).

O que cabe, efetivamente, é redefinir conceitos, posturas e enfoques para, assim, promover a unificação dos saberes, com um olhar que permitirá uma reflexão aprofundada, crítica e salutar, sobre o funcionamento do ato de analisar psicologicamente uma pessoa, de acusá-la de um crime, de defendê-la e de julgá-la. A interdisciplinaridade pode ser considerada um meio de conseguir uma certa aproximação entre o pensado, o vivido e o executado, a partir da inter-relação de múltiplas e variadas experiências e, também, como uma forma de compreender e modificar o mundo, pois, segundo Fazenda (1991, p. 32), “sendo o homem agente e paciente da realidade do mundo, torna-se necessário um conhecimento efetivo dessa realidade em seus múltiplos aspectos”.

O exercício da interdisciplinaridade exige a construção de um projeto coletivo de trabalho, com a intenção de revelar possibilidades, de acrescentar, consolidar, impulsionar e valorizar o pensar e o agir dos parceiros. Para tanto, é indispensável “dar-se a conhecer”, “falar”, “dizer” e rever as práticas individuais num contexto coletivo, uma vez que essa revisão pode tornar-se mais que apenas geradora de opinião; pode transformar-se em fundamento do saber (FAZENDA, 1991).

Executar esse projeto coletivo interdisciplinar pressupõe não só compreender as implicações teórico-práticas desse trabalho, mas vivenciar todas as contradições que o fenômeno complexo, no caso o abuso sexual contra crianças no âmbito familiar, poderá desencadear no desenvolvimento das práticas interdisciplinares. Mas como desenvolver essas práticas? É possível criar um rol de procedimentos a serem seguidos?

Não há como estabelecer um rol de atividades interdisciplinares para resolver esta ou aquela questão. O seu estabelecimento levaria ao erro do tecnicismo, ou seja, à criação de modelos de comportamentos, de procedimentos e técnicas necessárias – apenas – ao arranjo e controle das condições

ambientais, tornando o comportamento observável e mensurável. Só a construção de um trabalho coletivo, a partir de uma participação organizada e ativa de todos os protagonistas envolvidos na questão judicial, é que promoverá uma Justiça mais democrática, solidária e sensível a novos valores. Entretanto, o passo inicial é perceber-se interdisciplinar.

Referências

- ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.
- BARROS, Adriana Azevedo Paes de. Interdisciplinaridade: o pensado o vivido – de sua necessidade às barreiras enfrentadas. *Comunicação Social*. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papres/xxii-ci/gt02/02b05.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Código penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Parte Geral com redação determinada pela Lei nº 7.209, de 13 de julho de 1984.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- CÁRDENAS, Eduardo José. *La familia y el sistema judicial: una experiencia innovadora*. Argentina: Emecé, 1998.
- CÓDIGO CIVIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- CÓDIGO CIVIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Acesso à humanidade em termos jurídicos. In: MORIN, Edgar (Org.). *A religião dos saberes: o desafio do século XXI*. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- Demo, Pedro. *Pesquisa e informação qualitativa*. São Paulo: Papyrus, 2001.
- DONZELOT, Jacques. *A política das famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. *Interdisciplinaridade – um projeto em parceria*. São Paulo: Loyola, 1991.
- GONZÁLEZ REY, F. *Pesquisa qualitativa em psicologia: caminhos e desafios*. São Paulo: Thomson, 2002.
- LEI de crimes hediondos. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- MORIN, Edgar. *O problema epistemológico da complexidade*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1983.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002 a.
- MORIN, Edgar. Os desafios da complexidade. In: _____ (Org.). *A religião dos saberes: o desafio do século XXI*. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b.
- RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín. Herrera. Aproximação ao direito alternativo na ibero-américa. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direito alternativo brasileiro: pensamento jurídico europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SICHES, Luis Recasens *Lecciones de sociologia*. Mexico: Porrúa, 1948.
- SOARES, Bárbara Masumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004.
- WARAT, Luís Alberto. O senso comum teórico dos juristas. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: EdUnB. (O direito achado na rua, 1).
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Alemanha: Annalen der naturphilosophie, 1921.

Uma Constituição para Israel

Roberto Ferreira da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Elementos de construção do pensamento e da práxis constitucional israelense. 3. Leis Básicas. 4. A Procuradoria Geral de Israel. 5. Fontes do Direito em Israel. 6. Argumentos contrários e favoráveis à Constituição. 7. Propostas de constituição. 8. Constitucionalismo legislativo. 9. Reflexões conclusivas.

“Sem uma Constituição formal não há limites à supremacia legislativa, e a supremacia dos direitos humanos existirá tão-somente quando houver auto-contenção da maioria. A Constituição, entretanto, impõe limitações legais na legislatura e garante que os direitos humanos sejam protegidos não apenas por meio da auto-contenção da maioria, mas também pelo controle constitucional sobre a maioria.” Aharon Barak, Presidente da Suprema Corte de Israel, 1995-2006, citado neste artigo por Tatiana Waisberg.

1. Introdução

Qualquer discussão sobre a questão constitucional de Israel deve levar em consideração as particularidades que a distingue das demais nações. É um estado unitário, “considerado uma democracia parlamentar”, com base no “bem-estar social” (SHAPIRA, 1993, p. 284), e abrigava em 2006 uma população de sete milhões de habitantes (HECHOS..., 2006, p. 61,109), sendo 76,2 % de judeus, 19,5% de árabes (17,8% muçulmanos, 1,7% cristãos), 0,4% de outros cristãos, 3,9% de drusos, circasianos e camadas de menor potencial demográfico. Uma de suas principais características

Roberto Ferreira da Silva é Procurador do Estado do Acre. Mestrando em Direito das Relações Internacionais da UniCEUB.

de perfil sociológico repousa na existência de um exacerbado contato da religião com a política. O seu arcabouço constitucional é de natureza material e está sustentado em leis de natureza ordinária e de configuração especial – as leis básicas –, aprovadas pelo Parlamento unicameral Knesset, e também na jurisprudência dos tribunais. Revela a ausência de uma carta de direitos, e de mecanismos que garantam à legislação aprovada a submissão a mecanismos de revisão judicial, especificamente o controle de constitucionalidade, conforme ver-se-á a seguir.

Ao lado do Reino Unido e da Nova Zelândia, não dispõe de um diploma formal nos moldes kelsenianos (Cf. MENDES, 2004, p. 446-467), mas, sim, de uma legislação produzida sucessivamente pelo parlamento, desde sua criação, aparentemente esparsa (Cf. GODOY, 2006, p. 222), num ambiente de distinção entre as leis comuns e as leis denominadas básicas, em que essas últimas foram idealizadas para constituir o corpo de uma futura constituição.

Atualmente os debates a respeito da necessidade, ou não, de uma constituição formal nesses países têm ocorrido em fóruns privilegiados, em que o ocidente jurídico jamais imaginaria que o assunto fosse questionado com veemência, tal como vem ocorrendo, por exemplo, no Reino Unido.

A mídia internacional tem dado destaque ao fato de que naquele país, principalmente durante as campanhas eleitorais, a reforma constitucional tem sido recorrentemente um instrumento de apoio utilizado por políticos ingleses candidatos ao cargo de Primeiro-Ministro, como Neil Kinnock (MAZA, 2009) – derrotado por John Major –, e, em seguida por Tony Blair. Apoiado por este último, Gordon Brown, então Ministro da Economia e candidato à chefia de governo, declarou à imprensa que “se empenharia para que o Reino Unido tivesse uma constituição escrita, que pontuasse os princípios fundamentais do Estado, estabelecesse os limites dos poderes do Governo e

do Parlamento, ampliasse a autoridade da Câmara dos Comuns em sua fiscalização do Executivo” e que expusesse “claramente os direitos e responsabilidades dos cidadãos”, tornando universal o conhecimento das normas constitucionais, até então matéria restrita aos operadores do direito, estudiosos e autoridades (BROWN..., 2008). Em 2009, David Cameron, adversário político de Gordon e pretendente ao mesmo cargo, divulgou uma série de medidas reformadoras que pretendia implantar, caso eleito, tais como: “redução da quantidade de deputados e ampliação da liberdade de seus votos, limitação do mandato parlamentar, criação de instrumentos de iniciativa popular na elaboração de leis no Parlamento, ampliação da autonomia dos governos locais, além de mudanças na legislação eleitoral e na Câmara dos Lordes” (MAZA, 2009). A academia inglesa (ASH, 2009), por meio de um de seus representantes, manifestou opinião pessoal a respeito da necessidade urgente de o Reino Unido ter uma constituição escrita e ofereceu sugestões para “os candidatos de sua circunscrição parlamentar”¹: “reforma eleitoral”, “prazos fixos de legislatura” (limitação a uma recondução ao cargo de primeiro-ministro, etc.), “comitês parlamentares fortes” (eleição para o cargo de presidente do comitê, etc.), “parlamentares de dedicação plena e melhor remunerados”, “reforma da Câmara dos Lordes” (mas é contra a eleição direta vinculada ao simples argumento de que isso constitui um processo de escolha democrática, por achá-lo insuficiente), “governos locais democráticos mais fortes” (combater a excessiva centralização), “cautela no sistema geral de base de dados” (redução da invasão de privacidade do cidadão e no “cadastramento” de DNA,

¹ Ash (2009) comenta o fato da possibilidade de qualquer cidadão britânico, tal qual o norte-americano ou alemão, poder levar em seu bolso um exemplar das suas Constituições, em vez de tão-somente conhecer alguns dispositivos de memória ou de maneira fragmentada, caso não seja um especialista.

etc.) e “carta de direitos” (uma codificação britânica explícita dos direitos de seus cidadãos).

A contestação é antiga. Em 1991, o Instituto para a Pesquisa de Política Pública tornou público na comunidade britânica um esboço de uma constituição escrita, à época, de concepção vanguardista, que requer atualização, entre outros fatores, em face da ampliação da autonomia dos integrantes do Reino Unido. Desde o final de 2009, o Primeiro-Ministro Gordon Brown procura apoio à sua proposta de que seja escrita uma constituição a partir da codificação das convenções parlamentares constitucionais, a ser implementada em 2015, e que, segundo críticos, não pretende inovar democraticamente, mas somente garantir a manutenção do *status quo*. A par disso, a Escócia já se adiantou e elaborou um modelo de constituição escrita no caso de declaração de sua independência do Reino Unido. A propósito, a mesma comissão que a gerou – Comissão Constitucional Escocesa – ofereceu à comunidade novo modelo de constituição para o Reino Unido, contendo 92 artigos, alguns deles inspirados no direito comparado, aproveitando a ebulição dos debates (BULMER, 2010; BULMER; DOMINGUEZ, 2010).

A matéria nunca como antes esteve tão em evidência na pauta das discussões políticas daquele país, onde se supunha pacificado esse tipo de aspiração democrática continental.

Em Israel, as agendas política, jurídica, religiosa e popular, desde sua independência, sempre inseriram discussões a respeito da oportunidade, conveniência ou não de o país consagrar um texto fundamental corporificado de uma maneira geral nos moldes ocidentais.

O presente artigo pretende expor alguns fatos relevantes que possam auxiliar o entendimento da complexa teia de relações que orbitam em torno do núcleo da própria existência do Estado de Israel, e mostrar como isso repercute nas suas instituições e

no destino de seu povo, visando um breve estudo sobre o problema constitucional.

Algumas indagações de caráter geral podem ser consideradas pertinentes: Israel possui ou não uma Constituição? Existiu ou existe uma Assembleia Constituinte? Quem deseja uma Constituição para Israel? Que tipo de motivação instiga os debates constitucionais? Qual o Direito vigente em Israel? Quais os principais argumentos contrários e favoráveis a uma constituição israelense? Qual o papel da religião na discussão constitucional? Existe permeabilidade à influência da doutrina estrangeira nas relações institucionais internas? Quais são os atores públicos e privados que devem dialogar na construção de um regime constitucional pleno em Israel? Que tipo de conversa sobre o problema é entabulado pelas principais instituições do Estado? As respostas aqui apresentadas ou sugeridas representam apenas uma visão panorâmica, que pode ser aprofundada com uma detida análise da bibliografia consultada e disponível sobre o assunto.

2. Elementos de construção do pensamento e da práxis constitucional israelense

Para uma perfeita compreensão do tema, é necessário que se conheça um pouco da História de Israel e seu povo, que acumula fatores intimamente associados à forma de organização política e social dessa nação sobrevivente.

As notórias crônicas judaicas registram que, expulsos de Eretz Yisrael pelos romanos em 73 d.C., os judeus foram, inicialmente, obrigados a fugir para diversos países da Ásia e da Europa, e mais tarde para a África e América. Desde essa época, a comunidade internacional judaica aspirou pela restauração de um Estado essencialmente Judeu e pelo retorno de seu povo à Israel.

O jornalista e advogado judeu Theodor Herzl, austro-húngaro, foi o teórico e

criador do movimento sionista² (com seus ramos religioso e socialista), cuja base ideológica está impressa em seu livro “Der Judenstaat” (O Estado Judeu), publicado em 1895, onde sugeria a “criação de um estado exclusivamente judeu na Argentina ou na Palestina”. A ideia-força da obra era a formação de um congresso sionista, integrado exclusivamente por judeus, como a melhor opção de se conseguir a criação de um estado judeu independente, que reuniria os judeus dispersos pelo mundo e resolveria o antigo problema do antissemitismo (HERZL, 2009).

Durante a Primeira Guerra Mundial, em 1917, a Palestina estava ocupada e dominada pelo império turco-otomano (1516-1917). Em dois de novembro daquele ano, o Secretário britânico dos Assuntos Estrangeiros, Sir Arthur James Balfour, em correspondência ao Lorde Rothschild, Presidente da Federação Sionista Britâni-

ca, manifestou a intenção e a “simpatia” do Governo Britânico de criar facilidades à comunidade judaica para povoamento da Palestina e estabelecimento do Estado de Israel – um “lar nacional para o povo judeu” –, em caso de uma provável vitória dos ingleses sobre os turco-otomanos, com “a recomendação expressa de preservação e defesa dos direitos civis e religiosos dos não-judeus já residentes naquele território”, e também, dos direitos e do *status* político garantido aos judeus em outros países. Essa manifestação é conhecida como Declaração de Balfour, ratificada pela Itália, França e Estados Unidos (ISRAEL, 2008), e representaria o lastro jurídico para futuros documentos da Liga das Nações e das Nações Unidas.

Conquistada a Palestina pelos ingleses (1917-1947), os vencedores perceberam que qualquer sistema legal que viesse a ser adotado na região deveria, obrigatoriamente, “levar em consideração as normas jurídicas em vigor durante a ocupação otomana”, que deveriam ser agregadas às leis britânicas que iriam vigor no mandato civil³ outorgado à Grã-Bretanha pela Liga das Nações. O Mandato entrou em vigor, de fato, em 1922 e durou até 1948, com a independência e o estabelecimento do Estado de Israel.

Ainda em 1920, por autorização do Mandato, às comunidades árabes e judias foi concedido o direito de administrarem seus assuntos internos, manejado imediatamente pela judia, com o propósito de instalar uma equipe de governo própria, mediante um Conselho Nacional (Assembleia dos Eleitos) de natureza política. Articulada a comunidade (criação de cidades e *kibutzim*⁴), a partir de financiamento judeu local e internacional, foram estruturados

² Sionismo (Retorno a Sion – Jerusalém e Terra de Israel –, Terra Prometida) é o movimento político judaico surgido na Europa, em 1897, que tinha como objetivo “a criação e o estabelecimento de um Estado nacional Judeu soberano na Palestina”. *Encyclopedia Britannica*. Na realidade a ideia de retorno a Sion (Sião) é bem mais antiga. Qualquer estudo bíblico aponta já o Salmo Bíblico 137:1 e 5, primeira parte, expressando esse sentimento nostálgico: “Junto aos rios da Babilônia nos assentamos e choramos, lembrando-nos de Sião [...] Se eu me esquecer de ti, ó Jerusalém [...]”. Depois dessa época e antes de Herzl, alguns rabinos e estudiosos clamaram pela suspensão do “exílio perpétuo a que se viam submetidos os judeus” e até mesmo pelo estabelecimento de uma república judia. Especial destaque merece, na modernidade, Moses Mendelssohn (1729-1786), que pugnou pelo reconhecimento de direitos civis aos cidadãos alemães de origem judaica e pela “aproximação e integração de cristãos e judeus na sociedade”. Ao analisar uma proposta de um Estado Judeu, já na Palestina, em 1770, manifestou-se em desacordo em função de três motivos: “tal Estado somente vingaria após uma guerra na Europa contra tal proposta”; “debaixo de ancestral servidão, não estariam dotados da necessária coragem para levar a cabo uma aventura daquele porte” e, “pobres, não teriam suporte financeiro para empreender a tarefa”. Teodor Herzl aproveitou essa análise e a aspiração nacional e, entre outras providências, criou a Companhia Judia, instituição financeira para “administrar bens de imigrantes e planejar a futura economia” do país imaginado (PEREDNIK, 2004, p. 5).

³ Território do Oriente Médio, com *status* de território sob mandato, formado pelo hoje Estado de Israel, a Palestina e Jordânia, que, em tese, deveriam ser preparados para a independência.

⁴ Plural de *kibutz*, as fazendas coletivas de inspiração marxista.

e postos em atividade “serviços de saúde, educacionais, sociais e religiosos” (FOREIGN ..., 2008, p. 27).

Assim, em 1922 foi editada a principal norma jurídica do Mandato Britânico⁵ para a Palestina: o *King's Order in Counsel* ou a Disposição (Ordem) do Rei e seu Conselho, por suas características considerada uma “miniconstituição”, tratando da convivência das leis otomanas e britânicas, desde que as primeiras não se contrapassem às últimas, e do preenchimento das lacunas da lei otomana com dispositivos britânicos. Esclarecia como administrar o mandato britânico proveniente da autoridade emanada da Liga das Nações e propunha a eleição de representantes judeus e árabes junto ao mandato (BEN-TASGAL, 2008).

Na sequência, com a independência de Israel, o Conselho Temporário de Estado decretou que as leis britânicas – com as leis otomanas não tornadas nulas –, pequenas exceções à parte, seriam incorporadas ao mundo jurídico israelense (Idem, 2009). O decreto denominado “Leis e Administração” (Manifesto) estabeleceu que permaneceriam em vigor as leis promulgadas antes da Declaração de Independência de 1948, desde que não conflitassem com os princípios nela inseridos e nem fossem incompatíveis com a futura legislação aprovada pelo Knesset (ISRAEL, 2008a), o Parlamento de Israel. O Manifesto distingue-se do *King's Order* por não registrar a forma de administração do novo Estado, que deveria ser disposta pela futura constituição.

Para esse problema logo foi encontrada uma solução: a edição, em 19 de maio de 1948, de mais uma “miniconstituição”, denominada “Ordenanças sobre a Organização do Governo e a Lei 1948”, que adotou em seu corpo também as disposições contidas no “Manifesto”. Nelas estão delineados e abordados temas como, por exemplo, o governo, as leis, o sistema e cortes judi-

ciais, as forças armadas, o orçamento, os impostos, etc.

Pelas razões expostas, a legislação nacional de Israel que compõe o seu sistema jurídico⁶ possui como característica notável a convivência e interação de diversos diplomas e jurisprudência independente⁷, principalmente a partir de 1948.

Deve ser levada em conta, também, a Resolução 181. O estabelecimento do Estado de Israel, tecnicamente, foi precedido por essa Resolução⁸ do Conselho de Segurança da ONU, que, aprovada sob a presidência do chanceler brasileiro Oswaldo Aranha⁹ e intitulada “Plano de Partilha com União Econômica”, de 29 de novembro de 1947¹⁰, conforme o seu texto, buscava uma distribuição proporcional do território liberado às populações árabes e judias e idealizava entre elas uma fraterna cooperação.

Legitimados, os judeus criaram a Secretaria Zraj Varhaftil, como instrumento preparatório do processo de redação de

⁶ Classificado por René David como de natureza mista: *common law* e direito romano-germânico (DAVID apud WAISBERG, 2008, p. 325).

⁷ As leis otomanas e britânicas vigoraram plenamente – as primeiras até 1917, e estas últimas, entre 1918-1948.

⁸ Ao dispor sobre a transferência do Poder do Mandato Britânico para o Conselho Provisório Judaico, encarregado de elaborar o diploma constitucional, foi elevada por alguns à “categoria de poder constituinte originário do novo Estado” (WAISBERG, 2008, p. 326).

⁹ Oswaldo Aranha é nome de uma das ruas de Tel-Aviv e de um centro cultural onde estão guardados parte do acervo bibliográfico de propriedade do chanceler, além do martelo usado para anunciar o veredito na ONU, no kibutz Bror Chail (PINSKY, 2007, p. 24).

¹⁰ Em síntese, estabelecia prazos e condições a serem observadas: “desocupação pelos ingleses do litoral na área reservada ao povo judeu a fim de criar facilidades de desembarque para os imigrantes (até 1^o/2/1948); o poder do Mandato Britânico seria transmitido aos recém-criados Conselhos Provisórios dos Estados Judeu e Árabe, sob a supervisão da ONU (até 1^o/4/1948); desocupação definitiva da Palestina pelos ingleses (até 1^o/8/1948); e transformação dos Conselhos Provisórios em governos autônomos e independentes (até 1^o/10/1948)”. Discordando da criação do Estado de Israel, em 14 de maio de 1948, Iraque, Jordânia, Egito e Síria atacam Israel (Idem, p. 23).

⁵ Em 1922 é criada a Agência Judia, preposta da comunidade judia nas relações com o Mandato Britânico, governos e organizações internacionais.

uma constituição para o futuro Estado de Israel, que foi adotada com o nome de seu presidente (CAZAÑA, 2009), mas que não logrou êxito. A ideia de uma constituição escrita foi registrada na própria Declaração de Independência de 14 de maio de 1948¹¹, documento matriz dos fundamentos morais que norteiam os rumos do Estado de Israel e fonte de autoridade: “Declaramos [...] de conformidade com a Constituição que será adotada pela Assembleia Constituinte eleita, mais tardar a primeiro de outubro de 1948 [...]”. Porém, mercê do ambiente de belicosidade com os árabes, a Assembleia Constituinte somente veio a ser instalada em fevereiro de 1949. Essa Assembleia aprovou a “Lei de Transição 1949”, conhecida como “pequena constituição”, denominando “Knesset” o Poder Legislativo (Parlamento) Israelense, e o estabeleceu como o “Primeiro Knesset” (Primeira Knesset), de uma série identificada por números ordinais, conforme a legislatura sequencial. Para o Knesset¹², a Declaração “não é um documento ordinário legal nem tampouco uma lei”, mas reveste-se de validade legal em face das recorrentes interpretações normativas de algumas de suas seções por parte da Suprema Corte de Israel (ISRAEL, 2009b).

As tratativas para elaboração de uma constituição escrita para Israel receberam impulso notável com a conhecida Resolução

¹¹ A Declaração constitui o “ideário nacional e diploma básico do processo de construção da Constituição de Israel”, registrando os motivos circunstanciais da restauração da Terra de Israel (Eretz Yisrael) com base na democracia e na identidade judaica, respeitados os princípios de paz, liberdade e justiça, na busca do bem comum através de uma relação harmônica e cooperativa com os vizinhos árabes (SISTEMA ..., 2009).

¹² Knesset tem sua raiz em *kinus*, que significa “reunião”. O seu nome é originário do hebraico *Anshe Knesset HaGedolah*, “A Grande Assembleia”, composta por 120 rabinos, que governou o destino dos judeus, entre os marcos dos profetas e do alvorecer do judaísmo rabínico, por aproximadamente 200 anos. Simboliza o “renascer da soberania judaica no território de Israel”. Disponível em: <<http://www.oragoo.net/0-que-e-o-knesset/>>. Acesso em: 27 fev. 2009.

Harari¹³, uma espécie de proposta alternativa à elaboração imediata de um texto unitário e escrito. Aprovada pela Primeira Knesset, nela constava a determinação à Secretaria de Constituição, Direito e Justiça para que elaborasse uma proposta de constituição para Israel, configurada por grandes “artigos temáticos” a serem denominados “leis básicas”, que, ao final dos trabalhos da Secretaria, após submetidos ao Knesset para aprovação, deveriam ser reunidos para formar a Constituição do Estado de Israel. A Resolução, cautelosamente, omitiu pontos importantes da discussão constitucional: “disposição que dificultasse ou impedisse emendas à lei (no caso Leis Básicas), por exemplo, maioria absoluta ou mais restrita do voto parlamentar; supremacia (não estabelece uma distinção hierárquica entre lei básica e lei comum); controle de constitucionalidade (poder de os tribunais decidirem a respeito de leis comuns incompatíveis com as leis básicas)”, algumas das principais garantias inseridas em uma constituição democrática (KAHANA; GOOD, 2008).

Na realidade essa Secretaria seria investida de poderes semelhantes a uma Assembleia Constituinte até que se aprovassem as leis básicas julgadas necessárias ao país. Uma vez que a Primeira Knesset não conseguiu cumprir o disposto na Resolução com esse desenho, vem ocorrendo a votação gradual de leis básicas pelas diversas Knesset no exercício de seu duplo papel – poder constituinte e poder legislativo – à espera de um momento político mais propício para a sua unificação (BEN-TASGAL, 2009).

3. Leis Básicas¹⁴

Nos termos do atípico processo legislativo israelense, por meio da Resolução Hara-

¹³ Deputado Izahar Harari, integrante do Primeiro Knesset.

¹⁴ Cf. Wikipédia, a expressão “Lei Básica” pode ser utilizada com a intenção de substituir o termo “Constituição”, no sentido de que “é uma medida temporária, mas necessária”, sem a formalidade que caracteriza uma constituição, ou seja, configura uma

ri¹⁵, foi delegado ao Knesset o “poder constituinte” para editar leis denominadas “Leis Básicas”, relacionadas aos temas nacionais relevantes que orientassem constitucionalmente o Estado de Israel, intencionalmente estruturadas em forma de capítulos que deveriam ser reunidos e compor, no futuro, o corpo material da Constituição Israelense, sendo aquelas consideradas suas parciais precursoras. A doutrina ressalta que não há, porém, qualquer previsão a respeito do mecanismo que permitirá a reunião das diversas leis no corpo do documento único quando o processo de produção estiver concluído, como por exemplo, se através de referendo ou outro tipo consulta popular (LEIS ...; BEN-TASGAL, 2008, 2009).

Até 2008 foram promulgadas onze Leis Básicas, que abrangem princípios básicos para o estabelecimento da lei suprema do país. São elas: O Knesset (O Parlamento Israelense) (1958); As Terras Públicas (1960); O Presidente do Estado (1964); O Governo (1968, revisada em 1992 e 2001); A Economia do Estado (1975); As Forças de Defesa de Israel (1976); Jerusalém - A Capital de Israel (1980); O Judiciário (1984); O Controlador do Estado (O Tribunal de Contas) (1988); A Dignidade Humana e a Liberdade (1992); e Liberdade Profissional ou de Ocupação (1992, revisada em 1994).

Sob uma abordagem sintética, são elas:

a) Lei Básica: O Knesset – aprovada pela Terceira Knesset, conceitua a instituição como a câmara de representantes do Estado de Israel, de natureza una, a ser composta por 120 membros, eleitos para mandatos de quatro anos, cuja sede deve estar situada em Jerusalém, apesar de não estabelecer especificamente o poder e a autoridade do Parlamento. Dispõe sobre os critérios

lei com efeitos e poderes de uma constituição, como, por exemplo, a Lei Fundamental da Alemanha, que criou condições para a futura reunificação de suas parcelas ocidental e oriental (BASIC..., 2009).

¹⁵ Aprovada pelo Knesset em 13 de junho de 1950.

de elegibilidade e imunidade de seus integrantes. Destaca, primordialmente, entre outras, a sua competência para legislar e revisar as leis, a par de ter complementada sua atuação na formação do governo, participar nas decisões de natureza política, exercer fiscalização das ações do Executivo, escolher o Controlador do Estado e eleger o Presidente de Israel para um mandato de sete anos.

b) Lei Básica: As Terras Públicas (ou Terras de Israel) – aprovada pela Quarta Knesset, trata das áreas de propriedades do Estado (90% do território) e foi baseada nas raízes tradicionais de relacionamento do povo israelense com a sua terra (Eretz Yisrael), impedindo qualquer tipo de transferência de domínio e posse, exceto as transações autorizadas por lei.

c) Lei Básica: O Presidente do Estado – aprovada pela Quinta Knesset, é na realidade uma reunião de leis ordinárias sobre o assunto, dispondo sobre as suas funções, competência e poderes presidenciais, após ter sido eleito pelo Knesset.

d) Lei Básica: O Governo – aprovada inicialmente pela Sexta Knesset e modificada pela Décima segunda e Décima quinta Knesset, estabelece que o Poder Executivo é o Governo, com sede em Jerusalém, e nas alterações restaura¹⁶ e revoga, respectivamente, a eleição do Primeiro-Ministro via eleição direta. Nesse sistema, o Parlamento delega o poder ao Governo, que o exerce com a responsabilidade de cada Ministro submeter-se ao Primeiro-Ministro, cargo que não pode ser exercido por qualquer um cidadão. A lei ainda dispõe sobre as atribuições dos ministros e do Primeiro-Ministro. Só pode ser modificada pela maioria de integrantes do Knesset.

e) Lei Básica: A Economia do Estado – aprovada pela Oitava Knesset, trata do orçamento do Estado e da regra funda-

¹⁶ O Presidente e o Primeiro-Ministro eram eleitos criando um sistema misto (1992-2001), inusitado, alcunhado de “parlacial” (*parliadential*) (SUSSER, 1993, p. 939).

mental¹⁷ de que quaisquer impostos, taxas, empréstimos obrigatórios somente podem ser estabelecidos ou alterados mediante lei. O Ministro da Economia submete relatório anual ao Knesset para efeito de controle, além daquele exercido pelo Controlador do Estado (semelhante a um Tribunal de Contas).

f) Lei Básica: As Forças de Defesa de Israel – aprovada pela Oitava Knesset, estabelece que o Exército, subordinado à autoridade do Governo, em especial ao Ministro da Defesa, é a única Força Armada de Israel, admitindo-se a exceção de criação de força suplementar criada por meio de lei.

g) Lei Básica: Jerusalém, a Capital de Israel – aprovada pela Nona Knesset, trata da unidade e indivisibilidade de Jerusalém, a Capital do Estado de Israel, e sede da Presidência do Estado, do Knesset, do Governo e da Suprema Corte de Justiça. Garante a proteção dos lugares sagrados para os adeptos das diversas religiões e, por extensão, do judaísmo, cristianismo e do islamismo. Privilegia a cidade e municipalidade nos aspectos relacionados ao desenvolvimento econômico e bem-estar de seus moradores.

h) Lei Básica: O Judiciário (O Poder Judiciário) – aprovada pela Décima Knesset, dispõe sobre a organização e atribuições do Poder Judiciário Israelense, que inclui tribunais de natureza religiosa, sobre a publicidade dos atos, o ingresso na magistratura (exclusividade de cidadãos israelenses), a independência dos magistrados e sua inamovibilidade. Proíbe tribunais de exceção. Não há disposição a respeito da autoridade dos tribunais para apreciar a legalidade ou “constitucionalidade” das leis (LEIS..., 2008).

i) Lei Básica: O Controlador do Estado – aprovada pela Décima segunda Knesset, trata da auditoria do Estado, no sentido amplo, e é o órgão operacional da fiscalização da administração pública, possuindo

funções semelhantes ao brasileiro Tribunal de Contas da União, porém com maior abrangência e independência¹⁸. O Controlador, eleito para apenas um mandato de sete anos, no desempenho de suas atribuições presta contas somente ao Knesset, a quem cabe escolhê-lo em votação secreta. De acordo com o Ministério de Negócios Estrangeiros de Israel, na realidade o cargo já existia desde 1949, consolidado por meio de lei ordinária de 1958, e desde 1971 também abrange funções de *ombudsman* público¹⁹, ou seja, está encarregado de receber as reclamações contra os órgãos passíveis de fiscalização do Estado.

j) Lei Básica: A Dignidade Humana e a Liberdade – aprovada pela Décima segunda Knesset, na realidade contém recortes remanescentes da Lei Básica dos Direitos Humanos, desfigurada pela oposição dos partidos tradicionais religiosos em face de seu polêmico conteúdo. Tem como propósito explícito a proteção dos direitos humanos e a liberdade, vinculados ao ideal de um Estado democrático e judeu²⁰. Garante o direito à propriedade e o direito de ir e vir, à privacidade e à intimidade. Violações aos direitos somente em situações excepcionais e em virtude de lei compatível com os valores de Israel, promulgada com objetivos corretos e balizada por seus limites suficientes e necessários. Essa lei não pode ser suspensa, alterada ou sujeita a condições por um Regulamento de Emergência, apesar de admitir exceção em estado de emergência declarado. Seus fundamentos repousam no “valor do ser humano, na

¹⁸ Fiscaliza, inclusive, as contas dos partidos políticos.

¹⁹ Equivocadamente, alguns pesquisadores supõem que a ideia de “ombudsman” já era conhecida do povo judeu por Moisés, que, no deserto, por sugestão de seu sogro Jethro, designou “homens capazes” para ouvir as necessidades do povo hebreu. (Êxodo 18:13-26) Na verdade, esses “homens capazes” eram “Juizes”.

²⁰ Para se ter uma ideia da importância desse epíteto, transcrevo: “Israel deve ser primeiro judeu, depois democrático”, palavras do Deputado David Rotem, do Knesset, em 16 de abril de 2009 (KAY, 2009).

¹⁷ Semelhante ao nosso princípio da reserva legal.

santidade da vida humana e no princípio de que todas pessoas são livres”, conforme o disposto na Declaração de Independência de Israel. Incompleta, no amplo campo dos direitos humanos, deixou de tratar, entre outros, do direito à igualdade, às liberdades de religião, expressão, manifestação e associação. A sua importância está ligada à denominada Revolução Constitucional, a ser tratada mais adiante.

k) Lei Básica: Liberdade de Ocupação – aprovada pela Décima terceira Knesset, revoga a anterior sobre o mesmo tema e observa como princípios básicos os fundamentos da Lei Básica: A Dignidade Humana e a Liberdade – “o valor do ser humano, a santidade da vida humana e o princípio de que todas as pessoas são livres”. Visa garantir aos cidadãos de Israel a liberdade individual de escolher e exercer qualquer profissão, negócio ou ocupação, observados a legislação, a segurança, a saúde pública e os valores de Israel. Essa lei também não pode ser suspensa, alterada ou sujeita a condições por um Regulamento de Emergência e somente poderá ser alterada por outra lei básica aprovada pela maioria dos integrantes do Parlamento. Um notável avanço é a sua disposição no sentido de que, se aprovada lei que com ela conflite, a mais recente somente irá vigor por dois anos. Admite como princípio básico de interpretação a Declaração de Independência de Israel, alcançando-a a um *status* constitucional.

Revela fragilidade no processo de construção das leis básicas o fato de que uma lei ordinária ou comum e uma lei básica, para serem aprovadas, demandam tão somente a deliberação da maioria simples dos parlamentares, em que pese, também, a “blindagem” (cláusula de limitação) que confere *status* distinto a alguns dos artigos das leis básicas. Esses, conforme a matéria, dependem de 61 deputados para sofrerem modificações, conforme previsto na Lei Básica: Liberdade de Ocupação.

Por envolverem questões religiosas relevantes, por menos três leis, originariamem-

te idealizadas para se transformarem em Leis Básicas, não alçaram a esse patamar: Lei do Retorno (1950), Lei de Aquisição de Nacionalidade (1952) e Lei da Educação do Estado (1953).²¹ Atualmente, na pauta de discussões envolvendo a proposição de novas Leis Básicas estão as intituladas de “Direitos Sociais”, “Liberdade de Expressão e Associação” (Organização) e a mais palpitante delas, “A Legislação”²² (ou o Devido Processo Legal), que visa atribuir uma hierarquia entre as leis comuns ou ordinárias e as leis básicas, conferindo a estas um nível superior àquelas, o que propiciará sua reunião e conversão em corpo de uma constituição formal.²³ À medida que se esgota a necessidade de aprovação de novas leis básicas, no Knesset, desde maio de 2003, a Comissão de Constituição, Direito e Justiça²⁴ vem renovando o compromisso da Resolução Hariri de redigir uma proposta de constituição.

4. A Procuradoria-Geral de Israel

Indispensável em qualquer regime democrático, em Israel a Procuradoria-Geral é uma instituição de natureza apolítica²⁵,

²¹ Disponível em: <mhtml:file:///F:Israel%20-%20CONSTITUTION.mht>. Acesso em: 5 fev. 2009.

²² Existe a previsão de que venha conferir “autoridade às cortes para exercer a revisão constitucional da legislação”, [...] apesar de que, atualmente (1999), de acordo com as leis vigentes, questões desse tipo já são resolvidas no âmbito do poder judiciário (DORNER, 1999, p. 1328,1329).

²³ A Suprema Corte de Justiça de Israel, em 1995, ao assumir o poder revisional sobre caso concreto de análise de lei aprovada pelo Knesset e que violava lei básica, estabeleceu essa distinção, conferindo superioridade hierárquica a uma lei básica sobre a ordinária. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.il/MFAPR/Facts%20About%20Israel/O%20ESTADO-0A%20Legisla%20Nacional>>. Acesso em: 27 maio 2009.

²⁴ “A maioria dos projetos de lei relativos às Leis Básicas foram apresentados ao Knesset pelo Poder Executivo. Somente a Lei: O Knesset o foi pela Comissão, e as Leis: Liberdade Humana e Dignidade, e O Governo (1992), como iniciativas de membros do Knesset” (ISRAEL, 2009).

²⁵ Não é assim o seu correspondente nos Estados Unidos: “o Ministério Público norte-americano, ainda

cujas atribuições ainda não integram nenhuma das leis básicas aprovadas²⁶, e a legislação que lhe dá suporte não está muito bem definida.²⁷ O Procurador-Geral desempenha as funções de consultor jurídico do governo e de outras áreas administrativas (a administração direta e a indireta submetem-se a sua interpretação vinculante das leis), cabendo-lhe, inclusive, a responsabilidade pela elaboração das leis propostas pelo governo e do seu cumprimento após aprovadas. Representa o Estado em ações civis e criminais em que é parte. Entre outros poderes, está investido da autoridade para propor processos criminais contra o Primeiro-Ministro, mediante dispositivo da alteração de 1992 da Lei Básica: O Governo. Inexistem critérios para a sua nomeação e a do Promotor Público. Goza de autonomia relativa ao “acumular poderes quase-judiciais, quase-legislativos e administrativos na esfera política de poder”,

que tenha suas origens no modelo inglês, se apresenta estruturalmente a respeito de seus integrantes, como um órgão eminentemente político”. Integra o Ministério da Justiça (PAE, 2003, p. 127).

²⁶ Nas constituições brasileiras, o Ministério Público está inserido desde 1934. Em 1967, no capítulo dedicado ao Poder Judiciário; em 1969, naquele dedicado ao Poder Executivo; e em 1988, no capítulo intitulado “Das funções essenciais à Justiça”. Aliás, suas funções muito se assemelham àquelas do passado do nosso MP, inclusive a de Advogado do Estado (CONSTITUIÇÃO..., 2009).

²⁷ O primeiro passo para a sua criação foi dado, na década de 1950, pelo então “Primeiro-Ministro Ben-Gurion (Partido Mapai) numa manobra que visava enfraquecer o poder de Pinchas Rosen, então Ministro da Justiça, ao criar nesse ministério um escritório do novo órgão”, dotando-o de “relativa autonomia”, visando sua atuação nas “questões de Estado de política (corrupção) e segurança”. Esse fato estabelecia um clima de “conflito interno entre os titulares dos dois órgãos”. Para resolvê-lo, em 1962, foi instituído o Comitê Agranat composto por três juristas e presidido pelo Presidente da Suprema Corte de Justiça, Simon Agranat, estabelecendo a Procuradoria-Geral com um ente dotado de “espírito jurídico” e “responsabilidade administrativa”, mas exercendo suas funções no Ministério da Justiça. O Procurador-Geral seria nomeado pelo Governo e o Promotor Público (segundo na hierarquia) pelo Ministro da Justiça, que ainda detinha poderes de “dispensar ou limitar a autoridade do Procurador-Geral” (BARZILAI; NACHMIAS, 2009).

“nos procedimentos eleitorais, na política municipal”, que é reduzida, entretanto, em matérias relativas à segurança nacional. A institucionalização do órgão vem sendo sedimentada ao longo do tempo, ao ser-lhe conferida legitimidade em face das ações de reconhecimento e respeito²⁸ encetadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (em especial por esse último) como resultados de seus contatos de natureza profissional, consolidando a sua neutralidade, em que pese a nomeação de seu titular pelo Poder Executivo e sua integração ao Ministério da Justiça, por razões orçamentárias (BARZILAI; NACHMIAS, 2009). Uma de suas funções mais nobres é o exercício das funções de “Defensor Público” e, também, por isso, é considerado “o guardião do interesse público e do Estado de Direito”.²⁹ Depreende-se, portanto, que é inconcebível a construção de um sistema constitucional moderno sem a participação efetiva, preferencialmente independente, de uma entidade nos moldes da Procuradoria-Geral.

5. Fontes do Direito em Israel

Como visto anteriormente, na Palestina, o povo judeu sempre foi submetido ao império da lei, desde as normas otomanas até aquelas de origem britânica, recepcionadas pelo novo sistema israelense independente. Esse sistema é composto pelas leis otomanas e britânicas que não foram anuladas antes da criação do Estado de Israel, em convivência harmônica com as novas disposições legais. Na prática, a ausência de dispositivo sobre determinado tema no ordenamento jurídico israelense era resolvida com o auxílio, primeiro na legislação

²⁸ A instituição tem sido prestigiada, por mérito profissional, com a nomeação de seus procuradores-gerais para o cargo de *Justices* (Ministros) da Suprema Corte de Israel: Aharon Barak, Jaim Cohen, Meir Shamgar e Itzhak Zamir. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts%20About%20Israel/El%Asesor%20Juridico>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

²⁹ Disponível em: <<http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts%20About%20Israel/El%Asesor%20Juridico>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

britânica e, se não encontrada, por último na fonte otomana.³⁰

Na falta de uma constituição completa, o complexo sistema israelense, deparando-se com o problema de se estabelecer a espécie de norma a ser aplicada em cada caso concreto, levou o Knesset a aprovar a Lei Ordinária “Fontes Judiciais (ou do Direito) de 1980”, dispendo sobre “a legislação” – “processo legislativo” – em sua acepção doutrinária, e erigindo-a como a principal fonte do direito em Israel, conhecida de uma maneira geral como “Legislação Primária ou Formal”.

A doutrina admite a existência de três grupos de legislação: “a Primária³¹, a Secundária e a de Emergência”, adotada pelo governo em casos de abastecimento e serviços essenciais, bem como na defesa do Estado, e têm o poder de suspender, alterar e modificar, por um período limitado, leis do Parlamento (A GUIDE..., 2009). Alguns estudiosos como Ben-Tasgal classificam-na em dois tipos: a Primária e a Secundária. Integram a Legislação Primária as leis aprovadas pelo Knesset, entre elas as Leis Básicas; as leis oriundas do Conselho Temporário do Estado conhecidas como “Ordenanças” e aquelas emanadas durante o Mandato Britânico, não revogadas pelo Manifesto ou leis israelenses posteriores, denominadas “Ordenanças Mandatárias”. A Legislação Secundária abrange os dispositivos emitidos pelas autoridades administrativas do Executivo, mediante poderes delegados pelo Parlamento, denominados “Regulamentos”³², considerados como

principal fonte da legislação secundária, e os específicos “Mandatos”, emanados pelas Forças Armadas de Israel. Nessa categoria geral ainda estão incluídas as leis e normas editadas pelos “municípios” e pelos conselhos regionais. A liberdade dos temas, porém, fica adstrita à conformidade com as Leis Primárias (BEN-TASGAL, 2008).

Além das Leis Primárias e Secundárias, existem outras fontes do direito no ordenamento jurídico em Israel, como, por exemplo, as deliberações do Poder Judiciário, denominadas “jurisprudência”, os “costumes”³³ e os “valores morais”. No caso de inexistência de jurisprudência ou de lei, ao magistrado é permitido fundamentar sua decisão segundo “as raízes de liberdade, justiça, retidão e a paz da tradição de Israel”, valores morais inscritos na Declaração de Independência de 1948 (BEN-TASGAL, 2008).

Na apreciação das fontes do direito em Israel deve ser levado em consideração o ativismo judicial da Suprema Corte de Israel, cujo ponto culminante foi a chamada Revolução Constitucional³⁴, nas palavras de seu próprio Juiz Presidente Aharon Barak: “Em março de 1992, Israel passou por uma Revolução Constitucional. Em março de 1992, duas novas Leis Básicas foram aprovadas: Lei Básica: Liberdade de Ocupação e Lei Básica: Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade”³⁵. Sob essas novas

ser prorrogado, além de ter o poder de mudar a lei, suspender sua vigência; aumentar impostos e taxas.

³³ Vale como fonte do direito. Por exemplo, era comum o “pagamento de indenização aos trabalhadores despedidos ou que rescindiam seu contrato de trabalho voluntariamente, e apesar de a lei não reconhecer tal direito, esse costume adquiriu força de lei e normatividade”, a partir de decisões do Poder Judiciário de Israel (GAVISON, 2007, p. 84).

³⁴ Para Moshe Landau, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, o que ocorreu foi “a adoção de uma Constituição através da via jurisprudencial” (ARAN-ZADI, 2009).

³⁵ Em contraposição ao argumento de que o seu texto está adequado para ser transformado em uma Carta de Direitos, o Juiz (Ministro) da Suprema Corte Dalia Dorner (1999, p. 1330) asseverou que, “além de

³⁰ O Knesset, em 1984, aprovou a ruptura total com a legislação otomana, que deixou de ser fonte de direito em Israel.

³¹ Em caso de conflito entre duas leis primárias, prevalece a mais recente, ressalvadas algumas poucas exceções.

³² Um tipo excepcional de regulamento é o oriundo de delegação pela “Ordenança sobre a Organização do Governo e a Lei 1948” ao Conselho Temporário do Estado, para declarar a existência de estado de emergência em Israel e, em consequência, baixar o “Regulamento de Defesa em situações (horas) de Emergência”. Sua vigência é de três meses, podendo

Leis Básicas, uma série de direitos humanos – entre eles, Dignidade, Liberdade, Mobilidade, Privacidade, Propriedade – adquiriram força constitucional acima dos estatutos simples. Esses direitos, em sua maioria, já estavam protegidos, antes da constitucionalização. Enquanto poucos eram protegidos pelo legislador, a maior parte deles era protegido por precedentes legais da Suprema Corte, desenvolvidos por grandes juristas desde o estabelecimento do Estado. A principal diferença gerada por essas Leis Básicas é o reforço do valor normativo desses direitos. Uma simples lei do Knesset não mais poderá infringir esses direitos, a não ser que preencha o requerimento dessas Leis Básicas (“cláusula de limitação”). Assim, nos tornamos uma democracia constitucional³⁶. Nos juntamos a grupos de nações iluminadas pela democracia, em que direitos humanos ganharam força constitucional acima das leis simples. Similar aos Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão e outros países ociden-

incompleta (foram omitidos vários direitos), inexistente consenso nacional a respeito dessa matéria” (DORNER, 1999, p. 1330).

³⁶ “Com a criação do Estado, e no desaparecimento da influência britânica, prevaleceu em Israel uma estrutura constitucional baseada no modelo de democracia formal. A transformação a respeito de tudo isto se deu em 1992. Com a aprovação das Leis Básicas tratando dos direitos humanos, ocorreu uma ‘revolução constitucional’. As Leis Básicas tratando dos direitos humanos foram alçadas ao plano constitucional, “ao nível suprarregulamentar”. Nós temos realmente princípios constitucionais. A Suprema Corte se vê como competente para exercer as revisões judiciais sobre a constitucionalidade de uma norma regulamentar. A transição de uma democracia formal para uma democracia substantiva não foi compreendida por todos. Muitas e bem formadas pessoas ainda continuam pensando em termos de democracia formal somente. A seu ver, revisão judicial sobre a constitucionalidade de uma norma regulamentar parece infringir a própria democracia. Todavia, ninguém pode esquecer que estamos enfrentando um período de transição.” (BARAK, 2009).

tais, nós agora temos uma defesa constitucional dos direitos humanos. Nós também temos uma Constituição (BARAK apud WAISBERG, 2008, p. 345) escrita.”³⁷

Pode-se dizer que

“o reconhecimento dado pelas novas Leis Básicas para alguns direitos humanos básicos, a potencial desqualificação de ‘leis inconstitucionais’ pela Suprema Corte³⁸ e a clara manifestação nas novas Leis Básicas do caráter dual de Israel como um Estado Judeu e democrático.”

representam a síntese da “revolução constitucional” (HIRSCHL, 1997, p. 136).

As fontes do direito israelense, normas jurídicas legisladas ou não, e aquelas pro-

³⁷ “Segundo Gavison, a Revolução Constitucional é uma ‘profecia, ainda não realizada’. Segundo a Professora da Universidade Hebraica, são várias as condições indispensáveis à recepção de uma Constituição, que ainda não foram evidenciadas. Além de ausência de Assembléia Constituinte, Gavison ressalta a desavença interna entre os próprios Ministros da Suprema Corte, fonte de disparidade entre os diferentes entendimentos, ora refletindo avanços, ora retrocessos, rumo a aplicação dos ditames da Revolução Constitucional. Materialmente, ataca-se a ausência de superioridade absoluta das novas Leis Básicas, que, por força do art. 10 de ambas as Leis Básicas, não possuem efeito retroativo, proibindo a anulação de leis simples, vigentes antes da entrada em vigor das novas Leis Básicas. Ausentes os elementos formais e materiais que compõem a essência da Constituição, a autora avalia que ‘a grande mudança, não foi a introdução de uma Constituição escrita, mas sim a inserção de um novo modelo de controle de constitucionalidade, com base na interpretação da Cláusula de Limitação’” (GAVISON, 1998 apud WAISBERG, 2008, p. 346).

³⁸ Para um melhor entendimento do controle de constitucionalidade vigente através dos tempos em Israel, vejamos: controle difuso de “atos administrativos que derivam do comando legal” (sem interferência direta no poder legislativo); “reconhecimento pela Suprema Corte do limite formal da Lei Básica: o Knesset” (“como poder legislativo e poder constituinte”); modelo Kol ha Am (1953), controle “sobre atos administrativos – decretos e portarias do poder Executivo”, envolvendo a liberdade de imprensa; modelo Bergman, quando “pela primeira vez foi cancelada uma lei do Knesset”, e modelo Banco Mizrahi (1995), ampliando o controle inclusive sobre “leis ordinárias que ferirem leis básicas” (Cf. WAISBERG, 2008, p. 335-347).

duzidas conforme a sua cultura e tradição, ainda não podem ser estruturadas de maneira a estabelecer entre elas uma hierarquia fixa e definida, pois carecem de uma norma suprema e intransponível que as submeta.

6. Argumentos contrários e favoráveis à Constituição

A ideia de se concretizar a elaboração e aprovação de uma Constituição para Israel sempre mereceu atenção por parte das classes mais engajadas da nação judaica dispersa pelo mundo. Por se tratar de assunto polêmico, gerou categorias de adversários e simpatizantes à causa³⁹. A seguir, podem ser observadas algumas manifestações que se enquadram numa ou noutra corrente.

6.1 Argumentos contrários

No alvorecer do novo Estado, com base na coerência, ficou caracterizado que a demora na elaboração de uma constituição se legitimava também numa “anomalia democrática”: O Estado de Israel se propunha a ser um estado judeu. Em 1950, viviam em Israel cerca de 10% dos judeus dispersos pelo mundo, ou seja, uma parcela pouco representativa para discutir a importância de uma constituição, fato que aconselharia aguardar que a maioria estivesse residindo naquele território para, então, ser promulgada uma constituição⁴⁰.

³⁹ Cabe lembrar que Israel “é uma sociedade diversa com vários grupos sociais que manifestam valores e princípios políticos às vezes incompatíveis. [...] Essa divisão dificulta um consenso sobre o assunto e opõe entre si alguns grupos: não-judeus *versus* judeus; judeus ultraortodoxos *versus* judeus não-religiosos; nacionalistas ou nacionalistas religiosos *versus* os “pombas ou os amantes da paz”; rico *versus* pobre; esquerda econômica *versus* direita econômica; novos imigrantes *versus* cidadãos veteranos; judeus orientais (sefaraditas) *versus* judeus ocidentais (ashkenazitas) (LURIE; CAVARI; KENIG, 2005, tradução nossa).

⁴⁰ Alguma semelhança pode ser identificada com a situação da República Federal da Alemanha, em 1949, logo após o término da grande guerra. Autorizada pelos aliados ocidentais, que, junto com os russos, haviam dividido o país em duas nações, “uma Assembléia Constituinte foi encarregada de redigir uma Lei

Outro fator apontado foi o peso da herança da tradição inglesa – *common law* – que forjou grande parte dos políticos, acadêmicos, advogados e juizes israelenses⁴¹, assustados com a simples ideia de uma constituição formal desconectada de suas crenças e valores jurídicos, ao lado da facilidade e da conveniência para o Poder Executivo em tomar decisões sem os trilhos de uma constituição⁴². Alie-se a isso a gravidade do perpétuo conflito árabe-israelense (SHAPIRA, 1993, p. 285, 286).

Conforme dados do Knesset, agregado à posição adotada pelos partidos religiosos, Ben Gurion⁴³ opunha-se à Constituição formal⁴⁴. Seus argumentos, entre outros já abordados, baseavam-se na tese da “inconveniência de uma antiga reivindicação de

Fundamental que, ao tempo que dispusesse da autoridade de uma Constituição, encerrasse um caráter provisório”, a fim de que não se frustrasse um possível e almejado processo de reunificação do povo alemão em um só Estado, o que, efetivamente, ocorreu em 1990 (ARANZADI, 2009; PROMULGADA..., 2009).

⁴¹ A composição original da Suprema Corte de Israel congregava operadores do direito, oriundos da Inglaterra e Alemanha, sem qualquer vínculo com os ideais sionistas (SHAFIR; PELED, 2002 apud PEREIRA, 2007, p. 279).

⁴² “O sionismo dos pais-fundadores do Estado de Israel assentava numa ideologia comunitarista, de raiz marxista, na qual a prevalência dos interesses do Estado – do Estado enquanto comunidade – sobre os do indivíduo assumia papel fundamental” (SHAFIR; PELED, 2002 apud PEREIRA, 2007, p. 279).

⁴³ “[...] num Estado livre, como o Estado de Israel, não é necessária uma ‘Carta de Direitos’, o que necessitamos é de uma ‘Carta de Deveres’: deveres para com a terra-mãe, para com o povo, para com a *alyia* [levas de emigrantes europeus, entre 1881 e 1939] na construção da nação [...]” Ben-Gurion, no Knesset, em 1951 (PEREIRA, 2007, p. 276).

⁴⁴ Para Ben-Gurion, existia ainda o risco do controle judicial dos atos legislativos que, certamente, uma constituição abrigaria, por juizes não-alinhados ao sionismo, apontando como exemplo “decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que atrasaram a implantação da política de vanguarda contida na legislação conhecida como *New Deal*” (PEREIRA, 2007, p. 281; MACIEL, 1993, p. 20). O cerne do conflito nos Estados Unidos foi a “proteção judicial dos direitos de propriedade...” e “liberdade de empreendimento”, que provocou a declaração de inconstitucionalidade de várias leis do corpo do programa *New Deal* pela Suprema Corte (PIPES, 2001, p. 286).

Constituição em confronto com um contexto de lutas sociais e econômicas inexistentes naquele momento”. A afirmação era de que na Grã-Bretanha, mesmo sem possuir uma constituição escrita, encontravam-se garantidas a liberdade, a democracia e o Estado de direito, e mais: os princípios básicos de qualquer constituição já se encontravam inseridos na Declaração de Independência. Os poderes para elaboração de leis conferidos à Assembleia Constituinte, a quem caberia redigir a Constituição até 1º de outubro de 1948, já haviam sido delegados pela Lei de Transição (16 de fevereiro de 1949) à Primeira “Knesset” – assim por ela mesma renomeada –, e sua sucessora imediata; portanto não haveria pressa (ISRAEL, 2009a).

Ocorre que, como pano de fundo, a principal resistência à existência de uma constituição foi a poderosa oposição dos partidos religiosos – à época, os políticos mais influentes e principais atores no dilema Estado-Religião –, que não aceitavam qualquer substituto à Lei Divina como norma geral para condução dos destinos de Israel. Assim também, um diploma daquele porte poderia opor-se às leis de essência religiosa mediante poderes de censura com que seria dotada uma Corte Superior de Justiça (ARANZADI, 2009; PROMULGADA, 2009). Isso levando-se em consideração que uma constituição para Israel obrigatoriamente deveria inspirar-se no modelo proposto pela ONU, com características ocidentais, que deveria estabelecer garantias de liberdade religiosa e de confissão.

Os partidos religiosos, em especial o ultraortodoxo Agudat Israel, têm exigido, desde há muito, que os termos de uma possível constituição para Israel sejam estabelecidos por “consenso de todos os partidos”⁴⁵,

⁴⁵ Em 1947, Ben-Gurion e outros da Agência Judia, para tranquilizar os membros do Agudat Israel, encaminharam correspondência ao partido prometendo que no futuro Estado judeu “o Shabat (sábado) seria o dia oficial do descanso, que em todas as cozinhas do governo se prepararia somente comida kosher (apropriada para se comer de acordo com as leis die-

observando que Israel não pode ter um diploma de porte igual àqueles promulgados por outras nações. Não há como alijar o espírito e o sentimento do povo judeu em sua herança e identidade oriunda dos patriarcas. Essas agremiações consideram que os judeus são o povo escolhido por Deus e que esses já possuem um estatuto superior que os rege e ao Estado de Israel: a Sagrada Torah,⁴⁶ integrante da Halachá, lei religiosa judaica, “que reúne o corpo integral das leis e práticas diárias obrigatórias a serem seguidas por todos os judeus, e a interpretação rabínica e seus mandamentos”. Confrontando os argumentos dos religiosos, no sentido de que não se pode abrir mão de tão poderoso instrumento de condução, agregação e preservação da identidade da nação de Israel durante os tempos da diáspora, e que a remeteu à criação do Estado de Israel, é perfeitamente compreensível a resistência desse grupo à aprovação de uma constituição laica (CAZAÑA, 2009, p. 82). Para se ter uma ideia do poder de influência da religião⁴⁷ nos assuntos de Estado em Israel, cabe lembrar que “a pedra angular de toda a estrutura do relacionamento Estado-Religião⁴⁸ (em Israel) é o princípio do *status quo*”⁴⁹. Expressão que, aliás, figura

téticas judaicas), que os divórcios e os casamentos se realizariam conforme a halachá (tradição legalística do judaísmo) e a educação poderia ser escolhida por cada um conforme suas preferências” (ISRAEL..., 2009).

⁴⁶ A Bíblia Hebraica ou o Pentateuco, que compreende os cinco primeiros livros do Velho Testamento cristão: Genesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronomio.

⁴⁷ “Os Rabinos são o mais importante fator da democracia israelense, e os verdadeiros líderes de diversos partidos políticos [...]” (THE ISRAEL DEMOCRACY INSTITUTE, 2009).

⁴⁸ A questão religiosa é alma do Estado Judeu. Na diáspora, o judaísmo, com suas leis, regras e regulamentos, inclusive de natureza pessoal e familiar, dispostas na Torah, no Talmude e na Takkanah, constituiu-se na “pátria portátil” que preservou a identidade da nação quando integrada à “terra dos outros” (PEREIRA, 2007, p. 303).

⁴⁹ Cf. Nota 59 de LOS ENTES..., em que estão dispostos alguns dos fundamentos do *status quo*. Expressão que remete às relações entre “partidos religiosos e não-religiosos” (LOS ENTES..., Disponível

nos acordos que constituíram a base da entrada de partidos religiosos no Governo logo após sua independência. “O princípio implica a não introdução de modificações às disposições inicialmente acordadas entre o Estado e as autoridades religiosas nesta área particularmente sensível” (ENGLARD apud PEREIRA, 2007, p. 299).

Baseado nos estudos do jurista Uriel Lin, em 2000, o Primeiro-Ministro Ehud Barak iniciou a discussão de um projeto de criação de Constituição para Israel com ênfase na separação do Estado da Religião. Entre outras mudanças previstas nas normas em vigor estariam a “supressão do registro obrigatório da religião no documento de identidade, a revogação da obrigatoriedade de os restaurantes, e afins, contratarem fiscais de supervisão da preparação das refeições, conforme as regras dietéticas (Kashrut) do judaísmo, e principalmente a liberação para a realização de casamento civil, atualmente, efetivado por autoridades religiosas cristãs, muçulmanas ou judaicas, conforme o credo dos nubentes”. A medida foi considerada como uma “apostasia” pelos líderes dos partidos religiosos do Knesset, que acusam Barak de estar destruindo a unidade da comunidade judaica e violando os preceitos fundamentais do judaísmo (WURGAFT, 2009).⁵⁰

Em outubro de 2004, o Haaretz-Israel News divulgou que a “mais contundente abordagem” de religiosos ortodoxos sobre a aventura de se elaborar um diploma constitucional para Israel foi a de Aryeh Deri, líder o Partido Shas: “Mesmo se a constituição incluísse os Dez Mandamentos, nós nos oporíamos a ela”, revelando a preocupação com o fato de que, com a superioridade dessa norma, a Suprema Corte de Israel possa promover alterações no poder das autoridades e disposições religiosas no país

em: <http://www.masuah.org/entes_del_gobierno%20y%20minorias%20en%20israel.htm>. Acesso em: 21 jun. 2009).

⁵⁰ Atualmente tramita lei de reconhecimento de casamento civil a quem não pertence a qualquer comunidade religiosa.

(EXPERTS..., 2009).⁵¹ Isso, por si só, revela o tom e a gravidade da oposição religiosa em relação a qualquer movimento em direção a uma Constituição, até mesmo de natureza híbrida.

6.2. Argumentos favoráveis⁵²

O povo israelense não tem dúvidas a respeito do fato de que os pais fundadores de Israel eram favoráveis à elaboração de um arranjo constitucional, conforme está registrado na própria Declaração de Independência⁵³, bem como quanto à necessidade da existência de um documento que vinculasse todas as instituições do Estado, incluso o Poder Legislativo, e dispusesse sobre as normas e regras de seu funcionamento. Tudo rotulado pela obrigatoriedade de submissão à Resolução 181 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1947, que dispôs sobre a partilha do território da Palestina em dois Estados: um judeu e outro árabe, e que tinha como um de seus objetivos a convivência harmoniosa e cooperativa entre os dois povos.⁵⁴

A academia e os juristas asseveram que o risco da “existência de um sistema parlamentar desprovido de um diploma constitucional escrito”, com poderes intrínsecos e extrínsecos, que limite os poderes de uma legislatura dotada, em tese, de ilimitados poderes legislativos, por si só estimula a reflexão permanente sobre os possíveis benefícios advindos de uma constituição formal (SHAPIRA, 1993).

⁵¹ Em 2001 foi preso por suborno quando no cargo de Ministro, conforme o jornal Haaretz.com.

⁵² “Para manter a democracia - e garantir um delicado equilíbrio entre seus elementos - uma Constituição formal é preferível. Para operar efetivamente, a Constituição deve gozar de hierarquia normativa superior, não pode ser facilmente emendada tal como os estatutos normais, e deve garantir aos juízes autoridade para o controle de constitucionalidade das leis.” (BARAK, 2006 apud WAISBERG, 2008, p. 344).

⁵³ Em que pese Ben-Gurion simpatizar com a ideia de uma supremacia do Poder Legislativo (Cf. KAHANA; GOOD, 2008).

⁵⁴ Resolução 181 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1947.

Na seara política, outro momento importante desse grande e difuso debate ocorreu em 1º de fevereiro de 2000, quando o Presidente do Knesset, o MK⁵⁵ Abraham Burg, por ocasião das comemorações do quinquagésimo primeiro aniversário da Declaração de Independência de Israel, publicou artigo intitulado “O aniversário do Knesset: A hora da Constituição”. Manifestando o seu ponto de vista, apontou que merecia crítica a acomodação dos israelenses em relação à necessidade de se elaborar uma constituição para o país e romper um *status quo* contemplativo. A oposição histórica entre sionistas e ultraortodoxos “fê-los acreditar no arrefecimento do ímpeto que os movia em maio de 1948”. Para os primeiros, liderados ideologicamente por Ben-Gurion, “duas décadas seria o suficiente para que as tradições religiosas fossem flexibilizadas, e para esses últimos, finalmente prevaleceria a tradição sobre ideais políticos”, e assim tentaram obter benefícios que supostamente o tempo poderia lhes oferecer; no que estavam, ambos, errados. Para se contrapor a essa realidade, cria Abraham Burg que uma constituição poria fim ao conflito e que ela mesma representaria “um novo princípio fundamental”, que renovaria a vida da nação, bem imaterial tão grato a todos os judeus. Sua ideia era que se aprovasse uma constituição “sem a declaração formal de um Estado confessional, mas mantendo a religião judia preservada à parte do diploma”. Sobreviveu, apenas, o sonho do discurso (BECERA, 2009).

Em fevereiro de 2006 (OLMERT..., 2009), o Primeiro-Ministro Ehud Olmert, no Parlamento, em sessão do pleno, asseverou que o “próximo Knesset” deveria se empenhar em “estabelecer as fronteiras permanentes de Israel e votar uma constituição que caracterizasse o país como um Estado democrático e judeu⁵⁶ e que o seu texto expli-

citasse as atribuições do poder executivo⁵⁷, e aprofundasse a proteção dos direitos humanos em geral, bem como os da minoria árabe”. Criticando o modelo norte-americano, o rival Benjamin Netanyahu, líder do Partido Likud, afirmou que “a constituição precisa proteger o cidadão do grupo, da tirania, porém atualmente ela deve providenciar ferramentas para o governo proteger-se ele mesmo e aos cidadãos da realidade em que vivemos”. Lembrou Netanyahu, mais tarde, em outubro de 2007, que, há décadas da independência, não poderia mais tardar a necessária convivência harmônica entre o secular e o religioso garantida por uma Constituição (TRANSLATION..., 2009), questão considerada pelos estudiosos como um objetivo nacional permanente.

7. Propostas de Constituição

Desde a Resolução Hariri, no exercício do papel de Assembleia Constituinte, o Knesset já estava legitimado a elaborar uma Constituição para Israel. O órgão encarregado dessa tarefa, a Comissão de Constituição, Direito e Justiça, tem-se valido, especialmente, de propostas oferecidas pelas organizações não-governamentais “Instituto de Democracia de Israel – IDI, de Estratégia Sionista e pelo Movimento Progressista Centro de Ação Religiosa pelo Judaísmo de Israel, além de incentivar a participação popular – cidadãos e outras organizações – na formulação de sugestões” (ILAN, 2009)⁵⁸.

Considerado um organismo moderado de natureza privada, o Instituto de Democracia de Israel⁵⁹ – IDI ofereceu ao

cidadãos. Tal característica é justamente um dos dilemas dos árabes na defesa de uma Constituição para o país (GAVISON, 2007, p. 81).

⁵⁷ “No hay una clara separación de poderes entre El legislativo (La Kneset, parlamento de Israel) y El poder ejecutivo (Primer Ministro y gabinete) del gobierno” (KARNIEL; REISS-WOLICKI, 2005, p. 10).

⁵⁸ A participação popular é também possível através do website especificado ao final do artigo.

⁵⁹ O IDI tem sido instado pelo Ministério da Justiça a colaborar, regular e oficialmente, em assuntos jurídico-constitucionais em apoio ao Knesset.

⁵⁵ MK – *Member of Knesset* – Membro do Knesset, conforme são identificados seus parlamentares.

⁵⁶ Uma democracia pura é incompatível com a escolha preferencial de um credo religioso para seus

Knesset uma proposta de constituição multicultural – “Constituição por Consenso” (CONSTITUTION...; KREMNITEER; ARYE, 2009) – elaborada por mais de 100 líderes das comunidades representativas dos “direitos femininos, ativistas sociais, árabes e ultra-ortodoxos, veteranos israelenses, novos imigrantes e especialistas de todas as universidades do país”, levando-se em consideração os interesses dos quatro principais setores da sociedade israelense: “religioso, secular-liberal, nacionalista e árabe”. O Comitê Público encarregado de realizar essa tarefa foi liderado pelo presidente jubilado da Suprema Corte de Israel Meir Shamgar, cuja autoridade para oferecer contribuições desse tipo foi legitimada pelo próprio Knesset, tendo sido sua produção aproveitada pela Comissão de Constituição, Direito e Justiça em seu comissionamento constituinte de elaborar uma Constituição.

O assunto tem sido exaustivamente discutido no âmbito da Comissão, com mais vigor desde 2003, quando os ex-Primeiros-Ministros Ehud, Peres e Barak, na condição de convidados oficiais, debateram sobre o papel do Poder Executivo, dentro do Projeto denominado Constituição por Amplo Consenso, abrangendo opiniões desses especialistas sobre o melhor sistema de governo para o país, direito das minorias, papel das Forças Armadas, etc. (OFFICIAL..., 2009, tradução nossa). O debate atualmente tem sido ampliado para além do âmbito das elites e a proposta é torná-lo popular, visando legitimar e ratificar o processo de construção da Constituição.

Para além do esforço oficial, surgiram outras propostas de minutas também de caráter popular, e entre elas merecem ser destacadas, ainda que de maneira superficial, uma de origem essencialmente acadêmica e outra originária de representantes de grupo nacional minoritário: a população de origem árabe.

O professor Amos Shapira da Universidade de Tel-Aviv relata que, durante o biê-

nio 1985–1986, na sua Faculdade de Direito, um grupo de professores e alunos, liderados pelo reitor da faculdade, Uriel Reichman, abraçou a árdua tarefa de redigir uma constituição para Israel, à falta de “equivalência das leis básicas a uma constituição, uma vez que o controle de constitucionalidade e uma carta de direitos”⁶⁰ até então não haviam sido contemplados na legislação do Knesset. Segundo Shapira, o esboço do “Comitê Público por uma Constituição para Israel” foi divulgado e recebeu elogios e críticas. Em síntese, propunha a “elaboração de uma Constituição escrita (com o estabelecimento de dispositivo de controle de constitucionalidade); reforma da Lei Eleitoral no sentido de facilitar a formação de maiorias, atenuando a proporcionalidade extrema em que o sistema assenta (salvaguarda contra mudanças nas Leis Básicas com quorum de dois-terços ou três- quintos da maioria) e eleição directa do Primeiro-Ministro” (PEREIRA, 2007, p. 295). Teve parcial sucesso, pois uma de suas propostas foi aproveitada e aprovada pelo Parlamento: a eleição para o cargo de Primeiro-Ministro⁶¹, malgrado tal medida ter sido posteriormente revogada. Para Shapira, “a constituição deve ser um instrumento que ofereça uma equilibrada acomodação de valores universais, liberais e democráticos com particularidades dos dogmas culturais e tradicionais judaicos.” (SHAPIRA, 1993, p. 290).

A comunidade árabe também ofereceu a sua contribuição para responder ao desafio. Em 2007 (CENTRO..., 2007), com fundamento na previsão de partilha⁶² da

⁶⁰ Disponível em: <mhtml:file:///F:\Israel%20-%20THE%20CONSTITUTION.mht>. Acesso em: 16 jun. 2009.

⁶¹ O documento produzido, “além de ter sido aproveitado nas aulas da aludida faculdade, estimulou um de seus redatores a candidatar-se e eleger-se, destacando-se como um bom parlamentar constitucionalista” (SHAPIRA, 1993, p. 289).

⁶² Resolução de Partilha da ONU, de 29 de novembro de 1947. É considerado um pesadelo para considerável parcela da comunidade árabe-israelense a provável anexação de terras e patrimônio ao Estado Palestino advinda da partilha, com a consequente

região em dois Estados, um judeu e outro árabe, e na dicotomia implícita no fato de Israel adotar como princípios fundamentais ser um Estado “judeu⁶³ e democrata”, o Adalah Center, organização que procura representar a comunidade árabe-israelense em Jerusalém, propôs um modelo de constituição para Israel que, democraticamente, equiparasse os direitos das populações árabes e judias.⁶⁴ Nele constam, entre outros, “dispositivos que garantem a devolução de terras desapropriadas após 1948 aos antigos proprietários e o registro de uma espécie de *mea culpa* do Estado israelense aos prejuízos infligidos à população palestina”. A ideia era instigar o debate público e fazer chegar a minuta até o Knesset, por via formal ou informal. Tal proposta conflita com as características e manifestações tradicionais da comunidade israelense, e, por essa razão, serviu apenas para marcar posição desse segmento minoritário na composição de forças necessariamente interessadas na resolução do problema.

8. *Constitucionalismo legislativo*⁶⁵

No estudo de temas constitucionais, envolvendo literalmente não só a discussão,

perda de privilégios, tais como: moradia em um país moderno de nível de vida europeu, sistema amplo de benefícios sociais e democracia ímpar na região.

⁶³ Segundo a Lei do Retorno (1950), que privilegia a matrilinearidade, judeu é aquele nascido de mãe judia ou o convertido ao judaísmo. Conforme outras leis israelenses – Lei da Nacionalidade de 1952 e suas emendas de 1958, 1968 e 1971 –, entretanto, está prevista a possibilidade de naturalização a cidadãos de origem não-judaica.

⁶⁴ Um dos direitos a que aspira o segmento palestino é o disposto na Lei do Retorno: aos judeus, residentes fora de Israel, é permitido estabelecer-se definitivamente no território israelense; o que não é permitido “aos refugiados palestinos que lá viviam antes de 1948”. O assunto é tão polêmico que, no final de 2007, o Ministro do Interior de Israel, Meir Shitrit, que também pugna pela alteração da lei, manifestou-se, publicamente, no sentido de que “todos os judeus devem ter a possibilidade de viver em Israel, mas não é necessário conceder a cidadania cinco minutos depois da chegada deles ao país” (Cf. FLINT, 2007).

⁶⁵ Cf. KAHANA; GOOD, 2008.

mas principalmente o objeto do próprio tema principal, é indispensável a lembrança de que a disputa pela “supremacia constitucional” entre o Legislativo e o Judiciário permeia as relações entre os dois poderes em quase todas as nações livres, em especial naquelas em que “existe um vácuo” em substituição a disposições imperativas sobre assuntos nacionais relevantes. “O ponto central dos esforços de cada ator está localizado na primazia da interpretação dos direitos fundamentais”. As soluções estão sempre vinculadas à “coerência jurídica e à prática de auto-controle da manifestação dos poderes legais de que estão dotados”.

Juristas de países como o Canadá⁶⁶ – há mais de trinta anos –, Reino Unido e Nova Zelândia, não-depositários de diploma constitucional escrito, construíram, modernamente, uma doutrina de proteção de direitos constitucionais denominada “constitucionalismo legislativo”, em que, apesar do recorrente engajamento do Poder Judiciário no exercício garantidor dos direitos dos cidadãos, a magistratura não esgota o tema, nem tampouco são imutáveis os efeitos de suas decisões. Seu conceito, desenvolvido no Canadá e aperfeiçoado nos Estados Unidos da América, revela uma tentativa de conciliar a “soberania do parlamento com a tradicional proteção constitucional de direitos fundamentais”, admitindo o Judiciário como ator indispensável mas não suficiente nesse processo. O “constitucionalismo legislativo” é uma característica evidente em Israel, onde a competência para exercer o controle da constitucionalidade é exercida pelo Judiciário de modo limitado, uma vez que “o legislativo detém o poder de desfazer as ações da corte ou, preventivamente, resguardar as leis de uma revisão pelas cortes”. Essas disposições impulsionaram a “promoção de parceria” ou diálogo, uma espécie de acordo de boa convivência entre as cortes e o Legislativo,

⁶⁶ Estabelecido como norma através do Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982 (Cf. BATEUP, 2009).

cuja natureza foi modificada em 1995, com o julgamento do caso Hamizrachi, quando, sob os efeitos das Leis Básicas: Dignidade Humana e Liberdade e Liberdade de Ocupação, aprovadas em 1992, “ficou garantida formalmente a proteção aos direitos humanos”. O Legislativo houve por bem minimizar o emprego do poder de interferir sobre as decisões do Judiciário, num primeiro momento, e depois viu-se impedido por dispositivos das aludidas leis, conforme já comentado neste artigo, de encetar qualquer mudança das decisões judiciais, que não efetivadas pelo uso de seus poderes de assembleia constituinte de emenda constitucional, “por se tratar de leis básicas, portanto com *status* constitucional”. O Knesset e o Judiciário souberam administrar um perfeito equilíbrio nessa relação de parceria, com concessões recíprocas de exercício de poder, pelo menos até fevereiro de 2008, quando o Ministro da Justiça de Israel, Daniel Friedmann (GOVERNMENT, 2008)⁶⁷, apresentou ao Conselho de Ministros do governo (Gabinete) uma moção com o objetivo de limitar o poder da Suprema Corte de invalidar leis aprovadas pelo Knesset, inclusive aquelas que “atentam contra os direitos humanos, independentemente de sua colisão ou não com as denominadas Leis Básicas”, exceto se elas venham a conflitar, especificamente, com as Leis Básicas: Liberdade de Ocupação e Dignidade Humana e Liberdade. A proposta foi aprovada em 9 de julho do mesmo ano por 13x11 votos, ou seja, uma margem estreita de vantagem. A mudança estabeleceu ainda que “o Knesset poderá revalidar uma lei anulada pela Suprema Corte através de votos da maioria simples de 61 parlamentares do Knesset, desde que a diferença entre opositores e defensores seja, ao menos, de cinco votos” (GOVERNMENT..., 2009), exceto se violar alguma lei básica, tais como as que tratam da “dignidade humana e liberdade, e da liberdade

de ocupação”. Friedmann considerou isso um avanço no sentido de se restaurar a “capacidade do Executivo para governar e reforçar o *status* do Knesset”, bem como de especificar, pela primeira vez, em Israel, “a legitimidade da Suprema Corte para anular uma lei”⁶⁸.

Encaminhada pelo governo ao Knesset, por demandar uma emenda à Lei Básica: O Judiciário, a medida foi submetida a exaustivos debates no Comitê de Constituição, Direito e Justiça⁶⁹ e, superada a crise, foi finalmente revogada pelo Knesset.

9. Reflexões conclusivas

A nação israelense, com toda a sua carga ancestral de ideais, valores, tradições, e da tão-sonhada necessidade de retorno à

⁶⁸ A propósito, o confronto entre o Legislativo e o Judiciário, na Europa e em especial na Alemanha, no que concerne ao controle de constitucionalidade, é questão antiga e já analisada por Kelsen e Schmitt, envolvendo a legitimidade e primazia na “guarda da constituição”. Lima aponta que “a formulação dominante era a de que o político seria o determinante para a construção de um estado possível. Importante ressaltar: não o político advindo da tensão traduzida por meio da heterogeneidade das forças sociais presentes em qualquer cenário pluralista. Porém o político cuja definição se aproximava da noção de amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*) para determinação das ações a serem efetivadas pelo estado. Derivando dessa premissa, o constitucionalismo operava a submissão do direito à política, invertendo assim a possibilidade de um estado democrático de direito, onde a política se submete ao direito.” [...] (Esse raciocínio vincula-se ao espaço temporal da formulação dessas teorias em que o pensamento de Kelsen, que pode muito bem ser aplicado hoje em dia, bem como à época do estabelecimento do Primeiro Knesset). Assevera Kelsen, citado no artigo de Lima: “O pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é verdadeiramente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito, apenas o reproduz. [...] Na verdade, quando o legislador investe o juiz, dentro de determinadas fronteiras, de ponderar sobre os interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros, transfere para o juiz, este mesmo legislador, a tarefa de criação do direito, e com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter político que o legislador possui” (LIMA, 2009; GOVERNMENT..., 2008).

⁶⁹ Esta é uma decisão sem precedentes (exceto pela lei similar do Canadá, mais branda), nenhuma democracia

⁶⁷ Disponível em: <noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,0I3164293-EI308,00.html>.

pátria, é um dos mais veementes exemplos de capacidade de sobrevivência cultural de um povo, que sempre caminhou sob o império da lei. Um dos principais fatores de manutenção dos laços de cumplicidade positiva e parceria fraternal entre seus integrantes foi a Torá, o corpo da religião e dos ensinamentos judaicos, aliada à Halachá, a tradição legalística do judaísmo, observadas durante todo o período da diáspora, e que constituem a “pátria portátil” que preservou a identidade da nação quando integrada à “terra dos outros”.

Em que pese o judaísmo não ser a religião oficial de Israel, em sua maioria, os judeus são voluntária e eternamente cativos da religião que sempre os protegeu e fortaleceu contra as investidas exógenas de sua aniquilação étnica e cultural, reconhecendo nela elemento essencial para a manutenção de sua unidade, malgrado a discordância a respeito da importância desse valor pelos diversos segmentos políticos atuantes na Declaração de Independência.

Por ocasião do estabelecimento das instituições políticas necessárias à existência de um Estado moderno e democrático, Israel homenageou o seu pilar religioso, submetendo a proposta política de seus fundadores às imposições dos rabinos e seus partidos no tocante ao *status quo*. Acordos de cordialidade política foram assinados entre os líderes em prol da garantia da expressão legal do Estado.

Não obstante os estatutos da ONU e os conteúdos dos primeiros dispositivos legais, em especial da Resolução Hariri, o Poder Constituinte foi estilizado de forma inusitada e declinou de elaborar na sua primeira legislatura o diploma máximo da democracia: a Constituição. Foram criados mecanismos de produção legislativa, em

avanzada adotou tal dispositivo. O relacionamento entre os segmentos do governo no Estado de Israel devem ser equilibrados, porém o meio apropriado para se alcançar tal desiderato é através de um, processo legislativo de convocação de uma Constituição, como está sendo realizado pelo Knesset” (ARYE, 2009; CABINET..., 2008).

que as Leis Básicas, de natureza especial, são configuradas de modo a se constituir como membros do futuro corpo constitucional, uno e indivisível.

À falta de regras bem definidas sobre a questão da constitucionalidade das leis promulgadas, dos atos administrativos e jurídicos manejados pelos poderes, instalou-se uma preocupação geral que contaminou não só as instituições públicas e privadas, como também, os Poderes do Estado. De início, em função do sistema parlamentarista, sobressaiu a supremacia do Legislativo, intimamente associado ao Executivo. As discussões mais relevantes sempre envolveram os direitos das minorias abrangidos pelos direitos fundamentais de todos os cidadãos israelenses. Aí, então, há percepção do contato com o Judiciário, que, desarmado de instrumentos de controle de constitucionalidade, viu-se compelido ao ativismo jurídico, potencializado a partir de 1992, de direito, e 1995, na prática jurisprudencial, a conferir um *status* hierárquico à legislação pátria. Inicialmente como um apêndice, mas paulatinamente revelando-se sempre atuante, necessário e respeitado, transita com vigor, no fortalecimento desse processo, a Procuradoria-Geral: instituição cuja existência é absolutamente indispensável no regime democrático.

A par disso, manifestações contrárias e favoráveis, próximas ou distantes, e permanentes, como o componente religioso da sociedade, eclodiram em diversos momentos da vida do país, todas focando o problema constitucional, caracterizando assim uma luta ideológica. O Knesset, entidades privadas, acadêmicos, especialistas políticos, representantes de grupos étnicos e minoritários, aliados à participação popular ainda que restrita, todos emprestaram seus esforços e contribuição ao processo de tentativa de fazer nascer uma acalentada Constituição. Ocorre que “sem a internalização de valores pela sociedade uma constituição não se basta a si mesma” (DORNER, 1999, p. 1334).

A partir de experiência doutrinária estrangeira, incorporada pelo Estado Israelense, o Legislativo e o Judiciário acordaram limites de atuação no exercício do papel de “guardião da Constituição”, no tocante ao controle de constitucionalidade, sistema aperfeiçoado a partir da aprovação pelo Knesset de leis garantidoras de direitos humanos, consideradas “supralegais” pelo Judiciário.

Se for verdade que a cada avanço se contrapõe, dialeticamente, um retrocesso, era de se esperar que a parceria Legislativo-Judiciário fosse abalada, tal qual ocorreu com a proposta de redução dos poderes do Judiciário, ainda não muito bem resolvida por uma das partes, apesar da solução encontrada de manutenção da plenitude anterior.

Os tempos modernos vêm debilitando velhas estruturas tidas como perpétuas, imutáveis, dogmáticas em alguns países, onde se busca quebrar paradigmas dos sistemas constitucionais por eles adotados em prol de uma ampliação de liberdades democráticas. Urge, pois, uma solução definitiva para o debate constitucional antecipando o seu desfecho sem data marcada.

O desafio é como antecipá-lo, trazê-lo para agora, o momento presente, se não existe, de fato, um verdadeiro e amplo consenso entre as parcelas antagônicas da sociedade, e também no universo privativo de cada uma delas, a respeito da oportunidade, necessidade e “utilidade” da aprovação de uma Constituição para Israel, como se fosse uma panaceia da democracia a beneficiar o Estado e o povo israelense. A profusão de idiosincrasias⁷⁰

⁷⁰ Em agosto de 2007, das cento e vinte cadeiras do Parlamento unicameral israelense (o Knesset), oito eram ocupadas por cidadãos árabes. Atualmente (2009), são treze parlamentares: Ibraim Sarsur, Taleb Hasana, Massud Ganaim e Achem Tibi, do Partido BALAD, Afu Agbaria, Hana Sueid e Muchamed Barake, no Partido Comunista, Said Nafa, Gamal Zahalka e Hanin Zuabi, na Frente Democrática Nacionalista. Nos partidos sionistas: Magli Haaba, no Kadima, Job Kara (druso), no Likud, e Ahmed Amaar (druso), no

dos componentes notáveis da sociedade israelense parece indicar que isso não é uma tarefa fácil de concluir. Como estabelecer um pacto social entre as divergentes correntes? Como criar uma solução doméstica para o problema, sem violar os objetivos colimados pelos arquitetos e fundadores do Estado? O que de fato quer a sociedade israelense? Essas perguntas, por enquanto, não têm respostas.

Liderada pelo Knesset, como expressão democrática do povo israelense, e pela Suprema Corte, garantidora da defesa dos direitos fundamentais passados, presentes e futuros, a busca de uma carta constitucional ideal, preferencialmente pluralista, com requerida habilidade do Executivo, provavelmente passará por um caminho de pacificação interna e de possibilidade de reconhecimento e exaltação externa, respeitados e preservados os valores tão caros a Eretz Yisrael.

Referências

PROMULGADA a Lei Fundamental Alemã, 1949. *DW-WORLD.DE*, [S.l.], 6 maio 2009. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,525432,00.html>>. Acesso em: 1 jun. 2009.

A GUIDE to legal research in research: 3.2.1 legislation. *GlobalLex*. Disponível em: <<http://www.nyulawglobal.org/globalex/israel.htm>>. Acesso em 4 jun. 2009.

ARYE, Carmon. *Give Israel a constitution*. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/OpEds/Pages/OpEdCarmon090606.aspx>>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. *The Government's decision to limit the powers or the Supreme Courts*. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/BreakingTheNews/Pages/>

“Israel é nossa Casa”. No Poder Executivo, um árabe, ex-Embaixador na Finlândia é o vice-prefeito de Tel-Aviv. Majalli Whbee, Vice-Ministro das Relações Exteriores, é um druso israelense. Nomeado ministro sem pasta, Salah Tarif, druso, foi integrante do gabinete original do Primeiro-Ministro Ariel Sharon. No Poder Judiciário, é integrante da Suprema Corte, desde 2004, o *Justice* (ministro) Salim Jubran, árabe-cristão.

- TheLimitationof TheSupremeCourt.aspx>. Acesso em: 4 jun. 2009.
- ASH, Timothy Garton. *A Grã-Bretanha precisa de uma constituição?* In: SUPREMO Tribunal Federal em Debate (Blog), [S.l.], 30 maio 2009. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/05/gra-bretanha-precisa-de-uma.html>>. Acesso em: 17 jun. 2009.
- BARAK, Aharon. *Democracia em nossos tempos*. Disponível em: <<http://www.riototal.com.br/comunidade-judaica/juda7d8.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2009.
- BARZILAI, Gad; NACHMIAS, David. *Governmental lawyering in the political sphere: advocating the Leviathan*. Disponível em: <<http://www.questia.com/reader/action/open/98496104>>. Acesso em: 25 jun. 2009.
- BASIC law. *Wikipédia*, [S.l.], 2009. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Basic_law>. Acesso em: 13 maio 2009.
- BATEUP, Christine. *Reassessing the dialogic possibilities of a Weak-Form Bills of Rights*. Disponível em: <http://works.bepress.com/context/christine_bateup/article/1000/type/native/view_content/>. Acesso em: 21 jun. 2009.
- BECERRA, Manuel J. Terol. *Ni la ortodoxia ni el laicismo quieren desaparecer*. Disponível em: <http://www.nuevarevista.net/2004/agosto/nr_articulos94_2.html>. Acesso em: 12 jun. 2009.
- BEN-TASGAL, Gabriel. *Estructura política de Israel: la base legal*. Israeli, 22 Oct. 2008. Disponível em: <<http://www.guysen.com/es/print.php?sid=8280>>. Acesso em: 30 maio 2009.
- _____. Gabriel. *La base legal em Israel: um país sin constitución*. Disponível em: <<http://www.wzo.org.il/es/recursos/print.asp?id=1086>>. Acesso em: 22 maio 2009.
- BROWN anuncia candidatura para primeiro-ministro britânico. Disponível em: <<http://www.lustosa.net/noticias/100417.php>>. Acesso em: 15 set. 2008.
- BULMER, Elliot. *Brown says he wants a written Constitution - here's one we made earlier*. Disponível em: <<http://www.opendemocracy.net/ourkingdom/elliott-bulmer/brown-says-he-wants-written-constitution-heres-one-we-made-earlier>>. Acesso em: 21 mar. 2010.
- _____. DOMINGUEZ, Eva M. *The fall of the House of Westminster: a proposal for a new U. K. Constitution*. Disponível em: <http://www.opendemocracy.net/files/constitutional_comission.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2010.
- CABINET approves motion to limit Supreme Court's power. *Israel NewsYnetnews*, [S.l.], 9 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3593174,00.html>>. Acesso em: 21 jun. 2009.
- CAZANAÑA, Carlos Javier Soto. *¿Israel, un Estado sin constitución?* Disponível em: <<http://www.liberlex.com/archivos/israel-constitucion.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.
- CENTRO árabe-israelense quer direitos da minoria na Constituição. São Paulo, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2007/02/28/ult1807u35141.jhtm>>. Acesso em: 26 ago. 2008.
- CONSTITUIÇÃO que definiu papel do Ministério Público faz 17 anos hoje. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/geral-2006/constituicao-que-defin...>>. Acesso em: 25 jun. 2009.
- CONSTITUTION by consensus. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/Research-AndPrograms/Constitution%20by%20Consensus/Pages/ConstitutionbyConsensus.aspx>>. Acesso em: 25 maio 2009.
- DORNER, Dalia. Does Israel have a Constitution? *Saint Louis University Law Journal*, [S.l.], v. 43, n. 4, 1999.
- EL CONFLICTO poliédrico: el nacionalismo sionista (XXVI). Un Estado judío e democrático. 27 ene. 2009. Disponível em: <<http://espacioblog.com/espejismo/post/2009/01/27/el-conflicto-poliedrico>>. Acesso em: 1 fev. 2009.
- EXPERTS putting final touches on Israel's proposed constitution. Disponível em: <<http://www.haaretz.com/hasen/pages/ShArt.jhtml?itemNo=485698&cntrassID=i&...>>. Acesso em: 1 fev. 2009.
- FLINT, Guila. *Israel discute fim de cidadania automática para judeus*. Tel Aviv, 2007. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reportebbc/story/2007/11/printable/071101_israel_...>. Acesso em: 28 ago. 2008.
- FOREIGN domination: facts about Israel. Jerusalém: Keter Press, 2008.
- GAVISON, Ruth. Constitutions and policitical reconstruction? Israel's quest for a Constitution. In: ARJOMAND, Saïd Amir (Ed.). *Constitutionalism and political reconstruction: international comparative social studies*. Leiden: Brill, 2007.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- GOVERNMENT approves motions to limit Supreme Court's power. [S.l.], 09 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3593071,00.html>>. Acesso em: 15 set. 2008.
- HECHOS de Israel. Centro de Información de Israel, Jerusalém, 2006.

- HERZL, Theodor. Sionismo. In: ORGANIZAÇÃO sionista mundial. *Hagshama Brasil*, Rio de Janeiro, [2009]. Disponível em: <<http://www.hagshama.com.br/sionismo/herzl.html>>. Acesso em: 23 mar. 2009.
- HIRSCHL, Ran. The “Constitutional Revolution” and the emergence of a new economic order in Israel. *Israel Studies*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 136, 1997.
- ILAN, Shahar. A Constitution is born. *Haaretz.com*, [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.haaretz.co.il/hasen/spages/912741.html>>. Acesso em: 17 jul. 2009.
- ISRAEL. Ministry of Foreign Affairs. *The Balfour Declaration November 2, 1917*. Jerusalém, 2008. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Balfour+Declaration.htm>>. Acesso em: 23 mar.2009.
- _____. Ministry of Foreign Affairs. *El Estado: la ley del país*. Jerusalém, [2009]. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts%20About%20Israel/EL%20ESTADO-%20La%20ley%20del%20pas>>. Acesso em: 3 abr. 2008a.
- _____. The Knesset. *Legislation*. [S.l.], 2009. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_work_mel2.htm>. Acesso em: 16 jun. 2009.
- _____. The Knesset in the Government System. *Constitution*. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm>. Acesso em: 2 jun. 2009a.
- _____. The proclamation of independence. Jerusalém. Disponível em: http://www.knesset.gov.il/lexicon/eng/megilat_eng.htm. Acesso em: 28 maio 2009b.
- ISRAEL: the Constitution. Disponível em: <<mhtml:file:///F:\Israel%20-%20THE%20CONSTITUTION.mht>>. Acesso em: 05 fev. 2009.
- JERUSALEM is already divided, says former Shas leader Deri. Disponível em: <<http://www.haaretz.com/hasen/pages/ShArtStEngPE.jhtml?item>>. Acesso em: 25 out 2009.
- KAHANA, Tsvi; GOOD, Mathew. *Human rights in Israel: a brief overview*. [S.l.], May 2008. Disponível em: <http://www.queensu.ca/csd/documents/FINAL_08.5.21_Kahana_Good_israelpaper-1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.
- KARNIEL, Yuval; REISS-WOLICKI, Linda. *Un pueblo libre en nuestra tierra: la democracia y el pluralismo en Israel*. Jerusalém: Centro de Información, 2005.
- KAY, Yehudah Lev. Israel must be jewish first, democratic second. ARUTZ Sheva, [S.l.], 12 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/131851>>. Acesso em: 26 jun. 2009.
- KLEIN, Menahem. Magistrate’s Court in Tel Aviv – Jaffa. State of Israel – Judiciary. Acesso em: 22 out. 2009.
- KREMNITZER, Mordechai. *Constitutional principles and their implementation*. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/ResearchAndPrograms/ConstitutionalLaw/Pages/ConstitutionalPrinciplesandTheirImplementation.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2009.
- LEIS básicas: a actual legislação básica: resumo. Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.knesset>. Acesso em: 28 ago. 2008.
- LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto Lima. *A guarda da constituição em Hans Kelsen*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2009.
- LOS ENTES del gobierno Israeli. Disponível em: <http://www.masuah.org/entes_del_gobierno%20y%20minorias%20en%20israel.htm>. Acesso em: 21 jun. 2009.
- LURIE, Guy; CAVARI, Amnon; KENIG, Ofer. Writing a Constitution: a catalyst for bridging gaps in israeli society. In: ANNUAL MEETING FOR THE ASSOCIATION FOR ISRAEL STUDIES, 21., 2005, Tucson. *Annals...* Disponível em: <<http://www.aisraelstudies.org/2005papers.html>>. Acesso em 16 jul. 2009.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. A Suprema Corte e o New Deal. *Revista Ajufe*, Brasília, n. 39, p. 20, dez. 1993.
- MAZA, Celia. *¿Necesita Reino Unido una Constitución?* Londres: El Confidencial, 31 mai. 2009. Disponível em: <http://www.elconfidencial.com/cache/2009/05/31/mundo_36_necesita_reino_unido_constitucion...>. Acesso em: 17 jun. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OFFICIAL draft of a constitution for Israel. *Constitution for Israel*. Disponível em: <<http://www.cfisrael.org/home.html>>. Acesso em: 8 jul. 2009.
- OLMERT: Israel needs constitution. Disponível em: <<http://www.ynetnews.com/Ext/Comp/Article-Layout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L...>>. Acesso em: 1 fev. 2009.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília Jurídica, 2003.

- PEREDNIK, Gustavo D. Las raíces del sionismo y Moisés Mendelssohn. *El Catoblepas*, [S.l.], n. 26, p. 5, abr. 2004. Disponível em: <<http://www.nodulo.org/ec/2004/n026p05.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2009.
- PEREIRA, J. A. Teles. De actor secundário a actor principal: o Supremo Tribunal e a “Revolução Constitucional” em Israel. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, [São Paulo], n. 9, p. 279, jan./jun. 2007.
- PINSKY, Luciana. *Herói de uma nação: aventuras na história: Israel – 60 anos da criação de um Estado*. São Paulo: [s.n.], 2007.
- PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SHAPIRA, Amos. Why Israel has no Constitution, but should, and likely will, have one. *Saint Louis University Law Journal*, [S.l.], v. 37, n. 2, p. 284, 1993.
- SISTEMA electoral. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/533/5.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2009.
- SUSSER, Bernard. Toward a constitution for Israel. *Saint Louis University Law Journal*, [S.l.], v. 37, n. 4, p. 939, 1993.
- THE ISRAEL DEMOCRACY INSTITUTE. *Religion and State*. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/ResearchAndPrograms/Religion%20and%20State/Pages/ReligionandState.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2009.
- TRANSLATION of part of the Prime Minister Ehud Olmert’s speech to the Knesset at the opening of the Winter Session. Disponível em: <<http://www.idi.org.il/sites/english/Research AndPrograms/Constitution%20by%20Consensus/Pages/ConstitutionbyConsensusArticle3.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2009.
- WAISBERG, Tatiana. Notas sobre o direito constitucional israelense: a revolução constitucional e a Constituição escrita do Estado de Israel. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 16, n. 63, p. 325, abr./jun. 2008.
- WURGAFT, Ramy. *Los ortodoxos reaccionan contra La “Constitucion de Barak”*. Disponível em: <www.elmundo.es/2000/09/22/internacional/22N0068.html>. Acesso em: 1 fev. 2009.

Reflexos políticos da derrocada do federalismo fiscal

André Antonio A. de Medeiros

Sumário

1. Introdução. 2. O surgimento histórico do federalismo: uma breve viagem no tempo. 2.1. Evolução histórica do federalismo fiscal brasileiro. 2.2. Ciclos de centralização e descentralização. 3. O neoliberalismo e seus efeitos nas políticas sociais. 4. A repartição tributária na Constituição de 1988. 5. Conclusões.

1. Introdução

O processo de formação dos fundos públicos nacionais expressará sempre a correlação de forças presentes em uma sociedade. De um lado, o exercício do poder de tributar, que representa a mais firme demonstração soberana do Estado em relação aos seus súditos, então traduzida na instituição e cobrança de tributos, independentemente da vontade dos cidadãos; e, por outro, o direito dos indivíduos de exercer livremente suas atividades, razão pela qual nem sempre aceitam pacificamente o poder estatal de exigência fiscal. Já nos disse Benjamin Franklin que “assim como a morte só os impostos”, denotando, portanto, a inexorável obrigação do cidadão em recolher ao Estado parcela de sua riqueza ou patrimônio adquiridos ao longo do tempo.

Os impostos estiveram presentes nos acontecimentos históricos, bons e maus, mais importantes e marcantes da nossa civilização, principalmente como sua

André Antonio A. de Medeiros é Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade Maurício de Nassau, de Direito Empresarial da Faculdade 2 de Julho e da Pós-Graduação em Gestão Pública da Faculdade Visconde de Cairu/BA.

causa decisiva. A queda da República e do Império romanos, o afundamento do colossal império espanhol, as guerras civis inglesa e americana, a derrota de Napoleão e a queda de Margaret Thatcher estão entre os exemplos de más soluções fiscais adotadas. Os sucessos da Grécia antiga, de César Augusto, da Idade Média (em que os contribuintes tinham Deus do seu lado) e, em última escala, da monstruosa “solução final” de Hitler representam casos de boas soluções fiscais no sentido de significativa manutenção e perpetuação do aludido poder estatal.

Cumpramos ressaltar a tendência humana, no exercício do poder, para exigir sempre mais da comunidade do que o que seria desejável, o que termina gerando uma carga tributária sempre maior do que o necessário à arrecadação, isso porque somaria a essa finalidade a de favorecer os detentores do poder. Porém, na medida em que surge a relevância da formação dos fundos públicos, no sentido de custear os gastos estatais, diversos princípios e limitações ao poder de tributar foram sendo conquistados e alçados ao plano normativo, principalmente ao plano constitucional, em diversas nações.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, objetivando consolidar as conquistas democráticas providas de diversos e articulados movimentos sociais, moldou-se um novo sistema federativo, reconhecendo-se ampla participação popular e societal, em que a descentralização tributária das entidades subnacionais, ou seja, os estados e municípios, encontrou raízes. Eis a formação do pacto federativo à brasileira, de natureza cooperativa, em que prevaleceu a busca do consenso e uma certa incorporação das demandas das minorias, representando uma importante base da nova democracia implantada em 1988, dada a inserção de novos atores no cenário político refundado pela nova Constituição.

No entanto, neste artigo pretendo demonstrar que, apesar de, nas duas últimas

décadas após a Constituição Federal de 1988, a sociedade ter vivenciado um intenso processo de descentralização da gestão das políticas públicas, com inegável fortalecimento da democracia, mesmo diante do contexto neoliberal, ao mesmo tempo passamos a assistir a uma forte concentração do fundo público nacional em favor da União, provocada pela significativa concentração de receitas fiscais, fenômeno que terminou promovendo uma marcante derrocada do federalismo fiscal brasileiro, com inegáveis consequências na formulação e gestão de políticas sociais.

Nesse sentido, buscaremos analisar o moderno papel do Estado brasileiro e suas funções então desempenhadas em uma conjuntura econômica neoliberal, em evidente confronto com o sistema de proteção social, ao mesmo tempo procurando apontar o real contexto das políticas sociais desenvolvidas.

2. O surgimento histórico do federalismo: uma breve viagem no tempo

A primeira federação do mundo foi a dos Estados Unidos da América, por meio da Convenção de Filadélfia, em 1787, apesar de um esboço federativo já ter sido produzido nas confederações e estados compostos. Isso porque, após a declaração da independência americana, em 1776, as 13 colônias americanas confederaram-se, mas ainda não tinham plena autonomia administrativa e financeira, já que não podiam exigir tributos diretamente do povo, o que se tornou possível com a Constituição de 1787, um compromisso dos estados entre si, que delegaram o poder de tributar a um governo superior, então integrado pelos representantes do povo de todos eles (BALLEIRO, 2002, p. 235). Cumpramos observar, porém, que tal Constituição não mencionou o termo “federalismo”, o que se justifica pelo fato de que os constituintes americanos não tinham a intenção deliberada de criar um Estado federativo, mas reforçar o ine-

fetivo governo nacional, sem enfraquecer os governos estaduais.

Pelo menos para Thomas Paine (apud BOBBIO, 2004), a revolução americana, que produzira evolutivamente a referida Constituição de 1787, abriu as portas para as revoluções europeias (1789 na França e 1859 na Itália), dada a semelhança entre os princípios inspiradores, o tipo de governo, fundado no contrato social, e a república, em detrimento da monarquia baseada na hereditariedade. O fenômeno republicano, assim como a própria evolução do sistema federativo a ele correlato historicamente, trouxe em si a questão da discriminação das rendas, o que, inclusive, leva ao entendimento de que tal discriminação seria a causa decisiva da criação da figura jurídica e política do Estado Federal, como novidade do fim do século XVIII.

Constata-se, nesse sentido, que a experiência “federativa” americana terminou formulando um mero plano de divisão dos poderes governamentais entre o governo nacional e os Estados, revelando o maior problema do federalismo, quando se busca sua efetividade e concretização, no que tange à implementação e coordenação de políticas públicas.

2.1. *Evolução histórica do federalismo fiscal brasileiro*

Não restam dúvidas de que a formação do federalismo fiscal brasileiro sofreu forte influência da intensa exploração econômica portuguesa, refletida na própria forma de colonização, então voltada para a exploração comercial desmedida do Brasil-Colônia e não com o objetivo de criar uma colônia autônoma e independente. Assim, na base da monarquia patrimonial portuguesa figurava o impedimento de um comércio forte e autônomo de sua colônia tupiniquim, fato que, aliado a uma escassa população colonial, não exigia sequer um direito positivo fiscal e tributário próprio, apesar da odiosa Derrama empreendida pelo Marquês de Pombal e da reduzida capacidade contri-

butiva da população, sempre desprezada pelos mentores das políticas fiscais portuguesas. A colonização, obra necessária ao comércio e à posse de conquista, exigia amplo investimento exploratório, então corroborado pela visão endêmica americana, conforme Raymundo Faoro (2001, p. 137):

“A gente viria das sobras da Índia, dos inadequados à jornada, famintos de terras e cobiçosos de fortuna imediata, seduzidos pela enganadora visão do paraíso terrestre. Para o comando da empresa, os burocratas adestrados nos negócios do reino e do oriente, burocratas de nobre cepa, militares de experiência e tangidos interiormente pelo sentimento de lealdade ao rei.”

Retratando a penosa situação fiscal colonial, Alice Mouzinho Barbosa informa que a “derrama, palavra originária do árabe que quer dizer *garama* (tributo, imposto), foi a causa imediata da Inconfidência Mineira, de 1789” (BARBOSA, 2005, p. 64), que, por seu turno, representou a mais politizada das manifestações cívicas brasileiras e teve como inspiração o ideário iluminista do século XVIII, bem como a independência das colônias da América do Norte.

Desde a Independência (1822), os conflitos entre reivindicações de maior autonomia provincial, por um lado, e maior centralização, por outro, estiveram nas raízes de insurreições contra o poder imperial, sendo este muito bem representado pela Constituição de 1824, autoritária, imposta pelo imperador Dom Pedro I, que dissolvera a Assembleia Constitucional, e que veiculava o chamado Poder Moderador, uma espécie de quarto poder, bastante forte, ativo e regulador.

Cumprir observar, ainda, nesse período a existência da chamada “comédia ideológica”, bem original entre nós, como bem denunciado por Roberto Schwarz, no sentido de, ao mesmo tempo em que se professava um dos princípios da Economia Política, como o trabalho livre, praticava-se, no Bra-

sil, a impolítica e abominável escravidão, refletindo, portanto, a enorme disparidade entre a sociedade brasileira, escravista, e as ideias do liberalismo europeu, o que terminava envergonhando uns e irritando outros. Assim, a “Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, transcrita em parte na Constituição Brasileira de 1824, não só não escondia nada, como tornava mais abjecto o instituto da escravidão”, mesma regra para a “universalidade dos princípios, que transformava em escândalo a prática geral do favor” (Cf. SCHWARZ, 2000).

Porém, os liberais da época, vencidos na batalha constitucional pelo imperador, não abandonaram a intenção de instalar um regime constitucional fundado em princípios liberais, nos quais as ideias federativas tinham bastante apoio. Após a Independência, começa a surgir, em fase embrionária, a repartição de rendas, mais precisamente com a criação das Assembleias Legislativas Provinciais, pelo Ato Adicional de 1834, às quais foi conferido o poder de criar impostos (DI PIETRO, 2004). Porém, não foi ainda nessa oportunidade que surgiu a discriminação de impostos no País, apesar de o parágrafo 5º, do artigo 10 do aludido Ato Adicional já determinar que a competência tributária das Províncias e dos Municípios não poderia prejudicar as imposições gerais do Governo Central.

Representando, nessa medida, o fracasso da colonização portuguesa em criar uma centralização político-administrativa capaz de reunir e ordenar os grupos privados ao longo do vasto território brasileiro, aflora o domínio das oligarquias locais, poucas vezes atingidas por medidas centralizadoras e autoritárias da metrópole, predominando o *modus operandi* localista, como bem exposto por Fernando Luiz Abrucio (2003, p. 244,245):

“Nascia aqui um dos ingredientes da situação federalista brasileira: o sentimento de autonomia, embora inicialmente mais baseado na oligarquização do poder do que na busca

de sua republicanização. (...) Por isso, a luta pelo fim da monarquia respondeu, em grande medida, mais aos anseios por descentralização do poder do que por uma republicanização da vida política. Desse modo, a república brasileira não só nasceu colada a um certo ideal federativo como a ele foi subordinada.”

Ademais, o nascimento da República terminou sendo visto como uma vitória do liberalismo, cuja principal manifestação foi o movimento para abolir a escravidão. Em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, redigida em sua maior parte por Rui Barbosa e amplamente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América. O texto consagrou, enfim, o princípio federalista, com autonomia política, administrativa e financeira dos Estados-membros, firmando a competência da União e dos Estados por meio de um sistema de rígida discriminação das rendas tributárias, isso porque, no Estado Federado não se há de falar em autonomia política ou administrativa sem autonomia financeira das entidades subnacionais, cuja inexistência afasta totalmente a essência do próprio federalismo fiscal.

Ou seja, a Constituição de 1891 representou o marco histórico de substituição da flexibilidade de rendas, que no Brasil terminava viabilizando o centralismo fiscal em prol da União pela rígida divisão de impostos entre a União e os Estados, os quais, por força de suas constituições e leis orgânicas, determinariam a parte a que os Municípios fariam jus. Ela iniciou um ciclo que passou a alternar períodos de descentralização e centralização de poder e que ainda é um traço peculiar da Federação brasileira, tanto que uma nova onda de descentralização, por exemplo, formada durante a transição para a democracia, no começo dos anos 80 (quase um século à frente), tomaria forma definitiva na Constituição Federal de 1988.

Não restam dúvidas de que, pela descentralização veiculada pelo sistema federativo, há um melhor e mais substancial funcionamento da representatividade política, levando o povo a melhor exercer suas prerrogativas de cidadania e autogoverno, o que, conseqüentemente, termina realizando o ideal republicano, razão pela qual os dois institutos constitucionais, no Brasil, passaram a coexistir.

2.2. Ciclos de centralização e descentralização

Porém, no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, a Federação custou a se consolidar, demorando mais de um século, em virtude dos diferentes caminhos seguidos por cada nação. No caso brasileiro, o projeto federativo, além de marcado por fortes oligarquias locais, que dominaram a cena na República Velha, não comportava espaço para a interdependência regional, o que se agravou pela forte assimetria e hierarquização de estados ricos, como São Paulo e Minas Gerais, dificultando, portanto, o equilíbrio horizontal federativo. Para Fernando Abrucio (2003, p. 246):

“Essa configuração estruturou caminhos que influenciaram o desenvolvimento político e econômico posterior. O peso dos ‘caciques regionais’, a desigualdade regional e a criação de um modelo político refratário à republicanização nos níveis estadual e municipal são as maiores conseqüências do modo como a Federação foi fundada no Brasil.”

No início do século XX, a unidade do país não era mais motivo de preocupação. Outros conflitos que surgiram na Primeira República (1889-1930) deveram-se mais a condições sociais, tais como Canudos e a Revolta da Chibata, ou a divergências políticas, do que a tentativas de secessão. A partir disso, as revoltas estiveram relacionadas com centralização ou descentralização, apoiadas por interesses regionais, que ainda dominam o debate sobre a natu-

reza do federalismo brasileiro. (REZENDE; AFONSO, 2004, p. 306).

Com a ascensão de Vargas em 1930, dá-se início a um forte processo de centralização política, diante do fortalecimento do governo federal, dada a efetivação da União como ator político do jogo federativo, diante da construção do modelo nacional desenvolvimentista “capitaneado principalmente pelo Executivo federal e seus braços empresariais, que organizou a transformação capitalista industrial e regulou a incorporação da sociedade no sistema político” (Cf. CAMARGO apud ABRUCIO, 2003, p. 246).

A Constituição de 1934 inovou na legislação tributária e, apesar de ter aperfeiçoado a discriminação de tributos por competências, ampliou o rol de tributos da União e contemplou os Estados com o antigo imposto de vendas e consignações. Em seu artigo 11, a Carta de 34 proibia expressamente a bi-tributação, prevalecendo o imposto instituído pela União em caso de competência fiscal concorrente. Com isso, a União passa a aglutinar mais da metade do bolo arrecadado de receitas tributárias, tendo em vista que a renda nacional era fortemente concentrada no capital gerado pelas atividades de exportação da borracha e do cacau, além do café, ainda forte no início do século XX.

A democratização após o fim da Segunda Guerra Mundial (1946-1964) moveu o pêndulo de volta à descentralização, já que a autonomia subnacional foi considerada necessária para apoiar responsabilidades crescentes e uma democracia que se queria estável. Esse foi o contexto de inúmeros incentivos fiscais para investimentos na região Nordeste do país, objetivando reverter a tendência de forte concentração regional, por força da concentração da produção de manufaturados no Sudeste, o que agravava as disparidades regionais e as rivalidades políticas.

A ditadura militar no Brasil, apesar de deixar o país mais industrializado e

urbano, terminou reeditando a chamada “modernização conservadora” como via de aprofundamento das relações sociais capitalistas no Brasil (Cf. NETTO apud BEHRING; BOSCHETTI, 2007), o que reconfigura a questão social na medida em que a mesma passa a ser enfrentada pela repressão e assistencialismo, com o objetivo de controlar as forças de trabalho que despontavam do processo.

A reforma tributária da metade dos anos 60 desempenhou um papel crucial em nome de uma nova centralização de poder, uma vez que os poderes tributários do governo federal foram reforçados, possibilitando um aumento da carga tributária total para financiar a modernização da infraestrutura e acelerar o ritmo do desenvolvimento, apesar da instituição de um mecanismo de partilha da receita para os Estados pobres.

Na medida do esgotamento do regime de autoritarismo político engendrado pelos militares, em meados da década de 80, deu-se a explosão de movimentos sociais reivindicativos da abertura política e dos direitos de cidadania, praticamente anulados durante quase vinte anos de obscurantismo civil e político. Junto com o advento do novo sindicalismo, tais movimentos sociais terminaram instalando a Assembleia Nacional Constituinte, fortemente tensionada, e a posterior promulgação da Constituição de 1988, que, ao tempo em que normatiza diversos direitos sociais (art. 7º) e políticos, inclusive criando constitucionalmente a função social da propriedade (art. 184), reproduz o secular direito à livre iniciativa (art. 170) e confere inúmeros dispositivos à ordem econômica, traduzindo um belo corpo normativo de índole liberal e, ao mesmo tempo, social, portanto eclético.

Tal conjuntura, bastante relevante para o avanço dos novos cânones democráticos, não escapou à crítica de Florestan Fernandes, para quem a transição democrática do período foi de natureza conservadora e sem ousadias e turbulências, nem a Marco No-

gueira, para quem a ordem constitucional vigente entrava no futuro com os olhos no passado ou, mais ainda, fazendo história de costas para o futuro (apud BEHRING; BOSCHETTI, 2007).

Porém, concentrando-se nos problemas de nossa estrutura federativa, surge, com as eleições para governadores em 1982, o florescimento do estadualismo (Cf. ABRUCIO; FERREIRA COSTA, 1998), em que prevalecera uma concepção mais defensiva e predatória das entidades subnacionais, que terminaram conseguindo repassar parte relevante dos seus custos para a União, via endividamento público e mediante forte competição horizontal, cujo maior efeito foi a “guerra fiscal”, que repercutiu perniciosamente na federação até hoje, apesar da reforma nas finanças públicas empreendida no Governo FHC, principalmente após a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3. O neoliberalismo e seus efeitos nas políticas sociais

Mesmo tentando implantar um Estado Social no Brasil, com quarenta anos de atraso, a atual Constituição passou a sofrer com a contrarreforma neoliberal já em voga em diversos países do mundo, em especial na Grã-Bretanha (com Margaret Thatcher em 1979), nos EUA (com Ronald Reagan em 1980), na Alemanha (Helmut Kohl em 1982) e na Dinamarca (com Schlutter em 1983), levando-se em conta o projeto-piloto pioneiro do Chile, de Augusto Pinochet.

Isso porque o projeto neoliberal hegemônico parte do pressuposto da impossibilidade de preservação da política social no marco da concepção do Estado de Bem-Estar Social, em virtude da crise fiscal e da excessiva intervenção estatal no mercado, desconhecendo as reais causas da crise, tal como: o próprio esgotamento do sistema capitalista vigente, com reiteradas baixas de crescimento econômico mundiais, provocando rápido aumento das prestações

sociais em face da ordem econômica e precarizando a condição salarial, que se tornou impossível de ser mantida nos mesmos moldes de proteção (CASTEL, 1998).

Leve-se em conta que o Estado de Bem-Estar, que permitia certa coesão social por meio de políticas de pleno emprego e benefícios fundados no keynesianismo, foi base das proteções sociais na Europa. Seu declínio correspondeu aos limites da expressão mecânica da solidariedade social (ROSANVALLON, 1984) e fez ressurgir, em pleno final do século XX, a questão da pobreza na agenda política governamental, apesar de a variedade dos interesses envolvidos tornar o problema cada vez mais complexo (Cf. MACHADO, 2007).

No Brasil, a eleição de Fernando Collor, o “Bismarck das Alagoas” (Cf. OLIVEIRA, 1995), deu-se nessa perspectiva, em que a dilapidação estatal preparou o terreno para um desespero popular, que via no Estado desperdiçador, então simbolizado pelos marajás, o bode expiatório da má distribuição de renda, da caótica situação da saúde, da educação e das demais políticas sociais.

Com o avanço do neoliberalismo, houve aumento do desemprego em quase todos os países da OCDE nas décadas de 80 e 90, isso devido à redução dos postos de trabalho e à desaceleração na criação de novos empregos, como consequência da inegável reestruturação produtiva. Por outro lado, a maioria dos países passou a ampliar a arrecadação por meio de impostos indiretos, o que agrava excessivamente o sistema produtivo em virtude do efeito cumulativo ao longo da cadeia de produção e termina penalizando, sobretudo, os contribuintes com rendimentos mais baixos, já que os referidos impostos, embutidos no custo dos produtos, são pagos por todos, independentemente de seus rendimentos, revelando um pernicioso e injusto sistema tributário. Tal conjuntura, no Brasil, foi agravada pela política de superávit fiscal orientada pelo Fundo Monetário Inter-

nacional (FMI) e assumida por Fernando Henrique Cardoso e pelo Governo Lula, em seguida, com forte tendência fiscal centralizadora, em contraponto ao descentralizado sistema federativo de 1988.

Assim, apesar do sucesso em um maior controle sobre as finanças públicas estaduais, a política de superávit fiscal ainda não estabeleceu mecanismos para melhor compartilhar as políticas sociais e coordená-las efetivamente, com inegáveis e perversos efeitos para o sistema de proteção social e maior desenvolvimento econômico das regiões menos favorecidas, tornando o Brasil um país mais igualitário. Além disso, a centralização tributária e decisória em favor da União “afeta negativamente o *demos constraining* e os *checks and balances* federativos”, não resolvendo “dilemas de coordenação que travam o sucesso das políticas públicas” (Cf. ABRUCIO, 2003).

4. A repartição tributária na Constituição de 1988

Em plena obediência sistemática ao artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, que afirma como princípio fundamental a composição da República Federativa do Brasil pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além do objetivo fundamental dessa República Federativa em garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF), surge o extenso e minudente rol de competências tributárias encartadas na Constituição de 1988 a cada entidade subnacional, a começar pelos artigos 153 e 154 (tributos da União), seguindo pelo 155 (tributos estaduais e distritais) e 156 (tributos municipais). Além disso, obedecidos determinados requisitos, tais como a não-cumulatividade, há a previsão de competência residual da União para a criação de contribuições sociais (art. 154, inciso I, CF), cujas bases de cálculo estão definidas no extenso artigo 195 (custeio da seguridade social), além das competências exclusivas definidas nos artigos 148, incisos

I e II, para os empréstimos compulsórios, e 149, para as contribuições de intervenção no domínio econômico.

É evidente que, após a distribuição das competências político-administrativas de cada entidade subnacional, por todo o Texto Constitucional, devem-se atribuir os recursos necessários para que tais entes possam cumprir suas respectivas finalidades, como a promoção do desenvolvimento econômico e a erradicação da pobreza. Mesmo levando-se em conta que alguns tributos possuem alguma função extrafiscal, como a de reduzir as desigualdades regionais no País (ex.: o Imposto sobre a Renda), é possível ocorrer desequilíbrio na arrecadação, em virtude de fatores sócio-econômicos alterarem os ingressos e receitas, razão pela qual a própria Constituição estabelece forma de repartição das receitas tributárias, como definido nos artigos 157 a 162.

Ou seja, além de cada unidade federada dispor livremente de sua competência tributária própria, exercendo sua plena atividade tributária, há um fenômeno constitucionalmente posto para promover uma racional transferência de recursos, das unidades maiores para as menores, a fim de proporcionar a todos os meios necessários para cumprimento de suas atribuições constitucionais, ou melhor, a desigualdade horizontal da capacidade arrecadatória é compensada por um sistema de transferências fiscais, tendência essa implementada desde a Constituição de 1946 (ARRETCHE, 2004).

Aqui se encontram os repasses obrigatórios de receitas tributárias (federais para estados e municípios e estaduais para os municípios), a instituição de fundos de participação (estaduais e municipais), com vinculação constitucional a certos gastos (p.ex.: educação e saúde), e a concessão de subsídios fiscais.

Traduz tal fenômeno, portanto, a essência do federalismo fiscal cooperativo engendrado pela atual Constituição, na medida em que promoveria uma melhor

redistribuição nacional das receitas tributárias arrecadadas, diminuindo as diferenças regionais e corrigindo uma certa deficiência do próprio regime de participação rígida dos tributos, já que os tributos exclusivos rendem bem nas regiões ricas, onde há riquezas para alimentá-los, e mal, ou insuficientemente, nas que são pobres.

Porém, devemos atentar para o alerta de Riker (apud SOUZA, 2005), segundo o qual, para entendermos o funcionamento dos sistemas federais, não é necessário compreender a estrutura constitucional, mas as forças reais do sistema político, os sistemas de partidos nacionais, as práticas políticas e as estruturas do poder econômico. Ou seja, de acordo com tal raciocínio, os principais problemas enfrentados pelo federalismo brasileiro atual estariam mais na dificuldade dos governos em redirecionar o rumo de certas políticas públicas e lidar com questões macro-econômicas não previstas pelo legislador constituinte de 1988 do que nos problemas decorrentes da própria arquitetura ou desenho constitucional (Cf. SOUZA, 2005).

No entanto, segundo estudo de Gomes e MacDowell (apud ARRETCHE, 2004), o atual sistema de repartição, analisado em seu sentido normativo e estrutural, favorece os municípios de pequeno porte, já que foi estimada a participação das receitas de transferência em 91% nos municípios com menos de 5.000 habitantes, fato que é reforçado pela análise de Sérgio Prado, para quem (em 22 Estados brasileiros) quanto menor a população municipal, maior o seu ganho de receita derivado das transferências constitucionais, ensejando maior disponibilidade de recursos *per capita* com liberdade alocativa, realizadas as transferências. Essa assimetria implica, por exemplo, afirmar que a receita disponível *per capita* do Estado de Roraima foi duas vezes a de São Paulo, em 1997 (PRADO apud ARRETCHE, 2004).

Segundo Arretche (2004), na prática, tal desigualdade termina limitando definiti-

vamente a possibilidade de que se estabeleçam constitucionalmente competências exclusivas entre os níveis de governo para as ações sociais, além de limitar também a possibilidade de arranjos federativos, na medida em que, ao conferir autonomia aos governos locais, deixassem aos eleitores a tarefa de elevar o gasto social dos governos locais. Nesse sentido, defende a coordenação federal dos programas sociais, o que se justificaria “tanto por razões relacionadas à coordenação das decisões dos governos locais, quanto para corrigir desigualdades de capacidade de gasto entre Estados e municípios” (ARRETCHE, 2004, p. 20), apesar de avaliar que a Constituição de 1988 descentralizou receitas, mas não encargos.

Cumprir mencionar a definição e crítica de Celso Daniel (apud ABRUCIO, 2003, p. 253) sobre o municipalismo autárquico, o que é bastante salutar para a conformação do federalismo fiscal entre nós:

“Trata-se de um modelo de ação que prega a idéia (errônea) de que descentralização é igual à municipalização e, portanto, supõe que os governos locais poderão resolver sozinho seus dilemas de ação coletiva. Em primeiro lugar, tal visão não se sustenta na realidade federativa brasileira, pois a heterogeneidade do país demonstra que há um desnível de competências administrativas e possibilidades financeiras entre os municípios – mais do que isso, a maioria deles tem poucas condições de equacionar suas dificuldades por conta própria. Além disso, o municipalismo autárquico favorece a competição entre as localidades, e não a cooperação, gerando mais disputas fiscais do que parcerias.”

Porém, apesar de uma relativa evolução em matéria de autonomia federativa, entre os países em desenvolvimento, há de se destacar no Brasil a crescente e necessária oferta de serviços pelos Estados e Municípios, até porque são entes mais competentes para atenderem às necessidades

da população, apesar de reconhecer-se a necessidade de coordenação e apoio federal em diversas políticas públicas.

A descentralização da gestão das políticas públicas é evidente, bastando citar o exemplo da saúde para comprovar tal assertiva, segundo Paulo Ziulkoski (2008, p. 18):

“Em 1986, os municípios possuíam 43 mil servidores neste campo [saúde] e apenas as grandes capitais tinham hospitais e outros serviços de atendimento. No interior, os postos de saúde eram estaduais ou então pertenciam ao extinto INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social). Mas, atualmente, todos os municípios assumiram a gestão da atenção básica de saúde e alguns prestam também serviços de média e alta complexidade. São 200 mil agentes comunitários contratados pelos municípios e 27 mil equipes de saúde da família, com médicos, enfermeiras e auxiliares de enfermagem, que se somam a dentistas, fisioterapeutas, veterinários, etc., totalizando 832 mil servidores. Enquanto isso, no mesmo período, a União reduziu os seus funcionários nesta área de 250 mil para 108 mil.”

Como bem expõe Francisco Mendes de Barros (2001), não se pode ignorar o fato de que, paralelamente à descentralização dos encargos, “as ações das diferentes esferas são descoordenadas e há grande sobreposição de esforços e atividades, ao mesmo tempo em que nenhuma das esferas assume a responsabilidade sobre os resultados”, além da má distribuição dos encargos, o que termina sobrecarregando os entes subnacionais, que acabam prestando serviços inicialmente atribuídos ao Governo Federal.

De acordo com a Tabela 1, a seguir, constata-se que o nível de participação dos governos locais na arrecadação tributária, no Brasil, ainda é bastante baixo, isso levando-se em conta a dimensão continental

brasileira e suas múltiplas desigualdades regionais, que agravam o problema, quando se realiza a comparação com as demais nações do topo da lista.

Tabela 1 – Participação dos governos locais na arrecadação tributária

Países/Estimativa	Participação local (%)
Japão/1989	37,7
Suécia/1993	35,2
Dinamarca/1994	30,3
Noruega/1992	24,5
Polônia/1988	22,2
EUA/1993	16,3
França/1992	12,2
Alemanha/1991	11,0
Bolívia/1993	10,9
Canadá/1989	10,8
Espanha/1992	9,5
África do Sul/1994	8,8
Hungria/1990	8,2
Reino Unido/1992	6,2
Austrália/1994	5,5
BRASIL/1998	5,3
Itália/1989	4,6
Portugal/1990	4,5
México/1987	1,1

Fonte: FMI - “Government Finance Statistics Yearbook” (amostra de países) e José Roberto Rodrigues Afonso e Érika Amorim (apud DI PIETRO, 2004). A capacidade de gastos nos municípios brasileiros: arrecadação própria e receita disponível.

Constata-se que, entre os dez países com maior participação local na arrecadação global, seis deles presenciaram, de forma bastante consolidada, o *Welfare State* no pós-guerra, incluindo os países nórdicos, o Canadá, a França e a Alemanha. Por outro lado, como mostra a Tabela 2 da página seguinte, apesar da diminuição dos gastos subnacionais em segurança, transporte, habitação e serviços urbanos, de 4,1% (1996) para 3,1%

(2000) do PIB, e da urbanização ainda crescente (REZENDE; AFONSO, 2004), atesta-se um aumento com os gastos em serviços sociais (educação, saúde e saneamento) para os Estados e Municípios, que aumentaram dos 5,5% para 7% do PIB, em 2000.

5. Conclusões

Apesar do ímpeto descentralizador da Constituição de 1988, a força econômica marcada pelo neoliberalismo dos anos 90 e sentida nacionalmente no contexto de reforma do Estado brasileiro predominou sobre os antigos ideais de justiça social e forçou a criação desenfreada de contribuições sociais por parte da União, reservadas para financiar, em tese, o livre acesso universal aos serviços públicos, como a previdência social, o que terminou precarizando o próprio Sistema Tributário Brasileiro, uma vez que os fundos arrecadados pelas aludidas contribuições não entram na partilha de receitas, para os Estados e Municípios, comprometendo o federalismo fiscal. Os recursos arrecadados com as contribuições aumentaram para 6,5% do PIB em 2000, muito acima da cifra de 1,1% do PIB em 1990 (dados do IPEA).

Por outro lado, em virtude de uma taxa média módica de crescimento econômico, não se permitiu a concretização de ganhos em relação ao aumento da competência para tributar e das transferências recebidas da União, ainda mais pela crescente necessidade de disciplina fiscal (Cf. REZENDE; AFONSO, 2004) e, principalmente, pela elevada carga tributária já suportada pelos contribuintes nacionais, tudo contribuindo para uma menor capacidade financeira das entidades subnacionais em implementar efetivamente os serviços sociais e urbanos desejados. Nesse sentido, a própria ideia de *accountability*, inerente ao federalismo democrático, é fortemente prejudicada.

Deve-se observar que, após a redemocratização, tivemos inúmeros e novos avanços democráticos, como políticas inovadoras de alívio da pobreza, alterações nos padrões de

Tabela 2 – Gastos dos governos estaduais e municipais – funções selecionadas

	Estados	Estados	Municípios	Municípios	Total	Total
	1996	2000	1996	2000	1996	2000
			% PIB			
Segurança Pública	1.6	1.1	nd	0.0	1.6	1.1
Habitação e Serviços Urbanos	0.2	0.2	1.0	0.8	1.1	1.0
Transporte	0.7	0.6	0.7	0.4	1.4	1.0
Saúde e Saneamento	0.9	1.1	1.1	1.5	2.0	2.6
Educação e Cultura	2.1	2.6	1.4	1.9	3.5	4.4
Previdência Social e Assist.	2.8	1.9	0.5	0.6	3.3	2.5
TOTAL	8.3	7.4	4.6	5.3	12.8	12.7

Fonte: STN (Finanças do Brasil 1996 a 2000 apud REZENDE; AFONSO, 2004).

relacionamento entre o Estado e a sociedade, com a instituição de conselhos gestores de políticas públicas e o Orçamento Participativo. No entanto, nas duas últimas décadas, os municípios receberam mais atribuições, como educação e saúde, que são serviços públicos relevantes, sem aumento representativo de verbas.

De acordo com estudo de Vivian Ugá (apud MACHADO, 2007), as políticas nacionais de combate à pobreza apenas buscam minorar os efeitos das políticas neoliberais, então defendidas pelas instituições internacionais, o que transforma o “mundo do trabalho”, já que o que antes constituía uma classe social agora forma um conjunto de indivíduos atomizados, clivando-os em competitivos e incapazes.

A descentralização de encargos sociais, portanto, foi bem maior que a descentralização de receitas às entidades subnacionais, dada a relevância dos serviços públicos descentralizados, comprometendo o federalismo fiscal e as políticas sociais, que contam com a “universalização” normativa, mas, de fato, são focalizadas, seletivas e compensatórias.

Tal conjuntura é agravada pela apropriação indevida de receitas pelo Governo Federal, por meio da Desvinculação das Receitas da União (DRU), objetivando compor o superávit primário e pagamento

de juros da dívida, conforme demonstra a Tabela 3 abaixo.

Tabela 3 – Receitas da Seguridade Social Desvio da DRU em R\$ bilhões a preços de 2004

Anos	Receita antes da DRU	Receita depois da DRU	DRU
2002	211,71	201,38	10,3
2003	212,64	205,47	7,2
2004	266,35	238,62	27,7
Total	690,70	645,47	45,2

Fonte: Boletins de Políticas Sociais do IPEA, n. 8, 9 e 10 apud BEHRING; BOSCHETTI, 2007, p. 167.

O referido desvio orçamentário, sob a forma de manipulação indevida de recursos da seguridade social para o orçamento fiscal (Cf. BEHRING; BOSCHETTI, 2007), compromete a manutenção e a própria ampliação do sistema de seguridade social, em razão do considerável volume de recursos retido para a formação do superávit primário, o que serve para também retratar a real condição das políticas sociais no contexto do atual federalismo fiscal brasileiro.

Referências

ABRUCIO, F. L. Reforma política e federalismo: desafios para a democratização brasileira. In: BENE-

- VIDES, M.V.; KERCHE, F.; VANNUCHI, P. (Orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- _____; FERREIRA COSTA, V. M. *Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1998.
- ARRETCHE, M. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, p. 17-26, 2004.
- _____. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.
- BALEIRO, A. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualização de Dejalma de Campos. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 548 p.
- BARBOSA, A. M. *Cidadania fiscal*. Curitiba: Juruá. 2005, 139 p.
- BARROS, F. M. *Inovação no Federalismo para o desenvolvimento e a cidadania: perspectivas de modelagem das transferências intergovernamentais de recursos*. 2001. 245 p. Dissertação Mestrado FGV/EAESP, São Paulo, 2001.
- BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política social: fundamentos e história*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução de Iraci D. Poleti. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 1998. 611 p.
- DI PIETRO, J. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, J. M. (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004. 291 p.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.
- MACHADO, K. Implicações teóricas do conceito de pobreza no combate à pobreza. *Bahia: Análise & Dados*, Salvador, v. 17, n. 1, p. 685-693, abr./ jun. 2007.
- OLIVEIRA, F. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Orgs.). *Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 8 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. 205 p.
- REZENDE, F.; AFONSO, J.R. A Federação Brasileira: desafios e perspectivas. In: _____. OLIVEIRA, F. A. (Orgs.) *Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. 366 p.
- ROSANVALLON, P. *A Crise do Estado-Providência*. Tradução de Isabel Maria St. Aubyn. 2 ed. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984.
- SCHWARZ, R. As idéias fora do lugar. In: _____. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000.
- SOUZA, C. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*. São Paulo, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.
- ZIULKOSKY, P. Por um pacto federativo municipalista. *Le monde diplomatique Brasil*. São Paulo: Pólis, ano 1, n. 10, maio 2008.

Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa

Tiago Antunes de Aguiar

Sumário

Introdução. 1. Agentes políticos. 2. Improbidade administrativa *versus* crime de responsabilidade: a desconfiança nos juízes de primeira instância. Conclusões.

Introdução

O agente político, sendo uma modalidade de agente público em qualquer das classificações dos administrativistas brasileiros, estão sujeitos à responsabilização pelo cometimento de atos que importem em improbidade administrativa.

Entretanto, parte da literatura jurídica brasileira, bem como diversos julgados de nossos tribunais, por motivação claramente ideológica em vez de científica, vem entendendo que tais agentes não seriam passíveis de enquadramento na Lei 8.429/92, nossa lei de combate à improbidade administrativa (LIA).

As presentes linhas doutrinárias terão a singela missão de enfrentar alguns temas relativos à responsabilização dos agentes políticos, bem como defender a premissa trazida no parágrafo primeiro desta introdução, no sentido de que, além da responsabilidade administrativa, civil e penal, os agentes políticos são imputáveis nos “crimes” de responsabilidade e nos atos de improbidade administrativa.

Para tanto, faremos uma breve distinção entre os agentes políticos e os demais

Tiago Antunes de Aguiar é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Juiz Federal da 23ª Vara de Pernambuco.

agentes públicos; uma sucinta exposição das definições de atos de improbidade administrativa e de atos que importem em “crimes” de responsabilidade; uma análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal da Reclamação 2.138/DF, em que foi discutida a competência de juiz federal de primeira instância para o julgamento de ação de improbidade administrativa contra ministro de Estado; e, por fim, apresentaremos nossas conclusões.

1. Agentes políticos

A administração pública, para conseguir atingir o seu fim maior de alcance dos interesses da coletividade (interesse público primário), necessita de um corpo de agentes extremamente capacitados e comprometidos com a eficiente prestação dos serviços públicos.

Tais agentes integram a categoria geral de agentes públicos, diferenciando-se dos demais pelas funções especialíssimas de direção, planejamento e gestão da tomada de decisões da administração pública, além de terem um regime administrativo próprio previsto na Constituição da República.

Sobre tal distinção, escreveu Carvalho Filho (2009, p. 560):

“Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo poder público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins.

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Com regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das

funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana.

Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).”

O clássico Hely Lopes Meirelles dá sentido maior à expressão agentes políticos, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas (CARVALHO FILHO, 2009, p. 560). José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 560, 561), por sua vez, defende que o simples fato de esses agentes públicos terem um regime jurídico previsto na Constituição não é suficiente para classificá-los como agentes políticos (os quais exercem efetivamente, e não eventualmente, função política, de governo e de fixação das estratégias de ação), sendo mais adequada a sua classificação como servidores públicos especiais.

Concordamos, parcialmente, com a classificação de Hely Lopes Meirelles, entendendo que os membros do poder judiciário integram a classificação de agentes políticos, com detentores de função política relevante e de direção do Estado brasileiro.

Extremamente relevante para a classificação dos juízes como agentes políticos, cita-se a seguinte passagem de Zaffaroni (1995, p. 78-79):

“A história nos fala com singular eloquência. Vimos que na França uma justiça anárquica, privatizada, cara e arbitrária provocou a contracapa de um judiciário submetido à assembléia legislativa, ideologicamente vazio,

que na realidade se transformou imediatamente em uma burocracia militarizada e estreitamente dependente do executivo, que passou, com alguns retoques, pelas mais díspares estruturas políticas: república, monarquia, império.(...)

Nos Estados Unidos, uma corte resultante do pacto federal associou-se ao centralismo, ao mercantilismo, constituindo-se, quase cerca de trinta anos, em custódia de uma mera acumulação capitalista desordenada e em opositora radical a qualquer intervenção que garantisse a liberdade de mercado, a ponto de bloquear as medidas destinadas a superar a maior e mais dramática crise da história do país. (...)

Na Europa de pós-guerra procurou-se superar o modelo bonapartista, que se havia revelado útil aos totalitarismos e autoritarismos, fazendo-o de modo a elidir as dificuldades norte-americanas, escolhendo a horizontalização do judiciário e a divisão orgânica de suas funções.”

E continua o mesmo autor:

“Ninguém pode duvidar que estes são problemas políticos. A rigor qualquer um que observe nossa realidade judiciária latino-americana pode comprovar o que ela expressa cotidianamente. Às vezes, a extrema proximidade de um fenômeno impede sua compreensão.

Em escala mundial, as três funções judiciárias (decisão de conflitos, controle constitucional e autogoverno) passaram por todos os caminhos do poder a que nos referimos e, em todos eles, foram reconhecidas de diversos modos como funções manifestas, isto é, foram reconhecidas e rebatizadas segundo os momentos do poder. (...)

Tão política é a questão judiciária que, praticamente, a Revolução Francesa foi

desdobrada contra o poder arbitrário dos juízes, mais do que contra o poder monárquico, que em uma monarquia empobrecida e endividada era bastante precário; e a sentença aberrante da ‘Corte Taney’ que mencionamos foi a gota que desencadeou a guerra civil norte-americana. Portanto, dois fatos históricos e violentos da mais alta significação política foram precipitados pela ‘questão judiciária’.

Embora a função de decidir conflitos seja a que é sempre reconhecida como essencial ao judiciário, não é menos certo que são muitos os organismos que fazem o mesmo e não têm caráter judicial, sem contar com outros que permanentemente a disputam, na contínua tentativa de ‘politizar’ ou ‘jurisdicionarizar’ os conflitos. A polícia de segurança, as autoridades aduaneiras, os entes arrecadadores, as ‘câmaras’ das mais variadas matérias, os ‘árbitros’ e ‘mediadores’, os tribunais administrativos da mais diversa natureza etc. disputam a decisão de conflitos com o judiciário (ZAFFARONI, 1995, p. 79).”

Destarte, ao lado dos detentores de mandato político (membros dos poderes executivo e legislativo), os magistrados desempenham uma função vital para o Estado democrático de Direito, exercendo função política, devendo assumir na sua conduta pública a maior retidão possível e sendo, em nosso entender, classificados como agentes políticos.

Por derradeiro, colaciona-se a redação do artigo 2º da Lei nº 8.429, de 2/6/1992¹, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de cometimento de atos de improbidade administrativa, o qual não deixa dúvida sobre a abrangência do agente político dentro do conceito de agente público:

¹ De agora em diante, usaremos a abreviatura LIA para nos referirmos à lei de improbidade administrativa.

“Reputa-se agente público, para efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

2. *Improbidade administrativa versus crime de responsabilidade: a desconfiãncas nos juizes de primeira instância*

A despeito de grande parte da literatura brasileira² indicar que o ato que importe em improbidade administrativa possui natureza jurídica distinta do denominado “crime” de responsabilidade, há autores e diversos julgados brasileiros que confundem os dois institutos, pugnando pela irresponsabilidade dos agentes políticos em relação à LIA.

Talvez o defensor brasileiro mais feroz da irresponsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa seja o atual Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que já em 1998 defendia, juntamente com Arnoldo Wald, que: 1 – os delitos de que trata a LIA são efetivamente “crimes” de responsabilidade, devendo ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de demanda proposta contra Ministro de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “c”, da CRFB; 2 – a ação civil de improbidade administrativa possui “um forte conteúdo penal”, uma vez que as sanções da LIA (em alguns aspectos como a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos) são muito mais graves do que uma sanção penal, de modo que, se vários agentes políticos possuem foro privilegiado em matéria penal, estes deveriam ser julgados na ação

de improbidade pelo tribunal respectivo; e 3 – há “competência hierárquica” no Brasil, de modo que Ministros de Estado não poderiam ser julgados, para efeito de aplicação da LIA, por juizes de primeiro grau, tendo em conta que haveria neste caso uma “subversão a todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências” (WALD; MENDES, 1998, p. 213-215).

Aristides Junqueira Alvarenga (2002) também confundia os dois institutos ao afirmar:

“Porque ato de improbidade administrativa é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quicá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo presidente da República, mas por todo e qualquer agente público, a Lei nº 1.079/50 estendeu sua aplicação aos MINISTROS DE ESTADO (art. 13), aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao Procurador-geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74), fazendo questão de repetir, relativamente a cada um deles, que o procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo atenta contra a probidade da Administração e é crime de responsabilidade (BRASIL, 2007).”

Parece-nos que a defesa da inimputabilidade dos agentes políticos à LIA faz transparecer muito mais um viés ideológico do que mesmo um de cunho científico. Com efeito, o temor das condenações por atos de improbidade administrativa dos altos dirigentes dos poderes executivo, legislativo e mesmo do judiciário aliado a desconfiãncas dos julgados dos juizes de primeira instância, cujo resultado seria “menos controlável” do ponto de vista político-ideológico, parecem ser as falsas premissas da irresponsabilidade dos agentes políticos em relação aos atos de improbidade e da propositada confusão

² CF. GARCIA; ALVES, 2008, p. 207; CARVALHO, 2007, p. 270-271; CARVALHO FILHO, 2009, p. 1019-1020; ANJOS NETO, 2004, p. 215, 223-224; FIGUEIREDO, 2004, p. 24-26.

entre ato de improbidade administrativa e “crime” de responsabilidade.

Dentro dessa ideia de desconfiança dos julgados da primeira instância, colacionam-se os seguintes trechos dos votos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (Nelson Jobim, Gilmar Ferreira Mendes e Ilmar Galvão), por ocasião do julgamento da Reclamação 2.138/DF, em que se discutiu a usurpação de competência do STF para o julgamento de ato imputado como de improbidade administrativa a Ministro de Estado (uso de aviões da FAB e de acomodações militares pelo então Ministro Sardemberg e membros de sua família em Fernando de Noronha), condenado pelo juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF:

“Imaginar que o uso de acomodações militares por parte de uma autoridade em um local desprovido de quaisquer condições configura ato de improbidade é demonstrar que, de fato, há algo gravemente errado em nosso sistema.

Desconhecer esse fato elementar é mostrar-se, efetivamente, inepto para avaliar determinadas questões.

Mas, diz a sentença: *‘In casu*, novamente observa-se que o réu, com vontade livre e consciente, violou esse *standard* comportamental o qual deve orientar o agente público. Ora, não há como se admitir que o réu, com experiência na área pública, atuou sem consciência de que seu ato discricionário encontrava-se em manifesto desvio de finalidade (...)’ (Sentença, p. 159)

Sobrou ousadia e faltou experiência. Os autos trazem notícia de que o MINISTRO SARDEMBERG, então encarregado da pasta de assuntos estratégicos, em todas as suas viagens mantinha agenda oficial e reuniões de trabalho (fls. 171/174 e 246/248).

O paradigma estabelecido na sentença é preocupante.

Permite a juiz de primeiro grau (grifos nossos), após a provocação do Ministério Público, avaliar o uso de bens públicos no interesse público.

Assim, é possível que qualquer dos integrantes desta Corte venha a responder a uma ação de improbidade porque se dirigiu à UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA em carro oficial” (BRASIL, 2007).

(...) “Admitir a competência funcional dos juízes de primeira instância” implicaria “(...) subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências.” Isso porque a Lei 8.429/92 haveria “de ser entendida como seguindo as regras constitucionais da competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade” ajuizada “(...) contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição, que, por sua vez, seria competente para impor-lhe a sanção de perda do cargo”, o que configuraria patente absurdo (grifos nossos) como já demonstrado pelo Ministro Nelson Jobim” (BRASIL, 2007).

“Sr. Presidente, nunca tive dúvida de ao juiz de primeiro grau falecer competência, seja na esfera civil, seja na criminal, para determinar o afastamento ou a perda do cargo de um outro juiz do mesmo grau, desembargador, prefeito, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado ou do próprio Presidente da República, como possibilita essa lei a uma primeira leitura.

Enfim, quanto a qualquer dos agentes políticos que, entre nós, gozam de foro privilegiado para ações criminais ou para responderem, por exemplo, por mandado de segurança, *habeas data* ou *habeas corpus*, o sistema brasi-

leiro, como mostra a Constituição, às escâncaras, é hierárquico, e essa lei, à primeira vista, subverte-o completamente” (BRASIL, 2007).

Após a explicitação do posicionamento dos três ministros do Supremo Tribunal mencionados nas notas explicativas, fazemos as seguintes perguntas: existe hierarquia entre os magistrados de primeira instância e os juízes (desembargadores ou ministros) ocupantes de cargos nos Tribunais? Existe competência hierárquica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB³)? Os tribunais têm mais estrutura física e de pessoal para julgar mais agilmente as ações de improbidade administrativa?

A todos os questionamentos a resposta negativa se impõe, seja pela isonomia entre os magistrados das diversas instâncias, tendo em conta que, se hierarquia existe, esta apenas se dá no âmbito da tomada de decisões administrativas, não se podendo falar em superioridade dos desembargadores e ministros em face dos juízes de primeira instância, ante o princípio constitucional da independência, manifestado nas disposições dos artigos 93, inciso I, e 95, incisos I, II e II, da CRFB; seja pela omissão da CRFB na previsão da malsinada “competência hierárquica”, indicada pelo Ministro Gilmar Mendes, uma vez que a Constituição apenas prevê a distribuição de competências entre órgãos do poder judiciário, não se podendo falar em hierarquia, por exemplo, entre a competência do Supremo Tribunal Federal e a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de suas demandas ou mesmo entre a competência da justiça do trabalho e a competência da justiça federal ou dos Estados; seja, por fim, porque os tribunais não dispõem de estrutura física ou de pessoal para a regular e célere instrução das ações de improbidade administrativa,

³ Passaremos a usar a sigla CRFB para designar Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

sendo comum a expedição de cartas de ordem pelo STF, por exemplo, para ouvida de testemunhas nos feitos penais de sua competência originária.

Utilizando-se das lições de Zaffaroni (1995, p. 88): “Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.”

Os atos de improbidade administrativa previstos na LIA diferem dos atos que implicam “crime” de responsabilidade (previstos em relação ao Presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República na Lei 1.079/50), sobretudo pelo conteúdo eminentemente político do “crime” de responsabilidade, em contraponto ao ato predominantemente administrativo do ato de improbidade. Citando-se exemplos: um ato de utilização irregular de aeronaves da FAB para uso particular configura-se em um ato puramente administrativo, enquanto omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo⁴ (conforme imputação feita pela mídia ao atual presidente do Senado Federal) trata-se de um ato de chefe de poder ou de seu agente delegado, com forte conteúdo político.

Consoante afirmação do Ministro do pretório excelso Joaquim Barbosa, no seu voto da Reclamação 2.138/DF:

“A meu sentir, os fatos em razão dos quais o Ministério Público Federal ajuizou a ação de improbidade contra o ilustre embaixador e ex-ministro de Estado não se enquadram na tipificação supracitada. Não se cuida, pois,

⁴ Previsão feita no artigo 9º da Lei 1.079 de 10 de abril de 1950: São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; (...)

de responsabilização política, e por isso mesmo não é aplicável ao caso o art. 102, I, c da Constituição Federal. Acompanho, portanto, o voto do Ministro Carlos Velloso.

Mas vou além, Senhora Presidente. Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crimes de responsabilidade o atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional – isto é, a moralidade na Administração Pública –, têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

O art. 37, parágrafo 4º da Constituição, disciplinado pela lei 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. (...)

O contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilização política. Nesse caso, o tratamento

jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na lei 1.079/1950, assume outra roupagem, e isto se explica pelo fato de que o objetivo constitucional visado é muito mais elevado. Cuida-se aí de mais um dentre os inúmeros mecanismos de *checks-and-balances* típicos das relações entre os poderes de Estado no regime presidencial de governo” (BRASIL, 2007).

Em outro trecho, o eminente ministro acentua o caráter distintivo do “crime” de responsabilidade:

“Examinemos os já citados dispositivos da lei que rege os chamados crimes de responsabilidade (lei 1.079/1950), no tópico pertinente à probidade na Administração. Da leitura desses dispositivos se pode extrair que, da conduta do chefe de Estado e de seus colaboradores diretos, que seja reprovável a ponto de desencadear o processo de responsabilização política por violação ao princípio da probidade, se exige um grau de especificidade de condutas bem menor do que aquele que encontramos nas diversas tipificações da lei de improbidade (lei 8.429/1992). Essa vagueza, essa aparente imprecisão, essa parcimônia descritiva na tipificação se explicam pela natureza eminentemente política do processo de responsabilização dos agentes políticos que, não podemos esquecer, é a versão local do *impeachment* norte-americano, com a diferença que aqui, em algumas hipóteses, a competência para o processo e julgamento é transferida para órgãos judiciais” (BRASIL, 2007).

Não há que se falar, igualmente, em “conteúdo penal” dos atos de improbidade administrativa, tendo em conta que a natureza civil das sanções da LIA é cristalina. Trata-se de consequências jurídicas de caráter político-administrativo (perda da

função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, reparação do dano, proibição de contratação com o poder público ou de recebimento de benefícios fiscais), não havendo que se cogitar da *ultima ratio* do direito penal consistente na imposição de penalidade propriamente dita (prisão ou substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito).

Conforme interessantíssima tese de doutorado do colega Francisco Glauber Pessoa Alves (2009):

“A hermenêutica que busca traços de similaridade das sanções impostas pela Lei n. 8.429/92 com o direito penal restou plenamente ultrapassada com o julgamento pelo STF da Adin n. 2.797-DF, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei n. 10.628/2002. Não fosse por isso, caminha absolutamente na contramão da história a restrição aos relevantes valores contidos na Lei n. 8.429/92, que deve ser interpretada em prol da sociedade e não de garantias de cunho meramente individual a inviabilizarem completamente seus anseios.

É, por exclusão, de direito não-penal a Lei n. 8.429/92, donde descabido invocar aplicabilidade de preceitos que não lhes são próprios e exclusivos⁵. A preservação dos direitos políticos é uma faculdade conferida a qualquer do povo. Tanto não se faz ou mostra irrenunciável que o voto, conquan-

to obrigatório, pode deixar de ser exercido, tocando ao eleitor sofrer as sanções previstas na lei eleitoral (art. 7º⁶ da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965). Igualmente, a tanto equivale o voto em branco ou nulo.

Ao cabo, não existem, para nós, dúvidas de que a regência das relações entre agentes públicos e pessoas jurídicas de direito público é de direito administrativo (*direito civil lato sensu*) e somente a título excepcional de direito penal. Toca a este a definição de determinados fatos como infrações, *se et in quantum* tais fatos afetem tão profundamente uma escala valorativa cuja magnitude enseje a edição de lei que retirem-nos da esfera do direito administrativo para o direito penal. O tratamento conjunto e imputador de sanções nas esferas penal, civil *lato sensu* e administrativa (civil *stricto sensu*) é igualmente possível no nosso direito, ressalvados os temperamentos antes feitos.

Não ter o intérprete a perfeita noção disso pode acarretar a mistura de ramos diferentes do direito, resultando em conceitos e institutos jurídicos confusos, eis que materialmente dis-

⁶ “Art. 7º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367. § 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor: I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias; IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos

⁵ “As sanções administrativas encontradas no art. 12 da Lei 8429/92 são extremamente severas, mas nem por isso deixam de ser sanções administrativas sem caráter penal. Ou por outra, expressamente está dito no art. 12 da Lei que, ‘independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações’, que são elencadas. Apesar de severas as punições, nada têm elas a ver com as sanções penais, repetimos. O legislador não erigiu as condutas ímprobadas, nessa Lei 8429/92, em crimes. E essa foi uma opção legislativa” (FIGUEIREDO, p. 15-16).

tintas suas matizes dogmáticas. Pior, pode contribuir para a ineficiência pragmática tanto do *tertium genus* que surgir disso como também das responsabilizações de cunho penal e administrativo isoladamente consideradas, prestando um desserviço ao direito como um todo.

Se assim o é, já se adiantou nosso posicionamento com relação à natureza da AIA. Ela é de direito não-penal, civil (*lato sensu*) e predominantemente administrativa. *É norma que visa aplicar sanções de cunho civil (perda de bens e valores, multa e proibição de contratar com o Poder Público, perda da função pública e dos direitos políticos), com previsão a partir de regime jurídico administrativo posto na CF (§ 4º, art. 37) e sem qualquer laivo de caráter penal.*"

Por derradeiro, deve ser ressaltado o significado e alcance do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF (Reclamante: União Federal. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min Gilmar Mendes. Julgamento: 13/06/2007).

Em suma, na citada reclamação foi firmado o entendimento pelo STF, em 13/06/2007, com votos de vários ministros que não mais integram a corte (Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa,

institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos; V - obter passaporte ou carteira de identidade; VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda. § 2º Os brasileiros natos ou naturalizados, maiores de 18 anos, salvo os excetuados nos arts. 5º e 6º, nº 1, sem prova de estarem alistados não poderão praticar os atos relacionados no parágrafo anterior. § 3º Realizado o alistamento eleitoral pelo processo eletrônico de dados, será cancelada a inscrição do eleitor que não votar em 3 (três) eleições consecutivas, não pagar a multa ou não se justificar no prazo de 6 (seis) meses, a contar da data da última eleição a que deveria ter comparecido".

Carlos Velloso e Nelson Jobim), de que, e tão somente, ministro de Estado não está sujeito a responsabilização pela LIA, estando submetido apenas à lei 1.079/1950 (lei que prevê crimes de responsabilidade do Presidente da República, de ministro de Estado, de ministro do STF e do Procurador-Geral da República). Colaciona-se, por oportuno, a ementa de tal decisão colegiada:

"EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos

do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

II. MÉRITO.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, 'c', (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, 'c', da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, 'c', da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade

e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, 'c', da Constituição.

III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE" (BRASIL, 2007).

Analisando o julgado, deve ser dito que o instituto processual da Reclamação para preservação da competência do STF não tem efeito *erga omnes*, mas apenas *inter partes*, já que seu julgamento não é elaborado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, de modo que a ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, determinou o arquivamento das reclamações ns. 5.389, 5.391 e 5.393, ajuizadas por prefeitos que pugnavam pela extensão dos efeitos do julgado acima ementado para o caso de ações de improbidade administrativa em curso em juízo de primeiro grau (ALVES, 2009).

Dessa forma, o único agente político que a Reclamação 2.138-DF concluiu não estar sujeito às sanções da LIA foi o ministro de Estado, sendo certo que prefeitos, governadores, membros do poder judiciário, senadores, deputados e, até mesmo, o Presidente da República estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, tendo em conta tudo o que foi exposto no presente trabalho, além do fato de que boa parte da nova composição do Supremo Tribunal Federal não se manifestou na citada reclamação, sendo possível um novo entendimento do pretório excelso no caso

de interposição de novas reclamações com objetos semelhantes.

Ressalte-se, neste ínterim, que os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello defenderam, nos seus votos, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, a aplicação da LIA a todos os agentes políticos (inclusive ministro de Estado), ressaltando apenas limitações constitucionais na aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (artigos 27, § 1º, 55, 86 da CRFB), o que nos afigura bastante razoável (BRASIL, 2007).

Conclusões

Os agentes políticos integram o conceito de agente público, previsto no artigo 2º da LIA, estando sujeitos a responsabilização pelos atos que importem em improbidade administrativa.

Não há que se confundir crime de responsabilidade com ato de improbidade administrativa, sendo certo que o primeiro advém de um ato eminentemente político do agente público, enquanto o ato de improbidade administrativa tem natureza predominantemente administrativa.

As sanções da LIA têm natureza político-administrativas, portanto, são de direito civil, em sentido amplo, não tendo “forte conteúdo penal”, a despeito da gravidade de pelo menos duas destas (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos).

O julgamento da Reclamação 2.138 – DF pelo STF tem efeito apenas para as partes do feito (União Federal, Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do DF e o ex-ministro de Estado SARDEMBERG), tendo em conta ser modalidade de controle de constitucionalidade difuso, não refletindo necessariamente a posição atual do STF, cuja composição foi em grande parte modificada.

Prefeitos, governadores, Presidente da República, Senadores, Deputados, mem-

bro do poder judiciário estão sujeitos à LIA, não tendo em relação a estes aplicação a Reclamação 2.138 – DF, consoante decisões proferidas nos arquivamentos das reclamações ns. 5.389, 5.391 e 5.393 (relativas a prefeitos que buscavam a extensão dos efeitos da Reclamação 2.138 – DF para suas situações concretas).

Referências

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O Judiciário como instrumento de transformação social: proibidade administrativa, direitos fundamentais, direito processual público e tutelas sumárias efetivas. São Paulo: 2009. *Tese de Doutorado* apresentada e aprovada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Caderno Direito & Justiça, Jornal Correio Braziliense*, Brasília, 30 set. 2002.

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da proibidade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138/DF. Reclamante: União Federal. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 jul. 2009. Inteiro teor do acórdão.

CARVALHO, Rosimayre Gonçalves de. A improbidade administrativa e os agentes políticos. *Direito Federal*, Brasília, a. 23, n. 87, 1º trimestre de 2007, p. 251-276.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Consulta formulada pela Associação Nacional dos Procuradores da República*, p. 15-16.

GARCIA, Emerson; ALVES Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./ jun. 1998, p. 213-216.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.78-79.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

O Brasil entre o arcaico e o moderno

Tiago Ivo Odon

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O arcaico e o moderno. 3. Liberalismo e democracia. 4. Nem o arcaico nem o moderno: o barroco. 5. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

A categoria “patrimonialismo” já se tornou um lugar-comum na literatura política e sociológica. Ela procede da sociologia de Max Weber, na qual designa um dos tipos da dominação tradicional. Seu emprego como conceito-chave para a construção de uma interpretação da história brasileira deve-se à obra seminal de Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*, publicada pela primeira vez ao final da década de 1950.

O argumento de Faoro pode ser resumido da seguinte maneira: a) a consolidação precoce do Estado nacional português no século XIV, num momento de decadência da nobreza territorial e de fragilidade da incipiente burguesia comercial, deu à Coroa o protagonismo na vida nacional; b) nessa situação, toda a atividade econômica subordinou-se ao interesse e à vontade do Rei a partir da expansão africana e ultramarina iniciada com a conquista de Ceuta; c) esse padrão apresentaria uma tendência inata à reprodução, manifestando-se nos momentos posteriores da história portuguesa e brasileira; e d) ainda sofreríamos, no Brasil de hoje, as consequências dessa

Tiago Ivo Odon é Consultor Legislativo do Senado Federal, mestre em Direito e Políticas Públicas e doutorando em Sociologia.

marca de origem, manifesta na debilidade do mercado, sempre dependente do Estado, e na ausência de uma administração pública regida por normas impessoais.

A interpretação de Faoro oferece uma explicação acabada para uma série de fenômenos percebidos como problemáticos na economia, na política e na sociedade brasileiras: a elevada carga tributária, a extensão dos subsídios governamentais, a confusão entre as esferas pública e privada, a ineficiência da burocracia, a recente crise ética do Congresso Nacional, tudo seria consequência do vício de origem lusitano.

Cultura política e cultura democrática são conceitos elaborados por determinadas correntes da ciência política a partir dos estudos pioneiros de Almond e Verba sobre o caso alemão. Nesse país, o regime totalitário teria prosperado em razão de características culturais específicas ao povo alemão, notadamente a disciplina, a obediência automática e a desvalorização de processos deliberativos.

No Brasil, na década de 1980, logo após a redemocratização, foram publicados os resultados de pesquisas de opinião sobre a atitude dos cidadãos brasileiros frente aos valores democráticos. Essas pesquisas registravam, de forma sistemática, a opinião desfavorável da maioria dos brasileiros sobre partidos, legislativos e legisladores; a preferência por resultados sem consideração dos processos; a tolerância com regimes autoritários. A conclusão reiterada apontava um déficit de cultura democrática no País, déficit capaz de comprometer inclusive o futuro da democracia a médio prazo.

Há um problema na tentativa de estabelecer relações de causalidade entre características histórico-culturais genéricas e eventos concretos extraídos da história de um país. Quanto mais genérica é a característica separada como variável independente e quanto mais ancorada no senso comum dos leitores, maior a capacidade de convencimento da relação de causalidade imputada. O patrimonialismo, tal

como trabalhado por Faoro, atende a essas condições. Trata-se de uma característica genérica que satisfaz a autoimagem mais difundida entre os brasileiros. É capaz de gerar, portanto, um modelo explicativo com elevado poder de convencimento.

No entanto, muitos autores defendem que tal modelo não produz explicações eficientes. Sua própria generalidade, que permite a aplicação quase universal, retiraria sua força explicativa. No caso, o modelo permite ler a história a partir das premissas nele incorporadas, mas não permite ver, na história, nada diferente disso.

Para outros, seria mais produtivo examinar o alegado déficit de valores democráticos no Brasil a partir da escassez de democracia ao longo da nossa história. Durante a maior parte de nossa história, seja no período do Império, seja durante a República, a grande maioria da população foi excluída do direito de voto. A República Velha foi um regime de partidos únicos e fraude eleitoral sistemática. A República liberal de 1945-1964 ainda conviveu com a exclusão dos analfabetos do voto e com a prática generalizada do voto de cabresto. Regimes abertamente autoritários persistiram no Brasil por 29 anos, quase um terço do século XX (1937-1945 e 1964-1985).¹

O Estado democrático de direito tem apenas 20 anos no Brasil, e novas pesquisas, como as de José Álvaro Moisés e Alberto Carlos Almeida, continuam a apontar para o déficit de valores democráticos entre os brasileiros. Almeida (2007, p. 19) sugere que as características culturais da sociedade brasileira apontam para uma tensão entre “o arcaico e o moderno”, ou seja, uma oscilação entre a hierarquia e a igualdade, entre a autoridade e a liberdade.

A pesquisa de José Álvaro Moisés é interessante porque tentou explorar a reação dos

¹ As considerações feitas aqui sobre o patrimonialismo, até o momento, foram tiradas de estudo elaborado no âmbito da Consultoria Legislativa do Senado Federal por Caetano Ernesto Pereira de Araújo (Estudo nº 1.445, de 2009).

brasileiros a três perspectivas da questão da democracia (princípios e liberdades; procedimentos e instituições; dimensão social). Na verdade, apenas as duas últimas, na forma como expostas pelo autor², referem-se propriamente à questão democrática (participação); a primeira refere-se mais à questão liberal (liberdade). Sua pesquisa revelou que os brasileiros, entre 1989 e 2006, definem melhor a democracia na primeira perspectiva do que nas outras. Isso indica que o povo brasileiro é mais liberal do que democrático. Além disso, a pesquisa de Moisés mostra que os brasileiros não confiam na maioria das pessoas. Resultados semelhantes são encontrados na pesquisa de Almeida. Ele observa, ainda, o apego do brasileiro ao Estado: o “brasileiro ama o Estado”.

Esses autores, no entanto, estabelecem uma relação teórica direta entre valores liberais e valores democráticos. Liberalismo e democracia são fenômenos distintos, filosófica e historicamente. A falta de confiança das pessoas umas nas outras é um problema para a democracia, mas não é para o liberalismo. O “amor” ao Estado pode ser um problema para o liberalismo, mas não é para a democracia. Para o liberalismo, a sociedade é uma ficção jurídica (*ius societas*), ideia distante da concepção moderna de democracia. São filosoficamente diferentes as ideias de uma sociedade em que o homem leva uma vida virtuosa pela sua independência da ideia de uma sociedade em que o homem leva uma vida virtuosa pela sua participação.

O pensamento democrático não fazia parte da realidade da cultura política bra-

sileira quando da independência do País. O que veio com a família real foi um liberalismo peculiar, não democrático, ibérico, barroco – com uma ideia de contrato social que se comunicava tanto com o arcaico quanto com o moderno.

2. O arcaico e o moderno

Santo Agostinho foi um bispo que propôs uma teoria cristã da política. Diante do fato da invasão de visigodos em Roma, que a incendiaram e a saquearam em 410, a população romana começou a criticar o cristianismo e a Igreja. Viam uma falta de progresso social desde que o cristianismo fora adotado como religião oficial do Império, em 392. Agostinho reage à crítica defendendo que a “Cidade de Deus” é distinta da “Cidade do Homem”. Em *A Cidade de Deus*, ele divide a humanidade em duas “sociedades de homens”, dois grupos de homens a que chama de “cidades”: “um, dos que vivem segundo o homem; o outro, o daqueles que vivem segundo Deus” (Cf. AGOSTINHO, 1964, p. 289).

Agostinho critica o “viver bem” na Cidade do Homem, a *polis*, presente na filosofia aristotélica. O *bem* é dom de Deus na *polis* cristã. Agostinho, com seu platonismo, alerta que se deve buscar por bens superiores, pela verdadeira Cidade, “com o fim de que Deus seja tudo em todas as coisas” (Idem, p. 286). Agostinho faz uma separação teórica entre religião e política, entre igreja e poder civil, que caminharam juntos na filosofia antiga. O ponto importante é que Agostinho desenvolve uma margem de autonomia política para o indivíduo ao prescrever que a lei da Cidade de Deus está acima da lei da Cidade do Homem, o que abre espaço para a crítica ao poder civil do Estado.

Tomás de Aquino (2001b, p. 80,81) retoma essa margem de liberdade política no século XIII, ao dizer que nem toda lei do Estado obriga o indivíduo em sua consciência, apenas as justas, e justas são aquelas

² *Princípios e liberdades* incluem, neste caso, menções a liberdades políticas, liberdade de organização e de expressão, liberdade de participação, direito de ir e vir e outros correlatos; *procedimentos e instituições* incluem menções a governo do povo, direito de voto, eleições livres, direito de escolher governo, regra de maioria, representação política, acesso à justiça e fiscalização e controle de governos; *dimensão social* inclui igualdade social, acesso a serviços de saúde, educação, habitação, emprego, salários justos e desenvolvimento econômico [...] (MOISÉS, 2008, p. 21, grifo nosso).

que derivam da lei divina. Portanto, o homem é livre por meio da lei divina. São Tomás de Aquino chega mesmo a dizer que os governantes da Cidade do Homem são “inferiores” ao “governante supremo”, da Cidade de Deus: “como a lei eterna é a razão governadora no governante supremo, é necessário que todas as demais ordenações do governo que se encontram nos governadores inferiores derivem da lei eterna”. E repete frase de Agostinho: “nada é justo e legítimo na lei temporal que não derive da lei eterna” (AQUINO, 2001b, p. 39).

Concebe-se uma margem de liberdade humana contra o Estado. Esse processo apenas se completaria com a redenção da *vontade*, que ganharia relevo após o “pacto de consentimento” de John Locke, quando a *razão*, imaculada na filosofia antiga e na filosofia cristã medieval, começaria a ceder lugar à *vontade*. Seria por meio da valorização da vontade que a razão ganharia sua prevalência político-jurídica sobre a *autoridade* na Idade Moderna, momento decisivo para o liberalismo (ODON, 2007, p. 337-355).

No pensamento político medieval, ao contrário, as convenções humanas, como o contrato, são antes atos de razão do que de vontade. Tomás de Aquino (2001a, p. 53) relaciona a razão à lei natural (divina), e a vontade à lei positiva (humana): sem a participação racional do homem na lei divina, nada pode tornar-se justo por decisão humana. Assim, apesar de as relações sociais humanas basearem-se na lei positiva, escrita, os legisladores e os juízes devem considerar-se como ministros de Deus.

O pensamento político moderno, por sua vez, é bem diferente do medieval. O *jus* deixa de derivar da *lex* divina. Para Thomas Hobbes, a liberdade é vista através dos olhos do direito, do *jus*, que ele claramente distingue de *lex*. O *jus*, o direito, consiste na liberdade de fazer ou deixar de fazer, ao passo que a *lex*, a lei, consiste numa regra geral, descoberta pela razão, que proíbe a um homem fazer algo que

destrua a sua vida ou que lhe retire os meios de conservá-la. Lei é obrigação, direito é liberdade; portanto, incompatíveis na mesma situação. Do direito natural Hobbes deriva a primeira lei natural: a busca da paz individual por qualquer meio. Hobbes subtrai Deus de seu arranjo político. Sua lei natural nada tem a ver com a lei natural (lei divina) de Tomás de Aquino. Na segunda lei natural que apresenta, Hobbes sepulta a ideia de razão como derivação de uma ordem independente da vontade humana, presente na filosofia agostiniana-tomista.

Dessa lei natural fundamental, com a qual se ordena aos homens que busquem a paz, deriva a segunda lei, a de que estejam dispostos, quando outros também estiverem, a renunciar, na medida em que considerarem necessário, à paz e à própria defesa, ao seu direito a tudo e a se contentarem em ter tanta liberdade em relação aos outros quanto a que concederem aos outros em relação a si próprios. Assim, esclarece Hobbes, aquele que abandona um direito próprio ou o transfere não dá a outro homem um direito que este último não possuía, pois não existe nada a que cada homem não tenha direito por natureza, mas limita-se a retirar-se do seu caminho para que ele possa gozar do seu direito originário sem ser impedido por ele ou por outrem. Essa é a ideia política base de *liberdade negativa*, ou seja, ausência de impedimentos externos. Essas transferências recíprocas de direitos geram o que Hobbes chama de “contrato” ou “pacto” (HOBBS, 2000, p. 114).

Nesse arranjo, em que a convenção entre os homens escreve a lei racional, por meio do pacto, Hobbes (2000, p. 123, grifo nosso) funda a ideia de *justiça*, sua terceira lei natural: “que os homens cumpram os pactos que celebrarem. [...] Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. [...] E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto”. O *jus* está no pacto, e não em Deus – “É impossível fazer pactos com Deus”, escreveu (HOBBS,

2000, p. 118). Não se fala mais aqui no *jus* natural, que dá “liberdade a tudo”, mas no *jus* positivo, pactuado, que dá a liberdade necessária para a vida pacífica. A obrigação política, portanto, se justifica no pacto, no *nomos*, e não na *physis*. A ordem política deixa de se relacionar com a *physis*, a lei natural, a lei divina, a razão, e passa a se relacionar com o *nomos*, a convenção, a lei positiva, a vontade.

As ideias posteriores de Locke, Rousseau, Montesquieu, entre outros, são derivações desse arranjo original de Hobbes, mas com uma importante diferença: o direito – a liberdade – é anterior ao contrato, à lei. O direito não se submete ou é limitado pela lei do monarca, como em Hobbes. A lei é que deve ajustar-se ao direito. Hobbes não vê os direitos a serem transferidos no seu contrato como direitos passíveis de serem arguidos contra o Estado constituído. Pelo contrário, são transferidos ao Estado! Apesar de tanto em Hobbes quanto em Locke o fundamento do pacto ser o mesmo, ou seja, a liberdade, em Locke não existe transferência de direitos. Locke não falará de um pacto de submissão, mas de um pacto de consentimento. O objetivo da sociedade civil é a preservação da propriedade, ou seja, os direitos à vida, à liberdade e aos bens, os quais se tornam oponíveis a qualquer homem ou mesmo a qualquer autoridade que queira feri-los. Locke fornece a formatação final ao individualismo político, ampliando ainda mais a margem de liberdade idealizada por Hobbes. A partir de Locke, pode-se dizer, a ideia de sociedade (*iuris societas*) cede de vez à ideia de indivíduo.

Em resumo, Locke (1998, p. 437) arre-mata: nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais. Ao contrário do pensamento político medieval, o bem não é dom de Deus: “A necessidade de procurar a felicidade é o fundamento da nossa liberdade” (Idem, p. 105).

É possível perceber que os dois pensamentos políticos – o medieval e o moderno – trazem duas propostas diferentes para

a constituição do Estado: no primeiro, o Estado justo é a emanção da vontade do Criador, fundado na sua *lex aeterna*; no segundo, o Estado justo é a emanção da vontade do homem, fundado num contrato. No Estado medieval, a vida ética é a vida segundo Deus; no Estado moderno, segundo a convenção. O primeiro Estado se descobre (*physis*); o segundo se inventa (*nomos*). O primeiro é o Estado da necessidade; o segundo, da utilidade³ (a livre criação da função estatal a partir de uma ordem privada).

3. Liberalismo e democracia

O vínculo valorativo que equaciona a relação entre *iuris societas* e Estado é o que o liberalismo clássico chama de *liberdade*. Trata-se da liberdade referida por Locke, Montesquieu e Kant: liberdade é a *liberdade de agir segundo leis*, o que pode apresentar um sentido positivo e um negativo. Muitos autores, como Isaiah Berlin, Giovanni Sartori, Michelangelo Bovero, entre outros, traduzem essas duas perspectivas por meio das conhecidas expressões “liberdade positiva” e “liberdade negativa”. Na precisa abordagem de Berlin, a ideia de *liberdade positiva* significa que eu sigo as regras que eu mesmo pactuei para ser livre (a formação do “direito consciente” por meio do parlamento, conforme Kelsen). E a ideia de *liberdade negativa* significa dizer que “há fronteiras dentro das quais os homens são invioláveis”, que impedem, de forma absoluta, a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre outro. Disso resulta o princípio básico citado por Berlin (2002, p. 267): “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem”. Essa é a característica fundamental da *iuris societas* moderna.

O Estado Moderno é fundado sobre a ideia de liberdade negativa. Esta é a liberdade do liberalismo clássico, segundo o

³ Termo usado por Tocqueville (2004, p. 148) ao estudar o contrato social norte-americano.

conceito de Thomas Hobbes, ou seja, é a ausência de impedimentos externos. Assim, conforme Matteuci (1993, p. 257), “a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.”. No fim do século XIX, a ideia de direito subjetivo e individual ainda estava intrinsecamente relacionada à ideia de liberdade negativa, e a liberdade positiva era vista na forma de um direito mais amplo, sobre-subjetivo. Isso fica claro num texto escrito em 1885 por Prévost-Paradol, que chama de “direito nacional” o direito de decisão do povo acerca das políticas externa e interna por meio do Parlamento.⁴

A ideia de liberdade individual clássica se formou independentemente da ideia de democracia. A unanimidade do contrato social formado, que funda o Estado Moderno na ideologia liberal, choca-se com o princípio majoritário do parlamentarismo e da democracia. Kelsen identifica um conflito entre vontade do indivíduo e vontade geral, a qual se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, pois gesta a ordem estatal a partir do princípio da maioria, e não do consenso, este último, sim, origem do contrato social no liberalismo clássico (pacto de consentimento de Locke). Kelsen defende que a “vontade geral” (*volonté générale*) de Rousseau (expressão que indica a ordem estatal objetiva, válida independentemente da vontade dos indivíduos) é absolutamente incompatível com a teoria do contrato social,

⁴ Ao falar sobre a Inglaterra, Padarol (2003, p. 94,95, grifo do autor) escreve: “Duas espécies de direito existem hoje lá e se aplicam sem ser contestados por ninguém: o primeiro, que eu denominaria naturalmente de *direito pessoal*, consiste em que cada inglês tem sólidas e numerosas garantias de não ser lesado pelo poder, nem em seus bens e nem em sua pessoa; o segundo, que merece o nome de *direito nacional*, consiste em que o povo inglês decida soberanamente, por meio do seu Parlamento e dos ministros que dele dependem, da política externa e interna de seu país”.

o qual é uma função da vontade de todos (*volonté de tous*). Para ele, “[...] mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo, o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida” (Cf. KELSEN, 1993, p. 29).

A forma que o liberalismo encontrou para defender a liberdade foi o constitucionalismo. Segundo Montesquieu (1995, p. 186):

“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”.

Montesquieu (1995, p. 186, grifo nosso) defende, em sua obra uma monarquia constitucional. É bem claro ao se posicionar contra a democracia:

“É verdade que nas democracias o povo pode fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”.

Trata-se do conhecido problema da vontade racional. Mais especificamente, do controle da vontade irracional. Não por outra razão que a principal preocupação de Montesquieu era neutralizar o poder, e não separar o poder.

“Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo poder legislativo” (MONTESQUIEU, 1995, p. 193,194).

O foco inicial eram as monarquias constitucionais, em oposição ao absolutismo do Antigo Regime.

A representação defendida pelo liberalismo clássico era uma representação censitária, que poderia filtrar a racionalidade da vontade geral. Stuart Mill até defende uma representação intelectual, preconizando que, diante da polarização entre dois grandes blocos – o dos proprietários e o dos trabalhadores assalariados –, o fiel da balança deveria ser um terceiro grupo, as elites culturais, com o peso de seu voto sendo superior a 1. A democracia propriamente dita é um elemento estranho a todo esse processo, só tendo sido incorporada gradativamente a partir de meados do século XIX, com o alargamento do sufrágio e a multiplicação dos órgãos representativos. Nesse intervalo de tempo, temos a constituição do Estado brasileiro, com a vinda da família real no início do século. O Estado brasileiro foi fundado no momento liberal. A Europa ainda desconhecia o momento democrático.

A tensão epistemológica que existe hoje entre a concepção de democracia e a de direito individual como liberdade contra o Estado pode ser hoje sentida nas Constituições. Numa Constituição como a brasileira, têm-se, de um lado, os direitos individuais (art. 5º), que representam a tradicional tutela das liberdades individuais (liberdade pessoal, política e econômica), em que vige a liberdade negativa clássica, e, do outro lado, os direitos sociais (art. 7º a 11), que representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. De um lado, um Estado que não deve intervir; do outro, um Estado paternalista e intervencionista. Nas palavras de Gozzi (1993, p. 401), a forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação. É o conflito irresolúvel entre liberdade positiva e liberdade negativa, já preconizado por Isaiah Berlin.

4. *Nem o arcaico nem o moderno: o barroco*

Como já colocado, o Estado brasileiro foi fundado, no início do século XIX, no momento liberal, quando a Europa ainda

desconhecia o momento democrático. Como percebeu Luiz Werneck Viana, as diferenças constituintes do indivíduo, no caso brasileiro, revelam a noção de independência (liberdade negativa) e não a de autonomia (liberdade positiva), que admite a submissão à lei desde que ela seja livremente aceita, tal como deriva do arranjo contratualista. Assim, o individualismo brasileiro, portador de uma consciência rústica de liberdade e apaixonado pelo seu interesse, não consagrou o princípio da liberdade positiva, em que a cultura do civismo poderia assentar-se (VIANA; CARVALHO, 2004, p. 206).

Luiz Werneck Viana sugeriu uma nova ideia para explicar o desenvolvimento político-social brasileiro: o barroco, ou seja, a plasticidade entre o arcaico e o moderno.

A Península Ibérica permaneceu praticamente intocada pela Reforma Protestante, não produziu pensadores equivalentes a Hobbes ou Locke, não passou por qualquer surto de individualismo político e resistiu à teoria do contrato social fundada no indivíduo (MORSE, 1988, p. 37). A Península Ibérica não passou pela revolução metafísica por que passaram países da Europa Central e a ilha inglesa, que redimiu a vontade em relação à razão. A Escola Ibérica de Direito Natural, dissonando do direito natural anglo-saxão, permaneceu presa à metafísica tomista, com forte influência das filosofias de Francisco de Vitoria e de Francisco Suarez. Tal Escola lançou as bases do dedutivismo que iria reinar na metodologia do direito ibérico (HESPANHA, 2003, p. 209), o que ainda hoje produz seus efeitos no direito brasileiro.

Conforme Richard Morse, dois caminhos epistemológicos divergentes se desenvolveram na Europa: a racionalidade formal-objetiva do tomismo e a racionalidade dialético-pessoal anglo-saxã. No primeiro, vai-se de um dado concreto a uma classe de coisas, para então se retornar para interpretar o dado. O Estado político tomista é fruto desse tipo de racionalidade. No

segundo, a discussão alimenta-se do “sim” e do “não” que surgem dos encontros entre pessoas distintas. O Estado político moderno, fundado numa ideia contratualista da vida social, é fruto desse tipo de racionalidade. No primeiro, a pessoa individual só é inteligível enquanto exemplo de um gênero ou regra geral; no segundo, as pessoas são únicas e idiossincráticas, pois, em vez de exemplificarem uma ordem geral, representam o não-eu do conhecedor. A “mente latino-americana”, escreveu Morse, tem uma visão “compreensiva e unificadora”, enquanto a anglo-americana é empirista (MORSE, 1988, p. 47,48).

Isso vai ao encontro dos escritos de Roberto DaMatta sobre a sociedade brasileira. Segundo ele, embora a sociedade humana seja constituída de indivíduos empiricamente dados, o Brasil é uma sociedade que não tomou esse fato como ponto central de sua elaboração ideológica, e conclui que, no Brasil, se vive mais a ideologia das corporações de ofício e irmandades religiosas, com sua ética de identidade vertical, do que as éticas horizontais que chegaram com o advento do capitalismo (DaMATTA, 1997, p. 195,221).

A racionalidade anglo-saxã trouxe várias consequências para o pensamento político: a relevância do consenso; o individualismo dos direitos naturais; a mudança da legitimação ética do Estado (de Deus para a convenção, da *physis* para o *nomos*). Na Península Ibérica, no entanto, resistiu-se à ideia de conceber o Estado como um “artifício” (produto de um pacto entre indivíduos), em choque com a ideia de arte ou ciência com causa remota em Deus. Ou seja, o pensamento ibérico ignorou a desprovidencialização do Estado. Na teoria neoescolástica de Vitoria e Suarez, o Estado é um todo ordenado em que as vontades da coletividade e do príncipe se harmonizam à luz da autoridade divina e de sua lei natural, no interesse da *felicitas civitatis* (bem comum) (VITORIA, 1960, p. 118).

Suarez buscou atualizar o tomismo, propondo estabelecer relações entre razão, au-

toridade e crítica (PEREÑA, 1974, p. 20-22). Nesse sentido, sua filosofia proporcionou uma espécie de ecletismo entre o tomismo tradicional e a teoria do contrato social, com a tese de que a lei natural (*physis*) se atualiza e se completa historicamente por meio do direito positivo (*nomos*), convenção de homens, estabelecendo uma participação e comunicação de *vontades* (divina e humana) (SUAREZ, 1974, p. 56,57), diferente da ideia tomista de participação do homem na *razão* divina (AQUINO, 2001b, p. 16).

O Estado é uma instituição *natural*, pois a natureza exige o seu estabelecimento, e não uma corrupção de uma imagem ideal (Agostinho) ou o campo da correspondência política entre a razão humana e a razão divina (Tomás de Aquino). No pensamento suareziano, a origem da sociedade política é o consenso, o que antecipa Locke, mas tal sociedade não é inteiramente artificial, mas *locus* de comunicação das razões humana e divina, respeitados seus limites e finalidades. A lei civil não é dedução absoluta da lei natural, pois resguarda sua finalidade intrínseca de garantir uma ordem social específica entre os homens, de satisfazer as necessidades sociais do ser humano (*nomos*). Mas, ao mesmo tempo, o Estado é *physis* e, por isso, resguarda sua aura sacra – o *jus* ainda está em Deus. O Estado é provedor e civilizador e, ao mesmo tempo, deve ser limitado para não tolher a livre expansão das faculdades sociais do ser humano. Percebe-se, na filosofia de Suarez, uma tensão entre necessidade e utilidade.⁵

Nesse arranjo, pessoas únicas e idiossincráticas, capazes de chegar a um consenso sobre a fundação do Estado, são totalizadas na lógica natural desse Estado, que compreende e unifica, e cada indivíduo singular conforma sua identidade à totalidade, e se diferencia na medida em que o Estado tutela a diferenciação.

⁵ Capítulo Terceiro da obra *De legibus*, de Francisco Suarez (1971).

5. Considerações finais

O contrato social que pode ser encontrado na sociedade brasileira é um contrato social suareziano. Um contrato social que expressa a plasticidade barroca de que fala Werneck Viana, que oscila entre o arcaico e o moderno. Um contrato social por meio do qual os legisladores assumem uma missão sagrada, como percebeu Karina Kuschnir (2000) em sua pesquisa sobre as eleições no Rio de Janeiro.

Após a Revolução Francesa, vários países europeus procuraram adotar a racionalidade dialética do direito anglo-saxão. No entanto, em Portugal, principalmente na época do primeiro-ministro Marquês de Pombal, o Iluminismo revolucionário, que trazia consigo as premissas do liberalismo clássico, foi contido. José Murilo de Carvalho (2006, p. 84,85) escreveu que Coimbra, destino dos estudantes da elite brasileira, foi eficaz em evitar contato mais intenso de seus estudantes com o Iluminismo francês.

Contudo, a decisão política no processo de independência brasileira foi outra: a intelectualidade abandonou o modelo neoescolástico em favor de fontes liberais. No Brasil, as instituições políticas consagradas em 1824 buscaram executar duas decisões fundamentais: a construção de um Estado nacional e o estabelecimento de um Estado liberal segundo o padrão anglo-saxão europeu (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 27). Como colocou Jessé Souza (2000, p. 254,267), adotou-se um discurso modernizador: o código valorativo dominante passou a ser o do individualismo moral ocidental, e os valores modernos passaram a ser, a partir de então, os únicos aceitos como legítimos.

A conjugação entre liberalismo e democracia, no Brasil, mostrou-se bastante peculiar: se tal conjugação levou adiante, na Anglo-América, a dialética entre liberdade e ordem, no Brasil, foi integrada à dialética mais antiga e tradicional entre autoridade e bem comum, entre política como arte ou ciência e o Estado como incorporativo ou tutelar.

A independência brasileira não foi fruto de uma sociedade entregue a valores revolucionários ou originais em relação ao seu passado nem da obra de ex-súditos lusitanos, nem mesmo produto de um movimento de liberdades civis nos moldes revolucionários europeu. Foi fruto da vontade do rei que interrompe a inércia da colônia, que traz da metrópole uma ideia barroca de contrato social, que encontra eco na elite brasileira, cujo pensamento político fora contido pela sua formação em Coimbra. Inventar-se um país sem os adereços contratualistas do liberalismo clássico. A tradição barroca e o rei barroco e ibérico se encontram para fazer nascer 269 de cima um artifício cuja realidade é assegurada pela própria figura real (BARBOSA FILHO apud VIANA; CARVALHO, 2004, p. 214).

No século XIX, as assimetrias dos liberalismos político e econômico levaram os doutrinadores liberais a se apegarem à reforma puramente legal, na crença de que boas leis produzem instituições viáveis, que, por sua vez, elevam a qualidade moral do sistema. Quando a ineficácia do liberalismo doutrinário ficou evidente, várias formas de autoritarismo foram propostas para substituí-lo, com destaque para o que Richard Morse (1988, p. 91) chama de "autoritarismo instrumental". Foi o que aconteceu com a reforma do primeiro código de processo criminal do Brasil. A ideia liberal inicial (1832) foi logo apagada e substituída por uma proposta autoritária e policialesca (1841), com o objetivo de possibilitar ao governo imperial impor a sua autoridade em todos os quadrantes do território nacional.

No estudo sobre o bacharelismo jurídico brasileiro, Adorno (1998, p. 245-246) mostra que, na sociedade brasileira, desde as lutas pela libertação do colonialismo e durante o curso dos principais movimentos populares que atravessaram toda a vida monárquica, o imaginário social que as

elites fomentaram acerca das reivindicações populares era produto de sua associação ao radicalismo, à destruição da ordem pública e à liquidação da propriedade privada. Foi formado, no Brasil, um tipo de jurista e de político que repudiava a revolução, que cultivava o amor à liberdade acima de qualquer outro princípio e que encontrava numa ideia peculiar de contrato os fundamentos da obediência política. Ao privilegiar a primazia do princípio da liberdade em relação ao da igualdade, projetou-se um tipo de político profissional "forjado para privatizar conflitos sociais, jamais para admitir a representação coletiva" (ADORNO, 1988, p. 239, 240).

A cultura política brasileira está mais próxima de uma racionalidade liberal do que democrática, e, ainda assim, uma racionalidade peculiar, que oscila entre a autoridade e a liberdade, a razão e a vontade, a necessidade e a utilidade. Enfim, a cultura política brasileira expressa um contrato social suareziano, uma proposta barroca de contrato social, com pés no arcaico e no moderno, como denunciam as citadas pesquisas de José Álvaro Moisés e Alberto Carlos Almeida.

Referências

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. v. 2. São Paulo: Edameris, 1964.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- AQUINO, São Tomás. *Tratado da justiça*. Porto-Portugal: Resjurídica, 2001a.
- _____. *Tratado da lei*. Porto-Portugal: Resjurídica, 2001b.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro de sombras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- DaMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto et al (Orgs.). *Dicionário de política*. 5 ed. Brasília: Edunb, 1993.
- HESAPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. 3 ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2003.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KUSCHNIR, Karina. *Eleições e representações no Rio de Janeiro*. Relume-Dumará, 2000.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MATTEUCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al (Orgs.). *Dicionário de política*. 5 ed. Brasília: Edunb, 1993.
- MOISÉS, José Álvaro. *Os significados da democracia segundo os brasileiros*. (mimeo) 2008.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Universidade de Brasília, 1995.
- MORSE, Richard M. *O espelho de próspero: cultura e ideias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- ODON, Tiago Ivo. Democracia liberal e direitos individuais: a epistemologia jurídica por trás do Estado Moderno. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 175, p. 337-355, jul./ set. 2007.
- PEREÑA, Luciano. Metodologia científica suareciana. In: SUAREZ, Francisco. *Francisco Suarez: de legibus*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, 1974, p. 20-22.
- PRÉVOST-PARADOL. Estudo sobre os moralistas franceses e reflexões sobre outros temas. In: LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- SUÁREZ, Francisco. *De legibus*. I. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, 1971.
- _____. *Francisco Suarez: de legibus*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, 1974.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Experiência brasileira e democracia. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

VITORIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitoria: relecciones teológicas*. Madrid: La Editorial Católica, 1960.

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.