

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2012 – Ano 49 – Nº 195



Rubem Zevallos, "Temas Regionais". Acervo do Senado Federal.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 195  
julho/setembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES

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

---

ISSN 0034-835x

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

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida, Thiago Adjuto e Walfrido Vianna  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Jéssica Fernandes Costa e Vanessa Cristina Pacheco  
REVISÃO DE PROVAS: Débora Oliveira, Yara da Silva  
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku e Letícia Tôrres  
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

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

Solicita-se permuta.  
Pidese 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)

---



“Temas Regionais”, de Rubem Zevallos,  
técnica óleo sobre tela de 1,30 m x 1,00 m.



REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília · ano 49 · nº 195 · julho/setembro · 2012

Roberto Dias Lucas De Laurentiis	Imunidades parlamentares e abusos de direitos. Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 7
Eduardo Biacchi Gomes Ronald Silka de Almeida	Extradição e direitos fundamentais. O caso Cesare Battisti 25
Fabio Queiroz Pereira	Unões homoafetivas. Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF 41
Teresinha Inês Teles Pires	Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político 53
Douglas Antônio Rocha Pinheiro	O Estado laico e a emergência de uma nova religião civil 65
Breno Baía Magalhães Sandoval Alves da Silva	O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF. O efeito vinculante é absoluto? 77
Claudio José Luchesa, Edson A. Mantovan e Cristiane Ribas Machado	Sistema Price de amortização. Juros simples? 97
Juliane Sant'Ana Bento Alvaro Barreto	A candidatura nata na legislação eleitoral brasileira 111
Ulisses da Silveira Job	A proteção da propriedade intelectual e da saúde pública pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e pelo Brasil 127
José Valente Neto	A custódia cautelar no Brasil 139
Thiago Pires Oliveira	Biocolonialismo. Um desafio para a efetivação do direito dos povos indígenas ao patrimônio genético 149

Arthur Maciel Motta	O novo Código Florestal à luz da dinâmica do Estado Federal 159
Jailton Macena de Araújo	Liberdade e liberdades. A perspectiva socioeconômica da cidadania e dos direitos humanos 205
Leonardo Mundim	A jurisprudência do STF e a defesa de normas em ação direta de inconstitucionalidade 219
Milton Carvalho Gomes	O Direito entre fatos e normas. O distanciamento entre a verdade dos fatos e a verdade construída no processo judicial brasileiro 231
Eneida Bastos Paes	A influência internacional na construção do direito de acesso à informação no Brasil 245
Lidiany Angélica Marques Silva De Souza	Educação ambiental e desenvolvimento 259
Raoni Bielschowsky	O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa 269
Germano André Doederlein Schwartz e Jônatas Prates da Silva	<i>Bail out</i> . Quem será o último a saltar? O Direito ou a Economia? 291

*Seção Resenha Legislativa  
da Consultoria Legislativa do Senado Federal*

Leonardo Garcia Barbosa	Instituições e registro de empresas 319
-------------------------	---

# Imunidades parlamentares e abusos de direitos

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Roberto Dias  
Lucas De Laurentiis

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. As imunidades parlamentares. 2.1. *As imunidades formais*. 2.2. *As imunidades materiais*. 3. Perda do mandato por quebra do decoro parlamentar. 4. Imunidade parlamentar e congressista nomeado ministro de Estado. 5. Imunidade parlamentar e congressista em campanha eleitoral. 6. Considerações finais.

### 1. Considerações iniciais

Num Estado de Direito, a Constituição, ao reger as relações de poder, estabelece a estrutura dos órgãos do Estado e os limites em que eles devem atuar, especialmente pelo sistema que se convencionou chamar de separação dos poderes<sup>1</sup>.

Aristóteles (1998, p.127-143), na *Política*, e, mais tarde, John Locke (1998, p. 514-517), no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, já identificavam as diversas atividades estatais. Mas a ideia da separação das funções do Estado a serem exercidas por órgãos distintos, especializados e autônomos, independentes entre si, aparece sistematizada por Montesquieu (1993, p. 171-172), em *O*

Roberto Dias é Advogado, Professor de Direito Constitucional da PUC/SP e doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Coordenador do curso de Direito da PUC/SP e coordenador acadêmico do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional da PUC/SP (Cogeae).

Lucas De Laurentiis é Advogado e Professor de Direito Constitucional, mestre e doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> Convém lembrar que o Poder estatal é uno e indivisível. Portanto, apesar de consagradas as expressões “separação dos poderes” e “tripartição dos poderes”, o mais adequado seria falar em separação ou distribuição das funções estatais, que há tempos são identificadas.



*espírito das leis*. No referido livro, ao tratar da Constituição da Inglaterra, explica esse autor que:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.”<sup>2</sup>

O avanço das ideias de Montesquieu está na sugestão de repartir organicamente o poder como forma de garantir a liberdade.<sup>3</sup> Assim, além de propor a distribuição das atividades estatais a órgãos distintos e independentes entre si, Montesquieu (1993, p. 172) apresenta a noção da contenção do poder de cada órgão por meio do exercício do poder dos outros órgãos estatais:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o

<sup>2</sup> Em 1797, Kant (2003, p. 155-156) também abordou tal questão: “Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida geral consiste de três pessoas (*trias politica*): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*). Estes são como as três proposições num silogismo prático: a premissa maior, que contém a lei, ou seja o princípio de subordinação à lei, e a conclusão, que contém o veredito (sentença), o que é formado como direito no caso em pauta”.

<sup>3</sup> Com base nas lições de Montesquieu, James Madison (1993, p. 331-332) afirma que o “acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria tirania”.

poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”

Essa concepção, que acabou consagrada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>4</sup>, prevê, simultaneamente, a autonomia dos órgãos estatais e o inter-relacionamento de suas atividades, de modo que se possa ter o controle do poder pelo próprio poder (BARRETO; SILVA FILHO, 2003, p. 32 e et seq). Por isso, pode-se dizer que a divisão dos Poderes estatais não é só uma garantia da liberdade dos cidadãos. Ela é também um elemento de racionalização do processo político e democrático (CHRYSSOGONOS, 1987, p. 45).

Se, por um lado, em linhas gerais, o Legislativo tem a função de criar normas gerais e abstratas – não destinadas a uma única pessoa nem a um determinado fato –, a aplicação concreta dessas normas fica a cargo do Executivo. Ocorrendo o abuso por qualquer um desses órgãos, o Judiciário

<sup>4</sup> A noção de separação dos poderes estava contemplada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previa, em seu art. 16, que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

pode ser provocado para desfazer o erro ou conter o abuso. Esse mecanismo de repartição das funções voltado à contenção do poder passou a ser conhecido como sistema de freios e contrapesos<sup>5</sup> chamado de *checks and balances* pelos norte-americanos<sup>6</sup>.

A distribuição das atividades estatais implica admitir que os órgãos do Estado exerçam funções típicas e outras atípicas, viabilizando a harmonia e independência entre eles, como consagrado pelo art. 2º da Constituição Federal brasileira, assim redigido: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

As funções típicas são aquelas exercidas predominantemente por um determinado órgão. Por outro lado, atipicamente, cada um dos órgãos estatais exerce as funções que são típicas dos demais.

Quando as funções atípicas são essenciais à independência do poder, ou seja, imprescindíveis ao exercício das funções típicas, a Constituição Federal não precisa,

obrigatoriamente, contemplá-las expressamente, pois decorrem da própria cláusula da separação dos poderes, prevista em seu art. 2º. Contudo, as demais funções atípicas que não se revelam essenciais à garantia da independência e harmonia entre os poderes precisam estar expressamente previstas na Constituição<sup>7</sup>.

Aliás, somente por meio da existência das funções atípicas é que se mostra possível imaginar a independência e harmonia entre os órgãos estatais (DIAS, 2007, p. 206). Basta pensar que não haveria independência ou harmonia entre os poderes se o Judiciário, para prover os cargos necessários à administração da Justiça<sup>8</sup> – funções de natureza executiva – tivesse de se valer da boa vontade do Poder Executivo. Qualquer decisão do Poder Judiciário que pudesse desagradar o Executivo seria evitada, sob pena de, a qualquer momento, o Poder Executivo se negar a realizar as contratações necessárias ao exercício da função jurisdicional.

## 2. As imunidades parlamentares

Compete ao Legislativo, tipicamente, criar o direito objetivo e exercer o poder

<sup>5</sup> “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências” (DALLARI, 2005, p. 220-221).

<sup>6</sup> A esse respeito, no direito constitucional norte-americano, conferir a explanação detalhada em Thomas Cooley (1903, p. 64 et seq).

<sup>7</sup> Por exemplo, a realização de licitações, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, para a aquisição de materiais essenciais ao exercício, respectivamente, das funções legislativas e jurisdicionais, apesar da natureza administrativa da atividade, não precisa estar expressamente contemplada na Constituição Federal, uma vez que se trata de algo essencial ao desempenho das funções típicas dos mencionados órgãos estatais. Todavia, o presidente da República somente pode editar medida provisória com força de lei porque essa competência está expressamente prevista na Constituição. Nesse último caso, apesar de ser uma função de natureza legislativa exercida atipicamente pelo Poder Executivo, não se trata de algo essencial ao exercício dessas funções típicas desse órgão estatal. Nesse sentido, conferir Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 275).

<sup>8</sup> O art. 96, inciso I, letras “c” e “e”, da Constituição prevê que compete aos tribunais prover, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da Justiça.

de fiscalização. Atipicamente, o Poder Legislativo julga e realiza atividades administrativas. A competência de fiscalizar conferida ao Parlamento pela Constituição Federal – em especial nos arts. 49, IX e X, 58, § 3º, e 70 a 75º –, como mencionado, pode ser considerada uma função típica do Poder Legislativo, como se depreende da seguinte passagem da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 7 de abril de 1994, no *Habeas Corpus* nº 71.039/RJ, cujo relator foi o ministro Paulo Brossard: “O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; *conditio sine qua non* de seu exercício regular. Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso. [...] Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, não de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho. O poder de fiscalizar, expresso no inc. X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser ne-

<sup>9</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.” “Art. 58. § 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.” “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.”

cessário. A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados com a administração, Constituição, art. 49, X, com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário”.

As imunidades parlamentares são prerrogativas irrenunciáveis que a Constituição confere aos membros do Poder Legislativo para que eles possam exercer suas funções de fiscalização com autonomia e independência<sup>10</sup>.

Dessa forma, essas prerrogativas não decorrem de um privilégio pessoal dos parlamentares, mas são garantias que dizem respeito às funções exercidas pelos deputados e senadores. Por esse motivo é que tais garantias são irrenunciáveis, ou seja, os parlamentares não podem abrir mão delas, como decidiu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1991):

“O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao par-

<sup>10</sup> Nas palavras de Raul Machado Horta (2003, p. 591), as “imunidades parlamentares estão universalmente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo”. De forma semelhante, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2003, p. 89) aponta que “o Deputado, como beneficiário direto das imunidades parlamentares, é não na condição de cidadão comum, mas na de representante do povo, que necessita de proteção imunitória para poder exercer com isenção o mandato, livre da coação ou da ação sedutora dos demais Poderes e dos particulares”.

lamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição.”

Cumpra também lembrar que as imunidades parlamentares são classificadas em duas espécies: as materiais, também denominadas inviolabilidade, que asseguram aos parlamentares o direito à liberdade de expressão por meio de suas opiniões, palavras e votos, e as imunidades formais, que constituem garantias conferidas aos parlamentares no âmbito do processo criminal<sup>11</sup>. Nos itens seguintes, cada uma dessas categorias será analisada separadamente.

### 2.1. As imunidades formais

Em geral, as imunidades formais são as garantias que dizem respeito à prisão do parlamentar e aos processos judiciais a que ele poderá se sujeitar. São, portanto, prerrogativas conferidas pela Constituição aos parlamentares quanto à prisão ou aos processos judiciais propostos em face deles. Dessa forma, em sentido lato, a imunidade formal abrange o direito a não ser preso, salvo circunstâncias expressamente previstas no texto constitucional.

Assim, desde a expedição do diploma – momento em que a Justiça Eleitoral formalmente declara que o parlamentar foi eleito e, portanto, antes da posse –, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, primeira parte). No caso de prisão em flagrante de crime inafiançável, os autos devem ser remetidos dentro de 24 horas à Casa res-

pectiva<sup>12</sup>, para que, pelo voto da maioria de seus membros, se resolva sobre a prisão, como prevê a parte final do § 2º do art. 53 da Constituição Federal<sup>13</sup>.

Esse tipo de imunidade formal garante, como assentou o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1991), um “estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável”. Contudo, “a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o *due process of law*, a execução de penas privati-

<sup>12</sup> Segundo o que dispõe o art. 251 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federal, compete à Comissão de Constituição e Justiça elaborar um parecer prévio acerca da legalidade ou não dos autos de prisão em flagrante. Após ouvir o Deputado envolvido, que deve ser assistido por defensor, tal parecer será remetido ao Plenário. A aprovação do parecer se dará pelo voto da maioria absoluta dos membros da Casa, resultando, então, admitida a acusação contra o Deputado. Nos períodos de recesso parlamentar, ditas atribuições da CCJ serão exercidas pela Comissão Representativa de que trata o § 4º do artigo 58 da Constituição Federal, se assim dispuser o Regimento Comum; caso contrário, as mencionadas atribuições serão desempenhadas plenamente pela Mesa, *ad referendum* do Plenário.

<sup>13</sup> No *Habeas Corpus* nº 89.417/RO, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 22/08/2006 (relatora Ministra Carmen Lúcia), por meio da interpretação sistemática e teleológica, foi decidido o seguinte: “Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente” (BRASIL, 2006a).

<sup>11</sup> As disposições constitucionais sobre essas questões foram significativamente alteradas pela Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001.

vas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional”.

Por isso, não se afigura correta a interpretação defendida por Alexandre de Moraes (2009, p.449), segundo a qual a imunidade formal impediria a decretação não só de prisões provisórias, mas também das decorrentes de sentenças definitivas. De fato, se tal conclusão fosse aceita, chegaríamos ao seguinte paradoxo: não se admitiria que parlamentares fossem presos após submissão a regular processo criminal, no qual pode ser produzida prova contundente e definitiva da culpa e da autoria delitiva, mas, ao menos na hipótese do cometimento de crimes inafiançáveis, seria possível sua prisão em flagrante, que nada mais é que uma das prisões de natureza cautelar, que dispensa a prova cabal da materialidade e autoria. Estaríamos, portanto, diante de uma hipótese em que se admite o menos (a prisão cautelar decorrente do flagrante delito) sem se admitir o mais (a prisão fundada em decisão judicial definitiva). Por isso, não se afigura aceitável tal interpretação da imunidade parlamentar formal<sup>14</sup>.

Observe-se ainda que, quanto aos crimes cometidos por parlamentar antes da diplomação, não há nenhuma imunidade, podendo ele ser processado normalmente como qualquer cidadão. Todavia, se o crime ocorrer após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal, depois de receber a denúncia contra o deputado ou o senador, dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá,

---

<sup>14</sup> De forma semelhante, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2003, p. 100) sustenta corretamente que, “se uma interpretação isolada e literal do § 2º do artigo 53 desautorizaria a prisão resultante de decisão condenatória irrecorrível, o certo é que não faz sentido permitir-se que o processo criminal contra o parlamentar se instaure hoje sem licença da Casa respectiva, que siga seu curso, a menos que se dê sua sustação por deliberação da mesma, e que, no entanto, afinal, havendo a condenação, não se possa executar eventual pena de privação de liberdade”.

até decisão final, sustar o andamento da ação (art. 53, § 3º).

Portanto, o parlamentar somente ficará livre do processo, temporariamente, se a Casa a que ele pertence decidir, pelo quórum de maioria absoluta, que o Supremo Tribunal Federal não deva processá-lo enquanto durar o mandato. Terminado o mandato, mesmo que o processo tenha sido sustado pelo Parlamento, o Judiciário estará livre para processar o parlamentar.<sup>15</sup>

Vale lembrar que o pedido de sustação do processo deverá ser apreciado pela Casa Legislativa no prazo improrrogável de 45 dias, contados do seu recebimento pela Mesa Diretora (art. 53, § 4º). Pouco importa, assim, se a Mesa Diretora da Casa a que pertença o parlamentar tenha ou não apreciado ou dado seguimento ao pedido de sustação do processo. O decurso de tal prazo *in albis* faz decair o direito à sustação do processo. Ademais, a redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, ao § 5º do artigo 53 da Constituição Federal prevê que “a sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato”. Elimina-se, com isso, a possibilidade, que existia – considerada a redação original desse preceito constitucional<sup>16</sup> – de se provocar a prescrição do crime praticado pelo parlamentar<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Essa situação não ocorre nas hipóteses de imunidades materiais – segundo as quais, como se verá adiante, o parlamentar é inviolável por quaisquer de suas palavras, opiniões e votos –, pois nesses casos não ocorreu o crime ou a infração. Portanto, durante o mandato ou mesmo depois de seu término, o parlamentar não será processado pelas palavras, opiniões e votos que proferiu.

<sup>16</sup> Antes da alteração constitucional, tal dispositivo estabelecia: “O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato”.

<sup>17</sup> Isso porque, segundo a redação original de tal dispositivo, só o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de sua deliberação constituíam causa de suspensão da prescrição. Nada se dizia, portanto, acerca do prazo para o exame desse pedido. Por isso, para que a prescrição fosse consumada, bastava que a deliberação da Mesa diretora fosse postergada.

A atual disciplina sobre as imunidades formais fez com que o silêncio do Legislativo passasse a ser entendido como permissão para se dar continuidade ao processo contra o parlamentar perante o Supremo Tribunal Federal, diferentemente do que acontecia antes do advento da Emenda Constitucional nº 35/2001.

Antes dessa alteração constitucional, o parlamentar só poderia ser processado – por crime cometido antes ou depois da diplomação – se houvesse autorização expressa da Casa Legislativa a que ele pertencia. Assim, se o Legislativo não se manifestasse sobre a solicitação do Supremo Tribunal Federal para processar o parlamentar, este não poderia ser processado. E essa era exatamente a situação mais comum: o Parlamento não apreciava o pedido do Judiciário e o processo não se desenvolvia. Enfim, o silêncio da Casa Legislativa significava que o Supremo Tribunal Federal não tinha autorização para processar o parlamentar denunciado.

Apesar dessa alteração, cumpre esclarecer que a Emenda nº 35/2001 não modificou o entendimento acerca da possibilidade de o parlamentar ser investigado, independentemente da autorização da Casa a que pertença. Antes da reforma constitucional, era permitida a investigação do parlamentar sem autorização legislativa e esse ponto não foi alterado pela emenda constitucional mencionada.

Finalmente, as imunidades parlamentares subsistem “durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida” (art. 53, § 8º).

## 2.2. As imunidades materiais

As imunidades materiais, tal qual previsto no *caput* do art. 53, consistem na inviolabilidade penal e civil dos deputados e senadores por quaisquer de suas opiniões,

palavras e votos. Discute-se se tal prerrogativa abrangeria também a esfera administrativa. Nesse ponto, apesar de o referido dispositivo constitucional fazer referência especificamente às esferas cível e penal, consideramos que a abrangência dessa imunidade é mais ampla<sup>18</sup>. Isso porque tal imunidade não é uma simples disposição normativa que exclui a responsabilidade dos parlamentares. Ela é mais do que isso: trata-se de uma norma constitucional que exclui o próprio enquadramento típico das condutas por ela abrangidas (BRASIL, 2008a), com vistas a assegurar o livre exercício da atividade parlamentar, uma das bases do regime democrático.

Ora, se as condutas abrangidas por essa hipótese normativa não podem ser enquadradas como condutas típicas no âmbito penal, ou como ato ilícito no âmbito civil, seu enquadramento como ilícito administrativo também deve ser afastado<sup>19</sup>. A mesma conduta não deve ser, simultaneamente, enquadrada como ilícito em uma área do

<sup>18</sup> Em sentido contrário, com fundamento na literalidade da nova redação de referido dispositivo constitucional, ver: Andyara Klopstock Sproesser (2002, p. 83).

<sup>19</sup> Confira, por exemplo, o caso do art. 38 da Constituição Federal, que diz: “Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: I – tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; II – investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração; III – investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior; IV – em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V – para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse”. Assim, não se pode admitir que um servidor autárquico, no exercício de mandato eletivo federal, venha a responder por suposta infração administrativa em razão de ter proferido opinião durante atividade relacionada ao mandato.

direito e como atividade autorizada noutra. Dessa forma, aqui a interpretação sistemática deve prevalecer sobre a literalidade do texto interpretado.

Ademais, uma vez que tal inviolabilidade por palavras, opiniões e votos do parlamentar garante o amplo e efetivo exercício das funções inerentes ao cargo ocupado por ele, a interpretação dos dispositivos que a regulam deve ser ampliativa. Trata-se, afinal, de oferecer garantias ao exercício e efetivação da democracia. Sendo assim, uma interpretação teleológica também chegará à mesma conclusão: os parlamentares – sem receio de sofrer qualquer processo no campo cível ou punição criminal – podem exercer as funções de representação política com independência, pois, por meio de suas opiniões, palavras e votos, não cometerão infração, quer na esfera cível, criminal ou administrativa.

Questão delicada e espinhosa encontra-se no questionamento da possibilidade de superação da inviolabilidade parlamentar. Seria admissível a aceitação de exceções pontuais a essa regra constitucional, a despeito de a Constituição silenciar a esse respeito?

A solução dessa controvérsia passa pela identificação do princípio fundamentador da regra constitucional em comento. Ao que nos parece, tal princípio é a liberdade de expressão e pensamento, que nesse caso específico se predispõe a salvaguardar a liberdade de atuação do parlamentar. Nesse sentido, já se afirmou, com propriedade, que “a inviolabilidade é preordenada a garantir a liberdade de expressão, no que se refira ao desempenho das atividades parlamentares” (ALMEIDA, 2003, p. 92). O STF também já se pronunciou reiteradas vezes quanto a esse ponto. Entre tais precedentes, destacamos:

“Inquérito. Ação penal privada. Queixa-crime oferecida contra deputado federal e jornalista. Pretensas ofensas praticadas pelo primeiro querelado e publicadas pela segunda

querelada em matéria jornalística: crimes de injúria e difamação (arts. 21 e 22 da Lei de Imprensa). As afirmações tidas como ofensivas pelo querelante foram feitas no exercício do mandato parlamentar, por ter o querelado se manifestado na condição de deputado federal e de presidente da Câmara, não sendo possível desvincular aquelas afirmações do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar (art. 51 da CR). O art. 53 da CR dispõe que os deputados são isentos de enquadramento penal por suas opiniões, palavras e votos, ou seja, têm imunidade material no exercício da função parlamentar. Ausência de indício de *animus difamandi* ou *injuriandi*, não sendo possível desvincular a citada publicação do exercício da liberdade de expressão, própria da atividade de comunicação (art. 5º, IX, da CR). Não ocorrência dos crimes imputados pelo querelante. Queixa-crime rejeitada” (BRASIL, 2007a).

Dessa constatação decorre uma conclusão imediata: tal qual ocorre com o direito fundamental à liberdade de expressão, as imunidades parlamentares materiais não podem ser consideradas como prerrogativas absolutas e que não admitiriam ponderação<sup>20</sup>. A primeira prova disso advém da própria jurisprudência do Supremo, segundo a qual a inviolabilidade parlamentar pode ser invocada somente nas hipóteses em que as palavras, as opiniões e os votos são emitidos em atividades relacionadas ao mandato, no recinto do Parlamento ou fora dele. Observe-se que tal condição não está expressa no texto da Constituição, o que não impediu o Supremo Tribunal Federal de assentar que<sup>21</sup>: “Malgrado a

<sup>20</sup> Isso é notado, por exemplo, na hipótese da quebra do decoro parlamentar – que será analisada adiante –, bem como em outros casos discutidos neste item.

<sup>21</sup> No mesmo sentido, afirmou-se, no julgamento do RE 606.451/DF, que: “A imunidade parlamentar

inviolabilidade alcance hoje ‘quaisquer opiniões, palavras e votos’ do congressista, ainda quando proferidas fora do exercício formal do mandato, não cobre as ofensas que, pelo conteúdo e o contexto em que perpetradas, sejam de todo alheias à condição de Deputado ou Senador do agente (Inq. 1.710, Sanches; Inq. 1.344, Pertence). Não cobre, pois, a inviolabilidade parlamentar a alegada ofensa a propósito de quizílias intrapartidárias endereçadas pelo Presidente da agremiação – que não é necessariamente um congressista – contra correligionário seu” (BRASIL, 2004).

Mas isso não é o bastante. Devemos também constatar que, “numa sociedade democrática e aberta, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais não são compartimentos estanques e incomunicáveis, de tal sorte que os efeitos das restrições sobre um particular direito se consumam e esgotem no respectivo âmbito normativo” (NOVAIS, 2010, p. 379). Sendo assim, tal qual todo e qualquer direito assegurado por princípios constitucionais, a inviolabilidade parlamentar deve ser limitada em razão da colisão com outros princípios igualmente assegurados pela ordem constitucional (limites externos)

---

material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, ‘caput’), incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento. 2. Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar (...). A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, ‘caput’) exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática ‘in officio’) ou externadas em razão deste (prática ‘propter officium’), qualquer que seja o âmbito espacial (‘locus’) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas” (BRASIL, 2011).

(ANDRADE, 1983, p. 217 et seq; NOVAIS, 2006, p. 49 et seq).

Como explica Robert Alexy (2002, p. 92), a solução para a colisão de princípios deve considerar o peso de cada um deles no caso concreto para que se possa estabelecer uma “relação de precedência condicionada”, com base nas circunstâncias de fato. A lei de colisão para a solução da contradição entre princípios consiste em indicar, no caso concreto, as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Para reforçar esse caminho de racionalidade, Alexy (2007b, p. 156; 1999, p. 78; 2007a, p. 111) afirma que, quanto mais intensa for uma intervenção num direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. Essa seria, nas palavras do autor, a fórmula da “lei da ponderação”. E, com base nisso, adverte que a estrutura da ponderação – objeto da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito – se decompõe em três passos. O primeiro exige que o intérprete comprove o grau do não cumprimento de um princípio. Em seguida, o segundo passo impõe a “comprovação da importância do princípio em sentido contrário”. E, por fim, deve-se comprovar que a “importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro” (ALEXY, 2007a, p. 110-111).

Resta avaliar se, admitidas tais premissas, até mesmo os discursos proferidos na tribuna das Casas Legislativas poderiam dar origem à responsabilização civil ou criminal dos parlamentares. Bastaria, para tanto, que o princípio contraposto – como, por exemplo, a dignidade ou a intimidade – e as circunstâncias do caso militassem contra a aplicação cega da regra da imunidade material? Entendemos que não, pois, se fosse assim, dita regra constitucional teria a mesma força normativa de um princípio constitucional. Sabemos, contudo, que aquilo que diferencia as regras dos princípios é justamente o caráter definitivo daquelas e *prima facie* destes. Mas daí não



se segue necessariamente que o caráter definitivo das regras não possa ser afastado em determinados casos. Isso porque, em sistemas jurídicos complexos, nos quais o valor dos direitos fundamentais seja diferenciado – é o caso brasileiro e alemão, por exemplo –, o caráter definitivo das regras jurídicas não é estrito. Por isso é possível admitir que a aplicação de regras jurídicas seja superada quando outros valores constitucionais estiverem em jogo.

Observe-se, todavia, que essa superação não ocorre com a mera “ponderação” da regra constitucional com o princípio colidente. Na verdade, há aqui três princípios em conflito. O primeiro deles é o princípio material, que dá sustentação à regra aplicável. No caso, a liberdade de expressão fundamenta a regra da inviolabilidade parlamentar insculpida no art. 53 da Constituição de 1988. A esse princípio material soma-se o princípio formal, que confere estabilidade ao procedimento decisório e democrático de criação da regra em questão<sup>22</sup>. Aqui, esse princípio tem especial relevância, vez que a regra do art. 53 da CF foi formulada pelo Poder Constituinte Derivado, que editou a Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Apesar da importância relativa de tal regra constitucional ser elevada, é preciso observar que o exercício do poder de reforma constitucional encontra-se limitado pelos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da Constituição). Sendo assim, não é possível descartar a possibilidade de uma regra criada pelo Poder Constituinte Derivado ser ponderada em razão de seu conflito com

um princípio de direito fundamental. Por fim, de outro lado, há o princípio constitucional que se encontra em rota de colisão com ambos aqueles princípios. Na hipótese por nós aventada, esse princípio poderá ser a dignidade de determinada pessoa ou grupo social ou então a intimidade.

Assim, se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, insulta gravemente minorias étnicas ou culturais, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF. Exemplos como esses demonstram a utilização de uma garantia democrática, qual seja, a imunidade parlamentar, para abalar os próprios alicerces democráticos, o que não se deve admitir. O fato relevante que eles demonstram é que, ao contrário do que pressupõe a jurisprudência hoje dominante no Supremo Tribunal Federal, a imunidade parlamentar material não é uma norma imponderável. Salientamos, mais uma vez, que essa operação deve obedecer a um procedimento racional e controlável e que a força argumentativa de referida regra é reforçada pela autoridade e pelo procedimento democrático que lhe deu origem<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Por isso, Alexy (2008, p. 105) afirma: “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’”.

<sup>23</sup> Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 51-56) entende problemática uma solução desse tipo, pois traria “alto grau de insegurança jurídica” na medida em que o aplicador do direito estaria “sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento”. Entendemos que o aplicador não está “livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação da regra” que está em colisão com um princípio, mas apenas, excepcionalmente, e com base na fórmula da “lei de ponderação”, deve-se estabelecer uma “relação de precedência condicionada”, com base nas circunstâncias de fato, considerando o peso de cada um dos princípios no caso concreto. Isso reduz a discricionariedade do intérprete, mas não elimina a insegurança jurídica, como ocorre, aliás, nos casos típicos de colisão de princípios.

### 3. Perda do mandato por quebra do decoro parlamentar

Além da pluralidade de ideias, do respeito às minorias e da periodicidade dos mandatos, é da essência dos regimes democráticos e republicanos<sup>24</sup> a responsabilidade dos governantes. Se, por um lado, os parlamentares devem ter asseguradas as prerrogativas para que o Parlamento possa atuar com liberdade e independência – com respeito à diversidade de ideias e aos direitos da maioria e das minorias –, também é certo que, por outro lado, as atitudes abusivas dos membros das Casas Legislativas devem ser coibidas.

Os atos incompatíveis com o decoro parlamentar, além daqueles definidos no regimento interno, consistem no abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional ou na percepção de vantagens indevidas (art. 55, II e § 1º, Constituição Federal). A perda do mandato deve ser decidida pela Casa Legislativa a que pertence o parlamentar, “por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional” (art. 55, § 2º, da Constituição).

Tal dispositivo constitucional gera inúmeras polêmicas. A primeira delas decorre da necessidade de serem assegurados ao parlamentar acusado da prática de ato que configure quebra de decoro garantias processuais mínimas e elementares como o devido processo legal. Com efeito, tal qual ocorre com os demais processos administrativos, o processo administrativo-parlamentar voltado a apurar possível quebra do decoro parlamentar deve ser revestido de todas as garantias do devido processo legal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a defesa técnica por advogado (BRASIL, 2006b)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sobre o regime republicano, verificar Geraldo Ataliba (1985).

<sup>25</sup> Quanto à ampla defesa, a parte final do § 2º do art. 55 a prevê expressamente. Na Medida Cautelar

Todavia, a ausência de transparência nos julgamentos dos procedimentos de apuração de quebra de decoro, decorrente diretamente da previsão constitucional da deliberação por voto secreto nessas hipóteses, abala significativamente essas garantias. Isso porque, ao contrário do que ocorre no Tribunal do Júri brasileiro, nos julgamentos dos processos por quebra de decoro os julgadores – os pares do acusado – não precisam ficar incomunicáveis. Com isso, os motivos que, afinal, determinam a procedência ou não desse julgamento sempre poderão ser determinados por fatores estritamente políticos – entre eles, a própria perseguição de parlamentares dissidentes da doutrina majoritária ou dominante<sup>26</sup>.

Ademais, para que o controle da atividade parlamentar e, conseqüentemente, a representatividade dos parlamentares sejam realizados de forma ótima, é preciso exigir que toda atividade dos membros do parlamento seja realizada às claras,

---

no Mandado de Segurança nº 25.647/DF, julgada em 30/11/2005, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto (relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso), restou decidido o seguinte: “Parlamentar. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade consequente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (*due process of law*). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contraditório real” (BRASIL, 2006c).

<sup>26</sup> Por isso, já se reconheceu que “o julgamento da quebra de decoro parlamentar pode ser fundamentado em critérios única e exclusivamente políticos, o que configura patente limitação ao âmbito de liberdade dos parlamentares. Dessa forma, já que toda e qualquer posição minoritária mais polêmica pode ser o motivo implícito, mas não declarado, do processo de cassação do mandato por quebra de decoro parlamentar, reconhece-se implicitamente o poder de império da maioria sobre a minoria parlamentar” (LAURENTIIS, 2011, p. 51).

ou seja, mais do que um imperativo ético, essa é uma exigência institucional. Por isso, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 238) salienta:

“A questão aqui, mais uma vez, é o parlamentar assumir que faz parte dos encargos da representação exteriorizar suas posições, em tudo o que respeite ao que é de interesse público, mesmo em situações mais delicadas, em que possa sentir-se pouco à vontade, por poder ferir a suscetibilidade de seus pares (como no julgamento de um deles) ou do governo (quando entender necessário rejeitar o veto). Afinal, são os ossos do ofício. Por isso mesmo é que a coragem deve constar da bagagem dos representantes.”

Por tudo isso, para que se garanta a efetividade e a responsabilidade dos representantes políticos, melhor seria se o julgamento do processo de quebra de decoro parlamentar fosse realizado às claras e abertamente. Contudo, há que se reconhecer que, para tanto, seria necessária a aprovação de uma Emenda Constitucional alterando a redação do § 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988.

No que diz respeito à instrução do processo de quebra de decoro, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Casa Legislativa, quando da apuração de violação disciplinar por parlamentar, pode ter acesso a provas obtidas em processo penal. A prova produzida no seio de inquérito policial supervisionado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser emprestada ao processo conduzido pelo referido Conselho para “subsidiar apurações de cunho disciplinar”, como interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, exigindo-se do aludido órgão parlamentar, em contrapartida, a manutenção do sigilo das informações recebidas<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 25/06/2008, na Questão de Ordem no Inquérito 2725/SP (relator Ministro Carlos Britto) (BRASIL, 2008b).

Quanto aos sujeitos passivos do processo, causa polêmica a possibilidade de impor a perda do mandato, por quebra do decoro parlamentar, ao deputado ou senador acusado da prática de atos anteriores ao mandato ou durante período em que esteve afastado das funções parlamentares<sup>28</sup>.

A pergunta que surge é a seguinte: pode um deputado ou senador perder o mandato sob a acusação de quebra do decoro parlamentar em razão de atos praticados quando não exercia função no Parlamento? A Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, em agosto de 2005, respondeu afirmativamente a essa questão. Para chegar a tal conclusão, o consultor legislativo José Theodoro M. Menck argumentou que, no mundo jurídico, um só ato humano repercute em duas ou mais esferas. Portanto, “é natural que determinadas ações sejam simultânea, ou sucessivamente, cobradas no âmbito penal, civil e administrativo. Se assim é, mais do que natural que determinada ação possa vir a ser cobrada nas esferas política e penal”.

Com efeito, a falta de dignidade para o exercício do mandato ou a ausência de

<sup>28</sup> Tal polêmica surgiu, por exemplo, quando da discussão sobre a perda do mandato do então deputado Talvane Albuquerque, acusado de ter participado do homicídio da deputada Ceci Cunha, da qual era suplente na época (BRASIL, 2001a). A controvérsia também ocorreu quando da cassação do mandato de Hildebrando Pascoal – comprometido com tráfico de drogas, crime eleitoral e homicídio – e do suplente de deputado Feres Nader, acusado de envolvimento no chamado crime organizado do Rio de Janeiro. A questão voltou a ser debatida quando do julgamento de José Dirceu, acusado de participar da compra de deputados para que votassem a favor do governo – no caso conhecido como “Mensalão” – na época em que, afastado das funções parlamentares, estava investido no cargo de ministro-chefe da Casa Civil. E houve, também, o debate de tal questão no processo de perda do mandato da Deputada Jaqueline Roriz por quebra de decoro parlamentar. Em 2006, ela foi flagrada em vídeo recebendo dinheiro de Durval Barbosa, pivô do escândalo que levou o ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, à prisão. Em 2011, a deputada foi absolvida pelo plenário da Câmara. A defesa argumentou, na ocasião, que ela não poderia ser condenada por ato cometido antes do início do mandato.

honradez para desempenhar as funções parlamentares, que caracterizam a quebra de decoro, podem decorrer de atos praticados antes ou durante o exercício do mandato. As práticas anteriores ao exercício do mandato que tiverem sido praticadas para afetar a atividade parlamentar também devem ser consideradas como quebra de decoro<sup>29</sup>. Em termos semelhantes, o Parecer do Deputado José Delgado, relator do processo nº 4/2005, explicitou: “Em se cuidando da violação do decoro parlamentar, a caracterização dessa conduta prescinde de que o congressista se encontre no efetivo exercício do mandato no âmbito da Casa na qual tem assento, porque o atributo há de ser averiguado em relação à investidura, ou seja, à representação ou mandato eletivo, não somente quando no exercício deste, em função estritamente legislativa ou parlamentar, mas também quando esteja desempenhando cargo político no Poder Executivo, ou seja, no exercício de uma prerrogativa do mandato”.

<sup>29</sup> Contudo, não é essa a previsão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17/89, art. 244) e do Código de Ética e Decoro Parlamentar da mesma Casa Legislativa (Resolução nº 25/2001, especialmente arts. 4º e 5º). O art. 244 do aludido Regimento Interno tem a seguinte redação: “Art. 244. O deputado que praticar ato contrário ao decoro parlamentar ou que afete a dignidade do mandato estará sujeito às penalidades e ao processo disciplinar previstos no Código de Ética e Decoro Parlamentar, que definirá também as condutas puníveis”. A redação deste dispositivo foi dada pela Resolução nº 25/2001. Os arts. 4º e 5º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados estão assim redigidos: “Art. 4º Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato: I – abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, §1º); II – perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, no exercício da atividade parlamentar, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, §1º); III – celebrar acordo que tenha por objeto a posse do suplente, condicionando-a à contraprestação financeira ou à prática de atos contrários aos deveres éticos ou regimentais dos Deputados; IV – fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação;

Também foi essa a conclusão de Consulta formulada, em 2011, pelo Deputado Marco Maia (PT-RS), quando do exercício da presidência da Câmara dos Deputados, cujo relator foi o Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ). O parecer, que foi aprovado por unanimidade dos votos dos integrantes do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, concluiu que a quebra de decoro não é um conceito que se refere unicamente à conduta do parlamentar individualmente; ela diz respeito também à própria reputação do Parlamento como instituição. Disso, inferiu-se que o momento do cometimento do ato contrário ao decoro parlamentar não é relevante. Basta que ele venha a ser conhecido e apresente considerável relevância política e social para configurar fundamento para a

V – omitir intencionalmente informação relevante ou, nas mesmas condições, prestar informação falsa nas declarações de que trata o art. 18; VI – praticar irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes, que afetem a dignidade da representação popular. Art. 5º Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código: I – perturbar a ordem das sessões da Câmara dos Deputados ou das reuniões de Comissão; II – praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa; III – praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou comissão, ou os respectivos Presidentes; IV – usar os poderes e prerrogativas do cargo para constranger ou aliciar servidor, colega ou qualquer pessoa sobre a qual exerça ascendência hierárquica, com o fim de obter qualquer espécie de favorecimento; V – revelar conteúdo de debates ou deliberações que a Câmara dos Deputados ou Comissão hajam resolvido devam ficar secretos; VI – revelar informações e documentos oficiais de caráter sigiloso, de que tenha tido conhecimento na forma regimental; VII – usar verbas de gabinete ou qualquer outra inerente ao exercício do cargo em desacordo com os princípios fixados na *caput* do art. 37 da Constituição Federal; VIII – relatar matéria submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, de interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento de sua campanha eleitoral; IX – fraudar, por qualquer meio ou forma, o registro de presença às sessões, ou às reuniões de comissão; X – deixar de observar intencionalmente os deveres fundamentais do Deputado, previstos no art. 3º deste Código. Parágrafo único. As condutas puníveis neste artigo só serão objeto de apreciação mediante provas.”

perda do mandato. Assim, afirmou que: “O ato indecoroso se consuma quando chega ao conhecimento do Parlamento, pois é nesse momento que a conduta praticada se transforma num fato político passível de ofender a imagem e a credibilidade do Legislativo. Ou seja, é nesse momento que nós, Conselheiros, podemos aferir a potencialidade lesiva do ato indecoroso para manchar ou macular esta Casa de Leis. Em outras palavras, fatos desconhecidos do Parlamento que venham a ser revelados durante essa nova legislatura e tragam implicações para a dignidade desta Casa Legislativa podem e devem dar ensejo a instauração de processo político de perda do mandato, pois, ainda que o evento seja passado, o fato político e suas repercussões são atuais. O acolhimento da tese, como se percebe, não implica dizer que todo e qualquer fato ilícito passado possa, ao sabor da maioria, justificar a cassação de mandato eletivo. É imprescindível que o ato seja desconhecido do Parlamento e capaz de afetar a imagem desta Casa. Portanto, excluem-se, obviamente, processos já em andamento e fatos que já eram de amplo conhecimento da sociedade e, por consequência, do Parlamento”.

Sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007b)<sup>30</sup> decidiu de forma semelhante que “o membro do Congresso Nacional que se licencia do mandato para investir-se no cargo de Ministro de Estado não perde os laços que o unem, organicamente, ao Parlamento (CF, art. 56, I). Consequentemente, continua a subsistir em seu favor a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal (INQ-QO 777-3/TO, rel. min. Moreira Alves, DJ 01.10.1993), bem como a faculdade de optar pela remuneração do mandato (CF, art. 56, § 3º). Da mesma forma, ainda que licenciado, cumpre-lhe guardar estrita observância às vedações e incompatibilidades inerentes ao estatuto constitucional do congressista,

<sup>30</sup> Trata-se de *writ* impetrado por José Dirceu no caso “Mensalão”.

assim como às exigências ético-jurídicas que a Constituição (CF, art. 55, § 1º) e os regimentos internos das casas legislativas estabelecem como elementos caracterizadores do decoro parlamentar. Não obstante, o princípio da separação e independência dos poderes e os mecanismos de interferência recíproca que lhe são inerentes impedem, em princípio, que a Câmara a que pertença o parlamentar o submeta, quando licenciado nas condições supramencionadas, a processo de perda do mandato, em virtude de atos por ele praticados que tenham estrita vinculação com a função exercida no Poder Executivo (CF, art. 87, parágrafo único, incisos I, II, III e IV), uma vez que a Constituição prevê modalidade específica de responsabilização política para os membros do Poder Executivo (CF, arts. 85, 86 e 102, I, c). Na hipótese dos autos, contudo, embora afastado do exercício do mandato parlamentar, o Impetrante foi acusado de haver usado de sua influência para levantar fundos junto a bancos ‘com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo’ (Representação nº 38/2005, formulada pelo PTB). Tal imputação se adéqua, em tese, ao que preceituado no art. 4º, inciso IV do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados que qualifica como suscetíveis de acarretar a perda do mandato os atos e procedimentos levados a efeito no intuito de ‘fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação’”.

#### *4. Imunidade parlamentar e congressista nomeado ministro de Estado*

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, houve a aprovação, em 13 de dezembro de 1963, do Enunciado nº 4 da súmula do Supremo Tribunal Federal, cuja redação era a seguinte: “Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado”.

A Constituição de 1946 previa, no art. 44, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. No art. 51 constava que o deputado ou senador investido na função de ministro de Estado não perdia o mandato. Tais normas, atualmente, repetem-se, com pequenas variações redacionais, nos arts. 53, *caput*, e 56, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Contudo, a Súmula nº 4 do Supremo Tribunal Federal foi cancelada, em 26 de agosto de 1981, quando do julgamento do Inquérito nº 104/RS, relatado pelo ministro Djaci Falcão: “O deputado que exerce a função de ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material ou processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função” (BRASIL, 1981).

Se é verdade que o deputado ou o senador investido no cargo de ministro de Estado não perde o mandato parlamentar, também é correto afirmar que, durante o exercício da função de natureza executiva, como auxiliar do presidente da República, o ministro de Estado não está exercendo atividade parlamentar e, via de consequência, não pode estar protegido pelas imunidades parlamentares.

Portanto, o deputado ou senador investido no cargo de ministro de Estado, apesar de não perder o mandato parlamentar por esse motivo, não carrega consigo as imunidades parlamentares.

### *5. Imunidade parlamentar e congressista em campanha eleitoral*

As atividades parlamentares não se confundem com os atos de campanha eleitoral. Assim, se um parlamentar estiver em campanha para reeleição e, no curso do processo eleitoral, abusar de suas prerrogativas, deve se sujeitar ao processo judicial tendente a apurar eventual infração penal ou civil, bem como ao processo administrativo-parlamentar, no caso de quebra do decoro parlamentar.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a “garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular – não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais” (BRASIL, 2008c).

O relator do referido caso, Ministro Celso de Mello, afirma, com acerto, que o “postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir entre todos aqueles que, parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos” (BRASIL, 2008c, 2005).

Por maior razão, o candidato que, durante a campanha, não exerce a função parlamentar também não está protegido pela imunidade parlamentar e deve responder por eventual prática delituosa levada a cabo “em momento anterior ao de sua investidura no mandato parlamentar” (BRASIL, 2005). Isso se deve ao fato de a “garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege(r) o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora

do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática 'in officio') ou tenham sido proferidas em razão dela (prática 'propter officium')". "A prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo." A inviolabilidade, "para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro" (BRASIL, 2003)<sup>31</sup>.

Contudo, de maneira que nos parece incongruente com toda a construção teórica acima exposta em mais de uma ocasião pelo Supremo Tribunal Federal<sup>32</sup>, a Primeira Turma desta Corte entendeu, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.671/RJ, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence e julgado em 19 de junho de 2007, que a imunidade parlamentar material, quando a ofensa é "irrogada em plenário, independente de conexão com o mandato, elide a responsabilidade civil por dano moral"<sup>33</sup>. Nesse caso, parece-nos que o posicionamento jurisprudencial não deveria ter sido categórico. O mais adequado seria considerar a existência de uma presunção relativa de imunidade material do

parlamentar, ao proferir opiniões e palavras no plenário da Casa Legislativa. Todavia, essa presunção poderia ser elidida com a prova de que, apesar de o ofensor estar em plenário, praticou o ato sem qualquer conexão com o mandato. Seria uma hipótese excepcional, mas possível de se verificar na prática.

## 6. Considerações finais

Um dos corolários do princípio da harmonia e independência entre os poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, é a previsão das imunidades parlamentares. Essas prerrogativas que a Constituição confere aos membros do Poder Legislativo permitem que os congressistas possam exercer suas funções com autonomia e independência. Não se trata de um privilégio pessoal dos parlamentares, mas de garantias que dizem respeito às funções exercidas pelos deputados e senadores.

O princípio da separação dos poderes – clássica previsão instrumental de contenção do poder contemplada nos Estados de Direito –, ao exigir a consagração das imunidades parlamentares, não confere aos congressistas o privilégio da irresponsabilidade irrestrita. Ao contrário, as prerrogativas parlamentares se voltam para que as funções do Parlamento possam ser exercidas livremente, sem constrangimentos ilegítimos.

A previsão constitucional segundo a qual o Brasil é uma república democrática traz consigo a ideia de responsabilidade dos governantes. Assim, se os parlamentares devem ter asseguradas as prerrogativas para que o Parlamento possa atuar com liberdade e independência, também é certo que as atitudes abusivas dos membros das Casas Legislativas devem ser coibidas.

E, como se viu, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado, tem agido, em linhas gerais e no mais das vezes, para viabilizar a harmonização entre esses preceitos constitucionais: a independência do Parlamento com a responsabilidade dos congressistas.

<sup>31</sup> Sobre a inexistência de imunidade parlamentar na hipótese de as ofensas não terem ocorrido em razão do exercício do mandato parlamentar, verificar (BRASIL, 2007c).

<sup>32</sup> Sobre a ambiguidade na atuação do STF, "na medida em que adota critérios distintos para a tomada de suas decisões", conferir Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 230 et seq).

<sup>33</sup> Essa decisão faz referência ao seguinte precedente: Recurso Extraordinário nº 210.917, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence e julgado em 12/08/1998 (BRASIL, 2001b).

## Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

\_\_\_\_\_. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. As imunidades parlamentares na Constituição Brasileira de 1988. *Anuário Português de Direito Constitucional*, Coimbra, v. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. *O sigilo no sistema democrático*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 7 v.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Inquérito nº 510/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 abr. 1991.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 89417/RO, de 22 de agosto de 2006. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 15 dez. 2006a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 1024/PR, de 21 de novembro de 2002. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 4 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 1905/DF, de 29 de abril de 2004. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 21 maio 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 2297, de 20 de setembro de 2007. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 19 out. 2007a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 2390/DF, de 15 de outubro de 2007. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 30 nov. 2007c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 2273/DF, de 15 de maio de 2008. Relatora: Ministra Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 maio 2008a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 2725/SP, de 25 de junho de 2008. Relator: Ministro Carlos Britto. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 set. 2008b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Inquérito nº 104/RS, de 26 de agosto de 1981. Relator: Ministro Djaci Falcão. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 2 nov. 1981.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de segurança nº 25917/DF, de 1 de junho de 2006. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 1 set. 2006b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de segurança nº 25647/DF, de 30 de novembro de 2005. Relator: Ministro Carlos Britto. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 15 dez. 2006c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de segurança nº 23388/DF, de 25 de novembro de 1999. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 20 abr. 2001a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de segurança nº 25579/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, de 19 de outubro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 24 ago. 2007b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Petição nº 4444/DF, de 26 de novembro de 2008. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 dez. 2008c.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 210917/RJ, de 12 de agosto de 1998. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 18 jun. 2001b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 606451/DF, de 23 de março de 2011. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 abr. 2011.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the state of the American union*. Boston: Little Brown & Co., 1903.

CHRYSSOGONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: zur Methode der Verfassungsinterpretation ber der Normenkontrolle*. Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Roberto. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

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



- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. Vinculação e liberdade dos representantes políticos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 15, n. 53, abr./jun., 2011.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. In: \_\_\_\_\_. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MADISON, James et al. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SPROESSER, Andyara Klopstock. *As imunidades parlamentares no direito constitucional brasileiro*. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

# Extradição e direitos fundamentais

## O caso Cesare Battisti

Eduardo Biacchi Gomes  
Ronald Silka de Almeida

### Sumário

Introdução. 1. Institutos do tratado e da extradição. 1.1. Do tratado. 1.1.1. Incorporação dos tratados ao Direito Nacional. 1.2. Da extradição. 1.2.1. Origens e conceito da extradição. 1.2.2. A extradição no sistema brasileiro. 2. Extradição e direitos fundamentais. 3. Aspectos do caso Cesare Battisti. Considerações finais.

### Introdução

Este artigo tem como objetivo efetuar um estudo sobre a implementação do tratado de extradição, tendo como tema de fundo os direitos fundamentais e a sua efetivação no caso “Cesare Battisti”. Para atingir o objetivo, inicialmente efetuou-se uma análise dos princípios de formação dos tratados entre Estados, a sua incorporação e aplicação perante o ordenamento pátrio, para somente então discorrer sobre o instituto da extradição. Superados esses pontos iniciais, passa-se a abordar a aplicação dos direitos fundamentais perante o caso concreto “Cesare Battisti”.

Antes de mais nada, cumpre asseverar que o referido tema ganhou destaque tanto no cenário jurídico brasileiro quanto no italiano e mundial pelo fato de o ativista de nacionalidade italiana Cesare Battisti ter obtido, em data de 13 de janeiro do ano de 2009, a condição de asilado político pelo então Ministro da Justiça Tarso Genro, fundamentado no Estatuto dos Refugiados

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Internacional e Direito da Integração da UniBrasil, Graduação e Mestrado, PUC/PR e da FACINTER. Professor vinculado ao Grupo de Pesquisa PÁTRIAS (UniBrasil) certificado junto ao Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil do Cnpq.

Ronald Silka de Almeida é Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba, Especialista em Direito do Trabalho e em Formação Pedagógica do Professor Universitário, ambos pela PUCPR. Professor Assistente no Grupo de Pesquisa: Desregulamentação do Direito, do Estado e Atividade Econômica: enfoque laboral na PUCPR. Pesquisador no Grupo de Pesquisa PÁTRIAS (UniBrasil). Mestrando na UniBrasil. Advogado em Curitiba-PR.

do ano de 1951 e na Lei 9.474 de 1997, sob a alegação de “fundado temor de perseguição por motivos de opinião política” (BRASIL, 2009). Importante destacar que um dos motivos que impedem a extradição é o fato de o crime possuir conotação política, de acordo com o artigo 77, inciso VII, da Lei 6.815 de 1980. Ademais, de acordo com o artigo 76 do Estatuto do Estrangeiro, para a concessão da extradição, torna-se necessária a existência de tratado ou de reciprocidade. No caso em tela, Brasil e Itália possuem tratado de extradição, vigente desde 12 de julho do ano de 1993.

Verifica-se dessa forma a relevância do tema abordado, notadamente porque examina, sob o enfoque do direito internacional e do direito constitucional, o instituto da extradição e como o mesmo pode ou não ser aplicado nas hipóteses de violação aos direitos fundamentais, como é o caso em questão.

### 1. *Institutos do tratado e da extradição*

Para que seja efetuada uma análise sobre o instituto da extradição, entretanto, faz-se conveniente abordar os princípios de formação e concretização dos tratados, haja vista que o instituto da extradição normalmente decorre de tratados formalizados entre Estados; e, em âmbito internacional, o tema ganha relevância, notadamente porque, como visto acima, a concessão da extradição decorre ou da existência de reciprocidade ou da celebração de tratado, e, nesta segunda hipótese, ao ratificar o tratado, este deve ser cumprido, sob pena de ensejar a responsabilidade internacional do Estado, e somente nas condições previstas no próprio tratado o mesmo pode deixar de ser cumprido.

No caso em exame, tendo em vista o tratado de extradição existente entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, a escusa para a não concessão do pedido de extradição pode ocorrer na seguinte hipótese (artigo 3, I, f do Tratado):

“f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados.”

#### 1.1. *Do tratado*

Para Rezek (1984, p. 21), “tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Verifique-se que este sentido de contrato traduz de forma efetiva a definição constante no artigo 2º, parágrafo 1-a, da Convenção de Viena de 1969, que assim dispõe: “*tratado* significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (CONVENÇÃO..., 2009).

Assim, conforme Din, Daillier e Pellet (1999, p. 105), “o tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional”.

Por óbvio devemos levar em consideração o pressuposto da existência de regras de direito internacional público, que têm como objeto regular as relações entre a heterogeneidade de Estados espalhados pelo mundo. Referidas normas de direito normalmente refletem a vontade dos povos de viverem de forma solidária, pacífica, evitando-se os conflitos ideológicos ou meramente políticos que possam provocar desequilíbrios e situações de tensão entre as aspirações de cada Estado, colocando em xeque a sua afirmação de soberania.

Como mecanismo para concretizar o “concurso de vontades entre as partes concordantes” (DINH; DAILLIER; PELLET,

1999, p. 108) e também como um meio de controle de tensão entre os Estados, é prática da comunidade internacional firmar regras escritas imperativas que são aceites (art. 53, da Convenção de Viena<sup>1</sup>) (CONVENÇÃO..., 2009).

Portanto, como um contrato, os tratados também se regem pelos princípios gerais de direito conforme os ensinamentos de Din, Daillier e Pellet (1999, p. 171):

“As condições requeridas para a validade de um acto jurídico são: um sujeito capaz, um objeto lícito, uma vontade livre (o que, no caso de um acto bilateral ou multilateral, significa um consentimento regular, isento de ‘vícios’) e formas convenientes. A validade do tratado bilateral ou multilateral está sujeita a essas mesmas condições.”

Como todo contrato, o tratado faz lei entre as partes e ao mesmo se aplicam os “princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda*” (CONVENÇÃO..., 2009).

Porém, há de se alertar, conforme efetua Rezek (1984, p. 83-84), que os termos “tratados” e “convenções” não têm o mesmo significado, “não indicam a aplicação do mesmo instituto, em que pese o uso indiscriminado e ilógico pelo legislador das duas designações como se tratassem de uma única figura”.

A validade do ato é ponto fundamental para a efetiva aplicação de realização dos termos firmados no “tratado”, não pode

<sup>1</sup> Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. Adotado em: Viena. Data: 26 de maio de 1969. Entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980.

o Estado conveniente deixar de cumpri-lo sob a simples alegação de inexistência de validade do mesmo com base em afirmações sem qualquer fundamento, haja vista o princípio da boa-fé do qual se reveste bem como em razão dos termos do artigo 42 da Convenção de Viena de 1969: “a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção” (CONVENÇÃO..., 2009).

Consequentemente, para que o país conveniente se desobrigue a cumprir o tratado, deve denunciá-lo, na forma estipulada no artigo 56<sup>2</sup> (CONVENÇÃO..., 2009) da Referida Convenção de Viena, “sob pena de o país continuar obrigado no plano internacional” (MAGALHÃES, 2000, p. 58).

Verifique-se ainda, mesmo que o descumprimento do avençado ocorra sob o fundamento de que o tratado fora denunciado, ainda assim “pode caracterizar-se um ilícito pelo qual, no plano externo, deve (o Estado) responder” (MAGALHÃES, 2000, p. 58).

Aliás, Magalhães (2000, p. 61) enfatiza que,

“perante a comunidade internacional – e mesmo perante a comunidade nacional – o Estado não se apresenta compartimentalizado nos Poderes pelos quais exerce a jurisdição, assim entendida a autoridade para declarar o direito nacional e o internacional. O Estado é um só, e a lei que revoga tratado viola obrigação internacional

<sup>2</sup> Artigo 56: Denúncia, ou Retirada, de um Tratado que não Contém Disposições sobre Extinção, Denúncia ou Retirada 1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que: a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado. 2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.

assumida pelo Estado, acarretando-lhe a responsabilidade internacional. Da mesma forma, a decisão judicial que deixa de dar aplicação a tratado regularmente ratificado pelo país, também gera a responsabilidade internacional do Estado e das autoridades responsáveis pela violação.”

Do exposto acima, pode-se concluir que, para o direito internacional, regra geral tendo em vista a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, os tratados devem ser cumpridos, e somente podem deixar de ser observados pelos Estados em casos excepcionais e nas condições previstas na própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969<sup>3</sup>, assim como naquelas condições e hipóteses previstas no próprio Tratado, como é o caso analisado neste artigo.

Finalmente, para a validade de um tratado, este deverá possuir três elementos: a capacidade das partes, o acordo de vontade sem defeito e objeto lícito possível.

Com base nessas premissas, passa-se, no tópico seguinte, à análise quanto à incorporação dos tratados ao Direito Nacional.

#### 1.1.1. Incorporação dos tratados ao Direito Nacional

De suma importância tratar do aspecto incorporação dos tratados, que guardam relação com o princípio de “soberania” do Estado e que, em determinados períodos da história, eram resultantes do comprometimento dos senhores do Estado, os “soberanos”, pois somente eles “eram considerados pessoas de Direito Internacional, e, portanto, capazes para celebrar tratados” (MEDEIROS, 1995, p. 188).

Entretanto, “com a declaração de independência dos Estados Unidos da América (1776), que proclamou o direito dos povos de dispor de si mesmos” (MEDEIROS, 1995, p. 189), e com a revolução francesa (1789), com a “Declaração de Direitos”, surge a

noção de soberania<sup>4</sup>, bem como o sentido de que o exercício da autoridade que emana da união dos indivíduos de forma legítima, por meio de um “corpo” de uma “nação”, é realizado por meio do poder executivo, entretanto fiscalizado e controlado pelo poder legislativo (FIORAVANTI, 2004, p. 23).

A partir de então, “consolidou-se a idéia de que a política externa – materializada juridicamente através dos tratados internacionais – tem como centro de impulsão o Poder Executivo” (MEDEIROS, 1995, p. 15).

Conforme esclarece Medeiros (1995, p. 15),

“Nascido da democratização dos sistemas políticos, o regime da soberania nacional impõe que os compromissos externos só possam ser assumidos mediante livre manifestação da vontade da nação, expressa por intermédio das Câmaras legislativas. O direito do Legislativo de intervir na formação da vontade do Estado em obrigar-se por tratados internacionais é inerente à função do Parlamento de órgão supremo, tanto para legislar como para controlar as finanças nacionais. Os rumos da política externa e os métodos da ação diplomática devem ser confiados ao Executivo, mas o Parlamento precisa exercer controle sobre a atividade governamental.”

Para alguns autores como Diniz, Daillier e Pellet (1999, p. 24) as normas dos tratados, criam “um Direito em tensão entre a soberania dos Estados e a organização da sociedade internacional”, haja vista que “dois problemas se conjugam: o do fundamento do Direito internacional (de onde extrai ele a sua força obrigatória?) e o das suas relações com o Direito interno (qual dos dois se sobrepõe ao outro?)”.

Essa tensão tem como fundamento o fato de que o Estado, na elaboração de suas

<sup>4</sup> Declaração de Direitos de 1789. Art. 3º O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercitar uma autoridade que não emane expressamente dela.

<sup>3</sup> As quais não são de interesse para este artigo.

normas Constitucionais, “está casa vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional” (PIOVESAN, 2006, p. 11) e como consequência o fenômeno jurídico internacional se apresenta como dominante e até mesmo representa uma superioridade hierárquica sobre o Direito interno (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 27).

Entretanto, conforme explica Rezek (1984, p. 137), “no estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que a norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia”. Portanto, os Estados, em seus atos internos, aplicam mecanismos de *recepção*, com a finalidade de absorverem e aplicarem as normas decorrentes dos tratados, sem com isso ferir a Constituição e de uma forma geral o Direito interno.

No Brasil, desde a Carta Constitucional do Império de 1824, já havia previsão sobre a celebração de tratados com outros Estados, cuja incumbência era exercida pelo Imperador e pelos Ministros de Estado, conforme *caput* do artigo 102, parágrafos 7º e 8º (MEDEIROS, 1995, p. 83), inexistindo, entretanto, qualquer alusão à forma de *recepção* ou *tratamento* a ser dado aos tratados em relação ao Direito interno.

O tema de *recepção dos tratados* somente passou a ser objeto de consideração constitucional com os “trabalhos preparatórios” para a Constituição brasileira de 1934, quando então se questionava o tratamento a ser dado aos tratados internacionais que se apresentavam em conflito com a legislação federal.

Atualmente, a *recepção dos tratados* está regulada na Constituição de 1988, por meio dos artigos 49, I, e 84, incisos VII e VIII, e, conforme esclarecem Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1119), este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“A orientação perfilhada pela corte é a de que é na Constituição que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro,

pois o primado da Constituição, em nosso sistema jurídico, é oponível ao princípio do *pacta sunt servanda*, inexistindo, portanto, em nosso direito positivo, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja *suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público*.”

De acordo com os termos contidos nos artigos retromencionados da Constituição de 1988, cabe ao Presidente da República a competência para ratificar e denunciar o Tratado. Na hipótese de ratificação, necessária a prévia autorização do Congresso Nacional.

Relativamente aos tratados sobre direitos humanos, importante registrar o entendimento disposto no § 2º do artigo 5º: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, de forma a apontar que os referidos tratados possuem grau de hierarquia constitucional, formal e materialmente (BRASIL, 2009b).

Também, determina o § 3º do art. 5º, inserido no texto Constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Por óbvio e independentemente da posição adotada neste artigo, persistem dúvidas com relação ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de *direitos humanos* não aprovados em consonância com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, e ainda em relação aos aprovados em período anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Neste caso, de forma sintética e segundo Canotilho (2009, p. 819-820), pode-se afirmar que quatro são as teses em relação

ao *status* normativo dos tratados de *direitos humanos*: i) a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; ii) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; iii) o reconhecimento do *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e iv) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Superados os aspectos relativos à formalização, validade e incorporação dos tratados no Direito interno, passamos a efetuar a análise da figura relativa à “extradição”.

## 1.2. Da extradição

### 1.2.1. Origens e conceito da extradição

Quanto à origem da expressão *extradição*, explicam Vieira e Altolaguirre (2001, p. 27) que

“Os autores não estão de acordo quanto a origem e a etimologia da palavra *extradición* utilizada em espanhol e com certa similitude em francês e inglês (vg. *extradition* em ambas as línguas) e com semelhança em italiano e português. Parece certo que esta expressão foi utilizada pela primeira vez no século XVIII quando a Revolução francesa regulamentou em 1791 alguns tratados a serem firmados pela França. Este vocábulo é encontrado, pelo menos no internacional, em 1828 pois nos tratados franceses celebrados com Wurtemberg (1759), Espanha (1765) e Portugal se utilizava como equivalente ‘remir’ ou ‘restituir’”.

Extradição, conforme define Accioly (1994, p. 105), significa que “é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo”.

Para Boggiano (2000, p. 375), a extradição é o resultado “da cooperação internacional em matéria penal que se manifesta

em ocasiões em que um Estado entrega uma pessoa a outro Estado que o requereu para submetê-lo a um processo penal ou a execução de uma pena. Esta cooperação se cumpre geralmente em virtude de tratados”.

Trata-se de um dos meios mais antigos de cooperação judicial internacional mantida entre os Estados, e tanto é que, conforme explica Diniz, Daillier e Pellet (1999, p. 37),

“Um dos tratados mais conhecidos é o chamado ‘tratado de pérola’ concluído cerca de 1292 a.C. entre Ramsés II e o rei dos Hititas. Este tratado fixava os princípios de uma aliança, reforçada pela cooperação numa base de reciprocidade, *designadamente em matéria de extradição de refugiados políticos*” (grifo nosso).

Pode-se, assim, afirmar efetivamente, diante do referido “tratado de pérola”, que a extradição não é recente como instrumento para a cooperação jurídica internacional; instrumento esse que, diante do fenômeno globalização (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 45), com a internacionalização das finanças, a intensificação do trânsito de pessoas e bens, o aprofundamento da interdependência entre países, a redefinição de fronteiras, o desenvolvimento em geral, enfim, o contexto mundial no início do século XXI, trouxe grandes conquistas para a humanidade, mas com isso grandes desafios, sendo a expansão do crime transnacional um deles.

Algumas pessoas reclamadas pela justiça em seu Estado de origem, para responder a processos-crime ou que já possuem sentenças condenatórias, aproveitam-se para furtar-se à vigilância ou à ação da justiça em outros países, e é nesse momento que os Estados se utilizam dos tratados de extradição como meio de cooperação jurídica no combate ao crime.

Referido instituto é de suma importância para que as fronteiras dos países deixem de representar barreiras ao alcance da justiça, tanto é que a extradição contém três princípios a serem observados, conforme

esclarecem Vieira e Altolaquirre (2001, p. 27), ou seja:

“A) *O ato de extradição*, que consiste na entrega do reclamado ao Estado requerente, para ser processado ou cumprir uma condenação já imposta, previsto no controle jurisdicional, do Estado requerido. B) *O processo de extradição*, que consiste no conjunto de atuações judiciais que vão desde a recepção do pedido até o pronunciamento, de entrega ou denegatório e sua comunicação aos interessados. C) *O procedimento de extradição*, que compreende a esse mesmo processo e a atuações governamentais e administrativas que precedem e normalmente seguem o pronunciamento jurisdicional.”

De forma geral, o Poder Judiciário do Estado requerido é o responsável por decidir se o pedido de extradição formulado deve ou não ser concedido. São analisados, principalmente, os aspectos formais que conduziram o processo criminal, objeto do pedido de extradição, levando-se em conta as garantias processuais do extraditando no curso de seu processo, as limitações prescricionais e a inexistência de motivações políticas ou ideológicas que prejudiquem o pedido formulado.

Portanto, conforme se observa, o instituto da extradição não envolve somente o pedido de entrega de um indivíduo com “pendências na justiça”, no âmbito penal, mas também envolve o sistema de cooperação entre os Estados representados por meio de tratados ou compromissos e a união de esforços dos Poderes Executivo e Judiciário.

### 1.2.2. *A extradição no sistema brasileiro*

#### *Na Constituição*

A figura da extradição está prevista na Constituição Federal no artigo 5º, incisos LI e LII, que prevê tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.”

Portanto, conforme se observa do referido texto legal:

a) o brasileiro nato nunca será extraditado;

b) o brasileiro naturalizado somente será extraditado nos casos de:

– ter praticado crime comum, antes da naturalização; e

– quando da participação comprovada em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; e neste caso independente do momento do fato, não importando se foi antes ou depois da naturalização;

c) o estrangeiro poderá, em regra, ser extraditado, existindo apenas a exceção para os casos de crime político ou de opinião.

Os pedidos de extradição formulados ao Estado brasileiro são analisados pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 102, letra “g”, da Constituição Federal, tanto é que aquele órgão entende que a natureza jurídica do pedido “constitui – quando instaurada a fase judicial de seu procedimento – ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado” (BRASIL, 1987).

Conforme se observa em parecer do Supremo Tribunal Federal, a formalização



de um pedido de extradição não depende, necessariamente, da existência de um Tratado firmado entre os Estados envolvidos, podendo ser amparado em *promessa de reciprocidade* para casos análogos. Tal promessa deve respeitar, acima de tudo, o *princípio da especialidade* que pauta o instituto da extradição, de forma que o extraditando não será detido, processado ou condenado por outros delitos cometidos previamente e que não estejam contemplados no pedido de extradição.

Verifique-se também que o Supremo Tribunal Federal, nos casos de extradição, utiliza o denominado modelo belga, ou seja:

“49. Se a decisão do Supremo é pelo indeferimento da extradição, o Presidente da República não pode autorizar a entrega do extraditando. Na hipótese de a decisão ser pelo deferimento da extradição, o Presidente da República pode acompanhar (ou não) a decisão do Supremo tribunal Federal, conquanto que o faça nos limites do pactuado internacionalmente” (GODOY, 2010).

#### *Na legislação infraconstitucional*

A legislação infraconstitucional envolve o sistema de contencioso por meio do Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 6.815/1980 (BRASIL, 1980) (artigos 76 e seguintes), da Lei Federal nº 6.964/1981 e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigos 207 a 214).

Conforme já se mencionou em item anterior, os pedidos de extradição formulados ao Estado brasileiro são analisados pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com o determinado na Constituição Federal, sendo que a referida determinação está regulamentada no artigo 83 da Lei 6.815/1980 e no artigo 207 do Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal.

“Lei nº 6.815/80 (...) Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre

sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.”

“Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (...) Art. 207. Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do *Supremo Tribunal Federal* sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.”

No Brasil, ante os termos do artigo 80 da Lei 6.815/80, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, é responsável por formalizar os pedidos de extradição feitos por autoridades judiciárias brasileiras a um determinado Estado estrangeiro (ativa) ou, ainda, processar, opinar e encaminhar as solicitações de extradição formuladas por outro país às autoridades brasileiras (passiva).

#### *Requisitos infraconstitucionais para a extradição*

Diante do retroexposto, o Estado estrangeiro, além de fundamentar o pedido dentro do que determina a legislação constitucional, também deve obedecer aos requisitos estabelecidos nas normas infraconstitucionais, ou seja:

a) o pedido de extradição estar fundamentado em tratado internacional ou, quando inexistente, o Estado requerente deve prometer reciprocidade de tratamento ao Brasil (art. 76, Lei 6.815/80);

b) o Estado requerente possuir competência exclusiva para processar e julgar o extraditando;

c) ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado (art. 78, inciso I, Lei 6.815/80);

d) existir sentença final de privação de liberdade ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente (art. 78, Inciso II, Lei 6.815/80);

e) o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar

a prisão preventiva, proferida por Juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição (art. 80, Lei 6.815/80).

Segundo a doutrina (MORAES, 1999, p. 103), existem duas espécies de extradição: ativa ou passiva. Trata-se de extradição ativa a requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos; e passiva quando requerida ao Brasil por parte dos Estados soberanos.

Esclarece-se que, em se tratando de extradição passiva, o Estado requerente deverá instrumentalizar o pedido na forma do artigo 80 da Lei nº 6.815/80, conforme mencionado no item “e” retro, atendendo às determinações do modelo extradicional vigente no país, haja vista o sistema jurídico pátrio ter caráter documental.

A Lei infraconstitucional nº 6.815/80 alterada pela nº 6.964/81 (BRASIL, 1980), por meio do artigo 77 e seus incisos, relaciona de forma taxativa os casos em que não será concedida a extradição:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I – se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III – o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV – a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

V – o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI – estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII – o fato constituir crime político; e

VIII – o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.”

Verifique-se também que, nos parágrafos do artigo 77 da referida Lei nº 6.815/80, há previsão de exceções em relação à concessão ou não da extradição, em especial no § 3º, com relação aos crimes políticos:

“§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”

## 2. *Extradição e direitos fundamentais*

O sistema constitucional pátrio tem como um dos fundamentos da República a *preservação da dignidade da pessoa humana*, dando-se prevalência aos *direitos humanos*, conforme expresso no inciso II do artigo 4º da Carta Constitucional.

A prevalência dos direitos humanos e o seu interesse generalizado em protegê-lo nas suas mais diversas formas também são o direcionamento da comunidade internacional, conforme explica Magalhães (2000, p. 99):

“vem se acentuando, com a aprovação de convenções internacionais, ins-

piradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre as quais se sobressaem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do genocídio, a Convenção sobre Tortura, a Convenção sobre a Tomada de Reféns, o Pacto Internacional sobre Direitos econômicos e Sociais e Culturais, além de outras. Essa tendência fortalece-se com os julgamentos do Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia, instituído pelo conselho de Segurança da ONU, contra pessoas acusadas de sérias violações do direito internacional humanitário.”

Aliás, o Estado brasileiro, desde a década de noventa, vem de forma sistemática aderindo e ratificando os mais importantes tratados relativos a aspectos da proteção dos direitos humanos, demonstrando assim que tem como objetivo “conciliar a proteção internacional dos direitos humanos com os deveres do Estado moderno” (TRINDADE, 1991, p. 558).

Verifique-se, inclusive, que o Estado brasileiro não somente adere e ratifica os tratados que envolvem os direitos humanos, como também dá tratamento especial aos tratados e convenções internacionais que abrangem a matéria, podendo inclusive se equivalerem a emendas constitucionais, nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição, conforme já mencionado em tópico anterior.

Vale destacar, ademais, o correto entendimento que deve ser dado ao § 2º, artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de que os tratados que versem sobre direitos humanos, formal e materialmente, equivalem-se a normas constitucionais, tendo em vista a necessidade de que as referidas normas garantam a máxima efetividade para a pessoa humana.

Os direitos humanos são o resultado de um processo de construção e reconstrução contínua; nas palavras de Piosevan (2006, p. 8), “um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”.

Por óbvio que o Estado brasileiro, ao firmar os tratados de extradição, tem como diretriz: a) a essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos; b) mas também, o dever de vigiar pelo respeito aos direitos fundamentais do estrangeiro que esteja sofrendo, em nosso País, processo extradicional instaurado por “qualquer” Estado estrangeiro; e c) garantir ao extraditando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV, da CF. de 1988)<sup>5</sup>, mormente quando da ocorrência da privação da liberdade.

Há que se destacar que, muito embora os tratados que versem sobre extradição tenham por finalidade o exercício da cooperação jurisdicional entre os Estados, de forma a não permitir a impunidade, em situações excepcionais, previstas no próprio tratado, o Estado requerido poderá se negar a atender ao pedido, desde que haja violação aos direitos humanos, perseguição política, etc.

Referidos fundamentos se encontram na Carta Constitucional a quem o Estado deve obediência irrestrita, principalmente com relação a serem observados os direitos humanos conforme consagrado no artigo 4º, II<sup>6</sup>, da Constituição.

Há de se ressaltar que o ordenamento pátrio fundamentado no artigo 5º, XLVII, letra “a”<sup>7</sup>, da Constituição Federal, ou seja, nas hipóteses em que se apresenta a possibilidade de que seja imposta ao extraditando a pena de morte (*supplicium extremum*), impede a entrega do súdito requerido ao Estado Requerente, a menos que este, previamente, assumo o compromisso

<sup>5</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>6</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

<sup>7</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

formal de comutar a pena de morte para a de privação de liberdade.

Neste sentido, veja-se a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal em que foi Relator o Ministro Celso de Mello:

EMENTA: EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER INSTRUTÓRIO - SUPOSTA PRÁTICA DE HOMICÍDIO DOLOSO - OBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DOS CRITÉRIOS DA DUPLA TIPICIDADE E DA DUPLA PUNIBILIDADE - LEGISLAÇÃO DO ESTADO REQUERENTE QUE COMINA, NO CASO, A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA OU, AINDA, A PENA DE MORTE - INADMISIBILIDADE DESSAS PUNIÇÕES NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (CF, ART. 5º, XLVII, "a" e "b") - NECESSIDADE DE O ESTADO REQUERENTE ASSUMIR, FORMALMENTE, O COMPROMISSO DIPLOMÁTICO DE COMUTAR QUALQUER DESSAS SANÇÕES PENAS EM PENA DE PRISÃO NÃO SUPERIOR A 30 (TRINTA) ANOS - SÚDITO ESTRANGEIRO QUE ALEGA POSSUIR FILHA BRASILEIRA - CONDIÇÃO QUE NÃO RESTOU PROVADA NOS AUTOS - CAUSA QUE, AINDA QUE EXISTENTE, NÃO OBSTA A ENTREGA EXTRADICIONAL - SÚMULA 421/STF - RECEPÇÃO PELA VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - EXIGÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE DETRAÇÃO PENAL - EXTRADIÇÃO DEFERIDA, COM RESTRIÇÃO. DUPLA TIPICIDADE E DUPLA PUNIBILIDADE. - O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. Delito imputado ao súdito estrangeiro, que encontra, na espécie

em exame, correspondência típica na legislação penal brasileira. - Não se concederá a extradição, quando se achar extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Inocorrência, na espécie, de qualquer causa extintiva da punibilidade. EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (LIMITE MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - EXIGÊNCIA QUE SE IMPÕE EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). - A extradição somente será efetivada pelo Brasil, depois de deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Precedentes. EXTRADIÇÃO - PENA DE MORTE - COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. - O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses de imposição do "supplicium extremum", exige que o Estado requerente assuma, formalmente, no plano diplo-

mático, o compromisso de comutar, em pena privativa de liberdade não superior ao máximo legalmente exequível no Brasil (CP, art. 75, “caput”), a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira – fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “a”) – expressamente permite a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Hipótese inócua no caso. EXISTÊNCIA DE FILHO BRASILEIRO SOB DEPENDÊNCIA DO EXTRADITANDO: IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DESSE FATO. – A existência de relações familiares, a comprovação de vínculo conjugal e/ou a convivência “more uxorio” do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição. Precedentes. – Não obsta a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que, com esta, possua filho brasileiro. – A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição. Precedentes. DETRAÇÃO PENAL E PRISÃO CAUTELAR PARA EFEITOS EXTRADICIONAIS. – O período de duração da prisão cautelar decretada no Brasil, para fins extradicionais, deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida, pelo súdito estrangeiro, no Estado requerente. Decisão. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator,

deferiu o pedido de extradição com restrição. Ausentes, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 17.02.2011. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 17/02/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-048 DIVULG 14-03-2011 PUBLIC 15-03-2011. EMENTA VOL-02481-01 PP-00001. Parte(s) REQTE. (S): GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EXTDO. (A/S): LEONARD RAY HARPER JR OU LEONARD RAY HARPER JR OU LEONARD RAY HARPER OU RAY HARPER OU HAP HARPER OU LEONARD HARPER OU LEONARD HARPER JR. PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. (STF, 2011).

Diante do retroexposto, passamos a efetuar uma breve análise dos aspectos relativos ao processo de extradição que envolveu o súdito italiano Cesare Battisti.

### 3. Aspectos do caso Cesare Battisti

Em linhas gerais o pedido de extradição do súdito italiano Cesare Battisti apresenta os seguintes aspectos:

a) o pedido de extradição do Estado Italiano fora formulado com fundamento em tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália;

b) o Estado requerente formalizou o pedido por meio de *Nota Verbal* distribuída pela Embaixada da Itália junto ao Itamaraty em 21 de fevereiro de 2007, informando na nota que o requerido Cesare Battisti era exigido pela justiça italiana, em razão de que havia sido condenado pelos seguintes fatos delituosos: “a) Sentença de condenação com pena restritiva de liberdade pessoal emitida em 16/2/1990 pela Corte de Apelação de Milão, irrevogável a partir de 8/4/1991 pelos homicídios de

Antonio Santoro, Lino Sabbadin e Andréa Campagna e outros crimes; b) Sentença de condenação com pena restritiva de liberdade pessoal emitida pela Corte de Apelação de Milão, irrevogável a partir de 10/4/1993, pelo homicídio de Fierlugi Torregiani". Informando-se também que há "condenação a pena de prisão perpétua com a agravante de isolamento diurno por seis meses".

O que se observa de imediato é que o pedido envolve: a) tratado de extradição entre Estados soberanos - Brasil e Itália; b) o pedido tem como fundamento delito penal cuja condenação envolve a pena de prisão perpétua.

Somados a esses fatos, conforme voto do Ministro Marco Aurélio junto ao processo de extradição - processo nº 1085 STF -, todo o procedimento foi cercado de grande repercussão pela mídia e ainda mais levantou intenso interesse por parte das autoridades italianas, diga-se de passagem: o Presidente da República Italiana, Ministro das Relações Exteriores da Itália, Ministro da Justiça da Itália, Ministro da Defesa da Itália, Ex-presidente da República Italiana, Ministro Italiano para Assuntos Europeus, Vice-Presidente da Itália e Vice-Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Itália.

Ou seja, apresentaram-se também "contornos de clamor, de polarização ideológica" (GODOY, 2010, item 109), e, no conceito do parecerista Arnaldo Sampaio, nessas condições o deferimento da extradição de Battisti justifica preocupações em relação à situação pessoal do requerido, conseqüentemente a situação sugeriu um "certo contexto político" (GODOY, 2010, item 127).

Sopesados todos os elementos do processo de extradição, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em votação apertada, pela extradição do súdito italiano; porém, em razão da utilização do "modelo belga" (GODOY, 2010, item 49) em nosso sistema, a avaliação e decisão final é do Chefe de

Estado, que no presente caso opinou pelo não deferimento.

O fundamento da decisão do Chefe de Estado, sem ferir qualquer preceito de soberania do Estado Italiano, baseou-se no texto do Tratado de extradição, em razão das ponderáveis razões de possibilidade de agravamento das condições pessoais do súdito requerido, ou seja, a nosso ver aplicou de forma direta fundamentos de proteção aos direitos humanos.

### *Considerações finais*

Um dos principais problemas em relação ao caso em apreço foi a devida politização que os meios de comunicação atribuíram ao caso, sem observar que a República Federativa do Brasil é um país soberano e que possui, em sua Constituição, os seguintes princípios e valores: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana (artigo 1º); e, entre os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais: prevalência dos direitos humanos, independência nacional, não intervenção, autodeterminação dos povos, solução pacífica dos conflitos e a condição do asilo (artigo 4º).

A República Federativa do Brasil, que pretende firmar-se neste século XXI como uma potência mundial, deve cada vez mais pautar-se por novos valores que, de forma efetiva, venham a proteger a dignidade da pessoa humana e atuar de forma independente e soberana com vistas a garantir e a aplicar os valores contidos na sua Constituição.

Equivocam-se, portanto, aqueles que entendem que o Chefe de Estado, ao negar o pedido de extradição, efetuado pela República Italiana, teria desrespeitado o direito internacional e especialmente o tratado de extradição existente entre ambos os países, notadamente porque o próprio tratado, conforme visto acima, em situações excepcionais, violação aos direitos humanos, ameaça de perseguições políticas, etc., prevê a possibilidade de se negar a

atender ao pedido de extradição sem que haja qualquer responsabilização de ordem internacional. O tema, por certo, não é de fácil solução, sendo necessária uma análise mais profunda dos temas de direito constitucional brasileiro, direito internacional, direitos humanos, assim como as normas específicas sobre extradição, concessão do asilo político, condição jurídica do estrangeiro e os mecanismos de vigência dos tratados, tanto nos planos internacional como interno.

A República Federativa do Brasil, em momento algum deixou de observar a decisão do Supremo Tribunal Federal ao não conceder a extradição de Cesare Battisti, mas simplesmente interpretou o tratado de extradição existente entre ambos os países sob o enfoque de nossa constituição, de forma a prevalecerem os direitos humanos.

### Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional A.D. 2000: en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 ago. 1980, Seção 1, p. 16534. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75604&norma=10238>>. Acesso em: 3 abr. 2011.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.011373/2008-83. Brasília, 13 jan. 2009a. Disponível em: <[http://s.conjur.com.br/dl/decisao\\_cesare\\_batti.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/decisao_cesare_batti.pdf)>.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 65132/DF. *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção 1, 4 set. 1987.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 87.858-8/TO. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 25 jun. 2009b.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CONVENÇÃO de Viena sobre o direito dos tratados (1969). *Promulga a convenção de Viena sobre o direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Brasília: Divisão de Atos Internacionais, 2009. Disponível em: <<http://daimre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1>>. Acesso em: 26 mar. 2011.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: \_\_\_\_ et al. *El estado moderno en Europa: instituciones y derecho*. Madrid: Trotta, 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. PARECER Nº AGU/AG-17/2010. *Revista da AGU*, Brasília, n. 26, out./dez. 2010.
- HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- KELSEN, Hans. *La théorie juridique de la convention*. Paris: Recueil Sirey, 1940.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, out./dez. 1999.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PORTAL do Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA, Manuel Adolfo; ALTOLAGUIRRE, Carlos García. *La extradición: desde sus orígenes hasta nuestros días: doctrina, legislación, jurisprudencia, derecho comparado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001.





# Unões homoafetivas

## Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF

Fabio Queiroz Pereira

### Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O neoconstitucionalismo como premissa para a argumentação. 3. O recurso aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. 4. A existência de lacuna e o recurso à analogia. 5. Sínteses conclusivas.

#### *1. Aspectos introdutórios*

Os valores e costumes que caracterizam uma sociedade são dotados de uma dinâmica específica marcada pela ocorrência de constantes mudanças. Assim, o que ontem era visto como certo, adequado, ou mesmo padrão, passa a ser analisado em uma ótica diversa, não revelando consonância com o paradigma temporal anterior. Diante desse significativo processo de transformação, verifica-se que é exigida de nossa ordem jurídica a tomada de inéditos posicionamentos, com o oferecimento de respostas para as contingências que advêm de uma nova conjuntura social.

Como reflexo desse processo evolutivo, contemporaneamente se apresentam as questões relativas à tutela dos interesses e direitos dos homossexuais. A progressiva superação do modelo tradicional de família, que tinha por cerne valores culturais e religiosos arraigados em nossa sociedade, aliada ao reconhecimento de uma dignidade humana, deu espaço para a busca de

Fabio Queiroz Pereira é Advogado e Consultor em Belo Horizonte. Doutorando em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra - Portugal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É Professor de Direito Civil na Faculdade IBMEC-MG e na Faculdade de Direito Milton Campos.

novos direitos que contemplassem as minorias discriminadas em decorrência de sua orientação sexual. Em razão de um repúdio de ordem moral comumente destinado às relações homoafetivas, fez-se necessária a procura de mecanismos jurídicos de salvaguarda e realização da plena igualdade<sup>1</sup>.

Nesse contexto, o reconhecimento de uma tutela jurídica às uniões compostas por pessoas do mesmo sexo tornou-se, recentemente, questão de intenso debate em nossos tribunais. Repercussões no âmbito do direito de família, embates no campo do direito previdenciário e até mesmo questões adstritas ao direito criminal foram objetos de interpretação dissonante por magistrados de todo o país e impelem à busca de uma posição uniformizadora em prol da segurança jurídica.

Assim, as diferentes formas de expressão da sexualidade, como um dos reflexos do direito à liberdade emanado do texto constitucional, levaram de forma inafastável a uma ponderação acerca da garantia de proteção de direitos daqueles que têm orientação sexual diversa da maioria da população. A discussão ganhou, por consequência, contornos constitucionais. Nesse sentido, assevera a Maria Berenice Dias (2010, p. 194):

“Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal de um indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em

suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual”.

A questão chegou até o Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF.

A primeira demanda teve como arguente o Governador do Estado do Rio de Janeiro e objetivava descartar qualquer intelecção que fosse óbice a uma tutela jurídica igualitária dos servidores públicos do estado, independentemente de orientação sexual. Desse modo, pleiteava-se interpretação conforme à Constituição de alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, intentando estender aos servidores homossexuais os direitos e deveres anteriormente só reconhecidos aos heterossexuais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria Geral da República, tinha por objeto central interpretação conforme à Constituição, do artigo 1.723 do Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”), reconhecendo como entidade familiar as uniões homoafetivas e estendendo, por conseguinte, os mesmos direitos e deveres relativos às uniões estáveis heterossexuais.

Em razão até mesmo de pedido subsidiário, o Ministro Carlos Ayres Britto conheceu da ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Além disso, como os temas abordados nos dois litígios eram similares, os pleitos verificados na ADPF foram subsumidos à ADI, em razão de seu regime jurídico mais amplo. A ação passou, assim, a ter por objeto central a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, buscando-se estender a sua aplicação às uniões homoafetivas.

Assim, em julgamento histórico, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por

<sup>1</sup> Nesse ponto, Rodrigo da Cunha Pereira (2000, p. 41) afirma: “Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania”.

unanimidade, deu provimento aos pleitos formulados, aplicando-se às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. A decisão foi dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, orientando os demais tribunais a julgarem no mesmo sentido interpretativo. Sedimentou-se, por consequência, a compreensão pela legitimidade das uniões homoafetivas, tendo por apoio a reconhecida inércia do Poder Legislativo e a busca pela concretização dos valores emanados da dignidade, da igualdade e da liberdade.

Apesar de o resultado ter sido unânime, constata-se que foram diversos os caminhos argumentativos para se chegar à aplicação do regime jurídico da união estável aos casais compostos por pessoas de mesmo sexo. Alguns elementos perfilham a totalidade dos votos, tais como a identificação da inércia do Legislativo, a necessidade de se reconhecer direitos fundamentais às minorias ou o reconhecimento do direito à felicidade. Contudo, as principais bases de fundamentação seguiram premissas variadas: ora aliadas à necessária interpretação conforme à Constituição, notadamente, apoiando-se na principiologia emanada do seu texto; ora adstritas à existência de uma lacuna normativa a ser preenchida por meio de recurso à analogia.

Essa constatação sobreleva a importância da teoria da argumentação no Direito contemporâneo. Ao magistrado não é aberta a possibilidade de julgar sem apresentar os motivos que o convenceram daquela tomada de decisão. Ao apreciar uma questão, é inevitável que um juiz realize valorações, devendo, por outro lado, utilizar-se do recurso a uma fundamentação racional, que busque dar os contornos justificadores para a resolução do caso concreto<sup>2</sup>. Nesse

<sup>2</sup> Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 257) afirma o seguinte: “Sustentamos que a racionalidade característica do pensamento jurídico envolve hermenêutica (compreensão), a argumentação e a interpretação. Primeiro, a apresentação do problema motiva a interpretação, o que significa que uma solução legal deverá ser dada, e, com isso, instaura-

contexto, apoiando-se em um julgado do Tribunal Constitucional Alemão, Robert Alexy (2005, p. 53) aduz:

“A tarefa do aplicador do Direito pode exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade”.

Desse modo, importa adentrar os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF. O presente trabalho tem, assim, por objetivo a análise dos fundamentos trazidos à ponderação, bem como a tentativa de verificar o caminho interpretativo mais consentâneo com a moderna teoria da argumentação jurídica. A aludida apreciação deve ser, contudo, antecipada por uma breve exposição acerca do neoconstitucionalismo, pois foi o referido fenômeno jurídico o alicerce para a formulação das profundas intelecções presentes no julgamento do caso das uniões homoafetivas.

se o fenômeno jurídico que é experimentado pelo intérprete. Em função desse problema, o intérprete raciocina juridicamente, o que significa dizer que ele domina a dogmática jurídica: lei, doutrina e jurisprudência. Por outro lado, o intérprete encontra-se inserido e faz parte de uma determinada tradição que lhe informa os valores e as condições em pauta, como pré-compreensão do problema. Daí, a partir do que podemos chamar de um projeto inicial, o intérprete indaga sobre as várias significações possíveis do problema, através de argumentos que constrói, para, finalmente assumir uma posição, isto é, decidir”.

## 2. O neoconstitucionalismo como premissa para a argumentação

A atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da possibilidade de aplicação do regime da união estável, previsto no Código Civil, às uniões entre pessoas de mesmo sexo revela-se como uma nova perspectiva teórica, fruto do denominado neoconstitucionalismo<sup>3</sup>. Não há dúvidas de que o Estado deve empreender esforços no sentido de oferecer o reconhecimento de categorias denominadas como minorias. Contudo, esse exercício só se efetiva, saindo do plano meramente político, quando se passa a compreender a possibilidade de realizar a Constituição por meio de um controle de viés positivo, exercido pelo Poder Judiciário. Nesse contexto são as palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p. 17):

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”.

<sup>3</sup> Acerca do neoconstitucionalismo, Carlos Bernal Pulido (2007, p. 301) faz uma importante observação acerca da compreensão de seu conceito: “este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y de otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí”.

Assim, o neoconstitucionalismo revelou-se como premissa para que juízos interpretativos, como o operado no caso em análise, se fizessem possíveis no plano fático. O marco filosófico para o seu desenvolvimento é identificado com o conjunto de ponderações teóricas habitualmente correlacionadas ao pós-positivismo. Por meio de variadas intelecções, observa-se uma tentativa de superar a legalidade estrita, sem abrir mão do direito posto. A esse aspecto, soma-se, ainda, uma leitura moral do Direito, sem recursos às categorias metafísicas (BARROSO, 2005, p. 16).

O neoconstitucionalismo, como marco teórico de superação do positivismo jurídico, propõe um modelo argumentativo de relações entre a Constituição e a legislação ordinária. O texto constitucional é onipresente e os direitos fundamentais estão irradiados por todo o ordenamento. Observa-se, portanto, um afastamento do modelo geográfico em que se traçavam limites claros do que fosse espaço de atuação das normas legais e do que fosse campo de controle por parte de normas constitucionais. Há, assim, um constante diálogo entre as normas, possibilitando a salvaguarda de direitos assentada em valores constitucionais<sup>4</sup>.

Observa-se, ainda, por intermédio do aludido fenômeno jurídico, a superação do modelo positivista, que estava adstrito apenas ao controle negativo puro, marcado pela declaração de inconstitucionalidade somente quando violada a semântica dos dispositivos encontrados no texto da Cons-

<sup>4</sup> Luís Roberto Barroso (2005, p. 21) acentua as diferenças com relação aos papéis das normas jurídicas na perspectiva do neoconstitucionalismo: “Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim, quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”.

tuição. Assim, o seu conteúdo passa a não se esgotar no significado de seus termos, pois a sua natureza é axiológica.

Aos juízes, principalmente aos Tribunais Constitucionais, é dada a função de controle negativo-positivo: declaração de inconstitucionalidade e maximização dos mandamentos constitucionais. Trata-se de uma atuação que pugna pela realização dos valores constitucionais no plano prático, ensejando a realização da justiça, frente à comum inércia do Poder Legislativo. Gilmar Mendes, Ministro do STF, em seu voto na ADI nº 4.277/DF, reconhece tal característica como marca essencial do constitucionalismo moderno:

“Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”<sup>5</sup>.

A garantia de concretização dos valores constitucionais no plano prático é repassada então ao Poder Judiciário. Como sua função está adstrita à interpretação e aplicação do direito aos casos concretos, demonstra-se demasiado importante que seja tomado um posicionamento de “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2005, p. 21). Os magistrados, principalmente os

juizadores das Cortes Constitucionais, passam a desempenhar um papel de garante da efetivação dos valores elencados no corpo do texto da Constituição.

Outro ponto a ser destacado é a adoção de uma teoria externa dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo permitiu uma maior apreensão dos direitos fundamentais, que agora abarcam não só o que a Constituição diz expressamente, mas também sua zona de incerteza. Não se trata mais de perquirir o que está proclamado de maneira candente no texto constitucional, reduzindo-se o exercício interpretativo ao mecanismo de subsunção. Cabe, contrariamente, a busca por soluções que perpassam pela ponderação de princípios, deixando de lado a interpretação estrita e abrindo espaço para juízos que congreguem a integralidade do sistema jurídico.

Como se pode notar, as características que o neoconstitucionalismo imprimiu na ordem jurídica revelam-se essenciais para o desenvolvimento de um controle que pugne pela verdadeira realização da justiça. A compreensão da carga axiológica contida no texto constitucional alia-se à necessidade de serem realizados os mencionados valores constitucionais no âmbito da prática jurídica. Não se está mais diante de meros indicativos políticos, mas sim de mandamentos que deverão ser concretizados por todos os operadores do Direito, incluindo, aqui, os magistrados.

### *3. O recurso aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais*

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto apoiou-se essencialmente em argumentos de ordem principiológica para reconhecer a aplicação do regime do artigo 1.723, do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo assinalado, fez-se recurso a princípios como a igualdade, a liberdade, a

<sup>5</sup> Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica entre outros. Para o referido julgador, as disposições da codificação civil têm que ser lidas em consonância com toda a principiologia que emana do texto constitucional.

As referidas ilações são produto do reconhecimento da força normativa dos princípios e da constatação de sua irradiação por todo o sistema jurídico. Não há mais que se pensar o Direito por meio de regras taxativas, mas sim tendo por base uma axiologia consagrada pela nossa Constituição. As bases e fundamentos do sistema deslocam seu eixo, passando a ser encontrados nos princípios expressos ou deduzidos do texto constitucional. Nesse contexto, são as palavras Luís Roberto Barroso (2005, p. 22):

“O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões as quais incidem. Também, aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance”.

Assim, no caso em análise, deu-se por justificada a interpretação conforme, tendo por base os princípios emanados do texto constitucional. As uniões homoafetivas revelam-se como corolários da liberda-

de para seguir a orientação sexual que cada indivíduo achar mais adequada. O tratamento dado às uniões estáveis heterossexuais deve ser estendido aos casais de mesmo sexo, em razão da igualdade que deve permear todo o ordenamento jurídico. O reconhecimento de direitos aos pares homoafetivos leva à concretude a máxima da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República. Além disso, outros princípios – como a privacidade, a intimidade, a razoabilidade ou a proporcionalidade – também são chamados a ampliar a discussão e justificar a opção tomada pelo julgador.

Desse modo, não se fez uma interpretação levando em consideração somente a literalidade dos dispositivos que tratam da família no texto constitucional. Consta-se que o artigo 226, § 3º da Constituição<sup>6</sup> é fonte inspiradora para o dispositivo do Código Civil em questionamento. Contudo, a leitura da legislação ordinária não pode ser realizada tomando por base somente um dispositivo constitucional. Contrariamente, exige-se do intérprete que esteja adstrito à integralidade do conteúdo da Constituição, incluindo aqui toda a principiologia que a inspira.

Deve-se acrescentar, ainda, o argumento de que os dispositivos da Constituição e do Código Civil que versam sobre a união estável, ao fazerem expressa menção à diversidade de gêneros, têm por teleologia a necessária proteção da figura da mulher. Não se trata aqui de uma proibição taxativa à concepção das uniões homoafetivas como entidades familiares, mas sim uma expressa alusão à mulher em razão das desigualdades sofridas ao longo de todo o processo histórico vivenciado em nosso país. Não há principiologia constitucional que dê guarida à discriminação e precon-

---

<sup>6</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º – Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

ceito em razão de distinta orientação sexual, não podendo ser feita uma leitura apartada do artigo 226, § 3º, da Constituição da República. Necessário se faz que o exercício interpretativo seja realizado tendo por base todo o sistema delineado em nosso texto constitucional.

Inegável que a discussão perpassa também os direitos fundamentais. Essa categoria de direitos, independentemente de sua formulação, tem a natureza de princípio e materializa verdadeiro mandamento de otimização (ALEXY, 2008, p. 575). Trata-se, em verdade, da institucionalização dos basilares direitos do homem, reconhecidos em uma determinada ordem jurídica. A positivação desses direitos no corpo de uma Constituição oferece uma tutela jurídica objetiva à integralidade dos indivíduos. Nesse sentido, assevera Carlos Bernal Pulido (2007, p. 304):

“La idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los derechos fundamentales en toda su entidad. Los principios de derecho positivo. Ellos valen como normas jurídicas bajo las condiciones de cada sistema jurídico. Las disposiciones de los derechos fundamentales son el elemento principal de la estructura de estos derechos. Ellas delimitan su contenido. La institucionalización en las disposiciones constitucionales atribuye a los derechos fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y tiene prioridad sobre su fundamentación moral”.

Acrescenta-se, ainda, que o voto do Relator – bem como os dos Ministros que o acompanharam na íntegra – não fez recurso à analogia, por não compreender a existência de uma lacuna. Segundo esses magistrados, a decisão de reconhecer a interpretação – conforme à Constituição – do artigo 1.723 do Código Civil baseia-se em

uma interpretação sistemática do dispositivo e do texto constitucional que supera a literalidade existente. Nesse ponto, são esclarecedoras as palavras do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto:

“Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação”<sup>7</sup>.

A não existência de lacunas e a interpretação baseada nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade são a base argumentativa do voto apresentado. Desse modo, a justificação construída pelos aludidos Ministros em seus votos está centrada em elementos principiológicos de caráter sistêmico. Os direitos fundamentais e seu reconhecimento como princípios levam a que o artigo 1.723 seja interpretado em também salvaguarda das uniões homoafetivas.

Por fim, pode-se verificar, a partir dos votos apresentados em consonância com a fundamentação do Relator, a utilização do denominado argumento *a contrario sensu*. Como não há disposição que vede a existência das referidas entidades familiares, concluiu-se pela sua proteção. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 259),

“o argumento *a contrario*, diferentemente da analogia, somente tem lugar quando o operador do direito, após interpretar os enunciados normativos em tese aplicáveis a um caso concreto, conclui que esse caso não configura uma lacuna jurídica, haja vista que a sua falta de regulamen-

<sup>7</sup> Excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI nº 4.277/DF.



tação expressa pelo legislador tem o significado de uma previsão de consequências normativas antagônicas àquelas estipuladas pela norma jurídica derivada da interpretação do dispositivo legal em questão”.

Vê-se que o fundamento apresentado pelos Ministros preenche os contornos da argumentação *a contrario sensu*. A aplicação da regra de que o que não está proibido está permitido é flagrante exemplo de sua utilização. Não haveria lacuna para esses julgadores, mas sim um dispositivo que expressamente alude a casais heterossexuais e que deve ser estendido aos pares homoafetivos, em razão da integralidade do sistema de normas e princípios encontrados em nosso texto constitucional. Esses foram os caminhos argumentativos percorridos pelos julgadores que seguiram as justificativas apresentadas no voto do Relator, conferindo a interpretação conforme ao dispositivo do Código Civil.

#### 4. A existência de lacuna e o recurso à analogia

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso apresentaram como fundamentos de suas decisões argumentos de ordem diversa dos oferecidos pelos demais Ministros, incluindo-se aqui o Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Verifica-se, assim, que, apesar de a decisão ter sido unânime, os caminhos percorridos por cada um dos magistrados, no âmbito da interpretação e justificação, apresentaram contornos dotados de elementos e aspectos teóricos particulares.

Um primeiro ponto a demarcar a divergência com os demais julgadores centrou-se no uso da interpretação conforme à Constituição. Como o artigo do Código Civil é praticamente uma repetição da disposição encontrada no texto constitucional não parecia haver espaço para realização de interpretação conforme à Constituição. Vejamos, novamente, os dois dispositivos:

“Código Civil – Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Constituição – Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Uma interpretação conforme à Constituição, que levasse à aplicação do artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, materializaria, em verdade, uma alteração radical na própria concepção original do texto normativo. Estar-se-ia realizando um exercício hermenêutico que afrontaria a literalidade dos dispositivos legais de ordem ordinária e de ordem constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, nesse ponto, chega a afirmar que “o único argumento forte a justificar a interpretação conforme à Constituição, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento das uniões homoafetivas”<sup>8</sup>.

A principal divergência com relação à fundamentação materializou-se, entretanto, na identificação pelos mencionados Ministros de uma lacuna normativa de caráter axiológico, a ser colmatada por meio do emprego da analogia<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

<sup>9</sup> Nesse ponto, acerca do conceito de lacuna, Karl Engisch (1996, p. 276) assim dispõe: “As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam ou admitem a sua remoção através de uma decisão judicial jurídico integradora. As lacunas

Segundo os referidos magistrados, a Constituição da República, ao tratar da família em seu artigo 226, não faz uma previsão taxativa dos tipos de entidades familiares, sendo possível o reconhecimento de outras categorias. Como a união homoafetiva não se enquadra de maneira ortodoxa nas tipologias previstas pelo Código Civil e pela Constituição, é possível reconhecer uma nova entidade familiar e pugnar pela sua imediata proteção, pelo fato de estarem em jogo questões relativas a direitos fundamentais. Nesse sentido, são as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, no voto apresentado na ADI nº 4.277/DF:

“Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia”<sup>10</sup>.

Assim, a norma prevista no artigo 1.723, da maneira como está posta em nosso Código Civil, obsta a interpretação expansiva que alcance as uniões homoafetivas. O nosso texto constitucional, contudo, é aberto e permite, por consequência, a identificação de uma lacuna passível de preenchimento por meio da analogia. Como se demonstra de todo possível transplantar o regramento das uniões estáveis heterossexuais aos casais homoafetivos, deve-se pugnar por sua aplicação analógica, conforme explicado acima.

Comumente, julgados anteriores de diversos tribunais brasileiros aplicavam também a analogia para reconhecer algu-

---

aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica”.

<sup>10</sup> Excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

mas repercussões emanadas das uniões homoafetivas. Esse exercício interpretativo-argumentativo dava-se, entretanto, tendo por base paradigmática a configuração de uma sociedade de fato, conforme previsão do artigo 1.363, do Código Civil de 1916. O aludido método hermenêutico perdeu força, principalmente, em razão do tratamento empresarial e obrigacional dedicado a essas sociedades, não consentâneo com o necessário regramento de pessoalidade que deve ser dedicado às uniões homoafetivas.

Assim, as regras mais próximas e, por consequência, mais adequadas a preencher a lacuna existente, seriam as normas que disciplinam a união estável entre casais formados por um homem e uma mulher. Nesse sentido, são as palavras do Ministro Cezar Peluso, no julgamento em exame:

“Há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual, entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna conseqüente tem que ser preenchida por algumas normas. [...] De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher”<sup>11</sup>.

Vê-se, assim, que o recurso à analogia foi a base argumentativa dos votos que apresentaram fundamentação dissonante das digressões apresentadas pelo Ministro Relator. No presente caso, as justificativas foram diversas, mas chegaram a resultados

---

<sup>11</sup> Excerto do voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

assemelhados, principalmente em razão do teor da matéria discutida. O reconhecimento de direitos e deveres emanados das uniões entre pessoas do mesmo sexo fazia-se necessário, devendo o Poder Judiciário atuar, seja preenchendo lacunas, interpretando por meio de princípios ou utilizando-se do argumento a contrario sensu. A correção da situação de alheamento da qual padecia uma minoria precisava ser realizada, e a força dos argumentos fez-se, mais uma vez, necessária para fundamentar a tomada de decisão de nosso Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

### 5. Sínteses conclusivas

As uniões homoafetivas apresentam-se como uma realidade inafastável, exigindo um posicionamento do ordenamento jurídico com relação a sua salvaguarda e regulamentação. Em decorrência da inércia do Poder Legislativo em conferir necessária proteção a uma categoria minoritária, coube ao Judiciário concretizar o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A atuação dos magistrados, no caso apresentado, é reflexo de uma nova perspectiva teórico-prática, que enseja a plena realização dos ditames encontrados na Constituição. O neoconstitucionalismo revela-se, assim, como premissa para que se possa pensar na realização dos direitos

fundamentais repercutindo por todo o sistema jurídico.

O Relator da ADI nº 4.277 apresentou sua fundamentação tendo por elementos balizadores as exigências impostas pela principiologia verificada no texto constitucional e o fundamento de que o que não é proibido pelo ordenamento, é permitido aos indivíduos. Assim, diante da não existência de óbices legais às uniões homoafetivas, coube ao Poder Judiciário dar interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, estendendo seus efeitos para as hipóteses em que se materializa a união entre pessoas do mesmo sexo. Deve-se assinalar que, no caso apresentado, não se demonstrou necessário nem mesmo falar em ponderação de princípios, visto que o reconhecimento e a regulamentação da união civil homoafetiva não traz qualquer prejuízo a nenhum princípio constitucional. A liberdade expressa por meio de uma orientação sexual não leva a nenhum contraste principiológico a ensejar a escolha de um princípio mais importante. Trata-se, em verdade, apenas de reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais a uma minoria social.

Como asseverado, as argumentações seguiram caminhos diversos. Os juízos apresentados pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso revelam-se mais consentâneos com a realidade dos fatos e do Direito. A existência de uma lacuna normativa parece ser um argumento inafastável. Diante da clareza do texto constitucional a interpretação conforme cede espaço para a efetivação de direitos fundamentais por meio de recurso à analogia. Como as uniões homoafetivas revelavam-se carentes de regulamentação e como se estava diante de primados envolvendo a personalidade e a liberdade dos indivíduos, fez-se necessária a utilização do raciocínio analógico para aplicar o regramento das uniões estáveis heterossexuais aos pares homoafetivos. A opção pelo argumento de existência de

---

<sup>12</sup> Nesse ponto, demonstra relevo a construção teórica de Häberle, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI nº 4.277: "O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo. Na res publica existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para 'novas' realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor".

lacuna e preenchimento por meio de exercício interpretativo analógico parece ser, portanto, o caminho mais correto.

Por fim, deve ser assinalado que esse julgamento acabou por gerar um precedente judicial a ser aplicado aos casos análogos, em trâmite nos demais tribunais do país. Assim, surge uma nova força argumentativa materializada na eficácia vinculante advinda do julgamento daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Seus reflexos já podem ser sentidos na realidade jurídica brasileira, havendo, inclusive, julgados reconhecendo a possibilidade de casamento entre homossexuais. Constata-se, assim, a relevância da argumentação jurídica revela contemporaneamente, devendo sempre se verificar uma fundamentação pautada na lógica e nos valores emanados de nosso texto constitucional.

### *Referências*

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Analogia jurídica e argumento a contrario: um caso típico de argumentação por princípios: uma explicação a partir de uma controvérsia sobre a aplicação do artigo 1.122 do Código de processo civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 29, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Benenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A sexualidade vista pelos tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



# Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político

Teresinha Inês Teles Pires

## Sumário

1. Introdução. 2. Liberdade de consciência e de crença na dogmática jurídica e na Constituição. 3. Âmbito de proteção e reservas legais. 4. Hermenêutica constitucional e estado democrático de direito. 5. O princípio da separação e da não confessionalidade. 6. Liberdade Religiosa e Pluralismo Político. 7. Conclusão.

### 1. Introdução

Este artigo tem por objetivo colher os posicionamentos doutrinários pertinentes à discussão do direito à liberdade de consciência e de crença e sua interação com outros princípios constitucionais, além de problematizar as situações fáticas que possam se apresentar perante o intérprete a respeito da matéria.

Considerando o pouco desenvolvimento do assunto no universo jurídico, seja pela ciência do direito, seja pela prática jurisdicional, procurar-se-á abordar a posição de tais liberdades no contexto da teoria dos direitos fundamentais constitucionais, bem assim no contexto sociopolítico relacionado à busca pelo reconhecimento de direitos e aperfeiçoamento do ideal democrático.

### 2. Liberdade de consciência e de crença na dogmática jurídica e na Constituição

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios da liberdade de consciência

Teresinha Inês Teles Pires é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação da UniCEUB.

e da liberdade de crença como direitos individuais fundamentais (art. 5º, inciso VI). A liberdade de consciência apresenta-se como um conceito mais amplo, que incorpora seja a liberdade religiosa, de professar qualquer crença religiosa, seja a liberdade de ter convicções filosóficas destituídas de caráter religioso (MIRANDA, J., 1993, p. 365). Desse modo, para Jorge Miranda, assim como para a doutrina portuguesa em geral, a liberdade religiosa deriva da liberdade de consciência. Por outro lado, a doutrina brasileira, na esteira de Pontes de Miranda, toma como matriz da liberdade religiosa a liberdade de pensamento, tratando-se a primeira de uma especialização da segunda. Isso no sentido de que a liberdade de pensamento se subdivide em “liberdade de religião e liberdade de pensamento a-religioso ou antirreligioso” (MIRANDA, F., 1968, p. 109, 116).

Essa distinção dogmática, em realidade, conduz aos mesmos resultados (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 115), sendo importante destacar a opção constitucional pela ampla liberdade conferida aos indivíduos no que concerne à hierarquia de valores a ser adotada perante sua própria consciência, o que configura uma reserva pessoal de intimidade e autodeterminação. Pode-se dizer que essa permeabilidade entre os conceitos de liberdade de consciência, liberdade de pensamento e liberdade religiosa importa em uma interdependência complexa, especialmente quando se considera ainda a vinculação dos mesmos a outros princípios inerentes à intimidade individual, como o princípio da formação da identidade e da personalidade.

Problemática questão inerente à não completa autonomia de todas essas categorias jurídicas se revela quando as pensamos no campo da conduta humana, da liberdade de atuação conforme as convicções pessoais, supondo-se a necessidade de se atribuir um tratamento consentâneo a ambos os aspectos (convicções e práticas). O “direito de personalidade em geral”, na

medida em que diz respeito à formação da identidade do sujeito, impõe limites à intervenção estatal, pois envolve “a liberdade de não ser onerado de uma maneira que afete massivamente” o plano íntimo da construção da consciência individual (PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 113)<sup>1</sup>.

Particularmente as convicções religiosas impõem ampla proteção da conduta, tendo em vista o significado ético das crenças religiosas, as quais se refletem em hábitos culturais e sociais, como, por exemplo, o do uso do véu ou outros símbolos. Outro exemplo é o da objeção de consciência, pela qual se reserva ao indivíduo o direito de recusar-se à prática de determinado ato, por motivo de crença. Mencionem-se, nesse sentido, o caso da pessoa que não aceita a transfusão de sangue por professar a religião Testemunha de Jeová, a recusa ao serviço militar e a recusa do médico a realizar o aborto nos países nos quais sua prática é legalizada.

Interessante discussão é travada no que concerne às condutas penalmente tipificadas. A razão de ser “das medidas proibitivas” “de natureza penal” reside na proteção a terceiros pessoas, isto é, em regra uma ação é definida como crime quando sua prática produz algum tipo de dano a outrem. Além disso, exige-se a capacidade de discernimento do agente. Alguns autores entendem, ainda, que o “consentimento do ofendido” pode configurar “excludente de tipicidade”, em se tratando de bem jurídico “disponível, eis que nessa hipótese o titular do bem jurídico protegido abre mão da tutela penal”. O mesmo entendimento aplicar-se-ia às “autolesões”, no mais das vezes motivadas por crenças pessoais (MARTINELLI, 2009, p. 73, 75, 84, 86).

Mais complexa se torna a análise da incidência em conduta criminosa do ponto de

<sup>1</sup> Canotilho (1998, p. 372) também faz referência à “concepção de um direito geral de personalidade”, afirmando que “cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”.

vista do conceito de objeção de consciência. Pense-se na situação em que o indivíduo pratica uma ação criminosa ciente desse fato porque subjetivamente acredita que a ação é justa. Esse agente pode ser chamado de “agente por convicção”. Obviamente o “direito positivo” prevalece sobre a “convicção subjetiva”; porém, a proteção da liberdade de consciência possibilita a reserva pessoal no campo das convicções morais e da conduta humana quando essas convicções ou condutas são verdadeiros componentes da personalidade, como já dito. Desenvolveu-se, assim, na doutrina o pensamento de que, nesse tipo de situação, quando “apenas se atingirem liberdades e direitos fundamentais de terceiros de forma periférica”, a ponderação de valores “penderá a favor do fato consciência” (convicção subjetiva) (ROXIN apud WEINGARTNER NETO, 2007, p. 313-315)<sup>2</sup>.

Na vertente subjetiva, as liberdades de consciência e de crença garantem “a liberdade de confessar uma fé ou uma ideologia” (liberdade religiosa negativa); nesse âmbito, a Constituição protege “a personalidade espiritual moral”, assegurando-se uma livre caracterização do certo ou errado nas questões existenciais, o que não significa total ausência de limites, como se verá adiante. Por outro lado, como elemento da ordem objetiva (liberdade religiosa positiva), aquelas mesmas liberdades garantem “a neutralidade religiosa e ideológica do Estado” (HESSE, 1998, p. 298-300). As duas dimensões (subjetiva e objetiva) aumentam a densidade jurídica do direito em análise, considerando que cada uma delas comporta ainda outras subdivisões: os direitos subjetivos podem ser individuais ou coletivos (das pessoas jurídicas), enquanto

o “prisma objetivo” apresenta a categoria dos “deveres de proteção” e a categoria das “garantias institucionais” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 68).

Sendo assim, as liberdades de consciência e de crença estruturam-se em uma perspectiva multidimensional, devendo, em todas as duas distinções dogmáticas, conectar-se ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

### 3. Âmbito de proteção e reservas legais

O âmbito de proteção da liberdade de consciência (sentido amplo) deve ser expansivo o bastante para incorporar em seu conteúdo as diversas e multifacetadas mundividências filosóficas, ideológicas e religiosas. Além disso, tem que se pautar pela não violação do princípio da neutralidade estatal.

Na teoria de Robert Alexy (2008), os princípios são distintos das regras por apresentarem maior grau de generalidade. O autor cita como “um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto” o princípio da “liberdade de crença”. Na seara da colisão entre princípios, o autor afirma que “um dos princípios terá que ceder”, o que não importa na declaração da sua invalidade, mas, sim, na “precedência” do outro, dadas as circunstâncias do caso concreto. Como se sabe, para Alexy (2008), a tensão entre dois princípios soluciona-se por meio do “sopesamento” dos interesses em conflito. Entretanto, existem os direitos não passíveis de restrições, em tese, pela ausência de reserva expressa (simples ou qualificada), entre os quais se inclui a liberdade de crença; em outra linha de raciocínio, do ponto de vista estrutural, a ausência de reserva legal não atribui proteção absoluta a esses direitos, que podem ser limitados em face de colisão de interesses (ALEXY, 2008, p. 87, 93, 95, 124). Gilmar Mendes (2009) esclarece que a restrição de um direito fundamental sem reserva expressa se legitima diante de uma colisão,

<sup>2</sup> A dogmática jurídica sugere, em alguns casos, a analogia com o estado de necessidade, quando “se sacrifica bem jurídico de valor menor”, em outros casos a analogia com a “exclusão da culpabilidade” e, em outros ainda, “a cláusula de consciência” é considerada uma “espécie de inexigibilidade de conduta diversa” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 316).



com fundamento nos “direitos de terceiro ou em outros princípios de hierarquia constitucional”, lembrando, obviamente, que tal restrição é limitada, sob pena de se atingir “o núcleo essencial do direito fundamental” (MENDES, 2002, p. 240-241, apud WEINGARTNER NETO, 2007, p. 195-196).

Outro problema é delimitar normativamente em que circunstâncias se considera atingido, em sua essência, um direito fundamental. Gavara de Cara (1994), ao abordar as teorias subjetivas e objetivas a respeito do conteúdo essencial, aponta como um dos caminhos para essa resposta a teoria de Ekkehart Stein, segundo a qual, se a limitação chega ao ponto de os indivíduos não poderem “de nenhuma maneira desfrutar dos interesses protegidos pelo direito fundamental”, isso significa que seu conteúdo essencial foi afetado. Outro critério digno de referência, para Gavara, é o apontado por Herbert Krüger, que “consiste em determinar em cada caso concreto se a finalidade do direito fundamental, depois da limitação”, foi realizada ou não. Essas duas posições adotam a concepção de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos do indivíduo. No campo das teorias objetivas, que definem como objeto de proteção a própria “norma objetiva de direito fundamental”, Gavara menciona, entre outras, as teorias de Friedrich Klein, e seu destaque para a compreensão de que os direitos fundamentais não são só “direitos públicos subjetivos mas também garantias institucionais, normas principais e regras de interpretação”, e a teoria de Eike Von Hippel, que considera “que as normas de direitos fundamentais regulam questões básicas da ordem social”. Por fim, ainda segundo Gavara (1994, p. 28, 32, 36, 38), Hesse tenta desconstruir a ambivalência entre as vertentes subjetiva e objetiva, propondo uma “intercambialidade de ambos os aspectos”, no sentido de ambos comporem o objeto protegido.

Em face da natureza abstrata da formulação constitucional desses direitos, a

fixação de limites ao seu exercício remete o legislador e intérprete a permanente tensão entre a norma jurídica e a realidade fática<sup>3</sup>. Não é possível restringir direitos com espreque na pura literalidade textual positiva, sem a consideração dos valores culturais, sociais e também religiosos inerentes a uma determinada sociedade.

As “novas conformações” “hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade”, de modo a equilibrar “o interesse individual e o interesse da comunidade”. A respeito do controle de constitucionalidade das leis, a doutrina enfoca o complexo tema da definição do “excesso de poder legislativo”, que infringe o princípio da proporcionalidade. O legislador, ao impor restrições aos direitos fundamentais, não tem só a faculdade, mas a “obrigação de observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição”, e não pode também omitir-se em seu “dever” “de legislar”, incumbindo-lhe concretizar as “garantias institucionais” (MENDES, 2009, p. 19, 20, 47, 117). No que tange ao “controle do direito pré-constitucional”, Gilmar Mendes (2009, p. 216) sugere que a “consolidação da ADPF” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) “poderá ser” “um instrumento adequado”.

O aspecto subjetivo do direito à liberdade de consciência e de crença, como já adiantado, associa-se aos direitos à intimidade, à identidade e à formação da personalidade, e seu aspecto objetivo, à garantia da neutralidade estatal, que, diante do livre exercício de profissões religiosas, deve abster-se de favorecer a prevalência de uma doutrina específica no âmbito do espaço público. Cabe aqui a pergunta:

<sup>3</sup> Veja-se, nesse sentido, a argumentação de F. Müller (apud BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 33-35) relacionada à incorporação dos aspectos empíricos no programa normativo, aspectos que se modificam ao longo do tempo, fazendo com que o legislador tenha que assumir uma “posição intermediária”, mantendo-se vinculado à norma objetiva e ao mesmo tempo às mudanças introduzidas pelas “circunstâncias” fáticas do caso concreto.

como o Estado, em seu papel garantidor do exercício dessas liberdades, inclusive por meio de leis restritivas de direitos (no que pese à não previsão constitucional) para a composição dos interesses conflitantes, irá assegurar “a igualdade entre as religiões e a liberdade de consciência no espaço público” (DINIZ, 2010, p. 25) e na esfera privada da autodeterminação individual? É dever do Estado acolher em seu arcabouço jurídico-político valores filosóficos e religiosos minoritários como possibilidades de escolha individual, atenuando a dominação histórica de uma específica doutrina<sup>4</sup>. Nessa seara entra a exigência constitucional da proibição do proselitismo religioso, entendido doutrinariamente como manifestação de dogmatismo ou sectarismo tendente à discriminação social de credos religiosos não prevalentes culturalmente. Certamente a Constituição permite a expressão de convicções religiosas, mas não ao ponto de se promover a arregimentação manipulatória com o intuito, muitas vezes, de se obter poder político.

#### *4. Hermenêutica constitucional e estado democrático de direito*

Os parâmetros estabelecidos pela hermenêutica constitucional fornecem subsídios para a concretização das liberdades individuais. Nas hipóteses em estudo, devido ao nível elevado de abstração e generalidade, o sopesamento dos valores envolvidos, em sua integralidade, coloca o intérprete em uma condição singular. Das diferentes posições doutrinárias acima sintetizadas, além de várias outras não mencionadas, infere-se que a definição dos elementos componentes do “núcleo essencial” do direito à liberdade de consciência ou crença envolve aspectos éticos, ideológicos, culturais, sociais e intrapsíquicos.

<sup>4</sup> “Alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Como destaca Ortega y Gasset (apud SILVA NETO, 2008, p. 86), “eu sou: eu e minha circunstância”; ou, no dizer de Francesco Ferrara (1921, p. 36), “é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação a norma foi criada”.

Pressupondo-se a insuficiência do “positivismo jurídico” e da “interpretação lógico-semântica” na solução das colisões de interesses surgidas nos casos concretos, a interpretação jurídica, no juízo de aplicação, assume um “caráter prático” e “aberto”, em vista das especificidades das situações existenciais apresentadas a exigir uma resposta por parte do Estado. O método “hermenêutico-concretizador” é o caminho adequado para a resolução das mais variadas questões afetas à liberdade de consciência e religiosa por direcionar-se aos problemas efetivos com os quais o intérprete se depara em um determinado contexto sociopolítico. Ressalte-se que a “pré-compreensão do intérprete”, no referente ao sentido e “conteúdo da norma”, pautar-se-á por expectativas e valores subjetivos, tendo por paradigma o “princípio da interpretação conforme a constituição” (SILVA NETO, 2008, p. 89-91, 93).

Esse enfoque hermenêutico é bastante acentuado na proposição de Peter Häberle da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, que possibilita uma permanente “revisão” da interpretação em conformidade com os “novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade”. O autor confere à “esfera pública” e às “forças sociais” uma dimensão primordial, em especial na concretização dos direitos fundamentais, e atribui à “práxis cotidiana”, construída pelo “círculo de participantes”, o papel garantidor do exercício das liberdades individuais e coletivas (HÄBERLE, 2002, p. 9, 27, 33, 37) pela mediação do livre fluir do debate e da participação de todos os cidadãos, não somente dos detentores do poder ou ocupantes de cargos públicos. Häberle (2002, p. 40) adverte, contudo, que o processo discursivo está sempre subme-

tido a “ameaça”, devendo ser conduzido pela “ordem liberal-democrática” como um “modelo ideal” de sociedade aberta. A aplicabilidade dessa teoria no campo da liberdade de consciência/religiosa é a mais extensa possível, haja vista a velocidade em que os valores individuais ou comunitários se modificam nos diversos contextos históricos das civilizações. A interpretação da constituição deve caminhar no mesmo passo das mudanças sociais e, no âmbito em investigação, no mesmo passo da introdução de novas tendências e interações, principalmente na prática religiosa. A conduta humana não se desvincula dos valores e crenças pessoais e não pode ser juridicamente sopesada de forma dissociada desses referenciais individuais. Novos enfoques interpretativos são necessários, na prática jurídica, para a extensão desses direitos com a inclusão das ideologias e crenças minoritárias.

Do ponto de vista político, defende-se, nesse texto, a perspectiva de fortalecimento de mecanismos democráticos, a serem postulados pela ciência e prática do direito, que promovam uma maior descentralização do debate público, uma mais efetiva participação das entidades representativas de todos os setores da sociedade, como associações e movimentos sociais. Digno de menção, nesse ponto, é o esforço de Unger (2004) na defesa do aprimoramento institucional. Sua conclamação ao “experimentalismo democrático” incita a “prática permanente de reforma radical” das instituições políticas e, em relação à participação popular no processo decisório, a conformação a esse anseio do “arcabouço jurídico partidário”. Essa é a “vocação do direito contemporâneo”, a “formação de uma ordem política e econômica” que acolha os “direitos de escolha” e o “gozo efetivo” das liberdades institucionais. O autor propõe como método de realização do “projeto democrático” o que ele chama de “democracia mobilizadora”, cuja direção indica a revisão das “estruturas arraigadas” da vida política.

Em consonância à advertência de Häberle (2002), quanto à “ameaça” de esvaziamento da democracia participativa, Unger (2004) chama a atenção para o risco do “conluio entre poder político e vantagem econômica”. Além disso, os grupos mais engajados podem “tomar o controle das instituições participativas”, enquanto os “ausentes, distraídos e taciturnos” mantêm-se à margem do espaço decisório (UNGER, 2004, p. 16, 27, 41, 198-199, 205). Essa exclusão é patente no contexto da participação de entes religiosos e seus representantes no processo político. Ninguém há de negar que não há grupos organizados de pessoas que não tenham crenças religiosas minoritárias ou que simplesmente não tenham crença alguma (agnósticos e ateus); com isso, as decisões políticas passam ao largo do direito de participação desse universo específico de pessoas, embora elas tenham igualmente que se submeter às regras morais e normas jurídicas vigentes.

##### *5. O princípio da separação e da não confessionalidade*

O processo de secularização, que fez imperar a separação entre Estado e religião e a proibição do ensino confessional (de conteúdo missionário e pretensões clericais), partiu da necessidade de se combater a intolerância religiosa, presente particularmente no mundo ocidental em face da preponderância do cristianismo e do esvaziamento das doutrinas divergentes. Alguns países adotam uma religião oficial, sendo, portanto, Estados confessionais; é o caso da Argentina (catolicismo). Outros abraçam o regime da separação, porém reconhecem ao mesmo tempo “algum tipo de privilégio para determinada Igreja”, como, por exemplo, Portugal, que, “com a reforma da Lei constitucional nº 3, de 1971”, adota a religião católica “como religião tradicional da Nação” (TAVARES, 2009, p. 54, 59). Por outro lado, grande parte dos países, como França, Espanha e, também, Brasil,

são repúblicas laicas. No caso do Brasil, a laicidade está assegurada pela proteção constitucional da liberdade de consciência e de crença.

Esclareça-se que o termo “laicidade” não significa hostilidade às práticas religiosas, mas apenas o caráter não confessional do Estado. No Brasil, inclusive, a laicidade não é proclamada como “neutralidade confessional” (que sequer admitiria a presença de símbolos religiosos nos locais públicos), mas antes como “pluriconfessionalidade”, haja vista a aceitação de tais símbolos em nossas instituições e a participação das religiões nas decisões políticas. Como se sabe, “há representantes religiosos em cargos políticos e públicos” (DINIZ, 2010, p. 23), em número expressivo, o que pode, inclusive, resultar em grave situação de faccionismo<sup>5</sup>. A Constituição brasileira, no artigo 19, inciso I, proíbe ao Estado estabelecer aliança ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, “ressalvada” “a colaboração de interesse público”. Razões de ordem cultural e sociológica justificam essa previsão nas hipóteses em que as atividades desenvolvidas por instituições religiosas exerçam alguma função social em benefício da coletividade, mas não se pode perder de vista que se trata de uma exceção, devendo ser admitida com grandes reservas.

Um problema complexo relacionado ao esforço para concretizar o direito fundamental à formação de convicções morais e religiosas individuais manifesta-se na questão da proibição do ensino confessional (oferecido por representantes de igrejas) nas escolas públicas. A Constituição (art. 210, parágrafo primeiro) estatui que o ensino religioso nas escolas públicas é facultativo. A Lei 9.475/1997 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) deixou para as secretarias estaduais “a regulação do ensino religioso”, dando origem a leis inconstitu-

cionais, como a Lei 3.459/2000 do Rio de Janeiro que prescreve a obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas públicas e sua disponibilização na forma confessional. Essa lei “está sendo contestada” no STF “desde 2004”. Outros estados, como o Acre, a Bahia e o Ceará, igualmente promovem o ensino confessional (DINIZ, 2010, p. 41, 42, 45), o que viola o caráter vinculativo dos direitos fundamentais nas três esferas de poder institucional.

No direito internacional, duas experiências são tidas como modelos “no acolhimento do princípio da separação”: o modelo americano, com a metáfora do *wall of separation* e da *establishment clause*, e o modelo concordatário europeu, calcado em tratados celebrados entre os Estados e a Santa Sé (Estado do Vaticano) em matérias de natureza religiosa. Nos Estados Unidos, preza-se fortemente pelo distanciamento e pela neutralidade do Estado em face das questões religiosas, embora a Suprema Corte apresente atualmente uma tendência a atenuar o “separatismo estrito” na tentativa de “acomodar o fenômeno religioso” e de favorecer ações positivas do Estado em prol da secularização e da efetividade da liberdade religiosa (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 151-156).

Muito mais problemático é o sistema concordatário, que infringe os princípios do constitucionalismo pela perpetuação de privilégios e discriminações. O Brasil não tem tradição de celebrar concordatas, mas, nas últimas décadas, algumas foram efetivadas, como o *Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa nas Forças Armadas* (1989) (MAZZUOLI, 2009b, p. 257) e a Concordata que previu a “confessionalidade do ensino religioso” católico, acordo esse aprovado em 2009 (DINIZ, 2010, p. 43). Esses acordos, assim como quaisquer concordatas, são inconstitucionais por resultarem na concessão de “um tratamento especial” “aos cidadãos católicos” em relação aos “não católicos”, criando “distinções” entre

<sup>5</sup> Consulte-se, nesse particular, a crítica feita por BOBBIO (1999, p. 194) à atuação legislativa, no sentido de os partidos estarem “se transformando em facções”.

brasileiros (MAZZUOLI, 2009b, p. 258-259), no que tange ao regime de liberdade religiosa e de pluriconfessionalidade. Além das concordatas, o Brasil ratificou vários tratados internacionais em geral, que contêm disposições pertinentes à proteção da liberdade de consciência e crença. Todavia, enfatize-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADIn nº 1.480-DF, que os tratados e convenções “estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República” (SILVA NETO, 2008, p. 75)<sup>6</sup>.

Notoriamente, no Brasil, nem sempre a liberdade religiosa e a liberdade axiológico-filosófica, a despeito de serem definidas como garantias constitucionais fundamentais, efetivam-se significativamente nas práticas institucionais, considerando a participação e a grande influência do fenômeno religioso no processo político. Claramente se observa uma forte “resistência política à aprovação de leis que confrontem a moral católica”, ou, melhor dizendo, a moral cristã<sup>7</sup>, “tal como” “a descriminalização do aborto” e o “casamento de pessoas homossexuais” (DINIZ, 2010, p. 22). Na medida em que essa resistência bloqueia o reconhecimento da igualdade religiosa ou a proteção do agnosticismo e do ateísmo (apoiados na liberdade de consciência), o Estado teria que encontrar mecanismos para o estabelecimento de limites à interferência de grupos religiosos nas decisões políticas, especialmente no processo de elaboração legislativa, por meio do controle de constitucionalidade de leis proselitistas. Esse controle seria legítimo em razão do caráter negativo dos direitos fundamentais, o que impõe limitações (contenções) na

atuação do Poder Público, em todas as suas esferas. Nesse aspecto, Débora Diniz (2010, p. 50) destaca a “baixa eficácia do controle de constitucionalidade das leis estaduais” no Brasil, o que dificulta em muito o respeito à pluriconfessionalidade.

## 6. *Liberdade religiosa e pluralismo político*

O sentido conceitual das liberdades institucionais de pensamento, de consciência e de crença remete diretamente à garantia do direito à liberdade e à igualdade (CF, art. 5<sup>a</sup> *caput*) na esfera pública, o que exige a releitura do amplo significado da perspectiva da justiça social com enfoque em parâmetros de controle democrático em um nível suficiente à redistribuição da participação no processo decisório. A teoria liberal de Rawls, uma importante referência nas questões relativas às liberdades individuais, busca propiciar a coexistência de uma variedade de doutrinas abrangentes razoáveis que se articulem no exercício da razão pública. Dentro desses parâmetros, cada indivíduo é livre para professar suas próprias crenças religiosas ou filosóficas, cuja justificação se alcança “com base em um equilíbrio razoável de valores políticos públicos” (RAWLS, 2011, p. 287-288). Igualmente, M. Rosenfeld é outro autor que, em sua teoria a respeito do “sujeito constitucional”, discute a necessidade de se combater a intolerância religiosa, em sua pretensão de monopolizar a verdade, e desenvolve a ideia de interação entre a identidade constitucional e as identidades culturais e religiosas construídas em uma determinada sociedade. Nesse movimento dialético, a incorporação, no plano jurídico, das concepções religiosas a respeito do bem somente se legitima na medida em que não haja a prevalência de uma única, entre elas, em detrimento das demais, ou em detrimento das concepções não religiosas (ROSENFELD, 2010, p. 37). O paradigma do reconhecimento do direito à igualdade

<sup>6</sup> Sobre os tratados, convenções e declarações de direitos, ver também Silva Neto (2008, p. 79-84).

<sup>7</sup> Aliás, o proselitismo religioso vem aumentando gravemente em razão do crescimento de outras religiões cristãs, sobretudo o protestantismo com suas diversas vertentes, que chegam mais e mais ao Brasil com o objetivo missionário de converter pessoas para sua doutrina. Sobre esse ponto, ver também Weingartner Neto (2007, p. 120-121).

reside na consideração contextualizada das diferenças.

O conceito de pluralismo evoca a proposição de um sistema político aberto à participação “dos vários grupos ou camadas sociais” na composição “da vontade coletiva”, ou seja, um modelo de sociedade na qual “o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito” (BOBBIO, 1999, p. 16, 22). O pluralismo insere-se no contexto das liberdades fundamentais, sobretudo as que estão em análise neste ensaio, no que diz respeito à defesa e garantia da multiplicidade psíquica, ideológica, ética e religiosa.

O reconhecimento do pluralismo, no Brasil, encontra empecilhos na vida social em decorrência da tensão existente entre a diversidade cultural e o fenômeno religioso. A “homogeneização” do pensamento religioso coloca em risco a liberdade de consciência, como um conceito que abrange as opções religiosas, agnósticas e ateístas. Assim, mesmo o propósito de um “ecumenismo religioso” não pode ser “fomentado pelo Estado”, na medida em que se afirma “o fato do pluralismo como elemento insuperável da sociedade contemporânea e democrática” (SORIANO, 2009, p. 173-174).

A Constituição, no artigo 215, *caput* e parágrafo 1º, proclama o direito ao “pleno exercício dos direitos culturais” e a livre manifestação “das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras” e de “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Assim, no que pese o predomínio numérico de católicos e protestantes no Brasil, a identidade nacional é ampla o suficiente para justificar a proteção das manifestações culturais e religiosas não cristãs, autorizando ao Estado a prática de condutas positivas e intervencionistas em situações fáticas nas quais se evidencie que a liberdade de expressão de pensamento ou de crença está sendo obstada.

O banimento do preconceito e da discriminação das minorias é uma questão

multidisciplinar, tendo que ser enfrentada nas esferas jurídica, social, política e econômica. Nesse particular, basta lembrar que a Constituição de 1988 definiu a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII) e, no artigo 231, reconheceu “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Cite-se, ainda, o art. 26-A da Lei 9.394/96, que tornou obrigatório “o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira” (SZKLAROWSKY, 2009, p. 334) nas escolas públicas e particulares (ensino fundamental e médio). No Brasil, ainda existe uma segregação negra velada, assim como de outras etnias (judeu, índio etc.), o que reproduz um sério quadro de intolerância e perseguição, impedindo a incorporação dos valores culturais e práticas sociorreligiosas desses grupos no espaço público<sup>8</sup>.

Denota-se uma tendência à hegemonia de uma visão uniforme na escala valorativo-existencial, com o não reconhecimento efetivo das concepções particulares do pensamento e da conduta humana, em todas as suas dimensões. As disposições protetivas do “Estado constitucional” esbarram na realidade empírica da intolerância, que não é vencida até mesmo devido às desigualdades sociais e econômicas, impeditivas da organização daqueles grupos historicamente desfavorecidos. Ademais, enfrenta-se atualmente o “desafio do fundamentalismo”, “fenômeno cultural” que, principalmente em sua vertente religiosa, desconstrói as bases do “estado democrático de direito, haja vista seu potencial de infiltração em “partidos e associações”. Movimentos fundamentalistas podem desenvolver-se em “qualquer religião”, sendo mais comuns “nas três religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 47,

<sup>8</sup> A atualidade desse quadro social está minuciosamente explicitada no histórico julgamento do caso Ellwanger por parte do Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.424/RS), concernente à discriminação contra o povo judeu.

48, 52)<sup>9</sup>. Há de ser respeitada a autonomia moral e metafísica dos cidadãos, que podem livremente aderir a qualquer crença, inclusive as de caráter fundamentalista, mas não se pode admitir que a adesão a uma confissão religiosa possa importar em riscos à integridade física e moral das demais pessoas.

### 7. Conclusão

O ressurgimento da experiência religiosa ocorrido nas últimas décadas produziu novos desafios para o Direito. A Constituição de 1988 abriu o caminho para a minimização da intolerância e do fundamentalismo com a inclusão sociopolítica dos valores e confissões religiosas minoritárias. A necessidade de acomodação do fenômeno religioso modificou o processo de secularização, que não mais está radicalmente focado na rígida separação entre o Estado e a religião (neutralidade), mas, sim, na construção efetiva do paradigma da pluriconfessionalidade.

Nessa dimensão, a dogmática dos direitos fundamentais e a perspectiva de sua concretização cumpre uma função primordial no sentido de transformar em um direito fundamental o que se moldava antes no conceito de tolerância. Ao Estado se impõe o dever de garantir, inclusive por meio de medidas intervencionistas, o respeito às convicções e crenças individuais contra qualquer tipo de sectarismo e proselitismo militante.

Consideráveis são as críticas em relação à timidez do Estado no cumprimento desse papel garantidor, haja vista a tendência, que precisa ser interrompida, à institucionalização das crenças religiosas. A ação do poder judiciário ainda não desenvolveu mecanismos adequados ao controle da participação das entidades religiosas, por

<sup>9</sup> O autor defende a aceitação do fundamentalismo-crença e a não aceitação do fundamentalismo-militante, sendo que o segundo deve ser bloqueado pelo Estado (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 247-251).

meio de seus representantes, no processo político, o que tem que se compatibilizar com os preceitos constitucionais. Em suma, é cristalino que somente os primeiros passos foram dados em direção ao acolhimento jurídico do pluralismo na dimensão das convicções e crenças pessoais.

### Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Unesco, Letras Livres, 2010.
- FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 1921.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Os crimes contra o sentimento religioso e o Direito Penal Contemporâneo. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69-86.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.
- \_\_\_\_\_. O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira. In: \_\_\_\_\_. SORIANO, Aldir

- Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009b.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. v. 4.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.
- WEINGARTNER NETO, Jaime. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008. (Coleção Manuais).
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London: Routledge, 2010.
- SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163-209.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Religião e racismo: a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 315-356.
- TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 53-67.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.





# O Estado laico e a emergência de uma nova religião civil

Douglas Antônio Rocha Pinheiro

## Sumário

1. Introdução. 2. Do *ethnos* à Constituição. 3. A religião civil na modernidade: de Rousseau a Bellah. 4. Nação e religião como fortes significadores de identidade. 5. O projeto inacabado da laicidade. 6. Uma conclusão aberta a possibilidades.

## 1. Introdução

A compreensão de que os giros hermenêutico e pragmático se encontram numa relação de complementaridade, ensejando uma tensão produtiva entre pólos ao mesmo tempo opostos e constitutivos um do outro, põe fim à ingênua percepção de que a atribuição de novos significados a antigos significantes não seria capaz de gerar quaisquer efeitos práticos. Afinal, embora a reocupação<sup>1</sup> semântica se inicie

---

<sup>1</sup> Hans Blumenberg usa o termo “reocupação” (Umbeziehung) em, pelo menos, dois contextos: 1) ao tratar do mito, contrariando a tese de que sua permanência no tempo deva-se a um conjunto de conteúdos fundamentais ou verdades originárias, ele defende que o processo constante de sua própria recepção reinterpreta-o, reocupa-o, tornando-o produzido pela própria historicidade e, desse modo, capaz de responder a expectativas de modo duradouro (BLUMENBERG apud CRUZ, 1988); 2) ao tratar da secularização, contrariando a tese schmittiana de que os conceitos-chave da modernidade não seriam mais do que uma transposição de conceitos teológicos para uma nova linguagem, ele defende a ocorrência

Douglas Antônio Rocha Pinheiro é Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestre em Ciências da Religião pela PUC / GO e Professor Assistente da UFG.

hermeneuticamente, na medida em que novas interpretações são dadas a antigas expressões, ato contínuo são abertas novas (mas, não necessariamente melhores) possibilidades de práticas.

Diante disso, é possível perquirir acerca de uma certa intencionalidade pragmática nos usos que Jürgen Habermas faz do termo *religião civil*, ora vislumbrando-o como um equivalente funcional do nacionalismo (HABERMAS, 2002a, p. 130) que, oportunamente, cimentou tanto uma legitimação política quanto uma coesão social na heterogênea realidade norte-americana, ora equiparando-o ao patriotismo constitucional (HABERMAS, 2002a, p. 318), na medida em que imporia os limites dos postulados universais de democracia e direitos humanos à autoafirmação de identidades coletivas – justamente a tal perquirição me proponho no presente artigo.

Para tanto, (I) abordarei a maneira como o conceito de nação foi ressemantizado após a Revolução Francesa, do que se estabeleceu um nexos precário entre *ethnos* e *demos*, passível, todavia, de superação por meio de uma nova identidade que se baseie numa adesão racionalmente justificável às proposições fundamentais (e de teor universal) da constituição, segundo o contexto da respectiva história e tradição nacional; posteriormente, (II) traçarei a história semântica da expressão *religião civil* dentro da modernidade, de Rousseau a Robert Bellah; em seguida, (III) demonstrarei a pertinência da reocupação semântica do termo *religião civil*, equivalendo-o ao patriotismo constitucional, tanto em razão da permanência da nação e da religião como fortes significadores de identidade em

---

de uma ruptura moderna por meio da autoafirmação coexistindo com uma continuidade pré-moderna de problemas, não de soluções, por meio de uma reocupação de questões que haviam se tornado vagas, numa questionável tentativa de dar respostas modernas a perguntas pré-modernas (MOUFFE, 1994). Assim, no presente artigo, utilizamos o termo reocupação como sendo a atribuição de um novo conteúdo semântico a um significante qualquer já existente.

tempos de globalização, (IV) quanto pela possibilidade de fornecer uma alternativa ao projeto inacabado de laicidade moderna.

Metodologicamente importa dizer que a pretensão de originalidade deste artigo não corresponde a uma pretensão de certeza, ciente que estou da precariedade do conhecimento por ele gerado, já que a iluminação de uma abordagem sempre lança penumbra sobre as demais preteridas. A consciência dessa precariedade, porém, permite a antevisão das armadilhas reductionistas nas quais não pretendo cair, nem permitir que o leitor caia.

## 2. Do *ethnos* à *Constituição*

Segundo o uso linguístico dos romanos, *natio* referir-se-ia a comunidades de mesma ascendência e duplamente integradas: no plano geográfico, por intermédio de assentamentos e de vizinhança; no plano cultural, por meio de linguagem, costumes e tradições comuns – carentes, no entanto, da integração política mediante uma organização estatal. Desse modo, o significante *natio* aproximava-se dos termos *gens* e *populus* e opunha-se ao conceito de *civitas* (HABERMAS, 2003a, p. 282).

Tal raiz manteve-se vigente por toda a Idade Média e início da Era Moderna, quando servia para diferenciar internamente – nas universidades, mosteiros, ligas comerciais, ordens de cavalaria, concílios, entre outros – aqueles que tivessem uma origem comum. Em outro contexto, lançando suas raízes nas associações de feudatários do Sacro Império Romano Germânico, que haviam estabelecido contratos com o rei a fim de lhe garantir proteção militar e recursos econômicos em troca de privilégios, o termo *nação* passou a referir-se à aristocracia, cuja existência política nascente ainda era negada ao povo enquanto conjunto de súditos (HABERMAS, 2002a, p. 126-127).

Com a Revolução Francesa, o termo *nação* é novamente ressemantizado: o complexo étnico cede lugar à comuni-

dade democrática intencional. A bem da verdade, em um primeiro momento não chegou a ocorrer a substituição consciente de um significado pelo outro, mas sim, um entrelaçamento entre *ethnos* e *demos*, ou seja, entre uma consciência nacional fundada numa origem e cultura comuns e uma comunidade que exercia seus direitos democráticos de participação e comunicação – uma vinculação, porém, muito mais conveniente que conceitual (HABERMAS, 2003a, p. 282-284).

Na verdade, o nacionalismo acabou se mostrando extremamente oportuno ao conceito de republicanismo, na medida em que foi capaz de criar um pano de fundo propício para que os súditos pudessem se tornar cidadãos politicamente ativos, quer por intermédio da legitimação de uma nova ordem política secular que precisava justificar sua autoridade em outros primados que não os religiosos, já extremamente frouxos em razão do pluralismo moderno, quer por meio do apelo mais forte aos corações e ânimos, com vistas à integração das consciências morais e ao fomento de uma solidariedade entre estranhos (HABERMAS, 2002a, p. 128-129) – e tudo isso gestado com o auxílio de uma historiografia nacional, da comunicação de massa e do serviço militar obrigatório<sup>2</sup> (HABERMAS, 2003b, p. 121).

Todavia, embora tenha havido uma percepção inicial de que nacionalismo e republicanismo estivessem entrelaçados, tais conceitos não são, de fato, conceitualmente atrelados, visto que a liberdade nacional, entendida como autoafirmação coletiva

---

<sup>2</sup> Aliás, Habermas (2003a, p. 283) vê no serviço militar obrigatório uma forte demonstração de como uma nacionalidade herdada soube se transformar num nacionalismo adquirido: “Ele [nacionalismo adquirido] conseguiu promover a identificação do indivíduo com um papel que exige uma grande dose de engajamento pessoal, podendo chegar, inclusive, ao sacrifício de si mesmo: o serviço militar obrigatório para todos constitui apenas a outra face dos direitos dos cidadãos! Na disposição em lutar e morrer pela pátria comprovaram-se, ao mesmo tempo, a consciência nacional e o modo de pensar e de sentir republicano”.

contra as nações estrangeiras, não coincide com a liberdade política dos cidadãos no âmbito de um país. Ademais, o conceito de cidadania possui um *background* próprio e que remete à noção de autodeterminação, segundo a qual a constituição do Estado de direito não resulta de uma vontade uniforme, fruto de uma homogeneidade preliminar dos contratantes ou de suas formas de vida, mas sim, de um consenso discutido e buscado em meio a uma associação de homens livres e iguais, num processo democrático de formação de opinião e busca de decisão (HABERMAS, 2003a, p. 284).

Causa espécie, porém, o fato de que o conceito de cidadania, embora se pudesse justificar de modo autônomo, não tenha expurgado a ficção da identidade nacional baseada numa homogeneidade inexistente, que continuou sendo invocada na medida em que se havia mostrado uma forma eficiente de coesão social – mesmo que, por vezes, tal invocação se prestasse a objetivos extremamente contraditórios com os próprios princípios republicanos, a exemplo do nazismo.

Assim, diante de traumáticas situações geradas pela naturalização de uma identidade coletiva homogênea ou necessariamente homogeneizante, de que o conflito nos Balcãs é exemplo recente, Habermas passou a defender a construção de uma identidade pós-nacional, por ele formulada nos termos de um patriotismo constitucional<sup>3</sup>: a diver-

---

<sup>3</sup> “Patriotismo constitucional é um conceito originalmente cunhado pelo jurista e politólogo alemão Dolf Sternberger, por oportunidade do 30º aniversário da Lei Fundamental de Bonn, em artigo publicado em 1979. Sternberger procurou sintetizar, com esse conceito, o que representava a construção de uma nova identidade coletiva alemã que tornava por referência o conteúdo normativo universalista da Lei Fundamental de 1949, algo extremamente novo na história da Alemanha. Nesse sentido, uma *república de cidadãos*, formada após a derrota na Segunda Guerra Mundial e a derrocada do nazifascismo, já não mais podia se deixar reconhecer em uma suposta identidade étnico-cultural particularista ou no ufanismo nacionalista em face de um passado nacional idealizado” (CATTONI, 2006, p. 65-66).

sidade de identidades coletivas super ou contrapostas e que correspondem a formas de vida marcadas por tradições nacionais deveriam refratar-se nos postulados universais da democracia e dos direitos humanos, de tal modo que as identidades coletivas ficassem recobertas por um patriotismo que não se referiria ao todo da nação, mas sim a procedimentos e princípios abstratos capazes de garantir as condições de convivência e comunicação de formas de vida diversas, tratadas com igual consideração e respeito (igualdade/liberdade), princípios e procedimentos esses que ganhariam concretude nas tradições histórico-culturais que com eles coadunassem – promovendo-se assim uma postura ética reflexiva em relação à própria herança tradicional (HABERMAS, 2002b, p. 101-102).

Na fundamentação teórica dessa nova possibilidade de coesão social, Habermas lança mão dos estudos de Kierkegaard acerca da formação da identidade da pessoa individual – não os utiliza, porém, como se identidades coletivas fossem meros desdobramentos-macro das identidades individuais; mas, partindo de uma complementaridade entre o *self* e o coletivo, busca pensar como se deveria estruturar uma identidade de grupo que fosse capaz de estabilizar e complementar o novo tipo de identidade individual projetada pelo filósofo dinamarquês.

Segundo Kierkegaard (apud HABERMAS, 2002b), o indivíduo que vive eticamente é semelhante a um redator responsável que, conscientemente, assume a tarefa de redigir sua própria biografia, decidindo o que doravante será ou não essencial. Se no campo da *identidade individual*, tal decisão acentua (a) o caráter autônomo de um fazer-se a si mesmo, (b) excluindo-se aquilo que passa a ser tido por acidental (ou não-essencial) na história de vida (c) segundo uma justificação moral, de modo complementar, na construção das *identidades coletivas*, verifica-se (a) o caráter autônomo e consciente de uma discussão

sustentada publicamente, (b) passível de refletir e decidir sobre que tradições não merecem ser mantidas (c) segundo uma responsabilidade intersubjetiva (HABERMAS, 2002b, p. 102-104).

Se essa nova tentativa de criar solidariedade entre estranhos de forma juridicamente mediada será capaz de fomentar uma cultura política pluralista consistente, independentemente da virtude cívica dos cidadãos, é algo que apenas o aprendizado social será capaz de dizer, já que o patriotismo constitucional não é algo dado, mas algo a ser construído, a partir de parâmetros universais, na história e tradição de cada povo.

De qualquer modo, resta claro que nacionalismo e patriotismo constitucional são propostas bastante distintas de coesão social<sup>4</sup>: assim sendo, como poderia Habermas identificar tanto um quanto outro ao modelo de religião civil norte-americano? Antes de perquirirmos sobre uma possível intencionalidade pragmática nessa dupla identificação é necessário que tracemos a história semântica moderna do próprio significante “religião civil”.

### 3. A religião civil na modernidade: de Rousseau a Bellah

Para Rousseau (1996, p. 160-162), existiriam quatro tipos de religião: (i) a *religião do Padre*, que obrigava seus fiéis a deveres contraditórios, haja vista exigir-lhes obediência a duas legislações, duas pátrias e dois chefes distintos, impedindo-os de ser plenamente devotos e cidadãos ao mesmo tempo, de que o cristianismo romano seria claro exemplo; (ii) a *religião do cidadão*, que se constituía numa teocracia fruto de uma identidade interna ao Estado entre política e religião, fazendo do príncipe único pontífice, dos magistrados verdadeiros sacerdotes, da morte pela pátria um martírio,

<sup>4</sup> Habermas (2002a, p. 135) afirma textualmente que “um patriotismo constitucional pode ocupar o lugar do nacionalismo original”, demonstrando se tratarem de conceitos distintos.

da violação das leis um pecado – mas, em contrapartida, fomentando a intolerância e fazendo do verdadeiro culto um vão cerimonial; (iii) a *religião do homem*, um verdadeiro teísmo que se limitaria ao culto individual e interior do Deus supremo e dos deveres eternos da moral, desprovida de templos, altares e ritos, mas também, fraca na possibilidade de gerar coesão social e legitimação das leis do Estado; e, por fim, (iv) a *religião civil*.

Dessas, apenas a última seria conveniente ao Estado. Aliás, a julgar pelas falhas encontradas na *religião do homem* acima referida, percebe-se que uma religião ideal, para Rousseau (1996), deveria cumprir papel semelhante ao do nacionalismo – razão por que começa a se afigurar clara a correlação estabelecida por Habermas (2002a, 2002b, 2003a, 2003b) entre nação e religião civil. Mas, afinal, no que consistiria a religião civil?

Os pontos de fé desse credo civil deveriam ser fixados pelo soberano de modo simples, em pequeno número, com enunciados precisos, sem explicações ou comentários, reconhecendo a existência da divindade poderosa, inteligente, benfazeja, providente e providente, a vida futura, a felicidade dos justos, o castigo dos maus, a santidade do contrato social e das leis, bem como rechaçando a intolerância; ademais, aqueles que não acreditassem em tal profissão de fé poderiam ser banidos como insociáveis (não como ímpios) e os que a reconhecessem publicamente, mas depois a renegassem pelo seu comportamento, poderiam ser mortos por mentir perante as leis (ROUSSEAU, 1996, p. 165-166).

Importante ressaltar que, embora Rousseau tenha defendido a não exclusividade de qualquer religião na esfera pública, resta explícito em sua argumentação que as confissões religiosas seriam tão somente *toleradas* caso não contradissem os primados da religião civil, o que estabelece uma clara hierarquia de credos e uma subtração da liberdade religiosa do campo jurídico-sub-

jetivo dos indivíduos<sup>5</sup>. A religião civil, pois, era uma fé institucionalizada pelo Estado.

Posteriormente, nos Estados Unidos, tal conceito será ressemantizado. Na década de 1950, Wil Herberg (1960) concluiu que o protestantismo, o catolicismo e o judaísmo compunham a quintessência da religiosidade norte-americana, o que convertia o judeu-cristianismo numa verdadeira religião civil. Afinal, distinta de outras características de imigrantes, tais como língua e origem nacional, as identidades religiosas não se teriam dissolvido no crisol da assimilação norte-americana, tendo servido, inclusive, de fiadoras no processo de inclusão dos grupos estrangeiros. Todavia, embora o judeu-cristianismo promovesse uma lealdade ao Estado, ao seu governo e às suas leis, não conseguiu converter-se numa base teológica comum, capaz de funcionar como religião civil específica, mas teria permanecido como uma confluência de três distintas representações dos mesmos valores espirituais partilhados por protestantes, católicos e judeus (GEDICKS, 2006).

A grande contribuição dada por Herberg à reocupação da expressão religião civil foi a constatação, a partir de uma análise da realidade norte-americana, de que não adquire legitimidade apenas por meio de uma institucionalização estatal, mas sim, e principalmente, pelas práticas (e crenças) intersubjetivamente partilhadas. Na década seguinte, trilhando a mesma senda, Robert Bellah observou que o conceito ocidental de religião, como um tipo singular de coletividade da qual o indivíduo se torna membro com exclusividade de pertinência, obstava percepção de uma dimensão reli-

<sup>5</sup> “A diferença entre liberdade religiosa e tolerância radica, fundamentalmente, no facto de que a primeira é vista como integrando a esfera jurídico-subjectiva do seu titular, ao passo que a segunda é vista como uma concessão graciosa e reversível do Monarca, do Estado ou de uma maioria política e religiosa. A tolerância religiosa consistiu, assim, num momento de transição no processo que conduziu à consagração constitucional do direito à liberdade religiosa” (MACHADO, 1996, p. 73).

giosa difusa de tipo durkheimiano que, por vezes, era capaz tanto de se embrenhar no sistema político, quanto de gerar um forte amálgama social (BELLAH, 1991, p. 187).

Partindo, pois, desse referencial, Bellah (1991) procura demonstrar a existência de uma dimensão religiosa na esfera pública dos Estados Unidos, por ele denominada religião civil, que embora tomasse por empréstimo símbolos, ritos, conceitos, crenças e valores do protestantismo, do catolicismo e do judaísmo, não se identificava propriamente com nenhuma dessas confissões<sup>6</sup>. Todavia, tal credo público, em razão de sua fluidez teológica (pela ausência de um corpus dogmático definido), acabou sofrendo um não reconhecimento pelos demais credos o que, longe de enfraquecê-lo, fomentou um processo por meio do qual relações de poder transfiguraram-se em poder simbólico<sup>7</sup> – de que se têm valido as instituições políticas norte-americanas de modo consciente ou inconsciente<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> A defesa de uma especificação da religião civil em relação às demais religiões marca um certo divisor de águas entre os estudos de Wil Herberg e de Robert Bellah.

<sup>7</sup> Sobre o poder simbólico enquanto uma forma transformada, transfigurada, irreconhecível e legitimada das outras formas de poder, Bourdieu (1998, p. 7-16).

<sup>8</sup> Essa utilização, mesmo inconsciente, poderia ser verificada, por exemplo, no discurso de posse do primeiro presidente católico dos Estados Unidos, John F. Kennedy, cuja conclusão se dá nos seguintes termos: "(...) vamos conduzir adiante a terra que nós amamos, pedindo Sua bênção e Seu auxílio, mas sabendo que aqui na terra o trabalho de Deus deve verdadeiramente ser o nosso próprio trabalho" – em inglês: "(...) let us go forth to lead the land we love, asking His blessing and His help, but knowing that here on earth God's work must truly be our own". Segundo Bellah (1991, p. 169-172), a obrigação, tanto coletiva quanto individual, de cumprir na terra a vontade de Deus é tema recorrente na tradição política norte-americana desde os *founding fathers* e remete a uma postura religiosa não contemplativa característica do protestantismo. Assim, a menção de um católico fervoroso a uma doutrina protestante, com tamanha familiaridade, só demonstraria o quanto certas crenças religiosas estariam profundamente arraigadas na visão de mundo dos americanos em geral.

A invocação dessa religiosidade difusa intersubjetivamente compartilhada caracterizou-se por temas distintos no transcorrer da história norte-americana, do que é possível identificar três períodos bem definidos: a *libertação*, fase posterior à independência das Treze Colônias, caracterizou-se pela constante analogia com o antigo Israel, escravo no Egito e liberto pelas mãos de Moisés<sup>9</sup>, pela concepção de um Deus austero mantenedor da ordem, da justiça e do direito e pelas práticas de reconhecimento da providência divina – razão por que se cria, no primeiro ano de presidência de George Washington, o dia de Ação de Graças (*Thanksgiving Day*). Após a Guerra de Secessão, inicia-se a fase do *martírio*, que significa um giro simbólico do judaísmo em direção ao cristianismo, o que resta evidenciado pelos temas da morte, do sacrifício e do renascimento. Destacam-se como pilares desse período tanto o surgimento dos cemitérios militares para americanos mortos em combate, com ênfase para o *Arlington National Cemetery* onde se localiza o Túmulo do Soldado Desconhecido, quanto a criação do *Memorial Day* (BELLAH, 1991, p. 174-179).

A fase da *missão*, sinalizada nas primeiras pretensões imperialistas norte-americanas e materializada, com maior evidência, após a Segunda Guerra Mundial é a mais problemática de todas. Os Estados Unidos assumem o papel de Nova Jerusalém, a esperança derradeira dos povos da terra na instauração de instituições livres e valores democráticos (BELLAH, 1991, p. 182). Tal período, que se estende até os dias de hoje, reserva algumas armadilhas para o futuro da religião civil: seria possível torná-la transnacional? Como gerar solidariedade entre estranhos ateus? Como evitar que a religião civil se torne um novo Destino Manifesto?

---

<sup>9</sup> Benjamin Franklin, por exemplo, sugeriu que o brasão dos Estados Unidos apresentasse as figuras de Moisés erguendo seu bastão e dividindo o mar Vermelho, do Faraó se afogando e o mote: "Revolta contra tiranos é obediência a Deus" (BELLAH, 1991, p. 188).

Os argumentos de Bellah (2004) sofreram tamanha oposição na esfera acadêmica que, em face das críticas recebidas<sup>10</sup> e dos acontecimentos sociais<sup>11</sup>, ele se via obrigado a interpretar o próprio texto, com o fim de explicar que a religião civil norte-americana, longe de ser uma forma nacional de autoadoração, constituir-se-ia na subordinação da nação a princípios éticos que a transcendessem e segundo os quais ela poderia ser julgada (BELLAH, 1991, p. 168).

Com efeito, a réplica de Bellah (2004), em certos pontos, é mais elucidativa que seus argumentos iniciais, na medida em que ela explicitamente defende uma instância ético-reflexiva a cujo crivo todas as tradições nacionais religiosas deveriam ser submetidas, sendo assim, por consequência, desnaturalizadas. Essa nova reocupação semântica inaugura, porém, um novo campo de debates: afinal, se as funções de legitimação e coesão sociais já se afiguram pacíficas na expressão religião civil, de que modo opera essa instância de autorreflexão? A ética, nesse caso, é o parâmetro máximo de julgamento ou uma mediação entre a moral universal e os usos, costumes e tradições locais? Como extrapolar a ideia do que é bom para nós e alcançar o juízo do que é justo para todos<sup>12</sup>?

<sup>10</sup> Uma das principais críticas referia-se à indistinção entre religião civil e teologia pública na obra de Bellah. Para Stackhouse (2004, p. 284, 291), por exemplo, enquanto a religião civil não passaria de experiências e valores de uma ordem cívica projetadas sobre uma ordem cósmica (a sociedade adorando a imagem refletida dela mesma) com o fim de gerar solidariedade social, a teologia pública se vincularia à responsabilidade de uma comunidade eclesial que se engaja num discernimento histórico e consequente reforma (não revolução) da ordem social, com o fim de torná-la mais justa - ação semelhante a desenvolvida por Martin Luther King.

<sup>11</sup> "(...) Bellah reconhece que aconteceram desvios durante a presidência de Nixon, em cujos discursos ele vislumbra uma forma de 'auto-adoração nacional', isenta de elementos de avaliação mais universais e elevados" (MARTELLI, 1995, p. 109-110).

<sup>12</sup> "Ao passo que na pergunta sobre o 'bem viver' inscreve-se a perspectiva de uma interpretação do

Sobre tais questionamentos é que Habermas (2002a, 2002b, 2003a, 2003b) se debruça, de modo indireto, ao identificar a religião civil como uma forma particular de patriotismo constitucional. Tal identificação remete-nos à necessidade de que os usos, costumes e tradições locais, dos quais a dimensão religiosa se alimenta, devam refratar-se nos postulados universais da democracia e dos direitos humanos, garantindo-se, assim, um fator de legitimação e solidariedade entre estranhos matizado pelas cores nacionais e balizado por uma moral universal, densificando os princípios de liberdade e igualdade em um tempo e espaço próprios.

Um ponto, porém, ainda permanece obscuro: por que ressemantizar o termo religião civil? Não seria mais conveniente concentrar esforços na disseminação de um patriotismo constitucional, visto que a Constituição é uma aquisição evolutiva? Afinal, a religião não é, por vezes, avessa a uma análise racional?

#### *4. Nação e religião como fortes significadores de identidade*

Para Hermann Lübbe (apud HABERMAS, 2002a, p. 147), atualmente o futuro político parece pertencer novamente às potências originais, quais sejam: a religião e a nação. Tal constatação não deixa

mundo ou de um si mesmo a partir de uma primeira pessoa do singular ou do plural, as questões sobre justiça só podem ser respondidas sob uma consideração equânime das perspectivas de interpretação de mundo ou de si mesmo de todos os envolvidos, e de forma imparcial" (HABERMAS, 2002a, p. 303-304). Para Bernstein, a dicotomia entre discursos éticos e morais seria falsa - e nisso consiste boa parte da crítica feita por ele a Habermas (BERNSTEIN, 1998, p. 298-303). Não nos interessa adentrar em tal debate no presente artigo, mas a posição habermasiana não parece colocar tais discursos como estanques, mas sim, em relação de complementaridade; afinal, por meio de uma ética reflexiva, os usos, costumes e tradições são desnaturalizados, precisam se afirmar na esfera pública mediante argumentos e podem, inclusive, atender à pretensão de universalidade da justiça.



de causar espécie: em relação à religião, na medida em que a laicidade e a secularização foram dois dos principais pilares do projeto da modernidade<sup>13</sup>; em relação à nação, devido à percepção cada vez mais evidente do multiculturalismo, motivado tanto pela comunicação e turismo de massas, quanto pelo trânsito de pessoas em situações-limite, tais como refugiados, exilados políticos, entre outros (HABERMAS, 2002b, p. 96-97). Ocorre, porém, que tal fluxo migratório tem gerado crescentes insegurança ontológica<sup>14</sup> e ansiedade existencial – para os quais a volta a um passado imaginado reconstruído mediante referências nacionais e simbólicas religiosas tem sido a resposta mais imediata (KINNVALL, 2004, p. 744).

A percepção disso requer uma análise um pouco mais detida sobre o processo de construção de identidades coletivas numa realidade multicultural, na medida em que tal construção ocorre a partir de uma constatação prévia da existência de alteridade – não há como pensar um *nós* se não existir um *eles*. Diga-se mais: como o *eles* representa a condição de possibilidade do *nós*, a constituição de um *nós* específico depende do tipo construído de *eles* do qual se queira, então, diferenciar (MOUFFE, 2005, p. 18-19). Sobre isso, é por demais oportuno retomar a noção de “externo constitutivo” presente na obra de Derrida<sup>15</sup>, segundo a

<sup>13</sup> Isso só reforça a tese habermasiana de que a modernidade é um projeto inacabado. Segundo Habermas, o que hoje nos resta é “o luto pelo fracasso de um projeto do qual não se pode abrir mão” (apud FREITAG, 2004, p. 44).

<sup>14</sup> “A segurança ontológica (...) se refere à crença que a maioria dos seres humanos têm na continuidade de sua auto-identidade e na constância dos ambientes de ação social e material circundante” (GIDDENS, 1991, p. 95). Vale a ressalva de que identidades coletivas não são projeções macro de identidades individuais, mas mantêm com estas uma relação de complementaridade como já explicitado antes neste mesmo artigo.

<sup>15</sup> Mouffe esclarece que o termo “externo constitutivo” (*constitutive outside*) é, na verdade, proposto por Henry Staten para se referir a um conjunto de temas desenvolvidos por Jacques Derrida por meio dos

qual nenhuma identidade existe *de per se*, mas é sempre baseada na exclusão de algo e na consequente criação de uma hierarquia violenta entre os dois pólos resultantes – negro/branco, homem/mulher, por exemplo (MOUFFE, 1996, p. 187). Assim, a construção de uma identidade social não deixaria de ser um ato coletivo de poder e exclusão<sup>16</sup>.

Esse ato coletivo, porém, pode mostrar uma face extremamente explosiva, quando o “outro”, pelos discursos de inferiorização, se converte de sujeito a objeto e, depois, pelos discursos de ódio, de objeto a abjeto<sup>17</sup>. Aliás, dentro do processo de construção de identidades coletivas, os discursos de ódio têm sido utilizados como narrativas eficazes para interpretar traumas ou glórias antigos, estrategicamente recortados<sup>18</sup>, e religar um passado recriado a um futuro projetado. Ocorre, porém, que o recorte de traumas e glórias passados está intimamente conectado às imagens nacionais e religiosas – eis, pois, as potências originais de Lübbe.

Ao discurso nacionalista convém o argumento de que a nação não é inventada, mas sim descoberta nos escombros de usos, costumes e tradições locais, uma procura que, no mais das vezes, se relaciona a um trauma extremamente carregado de imagens afetivas: o do *rapto da nação* pelo colonialismo<sup>19</sup> – trauma este normalmente

conceitos de *supplement*, *trace* e *différance* (MOUFFE, 2005, p. 15).

<sup>16</sup> Todavia, a percepção da identidade enquanto exclusão pode desencadear um processo de reconstrução identitária pelos grupos excluídos, fazendo com que tal identidade não se torne estanque ou determinada, mas sim, um constante vir a ser (*process of becoming*) (KINNVALL, 2004, p. 748).

<sup>17</sup> Sobre o trocadilho *object-other* e *abject-other*, Kinnvall (2004, p. 752-754).

<sup>18</sup> Um trauma recortado (*chosen trauma*) descreve um repertório mental de calamidades que afetaram os ancestrais do grupo e inclui informações, expectativas fantasiadas, sentimentos intensos e defesas contra pensamentos inaceitáveis, sendo geralmente utilizado para interpretar novos traumas e tendo por seu oposto a glória recortada (*chosen glory*) (KINNVALL, 2004, p. 755).

<sup>19</sup> Há variações de recorte desse trauma em que o *rapto da nação* é atribuído à aristocracia do próprio Estado.

construído por meio de uma narrativa enraizada no discurso religioso, que idealiza um passado glorificado no período anterior à colonização. Assim, na tentativa de se construir uma identidade coletiva vinculada a um tempo e espaço imaginados, da qual se possa extrair uma orientação ideológica que sirva de guia a ações futuras, revelações religiosas são transformadas em santuários nacionais, milagres religiosos em festas nacionais, sagradas escrituras em narrativas épicas nacionais – o que acaba reafirmando o trauma e alimentando uma contínua demonização do *outro* e sacralização do *nós*<sup>20</sup>.

Não sem motivo, pois, a reocupação semântica feita por Habermas (2002a, 2002b, 2003a, 2003b) da expressão *religião civil* mostra-se por demais oportuna: ao equipará-la ao patriotismo constitucional, evidencia-se uma pretensão de que embora a construção de identidades coletivas possa localizar os traumas e glórias antigos; não pode, todavia, ficar refém de uma naturalização dos mesmos, devendo, pois, iluminá-los por meio de uma racionalidade discursiva, submetendo-os ao debate público para que sejam mantidos, apenas, caso consigam se sustentar de forma argumentativa – aliás, uma manutenção que não descarta o peso da responsabilidade intersubjetiva em relação aos fatos já ocorridos. Com efeito, desse modo, nação e religião permanecem como fortes significadores de identidade, mas desde que refratem seus conteúdos nos postulados universais dos direitos humanos e da democracia.

### 5. O projeto inacabado da laicidade

Antecipar os argumentos reducionistas daqueles que porventura possam desaprovarem a ressemantização da expressão religião civil é, antes de tudo, possibilitar que um

<sup>20</sup> Kinnvall (p. 756). A propósito, tais reflexões nos conduzem irremediavelmente à prática da religião civil norte-americana e sua reinterpretação bíblica dos acontecimentos nacionais.

debate público sobre o tema tenha como ponto de partida argumentos mais elaborados. Desse modo, é imperioso considerar que uma possível crítica parta do pressuposto de que *religião* se tornou expressão minada e inadequada para, numa realidade multicultural, opor-se a fanatismos em vez de reafirmá-los. Não pretendo refutar tal crítica nesses termos: com efeito, a utilização do termo religião pode prestar-se a ambos os objetivos; todavia, é preciso desnaturalizar a crença de que a laicidade estaria a salvo de tal armadilha, garantindo inevitavelmente igual respeito e consideração a todos. Vejamos o exemplo francês.

Em 1989, na cidade francesa de Creil, algumas alunas argelinas e marroquinas, em nome da laicidade, foram proibidas de usar o véu islâmico durante as aulas; em razão disso, recorreram ao Conselho de Estado que, por meio de um parecer proferido em 27 de novembro daquele ano, permitiu o uso de sinais religiosos nas escolas, desde que não implicasse manifestações de agressividade ou de proselitismo para com os demais alunos – o que configurou um certo reforço à pretensão de existência de uma sociedade aberta e pluralista.

Na época, porém, os institutos de pesquisa auferiram que 71% dos franceses acreditavam que os imigrantes residentes na França deveriam adaptar-se aos costumes do país, ainda que isso lhes dificultasse a prática religiosa (ROULAND, 2003, p. 202-206). Posteriormente, a pressão da opinião pública acabou impondo-se: em 2004, o Parlamento francês vetou, por meio da Lei n. 228<sup>21</sup>, o uso ostensivo de qualquer sinal religioso nas escolas – quer o véu islâmico, quer o quipá judaico, quer o crucifixo cristão.

Ora, embora de modo aparente a laicidade do Estado tenha atingido a todos os credos indistintamente, uma brecha na lei, qual seja, a permissão de se exibirem

<sup>21</sup> Diário Oficial francês nº 65, de 17 de março de 2004, p. 5190.

sinais religiosos discretos (FOLHA..., 2004), dá indícios de que a identidade do sujeito constitucional francês, em questões religiosas, não é tão imparcial quanto se afirma ser. Ao contrário, parece inclusive beneficiar uma confissão religiosa específica: afinal, se cruzeiros discretos existem, não se pode dizer o mesmo de quipás e véus, o que deixa entrever um aparente simulacro de constitucionalismo.

Voltemo-nos, agora, para os Estados Unidos e o caso *Kaufman v. McCaughtry* (2005). James Kaufman, um presidiário do *Waupan Correctional Institution*, no Wisconsin, requereu, por escrito, autorização superior para fundar um grupo cujo fim seria a promoção da liberdade de pensamento através de estudos críticos referentes a crenças, credos, dogmas, doutrinas, rituais e práticas religiosas, o que lhe foi negado sob o argumento de que o ateísmo não era tutelado pela Primeira Emenda<sup>22</sup>. A Corte de Apelações do 7º Circuito, tendo por parâmetro a pretensão universal de igual respeito e consideração, acabou considerando que, naquele caso em particular, o ateísmo deveria ser equiparado à religião (PINHEIRO, 2008, p.15) – ou, nos termos do julgado, que a consideração do ateísmo enquanto “religião” para os propósitos da Primeira Emenda é uma questão um tanto quanto diferente de seus seguidores acreditarem ou não num ser supremo, dedicarem-se ou não a serviços devocionais regulares ou de terem ou não uma sagrada escritura (DAVIS, 2005, p. 707).

Não se pretende aqui estabelecer uma correlação entre os dois casos distintos acima mencionados – até porque está presente nos julgados escritos de cada comunidade jurídica um pano de fundo de silêncio que,

<sup>22</sup> A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos trata de diversos temas, entre os quais dois atinentes a questões religiosas: as proibições de extinção da liberdade de exercício da religião (*free exercise clause*) e de estabelecimento de uma religião oficial ou de preferências a um credo em detrimento dos demais (*establishment clause*) (CORNELL..., 1791).

no mais das vezes, permanece oculto aos que de longe o observam. Mas não causa certa surpresa o fato de que a invocação da laicidade possa servir para atacar os primados básicos de igualdade e liberdade, ao passo que um *background* religioso possa, de outro modo, garantir a observância dos mesmos primados? Ou, diga-se mais: a laicidade naturalizada não pode servir de reforço ou legitimação de desigualdades mais profundas, ancoradas na exclusão de cidadãos (se é que podem ser assim chamados) de segunda ou terceira classe – papel que já foi desempenhado pela religião? (PINHEIRO, 2008, p.15).

Vê-se, pois, que a laicidade também é um projeto inacabado. Assim, se é preciso iluminar o Iluminismo, talvez seja necessário secularizar a laicidade, para que uma negação pura e simples de qualquer expressão religiosa não se converta num dogma de fé, com pretensão de verdade, sem se sustentar em argumentos racionais e razoáveis na arena pública. Assim sendo, a religião civil enquanto patriotismo constitucional pode se mostrar como uma alternativa mais que oportuna à reflexão da laicidade.

## 6. Uma conclusão aberta a possibilidades

Em artigo intitulado “Os direitos humanos como religião civil” (VERDÚ, 2003, p. 516-518), Pablo Lucas Verdú defendeu a tese de que a religião civil não é uma resposta adequada aos fundamentalismos de nossos dias por faltar-lhe autenticidade. Há uma série de críticas possíveis aos pressupostos de Verdú (2003), haja vista que ele considera (a) os direitos humanos como uma fundamentação axiológica da posição do homem no cosmos, reflexo da hierarquia de leis externada por Santo Tomás de Aquino (da lei eterna à lei positiva) e a (b) religião civil dos direitos humanos uma secularização, uma ruptura com os valores cristãos que, a seu turno, subtrairia

a essência desses direitos na medida em que os mesmos não mais seriam reconhecidos como prévios.

Todavia, em razão da especificidade do presente artigo, a crítica restringir-se-á à equiparação entre direitos humanos e religião civil. Com efeito, uma equiparação de tal monta tornará a religião civil não autêntica ou abstrata, sobretudo para fazer frente a qualquer fundamentalismo. Assim, é preciso retomar-se novamente a expressão religião civil da maneira como Habermas a tem reocupado semanticamente.

A religião civil, pois, precisa ser percebida a meio caminho dos valores locais de dada comunidade político-jurídica e as pretensões universais da moral. Assim, embora ela reinterprete traumas e/ou glórias passadas, legitime uma determinada ordem política, crie vínculos de solidariedade entre estranhos e se ancore em usos, costumes e tradições de cores locais, ao mesmo tempo, ela também os desnaturaliza, faz com que se submetam ao crivo dos direitos humanos e da democracia, tudo com o objetivo de oportunizar uma ética reflexiva por meio de uma racionalidade discursiva. Assim, a religião civil não equivale a direitos humanos, mas deles se vale como ponte entre o que é bom para nós e o que é justo para todos.

De qualquer modo, deve-se admitir que a utilização de um significante forte com um significado novo abre novas possibilidades de práticas – e nisso se encerra a conclusão. Saber que práticas podem decorrer dessa ressemantização e se elas poderão fazer frente aos fundamentalismos nacionais e religiosos, permitindo uma convivência baseada no respeito e igual consideração a todos dentro de uma realidade multicultural é resposta que fica legada ao aprendizado social, à história escrita de modo intersubjetivamente responsável, não de um fôlego só, mas de capítulo em capítulo, de parágrafo em parágrafo, de frase em frase, da qual o presente artigo pretende ao menos ser uma interrogação.

## Referências

- ARATO, Andrew (Org.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Los Angeles: University of California, 1998.
- BELLAH, Robert. Civil religion in America. In: \_\_\_\_\_. *Beyond belief: essays on religion in a post-traditional world*. Los Angeles: University of California, 1991.
- BERNSTEIN, Richard. The retrieval of the democratic ethos. In: ROSENFELD, Michel;
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- CATTONI, Marcelo. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Bill of rights*. Ithaca: Cornell University Law School, 1791.
- CRUZ, Maria Teresa. *Arte, mito e modernidade: sobre a metaforologia de Hans Blumenberg*. *Revista de comunicação e linguagens*, Lisboa, n. 6/7, p.173-190, mar. 1988.
- DAVIS, Derek. Is atheism a religion? Recent judicial perspectives on the constitutional meaning of "religion". *Journal of Church and State*, Waco, v. 47, n. 4, Autumn 2005.
- FOLHA DE S. PAULO. França proíbe uso de "sinais religiosos" em escolas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u72755.shtml>>. Acesso em: 2 jan. 2007.
- FREITAG, Bárbara. *Habermas e a teoria da modernidade*. Brasília: Casa das Musas, 2004.
- GEDICKS, Frederick Mark; HENDRIX, Roger. Uncivil religion: judeo-christianity and the ten commandments. *West Virginia Law Review*, West Virginia, v. 110, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=934851>>. Acesso em: 29 dez. 2006.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a.
- \_\_\_\_\_. *Identities nacionales y postnacionales*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002b.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HERBERG, Will. *Protestant, Catholic, Jew: na essay in American Religious Sociology*. Garden City: Anchor Books, 1960.

KINNVALL, Catarina. Globalization and religious nationalism: self, identity and the search for ontological security. *Political Psychology*, Oxford, v. 25, n. 5, Oct. 2004.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARTELLI, Stefano. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. São Paulo: Paulinas, 1995.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte*, n. 2, jul./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. *O regresso do político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. \_\_\_\_\_. *On the political*. London: Routledge, 2005.

PINHEIRO, Douglas. Liberdade religiosa à moda evangélica. *Constituição e Democracia*, Brasília, n. 23, p. 14-15, jun. 2008. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/ced/files/jornal/CeD23.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STACKHOUSE, Max. Civil religion, political theology and public theology: what's the difference? *Political Theology*, Londres, v. 5, n. 3, Jul. 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. Los derechos humanos como "religión civil": derechos humanos y concepción del mundo y de la vida, sus desafíos presentes. In: GRAU, Eros Roberto;

# O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF

O efeito vinculante é absoluto?

Breno Baía Magalhães  
Sandoval Alves da Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. Precedente vinculante como regra: conceituação à luz da teoria de Frederick Schauer. 3. Análise da força dos precedentes vinculantes e não vinculantes do STF de acordo com a teoria de Frederick Schauer. 3.1. Julgados dotados de efeito vinculante formal. 3.2. Casos desprovidos de efeito vinculante formal. 4. Conclusões.

## 1. Introdução

Desde a inclusão do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da EC nº 03/93, a discussão sobre precedentes vinculantes tornou-se frequente em nosso país. A discussão se intensificou por conta das inúmeras controvérsias que circundaram a criação das súmulas vinculantes, cuja legitimidade e justificativa estão longe de ser consensuais no âmbito acadêmico e jurisprudencial. Todavia, no meio dessas discussões, uma característica sempre esteve presente nas descrições acerca do efeito vinculante nos precedentes brasileiros: sua obrigatoriedade, em contraposição aos precedentes que não possuem efeito vinculante imposto por lei ou pela Constituição.

Com efeito, a obrigatoriedade do precedente vinculante é uma característica que levanta poucos questionamentos. No entanto, mesmo nesse ponto específico, uma questão polêmica permanece: qual o

Breno Baía Magalhães é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Faculdade de Belém (FABEL).

Sandoval Alves da Silva é Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA).

grau de obrigatoriedade estabelecido pelo efeito vinculante? Muitas definições acadêmicas acerca do que seriam precedentes vinculantes (sejam aqueles derivados da via direta de controle de constitucionalidade, sejam aqueles oriundos das súmulas vinculantes) parecem dotá-los de força normativa incontornável, portanto, de uma vinculação de caráter absoluto. Por conseguinte, de acordo com tais considerações, o precedente vinculante deve ser aplicado de forma estrita, sem exceções (que poderiam variar desde a distinção entre os casos até os casos de revogação do precedente)<sup>1</sup>.

Não obstante o quadro brevemente descrito acima, as recentes práticas do precedente vinculante no Brasil parecem apontar para uma conclusão diferente da tese da vinculação absoluta. Divergindo dessa última, os precedentes (independentemente de serem vinculantes ou não) parecem exercer uma variada gradação de sua força normativa, que independe das circunstâncias relativas à imposição de uma vinculação formal legal ou constitucional<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Oscar Vieira (1994, p. 89-90) concluiu, por exemplo, que a decisão dotada de efeito vinculante na ADC visa, em última instância, a tornar a norma declarada constitucional imune às impugnações por parte dos cidadãos por meio do judiciário, que estará, por sua vez, impossibilitado de verificar a legitimidade da norma no caso concreto, bem como considerá-la inconstitucional pela via do controle difuso, pois ficam obrigados à decisão proferida pelo STF. Ives Gandra Martins e Fátima Garcia (1995, p. 128), comentando sobre o efeito vinculante da ADC, salientaram que a decisão vinculante do STF retira a legitimidade (inclusive do próprio STF) para deflagrar novo julgamento a respeito do caso, impedindo que questões subam às instâncias superiores, pois todas estarão sumariamente decididas. Por fim, mais recentemente, Patrícia Perrone Mello (2008, p. 63-78) afirma que os precedentes vinculantes possuem caráter normativo, o que quer dizer que a decisão deve prevalecer sempre, pois apresentam um entendimento que deve ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, ou seja, fixam uma orientação a ser seguida em todas as hipóteses semelhantes, projetando efeitos além das partes de um caso concreto.

<sup>2</sup> A existência de diferentes gradações da força normativa dos precedentes no Brasil pode ser verificada, por exemplo: na repercussão geral no STF; na legis-

Em estudo comparativo realizado sobre a interpretação dos precedentes nos países que adotaram, historicamente, os modelos da *civil law* e do *common law*, Neil MacCormick e Robert Summers<sup>3</sup> (1997) apresentaram importantes reflexões e conclusões acerca das convergências e diferenças existentes no tratamento dos precedentes em ambos modelos que reforçam, por exemplo, a assertiva exposta no parágrafo acima.

De início, duas grandes similaridades foram ressaltadas no estudo: 1) os precedentes desempenham importantíssimo papel nas decisões judiciais e no desenvolvimento do direito, mesmo quando não lhes é reconhecida força vinculante ou outra força normativa diferenciada. O estudo dos autores demonstrou que, mesmo naqueles países em que, por conta de práticas tradicionais, as citações aos precedentes são desencorajadas, estes são muito importantes na prática judicial; e 2) os dois sistemas acomodam mudanças e evoluções nos precedentes por meio da atuação judicial (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 531).

O que os autores perceberam, da análise dos dois sistemas, é que, se existe alguma diferença normativa entre os precedentes produzidos nos diferentes países, ela é mais quantitativa do que qualitativa, pois em ambos há força normativa, variando apenas o grau e a maneira de vinculação por eles

lação dos recursos repetitivos no STJ; nos poderes do relator no juízo de admissibilidade e mérito recursal nos tribunais e nas súmulas impeditivas de recurso. Todos os precedentes utilizados ou produzidos por esses institutos vinculam, mas não da mesma forma ou na mesma intensidade.

<sup>3</sup> O estudo, realizado por um grupo de juristas, foi um empreendimento analítico que envolveu a discussão de diferentes países de tradições jurídicas sobre a prática do precedente, entre eles: Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Reino Unido, EUA (Nova York) e União Europeia. Todos os juristas responsáveis por analisar o precedente em seu país confeccionaram relatórios nos quais respondiam a questões comuns, elencadas em categorias, tais como: a vinculação formal do precedente; o que significam e como se aplicam; as justificativas para sua aplicação etc.

estabelecida (se formal ou material), pois, mesmo nos casos de precedentes considerados persuasivos, observa-se alguma força normativa ou grau de vinculação (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 533-534).

Quanto às diferenças no trato dos precedentes, os autores observaram distinções em razão da forma de aplicação, especialmente porque, no sistema da *common law*, por exemplo, a frequência de sua utilização exige maior publicidade, profundidade e clareza nas razões expostas; há, também, uma mais aprofundada análise dos fatos que emergem da razão jurídica e é corrente a utilização de razões para distinções (*distinguishing*). Ademais, a existência de um só precedente é suficiente para vincular os casos futuros, pontos que ainda estão imaturos na prática dos países tradicionalmente considerados de *civil law*<sup>4</sup>.

Não obstante outras relevantes conclusões, uma das mais importantes, pelo menos para fins do presente artigo, foi que a existência de uma vinculação formal (*formally binding*) do precedente não significa uma força estritamente vinculante (*strictly binding*). Isso quer dizer que, em todos os países onde a pesquisa foi realizada, sejam os de *civil law* ou os da *common law*, os precedentes que possuem obrigatoriedade por

alguma determinação formal não vinculam de maneira absoluta.

Segundo MacCormick e Summers (1997, p. 532), a vinculação na *common law*, em todos os seus campos, está sujeita a exceções, ou seja, pode ser superada, porquanto as cortes superiores podem superar ou revogar o precedente vinculante, ainda que reconheçam que seja dotado de força normativa de ordem superior. Portanto, prosseguem os autores, é incorreta e deve ser superada a imagem caricatural de que, nos países de tradição romanista, os ordenamentos jurídicos estejam totalmente livres dos “grilhões” do precedente, contrastada com a, igualmente equivocada, imagem de uma “escravizadora” experiência da tradição dos ordenamentos de modelo anglo-saxão, que, por meio do princípio do *stare decisis*, “ancora” o direito da *common law* ao passado. Dessa forma, a força dos precedentes não seria traduzida por meio de uma dicotomia forte (qual seja: vinculação absoluta de um lado e ausência de vinculação, de outro), mas seria melhor traduzida por um *continuum*.

Partindo de tais considerações, a proposta do artigo é analisar os precedentes vinculantes do STF (decisões em ADI, ADC, ADPF e súmulas vinculantes) com a finalidade de verificar a validade das conclusões extraídas do estudo de Neil McCormick e Robert Summers para a realidade brasileira, que apontam para a existência de um *continuum* que permeia a força normativa do precedente, ou seja, visa a demonstrar se outros fatores, além da imposição formal, determinam o grau de vinculação do precedente (posição hierárquica da corte, interpretação, aceitação, justificativas de sua existência, questões de direitos fundamentais etc.).

Nesse sentido, de que forma poder-se-ia sustentar, teoricamente, que o efeito vinculante brasileiro exerce uma força absoluta de vinculação? Para responder à última pergunta, será feita análise de um marco teórico que dá conta de explicar como

<sup>4</sup> Nos países em que não existe o hábito, sistemático, de utilização detalhada das razões expostas no precedente, podemos observar que: 1) a publicidade das razões da decisão é pouco importante, seguindo da mesma sorte o veículo por onde esta é realizada; 2) a análise é menos profunda para extrair o comando normativo, razão pela qual a exposição dos fundamentos não ganha ares de importância fundamental; 3) não há necessidade de identificação das razões principais (*ratio decidendi* ou *holding*) e acessórias (*obiter dicta*); 4) não há necessidade de análise e contextualização fática; 5) as distinções não têm importância e não são analisadas na aplicação dos precedentes; 6) a existência de um só precedente não tem a autoridade de vinculação dos casos futuros, necessitando, para tanto, de uma linha de precedentes; 7) os tribunais inferiores têm independência para afastar um só precedente da Suprema Corte; e 8) o afastamento dos precedentes não é justificado e tampouco os tribunais fazem referência explícita quando os afastam (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 536-539).



precedentes que operam com vinculação absoluta se caracterizam e de que forma pode-se justificar tal característica. Nesse passo, os precedentes vinculantes serão caracterizados à luz do modelo teórico de Frederick Schauer, que os considera como regras. Feita a exposição substancial das propostas teóricas, algumas decisões do STF serão analisadas, a fim de perquirir se elas se ajustam ou não ao determinado pela teoria de Schauer. A resposta da análise demonstrará se a tese do *continuum* de Neil McCormick e Robert Summers pode ser utilizada para descrever a prática do precedente vinculante brasileiro.

## 2. Precedente vinculante como regra: conceituação à luz da teoria de Frederick Schauer

### – O modelo de regras

Frederick Schauer (2004) desenvolveu a teoria do positivismo presuntivo, que considera o direito como um sistema de regras positivas que devem ser aplicadas por sua origem jurídica, ainda que o julgador se depare com um resultado errado ou subótimo, respeitando sua prioridade local de incidência no caso, aplicando-se, entretanto, de forma excepcional, outros parâmetros normativos (moral, economia, política etc.)<sup>5</sup>, apenas por razões muito for-

<sup>5</sup>Schauer (2004), ao abordar o positivismo jurídico, exime-se de posicionar-se acerca da natureza das questões que aquela teoria do direito deve responder, assim como sobre a prevalência de seu caráter descritivo ou analítico, mas afirma que concorda, apenas, com a assertiva conceitual positivista de que a identificação de uma norma e sua qualificação como jurídica são independentes de seu conteúdo moral substantivo. A questão, argumenta o autor, não está centrada na ideia de exclusão de argumentos morais das decisões jurídicas, mas de um isolamento sistemático de padrões morais, uma vez que o positivismo não exclui a possibilidade de o juiz utilizar outros padrões normativos em suas decisões. Nesse sentido, tendo o julgador disponível um leque de razões para decidir uma demanda, que pode levar a inúmeros resultados (bons ou ruins), a presunção de aplicação do raciocí-

tes: por conta de uma força argumentativa excepcional ou, por exemplo, em função de grandes injustiças (daí o aspecto presuntivo do modelo de regras).

Partindo dessa premissa, as regras jurídicas buscam resolver os casos concretos por meio de generalizações, que compreendem a validade conceitual e a fidelidade descritiva da regra. Schauer (2009, p. 15-16) não nega, entretanto, que toda regra possua uma justificação, uma razão, que é o objetivo que visa cumprir. Todavia, tais razões são, geralmente, vagas demais para auxiliar a tomada de decisões jurídicas e estão sempre sujeitas a incertezas e variações para que possam, efetivamente, limitar as ações dos juizes. Ainda que as justificações sejam importantes, são as regras em si mesmas que carregam a força do direito e que ditam o resultado jurídico, ou seja, não são as justificativas das regras o que o direito requer. Ademais, as regras estão interligadas na linguagem em que foram escritas, tornando central para a regra o que ela afirma, ainda que seja contraditório às suas razões justificadoras ou que produza um resultado subótimo em determinado caso (SCHAUER, 2009, p. 17-19).

Feito esse apanhado geral sobre a teoria das regras jurídicas do autor, é importante descrever, ainda que de maneira sucinta, o modelo que Schauer constrói para fundamentar a tomada de decisão com base em regras (não necessariamente um modelo restrito ao raciocínio jurídico), para se compreender melhor a correlação de tal modelo com os precedentes considerados como regras.

As generalizações são inerentes às regras. No processo de generalização<sup>6</sup>, faz-se a distinção entre as generalizações

nio jurídico é sempre mais forte no sentido de que se utilizem regras jurídicas.

<sup>6</sup>Generalizar, para Schauer (2004, p. 76), é involucrar-se em um processo que é parte da vida. Ao generalizar, perde-se o aspecto da individualidade, ao passo que o objeto da generalização passa a ser exemplo de um tipo ou membro de uma classe.

prescritivas (regras de conduta) e as descritivas (fenômenos físicos ou entes ideais), para demonstrar que a estrutura das regras prescritivas envolve dois elementos, sendo: 1) o *predicado fático*, que seria a hipótese da regra, é um enunciado descritivo, cuja verdade e condição são necessárias e suficientes à aplicação da regra e 2) o *consequente*, que descreve o que deverá ocorrer quando se verificar as condições especificadas no predicado fático<sup>7</sup>. Tal diferença é importante para acentuar que, independentemente de seu alcance, o predicado fático generalizador da regra é aplicável para todos os membros de uma classe (SCHAUER, 2004, p. 81-83).

As generalizações prescritivas começam particularmente de um fato individual para, a partir dele, alcançar a generalização com a pretensão de aplicação a todos os fatos futuros do mesmo tipo. As generalizações são, portanto, escolhas seletivas. Dependendo do tipo de generalização selecionada, um caminho é trilhado e determinados resultados serão alcançados. Nesse sentido, caso sejam suprimidas outras propriedades do objeto generalizado, resultados diferentes serão obtidos. Tais escolhas seletivas de propriedades são relevantes para localizar o objeto em uma categoria mais ampla, ou seja, a escolha seletiva reflete a justificativa da generalização. O problema desse tipo de generalização é a probabilidade, visto que a causalidade probabilística busca estabelecer uma possível relação de causa e efeito entre uma característica e uma consequência ou entre o predicado fático e a justificativa da regra (provável causa que deu origem à regra), pois o predicado fático representa um conjunto de fatos cuja existência aumenta a probabilidade de ocorrência da justificativa (SCHAUER, 2004, p. 85-88)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Como exemplo de tais elementos: *se* alguém conduzir um automóvel acima de 80 km/h (predicado fático ou hipótese), *então* terá de pagar uma multa de valor X (consequente).

<sup>8</sup> Partindo de um determinado mamífero, generaliza-se seu tipo para categorizá-lo como um

O predicado fático da regra não é uma generalização perfeita. Isso porque o predicado fático possui uma relação probabilística com o objeto da regra, deixando aberta a possibilidade de que, em alguns casos, a conexão entre justificativa e consequência esteja ausente. Nesse sentido, as regras possuem predicados fáticos subinclusivos ou sobreinclusivos, tal quando a generalização da regra exclui ou inclui mais do que a justificativa autorizaria<sup>9</sup>. Outro problema que surge é o da textura aberta da regra, que representa generalizações universais imperfeitas sobre o futuro ou vaguezas sobre o presente, existentes pela limitada capacidade humana de prever o futuro. Esses casos falseiam o que antes era considerado uma verdade universal ou excludente (SCHAUER, 2004, p. 89-95)<sup>10</sup>. Esses três problemas acarretados pela generalização são importantes para se averiguar as funções das regras.

A concepção da generalização probabilística acarreta o que Schauer chamou de experiência recalcitrante, que ocorre quando o resultado da aplicação da regra nega a sua própria justificativa. Entretanto, apesar de tal experiência, Schauer sustenta que as generalizações prescritivas devem

*pinscher*, um vira-lata, ou, mais amplamente, como um cão. Feita tal generalização, pode ser estabelecida a regra de proibir cães em um restaurante, porque estes causam incômodos aos clientes. A seleção feita é para a categoria *cães*, e não *mamíferos*, por exemplo, restringindo à hipótese de que somente aquele tipo de mamífero causa incômodo em restaurantes. O aspecto probabilístico da generalização é o de que todos os cães causam incômodos aos clientes de restaurantes.

<sup>9</sup> Seguindo o exemplo da nota anterior, podemos pensar que cães-guia estão incluídos na regra que proíbe a entrada de cães (sobreinclusão), ainda que sejam treinados para não causar incômodos, assim como a regra não cita, por exemplo, gatos, que podem, igualmente, causar incômodos aos clientes (subinclusão).

<sup>10</sup> A generalização universal pode ser formulada tomando por base, por exemplo, uma crença que considera que exista uma doença, exclusivamente, transmitida por cães, ensejando a regra que proíbe sua entrada no restaurante. Entretanto, após pesquisas científicas, descobre-se que tal doença não é transmitida pelos caninos.

ser entrincheiradas (obstaculizando a possibilidade de utilizar uma linguagem sensível e adaptável)<sup>11</sup> para que um modelo de regras seja efetivo, asseverando que essas experiências representariam pequenas injustiças suportáveis diante das vantagens mais amplas do modelo de regras. Assim, do confronto entre a aplicação da regra e a sua justificativa, a primeira deve prevalecer. Portanto, o entrincheiramento das generalizações deixa de fora casos que poderiam ser incluídos na regra, caso fosse aplicada sua justificativa (SCHAUER, 2004, p. 106 -112).

As mais fortes justificativas em defesa do modelo de regras, segundo o autor, estão na eficiência, na confiança, na aversão ao erro dos julgadores e na estabilidade<sup>12</sup>.

O argumento da aversão ao risco de erro dos julgadores preconiza que há erros que independem deles, que são observados por conta do contraste do entrincheiramento das regras com a riqueza das possibilidades da vida. Porém, existem erros que advêm da aplicação incorreta de um procedimento

particularista, teoricamente, otimizador<sup>13</sup>. Estes últimos se reduzem com o modelo de regras, pois o julgador dispõe de um número menor de fatores, que são fáceis de encontrar, controlar e de aplicar. O argumento da estabilidade, que está intimamente ligado ao argumento de aversão ao erro, da confiança e da eficiência<sup>14</sup>, defende que o modelo de regras traz estabilidade por si mesma, pela razão de as regras estreitarem o espectro das decisões potenciais e por tornarem mais difícil alterar, positiva ou negativamente, o estado das coisas (SCHAUER, 2004, p. 198-220).

A utilização de um modelo de regras nos moldes propostos por Schauer encontra sua principal justificativa institucional na ideia de distribuição do poder decisório. Um julgador que decide com base no modelo de regra é instruído para não considerar certos fatos, razões e argumentos, evitando que chegue a resultados equivocados (aversão ao risco de erro dos julgadores). Desse modo, as regras funcionam como importantes instrumentos de distribuição de poder, o que quer dizer que serviriam para delimitar que apenas determinadas instituições seriam competentes para determinar seu conteúdo. Todavia, tal delimitação não se baseia em considerações, eminentemente, de limitações epistêmicas ou de ausência de aptidões, mas de limitações temporais

<sup>11</sup> Schauer (2004) expõe o modelo entrincheirado de tomada de decisões em contraposição ao modelo conversacional, que tem como característica se adaptar a qualquer contexto, ou seja, as experiências recalitrantes do futuro e as adequações das generalizações às suas justificativas são sempre possíveis diante de um caso específico.

<sup>12</sup> Afirma Schauer que não é o propósito do direito ser injusto por ser injusto, mas há um importante conjunto de valores (previsibilidade de resultado, uniformidade de tratamento e medo da discricionariedade) que o sistema legal toma como importante preservar. Nesse sentido, o direito é mais do que simplesmente fazer a coisa certa em cada caso individual, pois, em nome do Estado de Direito, importantes valores institucionais e sistêmicos devem prevalecer, mesmo que, ocasionalmente, à custa da justiça ou da eficiência no resultado de um caso individual (SCHAUER, 2009, p. 35). Partindo de tais premissas, o autor rechaça o argumento de que as regras garantem a equidade, uma vez que as regras ganham relevo justamente quando ignoram diferenças relevantes no tempo de sua aplicação, ou seja, quando tratam diferentemente casos similares. Isso porque a equidade apenas pode ser alcançada em um caso se houver transcendência das limitações inerentes às regras (SCHAUER, 2004, p. 198-200).

<sup>13</sup> O tipo de erro que envolve um argumento de suposta otimização é diferente daquele que decorre das experiências recalitrantes trazidas pelas vivências diárias, uma vez que, no primeiro tipo de erro, a autoridade decisória se sente livre para perquirir quaisquer padrões que ela mesma considera como os melhores, de forma particularista. Como exemplo, cita-se o caso de delegar à autoridade policial a decisão acerca da interpretação constitucional sobre o que se pode considerar como “dia”, de acordo com a dicção do inciso XI, art. 5º, da CF/88.

<sup>14</sup> O argumento da confiança representa a certeza e previsibilidade de uma ação, permitindo que haja o planejamento das atividades intersubjetivas com maior eficácia. O argumento da eficiência, por sua vez, preconiza que, com o modelo de regras, perde-se menos tempo investigando e calculando as justificativas e consequências de uma regra, permitindo sua aplicação mais expedita e segura.

(entrincheiramento de generalizações) e de delimitação de alocação horizontal de poderes.

– *O modelo de regras e a força dos precedentes*

É com base no modelo de regras que o autor desenvolve o pensamento acerca da normatividade e vinculação dos precedentes judiciais, de tal sorte que os precedentes, em breve síntese, são considerados como generalizações entrincheiradas, que desconsideram as experiências recalcitrantes. A diferença está em que os precedentes são generalizações posteriores formuladas por outra autoridade, mas, da mesma forma que as regras legislativas, tais generalizações independem das justificativas que deram origem ao precedente (SCHAUER, 2004, p. 244-245)<sup>15</sup>.

O núcleo principal do que seja seguir um precedente é decidir uma questão jurídica da mesma forma que cortes anteriores fizeram no passado. Não se trata de estar persuadido pela decisão e, posteriormente, segui-la. A obrigatoriedade vai mais além. Schauer defende que, quando alguém segue uma decisão porque acredita que esteja correta, ou seja, quando a decisão é seguida porque apresentara razões que fizeram a pessoa mudar de ideia sobre o tema, não existe obediência ao precedente. Trata-se de uma questão de aprendizagem. A corte inferior deve seguir o precedente, ainda que acredite que esteja decidindo de forma equivocada, pois é o *status* de decisão anterior que lhe confere força, não a correção de sua justificação ou de seu resultado (SCHAUER, 2009, p. 37-40)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> A tarefa da teoria do precedente, portanto, é explicar, em um mundo em que um único evento pode se encaixar em diferentes categorias (ou tipos), como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras, não (SCHAUER, 1987, p. 579).

<sup>16</sup> O fato de um tribunal chegar à mesma conclusão de um julgamento anterior não é indício de que exista obrigação de seguir um precedente (*stare decisis*), pois, ainda que se admita que o julgamento do caso em análise alcance a mesma premissa do precedente, sem que houvesse decisão preexistente, isso não

Além da distinção temporal e de autoridade entre a tomada de decisão baseada em regras e a tomada de decisão baseada em precedente, há, também, a indeterminação ou subdeterminação do conteúdo a ser generalizado do precedente, pelo fato de não existir um predicado fático estabelecido de forma canônica, como nas regras. Nesse sentido, quem realiza a generalização é o tribunal que tem de julgar um caso posterior, lançando mão do caso paradigma, pois no primeiro tribunal não se sabe ainda qual regra ou *standard* de relevância será generalizado na aplicação do precedente ao caso em julgamento (SCHAUER, 2004, p. 246-247)<sup>17</sup>.

Dessa feita, como não há a formulação de prescrições normativas da regra pelo tribunal que formou o precedente (generalização canônica), o segundo tribunal pode generalizar de forma vinculante pela descrição dos fatos, pelos fundamentos ou por categorias (servidor público, regime estatutário etc.), mas, uma vez feita a generalização, as justificativas formuladas por tais critérios deixam de ser importantes e a generalização passa a ter normatividade independentemente da justificativa extraída da descrição dos fatos, dos fundamentos ou das categorias encontradas no precedente no momento da generalização<sup>18</sup>.

representa a adoção de um precedente por sua força vinculante, mas apenas que as razões dos julgamentos são coincidentes. Por outras palavras, decidir de acordo com um precedente, por considerar sua força vinculante, não se verifica quando um ministro vota em sua conformidade por concordar com as razões, mas, sim, porque o compreende como vinculante ou obrigatório (SCHAUER, 2007, p. 385-386).

<sup>17</sup> A questão do precedente, portanto, não é se existem categorias imutáveis do mundo que podem ser apreendidas com a linguagem, mas, sim, se as categorias usadas ao se formular uma decisão estão totalmente dentro do controle do julgador, ou se as categorias, de alguma forma, resistem às alterações feitas pelos julgadores que as utilizam posteriormente. Por essa razão, é muito importante que a forma com que os casos sejam agrupados não seja descaracterizada no futuro (SCHAUER, 1987, p. 584-585).

<sup>18</sup> Seguir um precedente é importante para a eficiência cognitiva e decisória das cortes inferiores.

Assim, tem-se que o peso das regras generalizadas por meio dos precedentes não é canonicamente formulado, mas interpretado por profissionais e construído a partir de decisões prévias (SCHAUER, 2004, p. 248-250). De mais a mais, a noção de precedente depende, fortemente, do modo com que as categorias (generalizações) do mundo utilizadas sejam formuladas; devem sê-lo frequentemente, de maneira ampla ou mais poderosa em canalizar pensamentos do que categorias ou comparações que podem formatar propósitos normativos particulares e, portanto, de pouco alcance (SCHAUER, 1987, p. 587).

Nesse sentido, o autor afirma que a vinculação horizontal do precedente (para o autor, a obrigação de um mesmo tribunal seguir seus próprios precedentes), ou seja, a regra do *stare decisis*, não existe quando um tribunal tem a liberdade de rejeitar uma decisão anterior que considere equivocada. Todavia, afirmar que as revogações são possíveis não quer dizer que não exista o *stare decisis*, mas apenas que se trata de uma regra não absoluta, ou seja, deve haver o respeito de decisões que são consideradas equivocadas, por conta de sua natureza, e se isso não ocorre é porque a regra da justificativa especial é ilusória. Com efeito, se os juízes nunca seguem um precedente que julgam equivocado, nunca existiu uma norma de *stare decisis* absoluta (SCHAUER, 2007, p. 390-391).

Schauer, por exemplo, afirma que a atual Suprema Corte não respeita a norma do *stare decisis*<sup>19</sup>, mas reconhece, entretanto, que tal

---

Portanto, considerar questões como assentadas é melhor para um tribunal, uma vez que não precisará rever a matéria constantemente. Ou seja, trata-se de ter em conta a consistência e o assentamento das questões, por conta do valor da estabilidade em si mesma (SCHAUER, 2009, p. 43).

<sup>19</sup> Tal conclusão é reforçada, na visão do autor, pelas pesquisas empíricas realizadas pelos cientistas políticos; pelas críticas atuais de renomados juristas; pela prática das divergências contínuas de juízes, que, mesmo sendo voto vencido, insistem em suas convicções, bem como a rejeição do *stare decisis* por alguns juízes. Isso porque, ao que parece, os juízes estão mais

atitude pode ser explicada porque a Suprema Corte lida com casos de alta complexidade moral e política, ou seja, seria melhor procurar tal norma nas cortes inferiores, onde questões de direitos fundamentais individuais não estão em jogo e o valor da garantia da consistência por si mesma é importante (SCHAUER, 2007, p. 396-399).

A força do precedente, portanto, não está apenas ligada a categorias de assimilação (generalizações), mas também à amplitude de tais generalizações. Dependendo das distinções arbitrárias que forem feitas, menor será o papel do precedente. Dizer que o precedente é razão para decisão de uma determinada forma não é o mesmo que dizer que seguir o precedente é o que se deve sempre fazer, todas as coisas consideradas, pois precedente vinculante é aquele que tem de ser seguido ou distinguido. Um sistema no qual o precedente opera como uma limitação comparativa forte será um sistema no qual os julgadores ignoram as finas, porém justificáveis, diferenças na busca de similaridades mais amplas (SCHAUER, 1987, p. 592-595). Portanto, quanto menos uma corte segue um precedente vinculante, mais fraca (ou inexistente) será a regra que impõe tal vinculação.

A vinculação decorrente da generalização dos precedentes só pode ser afastada, à semelhança do modelo de regras, por meio de distinções ou pelo critério da especialidade (prioridade local), que deixa de lado o precedente, sem revogá-lo, apesar de o critério da especialidade não ter prioridade absoluta. Para que haja revogação (*overruling*), não basta que a decisão seja, apenas, um erro; ocorrerá revogação apenas quando a corte acreditar que a decisão seja extremamente errada e que possa acarretar consequências muito graves (SCHAUER, 2009, p. 60).

À guisa de conclusão, verifica-se que o modelo de tomada de decisão baseado em

---

propensos a considerar aquilo que consideram como a melhor interpretação (tomando em consideração todos os fatores) da interpretação do que a aderência ao precedente em si mesma (SCHAUER, 2007, p. 396-397).

regras considera que, em um sistema de precedentes, a possibilidade de otimização caso a caso não é algo possível. Trata-se de um sistema que é avesso ao risco de erro dos julgadores ou à discricionariedade, uma vez que sacrifica a possibilidade de otimização caso a caso, em troca da diminuição da possibilidade de resultados ruins em um número maior de casos (SCHAUER, 1987, p. 590)<sup>20</sup>.

### *3. Análise da força dos precedentes vinculantes e não vinculantes do STF de acordo com a teoria de Frederick Schauer*

De acordo com o exposto linhas atrás, a força do precedente vinculante é considerada absoluta, assemelhando-se à força de lei. Intencionando compreender melhor o que significava uma determinação formal de vinculação aos precedentes do STF, foram expostas as ideias de Schauer, com o fim de descrever, do ponto de vista teórico, o que seria o precedente vinculante absoluto, interpretado como regra.

Entretanto, mais do que apenas descrever o que seria um precedente absoluto na prática judicial brasileira e acolher ou refutar a conclusão de MacCormick e Summers (1997) sobre a provável e possível inexistência de um precedente com força absoluta nas experiências estrangeiras, é imperativo analisar a forma como o STF interpreta o precedente vinculante e sua força.

Partindo dessas premissas, serão analisadas decisões do STF que apontam a força de um precedente vinculante, em contraste com a força de precedentes que não são dotados dessa característica. Dessa forma,

<sup>20</sup> Schauer (1987, p. 601) aponta que, nos territórios de decisão em que se busca a ênfase na riqueza e individualidade da experiência imediata, o homem se sente livre para explorar todo argumento possível para que se possa transformar uma questão como a melhor para um caso, pois será a fineza do caso que será o mais vital. Tal sistema nega as vantagens do precedente. O desejo da estabilidade se rende ao desejo de responder corretamente.

com base em Schauer, é possível elencar algumas hipóteses que seriam capazes de demonstrar se o STF considera que o precedente dotado de efeito vinculante sempre deve prevalecer, ou seja, se é absoluto: 1) se o STF considerar que a generalização entrincheirada utilizada no predicado fático do precedente<sup>21</sup> prevalece, à revelia das justificativas sustentadas em sua formulação; 2) se o STF não aceitar aplicações particularistas de generalizações, relevando aplicações subótimas dos precedentes trazidas por experiências recalcitrantes; 3) se o STF aplicar um precedente, ainda que considere que sua decisão pretérita tenha sido incorreta, tendo em vista a estabilidade considerada em si mesma; e 4) se o STF não utilizar ou reinterpretar as justificativas que tenha construído na formulação do precedente vinculante, para resolver problemas de sua aplicação.

Portanto, caso essas hipóteses estejam presentes na análise abaixo, podemos corroborar com a tese de que o precedente vinculante opera de maneira absoluta e afastar, definitivamente, as teses de MacCormick e Summers (1997).

#### *3.1. Julgados dotados de efeito vinculante formal*

– Casos envolvendo a *Súmula Vinculante* nº 9

Em 2008, o plenário do STF editou a súmula vinculante nº 9, cujo teor é o seguinte:

<sup>21</sup> O predicado fático que contém a generalização, para fins da hipótese estruturada, pode ser formulado de forma canônica, no caso, por exemplo, da súmula vinculante ou pode não existir, quando formulado pelo tribunal anterior. Em ambos os casos, podemos perceber se houve ou não a aderência ao predicado fático não canônico pelo controle que o STF realiza, especialmente, via reclamação. No caso da súmula vinculante, é importante notar que seu enunciado não é um precedente, mas a extração canônica do que seria a regra de relevância de vários precedentes. Não obstante, comumente, o enunciado da súmula é interpretado como regra vinculante, tal como se substituisse os precedentes que lhes deram origem. É, justamente, esta última interpretação que ocasiona os problemas a seguir analisados.

O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984<sup>22</sup> (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58<sup>23</sup>. Tomando por base a generalização presente no predicado fático da súmula, é constitucional a perda dos dias remidos daquele que tenha cometido falta grave e não se lhe aplica o limite de 30 (trinta) dias. Dessa forma, não se observa nas disposições linguísticas nenhuma exceção ou qualquer demonstração de que alguma outra situação possa ocorrer.

Não obstante o prescrito na súmula, inúmeros juízes e tribunais entenderam que a súmula silenciava quanto à possibilidade de gradação temporal da perda dos dias remidos, atestando, somente, a impossibilidade de fixá-la pelo parâmetro dos 30 dias. Entretanto, contrário a esse entendimento, o STJ, determinando a perda total dos dias remidos, reviu decisão do TJ/SP, que havia decidido que a perda de dias remidos deveria ser fixada pelo juiz, considerando os antecedentes de conduta do apenado e as consequências de seu ato, limitando-a em 15 (quinze) dias. O relator no STJ, Min. Jorge Mussi, afirmou que o STF havia pacificado a questão, salientando que não é aplicável o limite de 30 (trinta) dias, previsto no art. 58 da mencionada lei, ao sumular, com caráter vinculante, a decisão<sup>24</sup>. Ou seja, o STJ considerou a súmula vinculante como uma regra, no sentido de perda total dos dias remidos.

<sup>22</sup> Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. O referido dispositivo legal da LEP foi alterado pela Lei 12.433/2011, que agora regulamenta a matéria da seguinte forma: art. 127 - Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

<sup>23</sup> Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

<sup>24</sup> REsp 1.054.670/SP, Quinta Turma, DJe 01/06/2009.

Todavia, o Min. Ayres Britto, em caso semelhante ao acima descrito, indeferiu liminar em Reclamação, sob o fundamento de que a súmula não afastou o direito subjetivo à individualização da pena, nem atentou contra o chamado princípio da proporcionalidade, na avaliação da falta disciplinar eventualmente cometida. A súmula, portanto, não impediu que a decisão de perda dos dias remidos incorporasse um juízo de gradação da falta disciplinar. Logo, a perda dos dias remidos tanto poderá ser total quanto parcial, a depender de cada avaliação formal da falta grave<sup>25</sup>.

Diante do exposto, é possível concluir que a interpretação da possibilidade de gradação da perda dos dias remidos, adotada pelos tribunais inferiores, não viola a eficácia vinculante da súmula. Ademais, as justificativas que envolveram a sua formulação foram utilizadas (princípio da individualização da pena e proporcionalidade) e não apenas o sentido da regra entrincheirada prescrita de forma canônica na súmula<sup>26</sup>.

– Casos envolvendo a súmula vinculante nº 12

Também em 2008, o plenário do STF editou a súmula vinculante nº 12, que

<sup>25</sup> MC na Rcl 108.20 / RJ, Min. Ayres Britto, DJe 16/02/2011. É interessante observar que o Min. Ayres Britto, durante as discussões que deram origem à súmula, sustentou posição semelhante, no que foi seguido pelo plenário: O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias. (STF, DJe no 172/08, 12/09/08, p. 32).

<sup>26</sup> Diante das alterações legislativas e da interpretação do STF sobre a eficácia da súmula, foi proposto Recurso Extraordinário, com repercussão geral, que intenciona decidir a alteração ou revogação da súmula vinculante (Tema em RG nº 477, RE 638.239).

disponha o seguinte: *A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.* Pela generalização escolhida, pode-se concluir que toda e qualquer matrícula cobrada por universidades públicas seria inconstitucional. Todavia, os intérpretes da súmula<sup>27</sup> sustentavam que a súmula não incluía, por exemplo, matrículas em cursos de línguas ofertados à comunidade pela universidade, bem como cursos de pós-graduação *lato sensu*.

Quando teve a oportunidade de julgar as referidas questões, o STF parece ter acolhido a tese de que existem algumas exceções à aplicação da súmula, não obstante se tratem de matrículas em universidades públicas. O Min. Gilmar Mendes salientou que os precedentes que motivaram a aprovação da súmula não trataram de qualquer curso realizado pelas universidades públicas, mas apenas dos cursos de ensino superior. Ademais, a exigência da gratuidade do ensino não se mostra incompatível com a cobrança de determinadas exações que sirvam para subsidiar as universidades públicas, em função das dificuldades por que passam essas instituições em razão da insuficiência de recursos<sup>28</sup>.

Da análise dos casos citados, pode-se inferir que a existência de experiências recalcitrantes, nos casos citados, de sobreinclusão, não fez com que o STF aplicasse a súmula como regra, reconhecendo a possibilidade de otimizar as justificativas da súmula<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> No caso em questão, o TRF da 4ª Região.

<sup>28</sup> MC na Rcl 8.295/RS, DJe 05/08/09 (matrículas em pós-graduação *lato sensu*). MC na Rcl 8.596/CE, DJe 05/08/09 (matrículas em cursos de línguas).

<sup>29</sup> Do mesmo modo que a súmula vinculante nº 9, as discussões plenárias dão importantes indícios sobre a interpretação da súmula: *MENEZES DIREITO – É que estamos fazendo a súmula exatamente sobre o caso específico desse processo, que é a taxa de matrícula. Não entramos em nenhuma outra matéria. GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só a taxa de matrícula. Não estamos entrando em nenhuma outra matéria* (DJe nº 214/08, 12/11/08, p. 19).

– Casos envolvendo a ADI 1.232/DF

No julgamento da ADI 1.232/DF<sup>30</sup>, o plenário do STF assentou que era constitucional o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que instituiu requisito objetivo (renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) para concessão do benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família<sup>31</sup>.

Trata-se de um caso complexo e bastante controverso. Nos anos imediatamente subsequentes à decisão dotada de efeito vinculante, o tribunal deferia todas as reclamações e recursos extraordinários que outorgavam o benefício inobservando o critério objetivo legal<sup>32</sup>, o que poderia levar à conclusão de que o plenário seguiria decisão anterior que considera equivocada, aproximando-se tal interpretação da decisão como uma regra, nos termos preconizados por Schauer.

Todavia, mais recentemente, o STF caminha para a revisão do precedente dotado de efeito vinculante, mas, enquanto não realiza a revogação formalmente, utiliza de outros meios interpretativos para limitar a força normativa do precedente.

Uma delas é manter a decisão reclamada que tenha deferido o benefício com base em fundamento diverso daquele imposto pela lei, em razão da impossibilidade de revolver matéria fática, mais especificamente, as provas que o reclamado utilizou

<sup>30</sup> DJ 01/06/01, Nelson Jobim.

<sup>31</sup> A Lei 12.435/11, no que concerne ao artigo citado, alterou a exigência de 70 para 65 anos, para fins de deferimento do benefício, mas manteve o requisito legal objetivo para a concessão.

<sup>32</sup> MC na Rcl 3.918/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 21/11/2005; Rcl 2.323/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20/05/2005; AgR na MC na Rcl 4.427/RS, Cezar Peluso, DJ 29/06/2007, Pleno; AgR no RE 318.414/SP, Eros Grau, Segunda Turma, DJ 29/09/2006; Rcl 2.323/PR, Eros Grau, DJ 20/05/2005, Pleno. AgR no AI 467.633/SP, Marco Aurelio, Primeira Turma, DJ 03/08/2007; AgR na Rcl 2.303/RS, Ellen Gracie, Pleno, DJ 01/04/2005, e ED no RE 416.729/SC, Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 02/12/2005.



para constatar o estado de miserabilidade do beneficiado<sup>33</sup>. Por vezes, o tribunal tem enfatizado que as decisões reclamadas que atribuem interpretação ao dispositivo declarado constitucional em conjunto com legislação previdenciária posterior, que não foi objeto da ADI, não ofendem a decisão paradigma<sup>34</sup>.

Em importante julgado, a ministra Cármen Lúcia afirmou que o plenário julgou a constitucionalidade do artigo, mas não excluiu a possibilidade de outras interpretações ou critérios possíveis para a concessão do benefício. Afirmou que a constitucionalidade da norma legal não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, que é garantidora da dignidade humana e do direito à saúde, e prestar assistência social a quem necessitar, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família<sup>35</sup>. Por fim, é importante transcrever as palavras do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema:

“O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da

<sup>33</sup> AgR na Rcl 4.018/SP, DJe 25/08/11, Celso de Mello; Rcl 3.342/AP, DJ 22/03/06, Sepúlveda Pertence e Rcl 4.115/RS, DJ 16/06/06, Ayres Britto.

<sup>34</sup> Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006, e AgR no RE 569.065/PR, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 01/10/2010. Nos casos, a legislação posterior citada é, geralmente, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (estatuto do idoso).

<sup>35</sup> AgR no AI 470.975/SP, Primeira Turma, DJ 16/03/2007, Rel. Cármen Lúcia. Foi reconhecido ao tema Repercussão Geral, relativo ao direito ao benefício assistencial de prestação continuada, mesmo sem o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (Tema em RG nº 27, RE 567.985/MT).

Constituição (...). A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742<sup>36</sup>.”

Podemos perceber, portanto, que o precedente não vinculou o STF quanto à sua generalização, quando o tribunal parece ter se dado conta de que julgou equivocadamente a ADI paradigma, possibilitando que o tribunal enfraquecesse a força vinculante de um precedente decidido de forma errônea. E, importante salientar, indeferindo as reclamações que aventaram, desde o início, que a interpretação da Constituição realizada na ADI não teria sido a melhor, abandonando, dessa forma, o sentido de precedente como regra, por apresentar resultados subótimos.

#### – Casos envolvendo a ADC nº 4/DF

No julgamento da MC na ADC nº 4, foram considerados constitucionais os dispositivos da Lei 9.494/97, que consolidavam limitações à antecipação dos efeitos da tutela contra o poder público, especialmente aquelas relacionadas às vantagens pecuniárias reivindicadas pelo servidor público. No entanto, em casos de direitos previdenciários reconhecidos constitucionalmente e garantidos pela jurisprudência do STF, o tribunal reconheceu que se poderia excepcionar o efeito vinculante da referida medida cautelar. As reclamações e recursos extraordinários julgados pelo tribunal foram tantos que o plenário precisou editar uma súmula para ratificar a exceção das matérias previdenciárias à incidência do efeito vinculante (súmula nº 729<sup>37</sup>, STF)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> MC na Rcl 4.374/PE, DJ 06/02/07.

<sup>37</sup> A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

<sup>38</sup> Para uma detida análise dessa questão, Maués e Scaff (2005, p. 53-61).

Não bastasse essa enorme exceção ao efeito vinculante dessa decisão, evitando, portanto, que tais questões fossem abarcadas pelo fenômeno da sobreinclusão, são incontáveis os casos em que o STF decidiu que as decisões reclamadas não haviam afrontado a decisão dotada de efeito vinculante, portanto, compreendendo constitucionais as regras de relevância sustentadas pelo judiciário no controle difuso<sup>39</sup>.

– *Casos envolvendo a ADI 939/DF*

Existem casos dotados de efeito vinculante que, diferentemente dos casos acima descritos, possuem uma grande força de vinculação, que se espalha, inclusive, para questões e matérias diversas daquelas que ensejaram a produção do precedente.

Como exemplo de tais decisões, pode-se citar o caso da ADI 939/DF<sup>40</sup>, que versava sobre a questão de saber se o constituinte derivado poderia estabelecer limitações ao princípio da anterioridade tributária, fora dos casos excepcionados pela Constituição. Em seu voto, o ministro Sydney Sanches afirmou que as limitações ao poder de tributar deveriam ser interpretadas de acordo com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, tornando incidentes as limitações materiais à reforma constitucional, no sentido de vedar a abolição de direitos fundamentais. Portanto,

<sup>39</sup> Rcl 8.074/CE, Marco Aurélio, DJe 13/10/09, e AgR na Rcl 5.983/PI, Cezar Peluso, DJe 05/02/09 (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público); AgR na Rcl 3.483, Cezar Peluso, DJ 28/04/2006, e AgR na Rcl 3.946/DF, 24/08/08, Cezar Peluso (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial); AgR na Rcl 6.468/SE, Cezar Peluso, DJe 05/02/09 (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito). Para mais casos de exclusão de situações do âmbito da cautelar, ver Maués e Scaff (2005, p. 61)

<sup>40</sup> DJ 17/12/93, Sydney Sanches.

reconhecendo a anterioridade tributária como direito fundamental do cidadão contribuinte.

Após essa decisão, inúmeras outras a citaram como precedente: 1) o caso foi citado para afirmar que o regime de substituição tributária não violava direitos fundamentais do contribuinte<sup>41</sup>; 2) foi utilizado para declarar que a exigência do ITR sob a disciplina da MP 399, antes de 1º de janeiro de 1995, violava o princípio constitucional da anterioridade tributária<sup>42</sup>; e 3) foi importante para sustentar que a redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo sob determinadas condições previstas em lei não pode ser equiparada à majoração do tributo<sup>43</sup>.

A força do precedente vinculante é tamanha que o mesmo foi citado em decisão que declarou inconstitucional a utilização imediata de nova regra às eleições gerais que se realizariam a menos de sete meses, contados da publicação da EC nº 52/06, colidindo com o disposto no art. 16 da CRFB/88. A ministra Ellen Gracie, citando o precedente ora estudado, assentou que o fundamento da existência da anterioridade eleitoral é o mesmo do tributário: manutenção das regras do jogo em andamento, evitando-se sobressaltos e garantindo a segurança<sup>44</sup>. O precedente foi citado, igualmente, como uma das razões para declaração da inconstitucionalidade da norma da EC nº 58/09, que determinava a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito já ocorrido e encerrado, sob o fundamento da anterioridade eleitoral<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> AgR no AI 337.655/RS, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 27/09/2002.

<sup>42</sup> RE 448.558/PR, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 16/12/2005.

<sup>43</sup> MC na ADI 4016/PR, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 23/04/2009.

<sup>44</sup> ADI 3685/DF, Rel. Ellen Gracie, Pleno, DJ 10/08/2006.

<sup>45</sup> MC na ADI 4307DF, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 05/03/2010.

### 3.2. Casos desprovidos de efeito vinculante formal

Após análise dos precedentes dotados formalmente de efeito vinculante, será realizado o mesmo estudo em alguns casos de precedentes que são despidos de tal característica de vinculação formal. O objetivo dessa análise é observar a força de tais precedentes, no intuito de estabelecer comparações com os precedentes vinculantes.

#### – Casos envolvendo a ADPF 45/DF

Um dos casos mais emblemáticos que se pode citar sobre precedentes não vinculantes que possuem uma relevante força é o da decisão monocrática na ADPF 45/DF<sup>46</sup>, que foi julgada prejudicada, por conta de perda do objeto<sup>47</sup>.

O ministro Celso de Mello delineou importantes considerações sobre o papel do Estado e do judiciário na implementação de políticas públicas, destacando a necessidade de o judiciário agir no controle de políticas públicas quando houvesse omissão injustificada do poder público competente, além de ressaltar que a chamada “reserva do possível” apenas seria possível ser arguida no caso de demonstrada impossibilidade do Estado em prestar o serviço requerido, sendo, portanto, um ônus do poder público.

Por não ter julgado o mérito da ação, a ADPF não produziu efeitos vinculantes, mas o precedente vem sendo utilizado de maneira corrente no STF, nas mais diversas áreas, para reforçar a obrigação do Estado em desenvolver políticas públicas efetivas.

<sup>46</sup> MC na ADPF 45, Celso de Mello, DJ 04/05/04.

<sup>47</sup> A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada pela Constituição de 1988 e regulamentada, anos mais tarde, pela Lei 9.882/99, que dispõe, no § 3º do art. 10, que o julgamento da ADPF terá efeito vinculante. Ora, se a lei fala em julgamento, está se referindo às decisões que analisam o mérito da ação. Portanto, o efeito vinculante apenas é aplicável quando o mérito da ação for julgado e em decisão colegiada e não monocrática, como foi o caso da ADPF 45. Não bastasse o anteriormente exposto, a ação perdeu o objeto.

Um dos principais temas desenvolvidos por meio do precedente foi o do direito fundamental à educação, mais especificamente do direito ao ensino infantil e fundamental<sup>48</sup>.

A perda do objeto da ADPF 45/DF, o que tornaria impossível considerá-la como um precedente, é uma das mais recorrentes impugnações da parte requerida em ações que versam sobre políticas públicas e cujo fundamento principal para a demanda é o precedente em análise. Entretanto, o STF, nessas ocasiões<sup>49</sup>, rejeitou o argumento, sob o fundamento de que o plenário do tribunal reconheceu a dimensão política do direito à saúde na ADPF 45, e, ainda que tenha perdido seu objeto, os “fundamentos sobre os quais se assentou a decisão monocrática do Min. Celso de Mello permanecem incólumes, lastreando inúmeras outras decisões desta corte de molde a conformar o pensamento do STF quanto ao tema”<sup>50</sup>.

É importante notar que o precedente se tornou importante, mais do que por conta das generalizações que foram extraídas, mas em função de suas justificativas, que possibilitam ao Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas já definidas pela Constituição, sua implementação, sempre que os órgãos estatais competentes sejam omissos e comprometam a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais constitucionais. Portanto, foram a fundamentação e a justificação da ADPF que permitiram sua utilização como precedente vinculante para

<sup>48</sup> AgR no ARE 639.337/SP, Segunda Turma, DJe 15/09/2011, e AgR no RE 410.715/SP, Segunda Turma, DJ 03/02/06, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello; RE 655.203/MA, Rel. Ayres Britto, DJe 14/12/2011; RE 595.129/SC, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 30/09/2011; AI 658.491/GO, Rel. Dias Toffoli, DJe 05/09/2011; RE 574.481/SC, Rel. Ayres Britto, DJe 02/08/2010.

<sup>49</sup> AgR no AI 734.487/PR, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20/08/2010. AgR no RE 367.432/PR, Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/05/2010 e AgR no RE 603.575/SC, Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/05/2010.

<sup>50</sup> AgR no RE 559.646/PR, Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24/06/2011.

casos que envolviam o direito à saúde e o direito à educação, por exemplo.

– Casos envolvendo o RE 179.500/RS

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se garantir a realização de avaliação de capacidade física em data diversa da fixada em edital para candidatos em concursos públicos, em razão de fatos alheios à vontade do candidato, com base no princípio da igualdade e dos princípios constitucionais que regem a administração pública<sup>51</sup>.

Desde seu julgado, o precedente vem sendo citado como fundamento para diversas situações em que o candidato não pode realizar, em par de igualdade com os demais, os testes e exames físicos previstos no edital do concurso<sup>52</sup>. No acórdão paradigma, por exemplo, a candidata sofria de hemorragia na data dos testes fixados no edital. Todavia, o STF reconheceu o mesmo direito para quem sofreu acidentes automobilísticos<sup>53</sup>, de cálculo renal<sup>54</sup> e para candidatas que estavam em período próximo ou posterior ao trabalho de parto<sup>55</sup>.

Mesmo que não tenha efeito vinculante, o predicado fático escolhido para generalização<sup>56</sup> da regra do precedente não se com-

<sup>51</sup> RE 179.500/RS, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 15/10/1999.

<sup>52</sup> AgR no RE 412.435/DF, Rel. Cezar Peluso, DJ 06/11/2006. Decisões monocráticas: MS 29.935/PI, Rel. Cármen Lúcia, DJe 24/11/2010; RE 376.607/DF, Rel. Eros Grau, DJ 08/08/2005; RE 254.135/MA, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 14/02/2006 e AI 628.273/RJ, Rel. Eros Grau, DJ 27/02/2007.

<sup>53</sup> AgR no AI 825.545/ PE, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 13/04/2011, Primeira Turma e MS 29.433/DF, Rel. Cármen Lúcia, DJe 02/12/2011; AgR no RE 584.444/DF, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 26/03/2010.

<sup>54</sup> MS 29.918/DF, Rel. Marco Aurélio, DJe 26/11/2010.

<sup>55</sup> AgR no RE 577.309/DF, Rel. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 04/03/2011; AgR no RE 598.759/AL, Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 27/11/2009; AgR no RE 497.350/CE, Rel. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 01/07/2009.

<sup>56</sup> *Candidato em concurso público que não pode realizar atividades físicas, em par de igualdade aos demais,*

porta como entrincheirado, na medida em que funciona ou possui a mesma natureza da justificativa da decisão (o que retira, para Schauer, o caráter de regra), permitindo ao STF aplicá-lo em seus fundamentos para casos análogos. Dito em outras palavras, o princípio da igualdade nos concursos é a justificativa que permite ao tribunal realizar as analogias para considerar se a situação se enquadra nas circunstâncias alheias à vontade do candidato, ou seja, o STF busca a otimização de seu julgado caso a caso.

– Casos envolvendo o HC 68.742/DF<sup>57</sup>

Da mesma forma que os grandes e importantes precedentes analisados que envolvem direitos fundamentais, este reconheceu relevante garantia na seara criminal: o princípio da não produção de provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. No acórdão paradigma, exarado em *Habeas Corpus*, o acusado se manifestou pela negativa do crime no inquérito e, em razões recursais, alegou arrependimento posterior, o que foi considerado pela autoridade coatora como suficiente para aplicar a pena acima do limite legal. Os ministros consideraram que o acusado estava exercendo um direito que age como limitador dos poderes persecutores penais do Estado, impedindo que a manifestação contraditória seja considerada como uma circunstância para fixação da pena além do mínimo legal.

O precedente foi citado como fundamento para outros casos, como por exemplo: 1) impossibilitando que o silêncio fosse interpretado em desfavor do réu<sup>58</sup>; 2) para garantir direito ao silêncio em CPI, para que o paciente não fosse preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder à pergunta que pudesse incriminá-lo<sup>59</sup>; 3) para

*na data fixada no edital em razão de circunstancia alheia a sua vontade.*

<sup>57</sup> DJ 02/04/93, Rel. Ilmar Galvão, Pleno.

<sup>58</sup> HC 75.616/SP, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 14/11/1997.

<sup>59</sup> HC 79.589 DF, Rel. Octavio Gallotti, Pleno, DJ 06/10/2000; HC 79.812/SP, Rel. Celso De Mello,

possibilitar que advogados participassem dos interrogatórios de maneira ativa, exercendo contraditório e ampla defesa<sup>60</sup>; e 4) para assentar que o indiciado não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio<sup>61</sup>.

Essas hipóteses evidenciam uma forte vinculação do precedente oriundo do HC 68.742/DF aos casos subsequentes, sem que seja o julgado formalmente vinculante de acordo com a ordem jurídica posta.

#### 4. Conclusões

Após a análise acerca da interpretação que o STF realiza sobre a força dos próprios precedentes vinculantes, algumas conclusões podem ser elencadas:

1) As súmulas vinculantes são formuladas com base em uma linha de precedentes do STF<sup>62</sup>, mas, em função da formulação canônica de seus enunciados, redigidos de forma semelhante a regras positivadas, muitos autores e tribunais tendem a igualar a força vinculante da súmula vinculante com a da lei. Entretanto, da análise do caso das súmulas vinculantes de nºs 9 e 12, pode-se concluir que o STF considerou, ainda na sessão administrativa, hipóteses que permitiriam várias situações de afastamento das súmulas diante de possíveis experiências recalcitrantes, demonstrando que a importância da formulação canônica não superou ou impossibilitou a utilização dos fundamentos ou justificativas ventiladas nas sessões administrativas que definiram a redação das súmulas, ou mesmo das justificativas que possam ser importantes para

a interpretação da súmula. Dito em outras palavras, mesmo quando as hipóteses de experiências recalcitrantes surgiram nas discussões dos ministros, foram selecionadas generalizações que, aparentemente, não se sustentavam em contraste com as justificativas da súmula vinculante, fato que não impossibilitou que as discussões em sessão administrativa fossem consideradas importantes na interpretação da súmula, o que demonstra que a força de vinculação da súmula vinculante não pode ser compreendida sem que sejam cotejadas suas justificativas com sua redação canônica. Ademais, cabe observar que há razões ou justificativas que podem ser utilizadas, mesmo quando não são extraídas dos precedentes, como no caso das considerações construídas pelos ministros nas sessões administrativas de aprovação e redação das súmulas;

2) Na ADI 1.232/DF, o STF, inicialmente, considerou a aplicação do precedente à semelhança do modelo de regras de Schauer, mas, posteriormente, pelo fato de alguns ministros considerarem a decisão paradigma equivocada, o tribunal voltou atrás e começou a adotar uma posição diferente, no sentido de não mais considerar a aplicação do precedente como regra, pois passou a tomar como relevante o surgimento de experiências recalcitrantes. Com efeito, mesmo diante da força normativa vinculante formal do precedente, o próprio STF, em sede de reclamação, acolheu o que os juízes e tribunais inferiores haviam interpretado acerca do mesmo dispositivo constitucional, ao julgar improcedentes as reclamações que consideraram insuficiente a interpretação feita pelo STF, no que concerne ao requisito objetivo para aferir o grau de miserabilidade do requerente do benefício previdenciário, o que demonstra que a força vinculante não impede que os demais órgãos do judiciário reinterpretem o mesmo dispositivo legal declarado constitucional pelo STF.

Há de se perceber, ainda, que, nesse caso específico, o STF está a caminho da revogação do precedente (*overruling*);

Pleno, DJ 16/02/2001.

<sup>60</sup> HC 94.016/SP, Rel Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 26/02/09, e HC 99.289/RS, Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 03/08/2011.

<sup>61</sup> HC 77.135/SP, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 06/11/1998.

<sup>62</sup> O que pode não ocorrer quando RE for julgado em Repercussão Geral e der origem a uma súmula, como o STF, por vezes, realiza.

3) O caso da ADC nº 4/DF demonstra, de maneira exemplar, que o modelo de regras não se revela adequado para explicar o fenômeno da vinculação formal do precedente brasileiro, pois, logo após sua edição, o STF se viu forçado a adotar exceções e a reconhecer afastamentos ao citado precedente. Ademais, o STF, usualmente, quando afasta o referido precedente, leva em consideração os fundamentos da decisão, contrariando, de pronto, o modelo de regras de Schauer, que desconsidera o afastamento de precedentes com fundamento nas suas justificativas;

4) A ausência de uma disposição legal ou constitucional formal atribuindo força vinculante a uma determinada decisão não é um indício suficiente para concluir que a mesma exercerá uma vinculação mais fraca do que uma decisão dotada de efeito vinculante, como se pode observar no caso da ADPF 45/DF, do RE 179.500/RS e do HC 68.742/DF;

5) O modelo de regras poderia ter sido utilizado, por exemplo, para explicar o grau de vinculação de precedentes que não são dotados de efeito vinculante. O STF poderia ter generalizado, no caso do RE 179.500/RS, a hipótese de candidatos que sofriam de hemorragia na data dos testes fixados no edital, desconsiderando as demais possibilidades, ainda que tivessem relação com a proteção dos direitos fundamentais. Caso isso tivesse ocorrido, seria um caso de forte grau de vinculação, ainda que desprovido de vinculação constitucional formal. Todavia, a descaracterização do modelo de regras ocorreu quando o STF buscou a justificativa do precedente para aplicá-lo em outras hipóteses, tais como: acidentes automobilísticos, cálculo renal e para candidatas que estavam em período próximo ou posterior ao trabalho de parto, evidenciando a aplicação analógica de outras hipóteses não ventiladas no precedente paradigma em proteção aos direitos fundamentais. Essa situação não seria aceita na teoria de Schauer por se

tratar de experiências recalcitrantes e abrir a possibilidade para outras questões, como seria, por exemplo, o caso de se indagar se o atraso decorrente de um pneu furado estaria abrangido pela generalização ventilada no referido precedente, uma vez que as hipóteses subsequentes não integravam o precedente. Todavia, tendo em vista os casos subsequentes julgados com base no paradigma, esta última hipótese parece não estar abarcada pelo precedente, uma vez que não envolve questões relacionadas a direitos fundamentais (integridade física, direitos da gestante etc.);

6) Em alguns casos, é impossível diferenciar o grau de vinculação de um precedente vinculante de outro desprovido de sobredito efeito, como nos casos da ADI 939/DF (formalmente vinculante) e da ADPF 45 (não vinculante formalmente), por exemplo;

7) Seguindo com o exemplo das duas decisões acima, conclui-se que os precedentes que possuem grande força vinculatória tendem a espriar sua força normativa para regulamentar outras áreas ou institutos jurídicos. A ADI 939/DF, por exemplo, foi utilizada para declarar a constitucionalidade do regime de substituição tributária e, até mesmo, para justificar o postulado da anterioridade na seara eleitoral. A ADPF 45/DF, por sua vez, tem ampla vinculação aos casos de intervenção judicial em política pública na área de saúde e educação. O mesmo raciocínio vale para as decisões no RE 179.500/RS e no HC 68.742/DF;

8) Hipoteticamente, partindo de uma classificação formal e semântica sobre quais decisões analisadas seriam, ou não, formalmente vinculantes, pode-se constatar que seria considerado como vinculante o grupo formado pelas seguintes decisões: a) ADI 1.232/DF; ADC 4/DF; ADI 939/DF e as súmulas vinculantes de nºs 9 e 12. Por outro lado, as decisões não formalmente vinculantes formariam o seguinte grupo: b) RE 179.500/RS; HC 68.742/DF e ADPF 45/DF. Com efeito, utilizando a imagem de

uma linha reta que representasse, de maneira decrescente, a força dos precedentes (incluídos os que não são vinculantes), demonstrar-se-ia graficamente, por exemplo, que em uma das pontas da reta estariam os precedentes vinculantes *a* e, exatamente no outro extremo (e no mesmo ponto), estaria o grupo dos precedentes não vinculantes *b*. Todavia, tal construção gráfica não daria conta de demonstrar e retratar a variedade da força dos precedentes analisados.

Entretanto, utilizando a imagem de um *continuum* para aferir o grau de vinculação dos precedentes analisados, percebe-se que a força de vinculação dos precedentes independe da classificação em grupos dentro de uma linha reta, visto que a ADC 4/DF e a ADI 1.232DF, por exemplo, apesar de formalmente vinculantes, possuem uma força vinculante considerada fraca ou média nesse *continuum*. Por seu turno, a ADPF 45/DF e o HC 68.742/DF, desprovidos de vinculação formal, apresentam um forte grau de vinculação, do mesmo modo que a ADI 939/DF. A análise por meio de um *continuum* parece ser mais adequada para estudar a força vinculante dos precedentes, demonstrando que a compreensão dos precedentes em grupos estanques (vinculantes e não vinculantes) com base nas disposições legais ou constitucionais que imponham a vinculação formal é deficitária e inapta para, tanto do ponto de vista normativo como descritivo, explicar o grau de vinculação de um precedente no direito brasileiro;

9) Os direitos fundamentais desempenham papel determinante no grau de vinculação de um precedente. Dessa forma, os precedentes, independentemente de exercerem ou não vinculação formal, que reconheceram (ADI 939/DF), estenderam (RE 179.500/RS) ou criaram (HC 68.742/DF) direitos fundamentais possuem uma força vinculante muito maior do que aqueles que limitaram ou reduziram o campo de aplicação de direitos fundamentais (ADI 1.232DF e ADC 4/DF). Portanto, as experiências recalcitrantes, quando surgem,

não são desconsideradas pelo STF e as justificativas para a adoção do precedente são sempre utilizadas, para que a decisão seja considerada a mais correta, do ponto de vista da interpretação da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais (ADI 1.232/DF);

10) Os argumentos em defesa da adoção de um modelo de regras (eficiência, confiança, aversão ao risco, estabilidade), representado pelo precedente vinculante formal, não são suficientes para explicar o modo como o STF os interpreta, na medida em que o valor da estabilidade em si mesma não é um obstáculo para que o Tribunal continue a reinterpretar decisões vinculantes (ADI 1.232/DF) ou reconheça direitos (ADI 939/DF). O argumento da aversão ao risco é, também, afastado quando observamos o tribunal utilizar justificativas e fundamentos para interpretar os precedentes vinculantes (súmula vinculante nº 9), uma vez que lança mão de fatores que extrapolam o enunciado original da regra formulada.

Assim, se o precedente vinculante formal fosse interpretado como regra, o STF não indeferiria reclamações que o interpretam de acordo com suas justificativas (súmulas vinculantes de nºs 9 e 12), demonstrando que a existência do efeito vinculante não pode ser explicada como forma de retirar a competência interpretativa dos demais órgãos do Poder Judiciário, ainda que estejam a ele subordinado, demonstrando que a fundamentação e a justificativa do sobredito efeito não parecem residir no monopólio do poder decisório sobre a constitucionalidade das leis ou da interpretação constitucional nas mãos do STF (ADI 1.232DF e ADC 4/DF).

11) Por fim, é notório que não é possível interpretar os precedentes vinculantes como regras, o que demonstra a insuficiência da teoria de Schauer (e, conseqüentemente, de qualquer teoria do direito que compreenda a vinculação formal do precedente de forma absoluta e como regra) em descrever a

prática do precedente vinculante brasileiro. Por outro lado, verifica-se que foi acertada a constatação feita por Neil MacCormick e Robert Summers de que a força dos precedentes não seria traduzida por meio de uma dicotomia forte entre precedentes formalmente (vinculação absoluta) e não formalmente (ausência de vinculação) vinculantes, mas seria melhor traduzida por um *continuum*, que evidencia, como inúmeros fatores (correção da interpretação constituição, alcance de suas justificativas, proteção aos direitos fundamentais etc.) influenciam a variação da força do grau de vinculação do precedente.

### Referências

- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). Further general reflections and conclusions. In: \_\_\_\_\_. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, n. 03, p. 571-605, Feb. 1987.
- \_\_\_\_\_. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- \_\_\_\_\_. Has precedent ever really mattered in the supreme court? *Georgia State University Law Review*, Atlanta, v. 24, n. 02, p. 381-387, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.





# Sistema Price de amortização

## Juros simples?

Claudio José Luchesa, Edson A.  
Mantovan e Cristiane Ribas Machado

### Sumário

1. Introdução, objetivos e metodologia.  
2. Fundamentos conceituais. 2.1. O valor do dinheiro no tempo - A taxa de juros. 2.2. A matemática financeira. 2.3. Notação. 3. Análise e apresentação dos resultados. 3.1. A demonstração que pode confundir não iniciados. 3.2. Valor presente das prestações, a juros compostos e a juros simples. 3.3. A fórmula para o cálculo da prestação no sistema Price. 3.4. Amortização a juros simples com prestações iguais e consecutivas. 3.5. Exemplo numérico. 4. Conclusões.

### 1. Introdução, objetivos e metodologia

A cobrança de uma remuneração pelo empréstimo de dinheiro, chamada juro, é tema controverso e polêmico desde a mais remota Antiguidade. No Antigo Testamento, a Bíblia faz cinco referências à usura. O texto sagrado considera que o usurário vende o tempo e que este pertence só a Deus (LE GOFF, 1989). Dessa perspectiva decorria que o usurário vendia o que não lhe pertencia, imputando, assim, à usura, o atributo de pecado.

Ainda de acordo com Le Goff (1989, p. 29) Tomás de Aquino, um dos chamados doutores da Igreja, afirmava: *nummus non parit nummos*, dinheiro não gera dinheiro, justificando, assim, a não cobrança de juros nos empréstimos. Morgan (1965) afirma que a usura é tão antiga quanto a moeda. A propósito, esse autor cita Demosthenes

Claudio José Luchesa é doutor em Economia e Política Florestal, UFPR; Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, UNICS; Especialista em Desenvolvimento Gerencial, UNOESC; Bacharel em Administração de Empresas, PUC-PR; Professor.

Edson A. Mantovan é mestre em Administração, UFSC-SC; Especialista em Matemática, UNIPAR; Bacharel em Engenharia Eletrônica e Telecomunicações, CEFET-Pr; Professor.

Cristiane Ribas Machado é mestre em Administração PUC-PR; Especialista em Finanças Corporativas, UFPR; Bacharel em Administração, Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba; Professora.

(1936, p. 325): “e mais cinquenta talentos em dinheiro emprestados a juro, dos quais onze talentos de depósitos bancários investidos lucrativamente”.

No entanto, a partir do século XII, a evolução econômica da sociedade provocou uma mudança de paradigmas, em relação à cobrança de juros. A este respeito, Le Goff (1989, p. 36) informa que:

“Com efeito tudo mudou no século XII, em primeiro lugar porque o impulso econômico levou a um crescimento enorme da circulação monetária e ao desenvolvimento do crédito. Algumas formas de crédito foram admitidas, outras, como o empréstimo para consumo com juros embutidos, viram as antigas condenações renovadas e fixadas, e sua repressão aumentada.”

Assim, premida por necessidades econômicas, a sociedade como um todo, a Igreja em particular, passaram paulatinamente a aceitar o empréstimo de dinheiro a juro. Modernamente, o pagamento de juros ao prestamista é prática aceita universalmente; o aluguel do dinheiro tem, hoje, o seu preço estabelecido exatamente pela taxa de juro.

Persistem, todavia, no Brasil, algumas tentativas de limitar o ganho do prestamista e, em contrapartida, reduzir o custo para o tomador. A legislação brasileira tem regulamentado a matéria desde 1832, quando uma lei de 24 de outubro daquele ano permitiu a cobrança de qualquer taxa nos empréstimos a juros. Posteriormente, numa mudança radical de posição com respeito ao tema, o Código Civil de 1916, bem como as Constituições de 1933 e 1946, limitaram as taxas de juros e estabeleceram punições à usura. Diversos outros diplomas legais, de hierarquia inferior, também trataram da matéria. Por fim, a Constituição Federal de 1988 limitou a taxa máxima de juros em 12 % ao ano, exceto nas operações realizadas por instituições financeiras.

Todavia, uma questão polêmica surgiu quando tribunais brasileiros passaram a

prolatar sentenças, levando em consideração que o sistema de amortização de empréstimos mediante o pagamento de prestações iguais e consecutivas, conhecido como “Tabela Price”, se fundamentava no conceito de juros simples.

Este artigo resolve esta questão sob o ponto de vista exclusivamente matemático, única via de prova absolutamente irrecorrível. Não questiona as decisões prolatadas pelos magistrados, os quais, seguramente, se fundamentaram na opinião de especialistas. Questiona-se aqui, isto sim, a opinião equivocada de tais especialistas. Recorrendo a demonstrações indutivas e dedutivas, o texto prova que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros compostos e, por decorrência, nos seus procedimentos de cálculo característicos. Além e acima disso, demonstra o fundamento conceitual e o procedimento de cálculo de um sistema de amortização, semelhante ao sistema Price, em prestações iguais e consecutivas, porém a juros simples.

De início, com o emprego de um exemplo numérico, demonstra-se indutivamente que uma operação de amortização pelo sistema Price tanto pode supor o pagamento integral dos juros a cada período, quanto supor capitalizá-los, incorporando-os ao capital; o resultado é, exatamente, o mesmo. Isso mostra a facilidade de conduzir ao erro os não iniciados em matemática financeira, mostrando falaciosamente que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros simples.

A seguir, também recorrendo a um exemplo numérico, demonstra-se que se o sistema Price fosse fundamentado no conceito e nos procedimentos de cálculo específicos e exclusivos dos juros simples, o desconto das prestações para valor presente, à mesma taxa empregada para o cálculo da prestação, deveria resultar no capital inicial, o que não ocorre. Todavia, se o desconto for feito a juros compostos tal desconto resultará exatamente no capital inicial; trata-se, assim, de uma prova irrecorrível.

Em seguida, deduz-se a fórmula para o cálculo da prestação pelo sistema Price, o que permite demonstrar, agora algebricamente, que o sistema Price é, de fato, um sistema de amortização fundamentado no conceito e nos procedimentos de cálculo específicos e exclusivos dos juros compostos.

Por último, demonstra-se, também algebricamente e mediante o emprego de um exemplo numérico, como se processa o cálculo da amortização de um capital, com prestações iguais e consecutivas, da mesma maneira que o sistema Price – agora, porém, a juros simples.

## 2. Fundamentos conceituais

### 2.1. O valor do dinheiro no tempo – a taxa de juros

A teoria econômica afirma que o dinheiro tem diferentes valores, a depender de quando esteja disponível para o seu proprietário. É muito diferente, por exemplo, dispor imediatamente de \$ 100,00 no bolso, de possuir uma nota promissória de \$ 100,00, aceita por um devedor e vencida algum tempo à frente. Diversas razões conduzem a esse conceito conhecido como “valor do dinheiro no tempo”. A possibilidade de que o devedor não pague a dívida e a possível ocorrência de inflação até o vencimento fazem com que a nota promissória de \$ 100,00 valha menos do que os \$ 100,00 em moeda corrente, no bolso (PUCCINI, 2004).

Assim, as pessoas exigem uma remuneração, chamada juros, para trocar a sua poupança da condição de moeda corrente para a condição de um título a receber no futuro. Keynes (1992) definiu a poupança como sendo o excedente do rendimento sobre os gastos de consumo. Definiu também o sentido mais profundo do empréstimo de dinheiro a juros afirmando que o juro é a contrapartida que as pessoas exigem para abrir mão da sua liquidez. Relacionou três fatores determinantes para que as pessoas

tenham preferência pela liquidez: transação, precaução e especulação (KEYNES, 1992). Por transação, define-se a finalidade da moeda empregada para as operações cotidianas de compra e venda. A finalidade precaução decorre da prudência que as pessoas têm de manter uma reserva financeira para fazer frente a emergências que possam surgir. A finalidade especulação define a manutenção de uma reserva financeira para aproveitar eventuais oportunidades negociais que possam surgir.

Keynes (1992) centrou a sua explicação para a existência de juros na preferência que as pessoas têm, de manter suas poupanças disponíveis em moeda corrente, em vez de mantê-las na forma de um título de crédito. Segundo o autor, os juros são a contrapartida que as pessoas exigem, para abrir mão da sua liquidez.

A partir destes conceitos, a teoria econômica moderna ensina que a taxa de juros nominal vigente em determinada economia, em dado momento, é formada por três componentes:  $i = i^* + I_p + R_{p_1}$  (GITMAN, 2010)<sup>1</sup>.

A taxa de juros nominal,  $i$ , é resultante da soma de uma taxa de juros dita real,  $i^*$ , mais a expectativa que se tem da inflação ao longo do período da operação financeira,  $I_p$ , e mais um prêmio pelo risco percebido na operação de concessão de empréstimo,  $R_{p_1}$ .

A taxa de juros real,  $i^*$ , é a taxa que, teoricamente, equilibra a oferta e a demanda por empréstimos, em condições ideais. São condições ideais porque essa taxa assume que não existe inflação; que as pessoas não têm preferência pela liquidez; que não existe risco e que todos os resultados são certos. Como tais condições não existem na realidade econômica, é preciso acrescentar-lhe a expectativa de inflação,  $I_p$ , e o prêmio pelo risco,  $R_{p_1}$ , para explicar a

<sup>1</sup>Gitman (2010), emprega a letra  $r$  para simbolizar a taxa de juros. Emprega-se, aqui a letra  $i$  a fim de padronizar toda a notação usada no texto.

taxa nominal,  $i$ , praticada na realidade do mercado financeiro.

A taxa  $I_p$ , expectativa inflacionária, é a correção do valor do dinheiro, de modo que seu poder aquisitivo não seja corroído pela inflação. A teoria econômica define inflação como alta generalizada dos preços e a sua ocorrência também já era identificada na mais remota Antiguidade. Os historiadores supõem que o Império macedônio, de Alexandre Magno, já tivesse sentido os seus efeitos trezentos anos a.C. A este respeito, Morgan (1965, p. 67) informa que:

“É de crer que os saques aos tesouros dos povos submetidos proporcionaram grandes quantidades de ouro e prata e que este súbito aumento da oferta de moeda se associou a uma violenta subida dos preços. Se assim foi, trata-se de um exemplo bastante antigo de uma inflação monetária, mas não dispomos de provas suficientes para podermos concluir com segurança.”

De lá para cá a história econômica registra inúmeros processos inflacionários. Entre os mais significativos, conta-se a inflação provocada pela enorme acumulação de ouro e prata pela Espanha, na exploração dos povos da América Central e do Peru, no século XVI e a hiperinflação na Alemanha, consequência dos pagamentos das dívidas que lhe foram impostas como reparação, após a Primeira Guerra Mundial.

Já o terceiro componente da taxa de juros nominal é o prêmio exigido pelo risco inerente à operação de empréstimo. O risco é definido como a probabilidade de que os resultados reais possam diferir dos resultados esperados (GITMAN, 2010). Pode ter três causas essenciais: inadimplência, liquidez e risco de vencimento. Risco de inadimplência é a possibilidade de o devedor não pagar os juros e/ou o principal no tempo e/ou no volume pactuados. O risco de liquidez, ou de negociabilidade, decorre da possibilidade de alguns títulos de dívida apresentarem dificuldades de venda, caso

o credor decida desfazer-se deles antes do vencimento. O risco de vencimento, por sua vez, afeta com maior intensidade os títulos de dívida de prazo mais longo e decorre da possibilidade de alteração da taxa de juros, contra os interesses do credor, durante o período de tempo em que dura o empréstimo (WESTON; BRIGHAM, 2000).

Assim, estes três componentes – taxa de juros real, expectativa de inflação e prêmio pelo risco – explicam a composição da taxa nominal de juros vigente em determinada economia, em determinado momento.

## 2.2. A matemática financeira

O juro é estabelecido na forma de um percentual por unidade de tempo, sobre o capital emprestado. A matemática financeira desenvolveu três formas para o seu cálculo, quanto ao regime de capitalização: simples, composta e instantânea; interessam ao tema aqui tratado os regimes de capitalização simples e composta. No primeiro regime, de acordo com Vieira Sobrinho (2000), só o capital rende juros, em todas as unidades de tempo em que dura o empréstimo. A relação matemática entre o valor atual, ou capital, e o valor futuro, ou montante em pagamento único, de uma operação de empréstimo a juros simples é definida por:

$$M (\text{Montante}) = C (\text{Capital}) \times (1 + n \times i) \quad (*1)$$

Na expressão (\*1)  $n$  é o número de períodos de contagem de juros e  $i$  é a taxa de juros centesimal – taxa de juros dividida por 100.

De modo distinto no segundo regime, o de capitalização composta, a partir do início da segunda unidade de tempo, os juros incorporam-se ao capital e passam, também eles, a render juros; o processo é conhecido como juros sobre juros, juros capitalizados ou, ainda, juros compostos (ASSAF NETO, 2003). A relação matemática entre o valor atual, ou capital, e o valor futuro, ou montante em pagamento único,

de uma operação de empréstimo a juros compostos é definida por:

$$M (\text{Montante}) = C (\text{Capital}) \times (1 + i)^n \quad (*2)$$

Nessa definição,  $n$  também estabelece o número de períodos de contagem de juros e  $i$  define a taxa de juros centesimal.

O retorno do capital e dos juros ao prestamista pode ser feito de várias maneiras. Para efeito do tema aqui tratado, interessa o sistema Price. Desenvolvido pelo matemático inglês Richard Price, no século XVIII, o sistema consiste em devolver o capital e pagar os juros ao prestamista, mediante o pagamento de prestações iguais e consecutivas, uma a cada unidade de tempo a que se refere a taxa de juros (VIEIRA SOBRI-NHO, 2000). A função matemática abaixo permite calcular o valor das prestações nesse sistema:

$$P (\text{Prestação}) = C (\text{Capital}) \times \frac{(1 + i)^n \times i}{(1 + i)^n - 1} \quad (*3)$$

Essa função permite calcular o valor da prestação *postecipada*, isto é, aquela que é paga no *final* de cada período de contagem de juros. Para o cálculo da prestação *antecipada* – aquela que é paga no *início* de cada período de contagem de juros –, a fórmula sofre uma ligeira modificação que não altera a substância das demonstrações adiante contidas.

### 2.3. Notação

Em todas as demonstrações algébricas, emprega-se a seguinte convenção:

$C$  = capital, valor do empréstimo, ou valor presente na data zero;

$P$  = valor das prestações;

$n$  = número de prestações ou de períodos de contagem de juros;

$i$  = taxa centesimal de juros;

$M$  = montante, ou valor futuro da operação; é a soma do capital inicial, com os juros resultantes da operação;

$V_f$  = valor futuro de uma operação de empréstimo, ou valor da operação no final do  $n$ ésimo período;

$V_p$  = valor presente, igual ao valor futuro, ou à prestação, descontada para a data atual.

## 3. Análise e apresentação dos resultados

### 3.1. A demonstração que pode confundir não iniciados

Existe uma maneira de demonstrar o desenvolvimento de uma operação de amortização pelo sistema Price, que pode conduzir facilmente à conclusão de que se trata de uma operação a juros simples, iludindo quem não esteja familiarizado com a matemática financeira. Para exemplificar, observe-se que um capital de \$ 200,00 sendo amortizado à taxa de 6,76 % ao período, em cinco prestações iguais, consecutivas e postecipadas pelo sistema Price, gera uma prestação de \$ 48,4651 – aplicando a função (\*3):

$$P = 200 \times \frac{(1 + 0,0676)^5 \times 0,0676}{(1 + 0,0676)^5 - 1} = 48,4651$$

A decomposição de tal operação, do instante zero até o final do quinto período, pode ser demonstrada em tabelas como as apresentadas a seguir. Na tabela I, demonstra-se o desenvolvimento da operação como se os juros fossem pagos integralmente em cada período de ocorrência, o que pode produzir a ilusão de que se trata de uma operação a juros simples. Na tabela II, demonstra-se exatamente a mesma operação, mas com a capitalização integral dos juros, até que não haja mais capital a amortizar; a partir daí, passa-se a pagar os juros capitalizados até então.

Constata-se que o capital amortizado em cada prestação é igual ao valor da prestação depois de deduzidos todos os juros incorridos no período. Assim, uma vez que os juros são integralmente pagos no respectivo período de incidência, não se incorporam ao saldo a pagar e, com isso, cria-se a im-

Tabela I – Decomposição de uma amortização Price postecipada – juros pagos

	Saldo no Início do Período	Juros do Período	Saldo Antes da Prestação	Prestação	Juros Pagos	Capital Pago	Saldo no Final do Período	Composição do Saldo no Final	
								Juros	Capital
	①	②	③	④	⑤	⑥	⑦	⑧	⑨
0							200,0000		200,0000
1	200,0000	13,5200	213,5200	48,4651	13,5200	34,9451	165,0549	0,0000	165,0549
2	165,0549	11,1577	176,2126	48,4651	11,1577	37,3074	127,7475	0,0000	127,7475
3	127,7475	8,6357	136,3832	48,4651	8,6357	39,8294	87,9181	0,0000	87,9181
4	87,9181	5,9433	93,8614	48,4651	5,9433	42,5218	45,3963	0,0000	45,3963
5	45,3963	3,0688	48,4651	48,4651	3,0688	45,3963	0,0000	0,0000	0,0000

Fonte: os autores

① = Saldo a pagar no final do período imediatamente anterior.

② = Aplicação da taxa de juros sobre o saldo no início do período:  $② = ① \times i$ .

③ =  $① + ②$ , Saldo a pagar no período, antes do pagamento da respectiva prestação.

④ = Valor da prestação calculado pelo sistema Price postecipado.

⑤ = Parcela de juros incorporada à prestação. Assume-se, aqui, que os juros incorridos em cada período, coluna ②, sejam pagos integralmente na prestação do respectivo período.

⑥ = Valor do capital amortizado em cada prestação:  $⑥ = ④ - ⑤$ . É o valor da prestação que sobra depois de pagos os juros; é o que sobra da prestação para amortizar o capital.

⑦ = Saldo a pagar da operação no final de cada período. Na hipótese aqui examinada, o saldo é composto exclusivamente pela parcela de capital ainda não amortizada, uma vez que se assume que os juros incorridos no período são pagos integralmente pela respectiva prestação:  $⑦ = ③ - ④$ .

⑧ = Parcela do valor dos juros que integra o saldo a pagar no final do período. Como, nessa hipótese, se assume que os juros sejam integralmente pagos pela prestação, tais parcelas são todas nulas.

⑨ = Parcela do capital que integra o saldo da operação no final do período. Como, nessa hipótese, se assume que os juros sejam integralmente pagos pela prestação, o saldo é formado exclusivamente por capital;  $⑨ = ⑦$ .

pressão de que se trata de uma operação a juros simples. Todavia, mesmo assumindo que em cada prestação estivesse sendo paga apenas a metade dos juros incorridos no período e que a outra metade estivesse sendo capitalizada – incorporada ao saldo devedor –, ainda assim o valor dos juros, da prestação e do saldo devedor não iriam se alterar. Na tabela II a seguir, demonstra-se a mesma operação, em condição oposta à da tabela I: os juros são integralmente capitalizados até a quinta prestação, quando já não há mais capital a amortizar.

Estas duas demonstrações conduzem à conclusão de que o sistema Price tanto pode liquidar os juros incorridos em cada período, na respectiva prestação, quanto pode capitalizá-los. Ou seja: uma vez que demonstra que é indiferente considerar que os juros sejam pagos ou sejam capitalizados, esse tipo de demonstração não

prova qual é o regime de capitalização do sistema Price. Assim, é falso empregar uma demonstração como a da Tabela I para provar que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros simples.

### 3.2. Valor presente das prestações, a juros compostos e a juros simples

A primeira prova apresentada neste texto, a de que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros compostos, é a comparação do cálculo da soma do valor presente das prestações, descontadas a juros compostos e a juros simples.

Nas tabelas I e II foi empregada, como exemplo, a amortização de um capital de \$ 200,00 em cinco pagamentos postecipados, a uma taxa de juros de 6,76% ao período, resultando em cinco prestações de 48,4651. Descontando-se todas as prestações, para valor presente, à mesma taxa empregada

Tabela II – Decomposição de uma amortização Price postecipada – juros capitalizados

	Saldo no Início do Período	Juros do Período	Saldo Antes da Prestação	Prestação	Juros Pagos	Capital Pago	Saldo no Final do Período	Composição do Saldo no Final	
								Juros	Capital
	①	②	③	④	⑤	⑥	⑦	⑧	⑨
0							200,0000		200,0000
1	200,0000	13,5200	213,5200	48,4651	0,0000	48,4651	165,0549	13,5200	151,5349
2	165,0549	11,1577	176,2126	48,4651	0,0000	48,4651	127,7475	24,6777	103,0698
3	127,7475	8,6357	136,3832	48,4651	0,0000	48,4651	87,9181	33,3134	54,6047
4	87,9181	5,9433	93,8614	48,4651	0,0000	48,4651	45,3963	39,2567	6,1396
5	45,3963	3,0688	48,4651	48,4651	42,3255	6,1396	0,0000	0,0000	0,0000

Fonte: os autores

① = Saldo a pagar no final do período imediatamente anterior.

② = Aplicação da taxa de juros sobre o saldo no início do período:  $② = ① \times i$ .

③ = ① + ② Saldo a pagar no período, antes do pagamento da respectiva prestação.

④ = Valor da prestação calculado pelo sistema Price postecipado.

⑤ = Assume-se, aqui, que os juros incorridos no período, coluna ②, sejam integralmente capitalizados, ou seja, incorporados ao saldo no final do período, até que o valor total do capital seja totalmente amortizado.

⑥ = Valor do capital amortizado em cada prestação:  $⑥ = ④ - ⑤$  Assume-se, aqui, que a prestação amortize prioritariamente o capital. Assim, posteriormente, apenas na quinta prestação será pago o valor dos juros acumulados até então.

⑦ = Saldo da operação no final de cada período. Na hipótese aqui examinada, esse saldo é composto parte pelo capital ainda a amortizar e parte pela capitalização dos juros.  $⑦ = ③ - ④$ .

⑧ = Parcela de juros que integra o saldo a pagar no final do período. Como, nessa hipótese, se assume que os juros sejam integralmente capitalizados, o valor de juros que integra o saldo no final do período é o somatório dos juros incorridos em todos os períodos anteriores, coluna ②, até que o capital seja totalmente amortizado.

⑨ = Parcela de capital que integra o saldo da operação no final do período. Como se assume que os juros são integralmente capitalizados, este saldo é igual ao saldo na mesma coluna no período imediatamente anterior, menos o valor amortizado, conforme coluna ⑥.

para calcular o valor da prestação, a modalidade de desconto – simples ou composta – que resultar no mesmo valor de capital inicial será aquela sobre a qual se fundamenta o sistema Price. O cálculo só se mostrará exato no regime de capitalização sobre o qual se fundamenta o sistema Price, utilizado para

calcular o valor das prestações. Examinam-se a seguir as duas possibilidades.

O cálculo da soma do valor presente das prestações a juros simples,  $Vp_s$ , é dado pela seguinte expressão, deduzida da expressão (\*1):

$$Vp_s = P \times \sum_{j=1}^n \left( \frac{1}{1+j \times i} \right) \quad (*4)$$

Empregando-a para calcular a soma do valor presente das prestações:

$$Vp = 48,4651 \times \left( \frac{1}{1+0,0676} + \frac{1}{1+2 \times 0,0676} + \dots + \frac{1}{1+5 \times 0,0676} \right) = 202,7537$$



Como a soma dos valores das prestações, descontadas ao valor presente a juros simples, pela mesma taxa empregada para calcular o valor das prestações pelo sistema Price, resultou num valor maior do que o capital original, \$ 200,00, é conclusivo que o sistema empregado para o cálculo

das prestações *não é baseado* no conceito de juros simples.

Por sua vez, o cálculo da soma do valor presente das prestações a juros compostos,  $Vp_c$  é dado pela seguinte expressão, deduzida da expressão (\*2):

$$Vp_c = P \times \sum_{j=1}^n \left( \frac{1}{(1+i)^j} \right) \quad (*5)$$

Empregando-a para calcular a soma do valor presente das prestações:

$$Vp = 48,4651 \times \left[ \frac{1}{(1+0,0676)^1} + \frac{1}{(1+0,0676)^2} + \dots + \frac{1}{(1+0,0676)^5} \right] = 200,0000$$

Como a soma dos valores das prestações, descontados ao valor presente, a juros compostos, pela mesma taxa empregada para calcular o seu valor pelo sistema Price, resulta exatamente no valor do capital original, \$ 200,00, é também conclusivo que o sistema empregado para o cálculo das prestações é baseado no conceito de juros compostos.

Trata-se, por conseguinte, de uma dupla prova: 1ª) o sistema Price *não é* baseado em juros simples; e 2ª) é baseado em juros compostos.

### 3.3. A fórmula para o cálculo da prestação no sistema Price

A dedução da fórmula para o cálculo da prestação no sistema Price também comprova a sua fundamentação no conceito de juros compostos; veja-se o procedimento dedutivo.

O montante de uma operação de amortização pelo sistema Price, ao final do pri-

meiro período, e antes do pagamento da primeira prestação,  $M_1$  é dado por:

$$M_1 = C + C \times i \quad \text{donde: } M_1 = C \times (1 + i)$$

Neste momento é paga a primeira prestação  $P_1$ . Assim, o montante parcial, ou saldo devedor ao final do primeiro período, fica sendo:

$$M_1 = C \times (1 + i) - P$$

No sistema Price, o montante  $M_1$  passa a ser o capital sobre o qual incidem juros no segundo período. Desse modo, o montante ao final do segundo período, e depois do pagamento da segunda prestação, ficará sendo:

$$M_2 = M_1 \times (1+i) - P_2 \therefore M_2 = C \times (1+i)^2 - P_1 \times (1+i) - P_2$$

Desenvolvendo esta expressão até o enésimo período, no momento imediatamente anterior ao pagamento da última prestação, chega-se a:

$$M_N = C \times (1+i)^N - P_1 \times (1+i)^{N-1} - P_2 \times (1+i)^{N-2} \dots - P_{n-1} \times (1+i) \quad (*6)$$

Este ponto - função (\*6) - é o momento de pagar a última prestação. Então, o montante  $M_N$  terá que ser, obrigatoriamente, igual ao valor da prestação,  $M_N = P_n$ , dado

que, com o pagamento da última prestação, encerra-se a operação. A expressão (\*6) pode, então, ser escrita:

$$P_n = C \times (1+i)^N - P_1 \times (1+i)^{N-1} - P_2 \times (1+i)^{N-2} - \dots - P_{n-1} \times (1+i)$$

Donde:

$$C \times (1+i)^N = P \times \left[ \sum_{j=0}^{n-1} (1+i)^j \right] \quad (*7)$$

Observa-se que tanto o capital inicial quanto as prestações são levados a valor futuro a juros compostos igualando-se a ambos: o capital a valor futuro e a soma das prestações, também a valor futuro na data exata do pagamento da última prestação.

Fica explícito, por conseguinte e de modo incontestável, que se trata de operação a juros compostos.

Manipulando, agora, a expressão (\*7), e desenvolvendo o lado direito da igualdade, isola-se o valor de P:

$$P = \frac{C \times (1+i)^N}{(1+i)^{N-1} + (1+i)^{N-2} + \dots + 1} \quad (*8)$$

O numerador da expressão (\*8) contém o valor do capital levado a juros compostos a valor futuro, até o final do último período. O denominador contém a soma dos termos de uma progressão geométrica - característica dos juros compostos - de n termos, na qual o primeiro termo é 1,  $a_1 = 1$ , e cuja razão é  $(1+i)$ ,  $q = (1+i)$ . A divisão do valor futuro do capital pela progressão geométrica referida, nem sob o mais falacioso argumento

poderia resultar em juros simples, como pretendem alguns defensores da suposição de que o sistema Price se fundamenta no conceito de juro simples.

Por fim, aplicando ao denominador de (\*8) a fórmula da soma dos termos de uma progressão geométrica e resolvendo a expressão para P, chega-se à função, já apresentada em (\*3), que permite calcular o valor da prestação:

$$P = C \times \frac{(1+i)^N \times i}{(1+i)^N - 1}$$

Estabelecendo  $C = 1$  nesta função e fazendo variar "i" e "n" num intervalo desejado, obtêm-se os coeficientes que per-

mitem calcular o valor de P para cada dupla i/n desejada. Tal tabela de coeficientes é conhecida por "Tabela Price":

Tabela III – Tabela Price – EXEMPLO

n	i	1 %	2 %	3 %
2		0,5075	0,5150	0,5226
3		0,3400	0,3468	0,3535
4		0,2563	0,2626	0,2690
.....		.....	.....	.....

Fonte: os autores

### 3.4. Amortização a juros simples com prestações iguais e consecutivas

Até aqui ficou demonstrado e comprovado que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros compostos e que emprega os procedimentos matemáticos característicos e exclusivos dos juros compostos. Por fim, sob a hipótese absurda de que tais comprovações fossem insuficientes, demonstra-se adiante como é um sistema de amortização de dívidas, mediante o pagamento de prestações iguais e consecutivas – este, agora sim, a juros simples.

Existem métodos que fornecem uma aproximação razoável; o método que se demonstra a seguir resulta em cálculos exatos.

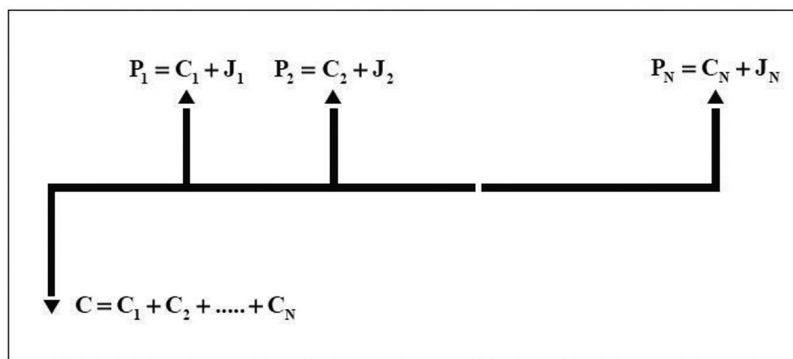
Para que um sistema de amortização se fundamente no conceito de juros simples, é indispensável que o capital inicial,  $C$ , seja subdividido em tantas partes quantas

forem as prestações,  $C_1, C_2, \dots, C_n$ , cada parte diferente uma da outra, e que cada uma das partes seja capitalizada uma única vez, isto em função da metodologia simples. A parte correspondente à primeira prestação deverá ser maior do que aquela correspondente à segunda, e assim sucessivamente, tal que  $C_1 > C_2 > \dots > C_n$ .

Pela mesma razão, o valor dos juros incidentes sobre a primeira prestação deverá ser menor do que o valor dos juros incidentes sobre a segunda e, assim, sucessivamente. Isto porque, considerando que serão aplicadas à mesma taxa e em tempos diferentes, produzirão juros diferentes; ainda assim, em todas as prestações, a soma da respectiva parcela de capital mais os juros correspondentes, deverá resultar no mesmo valor de prestação.

A figura seguinte ilustra tal condição.

Figura I – Amortização a juros simples



Fonte: os autores

Sendo que:  $C = C_1 + C_2 + \dots + C_N$

Onde:  $C_1 = \frac{P_1}{1+i}$ ,  $C_2 = \frac{P_2}{1+2 \times i}$ , .....  $C_n = \frac{P_n}{1+n \times i}$

Substituindo  $C_1, C_2, \dots, C_N$  em  $C = C_1 + C_2 + \dots + C_N$

$$C = \frac{P_1}{1+1 \times i} + \frac{P_2}{1+2 \times i} + \dots + \frac{P_n}{1+n \times i}$$

Considerando que:  $P_1 = P_2 = \dots = P_N = P$ , tem-se que:

$$C = \frac{P}{1+1 \times i} + \frac{P}{1+2 \times i} + \dots + \frac{P}{1+n \times i} = P \cdot \sum_{j=1}^n \frac{1}{1+j \times i}$$

Donde, finalmente:  $P = C \frac{1}{\sum_{j=1}^n \frac{1}{1+j \times i}}$  (\*9)

A expressão (\*9), facilmente aplicável tanto nos cálculos manuais, quanto mediante o emprego de planilhas eletrônicas, permite calcular o valor da prestação, em um sistema de amortização a juros simples, com prestações iguais e consecutivas. Ao contrário de métodos aproximativos, a função (\*9) proporciona o cálculo exato.

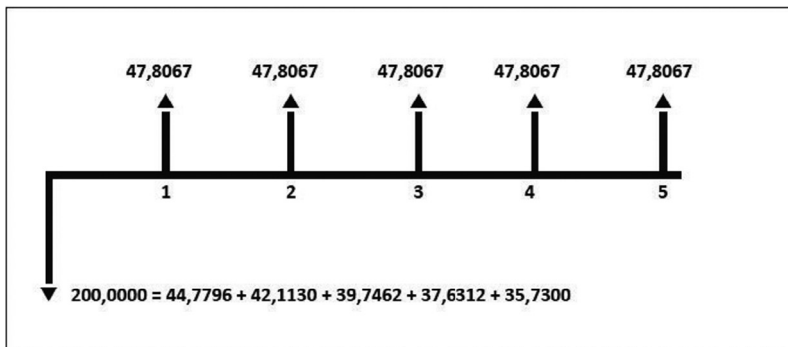
### 3.5. Exemplo numérico

Com os mesmos valores já empregados nas tabelas I e II, calculemos o valor das prestações constantes e sucessivas de uma amortização fundamentada no conceito de juros simples. Para isso, emprega-se a função (\*9) desenvolvida acima.

$$P = 200 \left( \frac{1}{\frac{1}{1+0,0676} + \frac{1}{1+2 \times 0,0676} + \frac{1}{1+3 \times 0,0676} + \frac{1}{1+4 \times 0,0676} + \frac{1}{1+5 \times 0,0676}} \right) = 47,8067$$

Para um capital de 200,00, à taxa de 6,76 % ao período, em cinco pagamentos, a figura seguinte ilustra tal amortização.

Figura II – Exemplo de amortização a juros simples



Fonte: os autores

Observa-se que, para poder estabelecer o valor de uma prestação constante a juros simples, foi preciso decompor o capital inicial em cinco parcelas desiguais, de tal modo que, quando se aplicou a mesma taxa de juros simples a todas elas resultou, cada uma no seu devido período, em

um mesmo valor de prestação. A tabela seguinte demonstra o desenvolvimento dessa operação.

Para determinar o capital inicial de cada parcela, foi calculado o valor presente de cada prestação, com os juros respectivos calculados ao lado:

$$C_1 = \frac{P_1}{1+1 \times i} = \frac{47,8067}{1+1 \times 0,0676} = 44,7796 \quad \text{e.} \therefore J_1 = C_1 \times i \times 1 = 44,7796 \times 0,0676 \times 1 = 3,0271$$

$$C_2 = \frac{P_2}{1+2 \times i} = \frac{47,8067}{1+2 \times 0,0676} = 42,1130 \quad \text{e.} \therefore J_2 = C_2 \times i \times 2 = 42,1130 \times 0,0676 \times 2 = 5,6937$$

$$C_3 = \frac{P_3}{1+3 \times i} = \frac{47,8067}{1+3 \times 0,0676} = 39,7462 \quad \text{e.} \therefore J_3 = C_3 \times i \times 3 = 39,7462 \times 0,0676 \times 3 = 8,0605$$

$$C_4 = \frac{P_4}{1+4 \times i} = \frac{47,8067}{1+4 \times 0,0676} = 37,6312 \quad \text{e.} \therefore J_4 = C_4 \times i \times 4 = 37,6312 \times 0,0676 \times 4 = 10,1755$$

$$C_5 = \frac{P_5}{1+5 \times i} = \frac{47,8067}{1+5 \times 0,0676} = 35,7300 \quad \text{e.} \therefore J_5 = C_5 \times i \times 5 = 35,7300 \times 0,0676 \times 5 = 12,0767$$

Cada parte do capital acrescida dos juros respectivos resulta no valor da prestação:

$$P_1 = 44,7796 \times (1+1 \times 0,0676) = 47,8067 \quad \therefore J_1 = 3,0271 \therefore P_1 = 44,7796 + 3,0271 = 47,8067$$

$$P_2 = 42,1130 \times (1+2 \times 0,0676) = 47,8067 \quad \therefore J_2 = 5,6937 \therefore P_2 = 42,1130 + 5,6937 = 47,8067$$

$$P_3 = 39,7462 \times (1+3 \times 0,0676) = 47,8067 \quad \therefore J_3 = 8,0605 \therefore P_3 = 39,7462 + 8,0605 = 47,8067$$

$$P_4 = 37,6312 \times (1+4 \times 0,0676) = 47,8067 \quad \therefore J_4 = 10,1755 \therefore P_4 = 37,6312 + 10,1755 = 47,8067$$

$$P_5 = 35,7300 \times (1+5 \times 0,0676) = 47,8067 \quad \therefore J_5 = 12,0767 \therefore P_5 = 35,7300 + 12,0767 = 47,8067$$

A tabela IV demonstra a sequência desta amortização, a juros simples.

O valor somado destas cinco prestações, descontadas ao valor presente a juros sim-

ples resultará, exatamente, nos \$ 200,00 de capital que lhes deu origem:

$$C = C_1 + C_2 + \dots + C_N = 44,7796 + 42,1130 + 39,7462 + 37,6312 + 35,73 = 200,00$$

Isso prova que a metodologia que aqui se propõe para o cálculo de uma amortização com prestações iguais e sucessivas:

1) fundamenta-se no conceito e nos procedimentos de cálculo dos juros simples e 2) produz resultados exatos.

Tabela IV – Decomposição de uma amortização a juros simples

	Saldo no Início do Período	Parcela de Capital do Período	Juros do Período	Prestação	Juros Pagos	Capital Pago	Saldo no Final do Período	Composição do Saldo no Final	
								Juros	Capital
		①	②	③	④	⑤	⑥	⑦	⑧
0							200,0000	0,0000	200,0000
1	200,0000	44,7796	3,0271	47,8067	3,0271	44,7796	155,2204	0,0000	155,2204
2	155,2204	42,1130	5,6937	47,8067	5,6937	42,1130	113,1074	0,0000	113,1074
3	113,1074	39,7462	8,0605	47,8067	8,0605	39,7462	73,3612	0,0000	73,3612
4	73,3612	37,6312	10,1755	47,8067	10,1755	37,6312	35,7300	0,0000	35,7300
5	35,7300	35,7300	12,0767	47,8067	12,0767	35,7300	0,0000	0,0000	0,0000

Fonte: os autores

① = Saldo a pagar no final do período imediatamente anterior.

② = Parcela de capital correspondente ao período.

③ =  $② \times n \times i$ .

④ = Valor da prestação calculado pelo sistema de amortização a juros simples.

⑤ = Valor dos juros pagos:  $⑤ = ③$ .

⑥ = Valor do capital amortizado em cada prestação:  $⑥ = ②$  O valor de cada prestação é gerado pela respectiva parcela de capital, conforme destacado na coluna ②.

⑦ = Saldo da operação no final de cada período.  $⑦ = ① - ⑥$ .

⑧ = Parcela de juros que integra o saldo da operação no final do período.

⑨ = Parcela de capital que integra o saldo da operação no final do período.

#### 4. Conclusões

Este artigo propôs-se provar que o sistema Price fundamenta-se no conceito de juros compostos bem como nos seus procedimentos de cálculo característicos. Propôs-se também demonstrar o fundamento conceitual e os procedimentos de cálculo de um sistema de amortização, semelhante ao sistema Price, em prestações iguais e consecutivas, porém a juros simples.

Para isso, inicialmente se demonstrou que a decomposição de uma amortização pelo sistema Price tanto pode ser feita com pagamento integral, parcial ou nulo de juros, a cada período. Isso desqualifica tal tipo de demonstração como prova de que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros simples.

Em seguida, recorrendo ao cálculo do valor presente, demonstrou-se, mediante o emprego de exemplo numérico, em dupla prova que: 1) o sistema Price não pode estar fundamentado no conceito de juros simples e 2) que está, efetivamente, fundamentado no conceito de juros compostos e nos seus procedimentos de cálculo específicos e exclusivos.

Depois, recorrendo a uma demonstração analítica, provou-se que o sistema Price se fundamenta no conceito de juros compostos.

Finalmente, demonstrou-se como é um sistema de amortização fundamentado no conceito de juros simples, com resultados exatos, o que também não deixa de ser uma prova de que o sistema Price não se fundamenta nesse conceito de cálculo de juros.

Observa-se, para concluir, que a relevância dessas demonstrações reside especialmente numa contribuição essencial às decisões judiciais que venham a ser prolatadas e que digam respeito à matéria aqui tratada – contribuição que motivou a análise do tema e a produção deste texto.

#### Referências

ASSAF NETO, Alexandre. *Matemática financeira e suas aplicações*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras pro-

vidências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 de abr. de 1933. Seção 1, p. 6995. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75896&norma=102665>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75875&norma=102644>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1946. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 set. 1946. Seção 1, p. 13059. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-norma-pl.html>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

DEMÓSTHENES. *Private orations*. Cambridge: Harvard University, 1936.

GITMAN, Lawrence J. *Princípios de administração financeira*. 12. ed. São Paulo: Pearson, 2010.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1992.

LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida: economia e religião na Idade Média*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

MORGAN, Edward Victor. *Breve história do dinheiro*. Lisboa: Ulisséa Limitada, 1965.

PUCCINI, Abelardo de Lima. *Matemática financeira: objetiva e aplicada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIEIRA SOBRINHO, Jose Dutra. *Matemática financeira*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

WESTON, J. Fred; BRIGHAM, Eugene. *Fundamentos da administração financeira*. 10. ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

# A candidatura nata na legislação eleitoral brasileira

Juliane Sant'Ana Bento  
Alvaro Barreto

## Sumário

1. Introdução. 2. A candidatura nata de 1974 até a Constituição Federal de 1988. 2.1. Nas eleições de 1974 e de 1978. 2.2. Nas eleições dos anos 1980. 3. A candidatura nata na vigência da Constituição Federal de 1988. 3.1. Nas eleições de 1990 e 1992. 3.2. Nas eleições de 1994 e de 1996. 3.3. Na vigência da Lei 9.504/97 (eleições de 1998 e 2000). 4. Suspensão de efeitos da candidatura nata. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Candidatura nata é o instituto legal que garante ao parlamentar detentor de mandato o direito de concorrer ao mesmo cargo no pleito subsequente, independentemente da aprovação do partido a que está filiado (PORTO, 2000, p.92). O artigo propõe-se analisar a trajetória desse instituto na legislação brasileira, desde a introdução no sistema político, em 1974, até a suspensão pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ocorrida em 2002. Para cumprir esse propósito, apresenta as diferentes regulamentações realizadas nesse período, as decisões e as interpretações da Justiça Eleitoral, assim como as matérias eleitorais com as quais está mais corriqueiramente conectada e aquelas proposições referentes ao tema que não se tornaram norma legal.

De fundamental importância para a realização deste texto foi o acesso aos

Juliane Sant'Ana Bento é Advogada e cientista social (UFPe), mestre em Ciências Sociais (UFPe) e doutoranda em Ciência Política (UFRGS).

Alvaro Barreto é Doutor em História pela PUCRS. Professor do Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, e do PPG em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas (IFISP-UFPe).



dados oficiais sobre a candidatura nata, proporcionalmente fartos e negligenciados. Aqueles que fundamentam a pesquisa são provenientes dos sistemas de publicação dos processos legislativos e judiciais, disponibilizados nos portais virtuais da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do STF. Especial atenção foi dada às resoluções que o TSE emitiu para disciplinar a aplicação das leis eleitorais para cada pleito. Atentou-se especificamente àquelas em que a consulta versava sobre a implementação do direito da candidatura nata ou de questionamentos sobre a extensão de seu significado. Outras informações contextuais trazidas pela imprensa foram utilizadas, nomeadamente aquelas veiculadas pelo jornal “Folha de S.Paulo”, principal fonte de subsídio jornalístico deste estudo em virtude da facilidade de acesso ao seu “Acervo Folha”.

Antes de avançar, é importante esclarecer que, no âmbito deste texto, a expressão candidatura nata se refere àquela formalizada em lei, cujos efeitos são extensivos compulsoriamente a todo e qualquer parlamentar e a todo e qualquer partido habilitado a participar da eleição. Ela não indica a norma adotada autonomamente por uma legenda em particular, seja em seus estatutos, seja informalmente<sup>1</sup>. Igualmente, a concepção adotada pelo trabalho não indica alguém que se imagina ou é reconhecido pelos seus pares como o mais indicado a disputar um determinado cargo eletivo, de tal forma que é tido como “candidato nato”.

Ainda é preciso fazer referência à observação de Costa (2000), para quem a denominação “candidatura nata” não é a mais precisa, pois o que a lei nacional garante é o direito à indicação como candi-

<sup>1</sup> O Movimento Democrático Brasileiro (MDB) é um exemplo de partido que fez constar a medida em seus estatutos. Já a direção nacional da Aliança Renovadora Nacional (Arena), nas eleições de 1966 determinou que todos os deputados que desejassem seriam candidatos à reeleição, embora a medida não constasse no estatuto da agremiação.

dato pelo partido político, e não o registro como candidato, visto que para tal é preciso preencher as condições de elegibilidade. Logo, o que a lei

“preserva é o seu direito [do parlamentar] de indicação pelo partido político ao qual é filiado, e apenas isso. Se for inelegível, por decisão judicial irrecorrível, não será registrado, sendo impedido de participar da campanha eleitoral como candidato. Outrossim, se não preencher as condições outras de elegibilidade, também verá o seu pedido de registro indeferido” (COSTA, 2000, p. 416).

## 2. A candidatura nata de 1974 até a Constituição Federal de 1988

### 2.1 Nas eleições de 1974 e de 1978

O primeiro registro legislativo da candidatura nata dá-se em 17 de junho de 1974, quando da promulgação da Lei 6.055, oriunda do PL 18/74, apresentado em março daquele ano pelo senador José Bernardino Lindoso (Arena-AM) e que tramitou na Câmara dos Deputados como o PL 1.853/74. A lei estabeleceu as regras para as eleições de 1974 e previu em seu artigo 8º que deputados federais e estaduais deveriam ser considerados candidatos natos nos seus partidos. A eles, ainda, a lei conferiu, no parágrafo 3º do mesmo artigo, o direito de concorrerem com o mesmo número da eleição anterior.

Na tramitação do PL 1.853/74, foi a ele anexado o PL 1.309/73, de autoria do deputado José Guilherme de Araújo Jorge (MDB-Guanabara), que além de assegurar “aos Deputados Federais, Estaduais e Vereadores o direito à inclusão de seus nomes nas chapas às eleições subsequentes”, concedia aos deputados federais o “direito de contribuir para a formação de chapas à deputado estadual, indicando, pelo menos, um nome para sua constituição [sic]” (JORGE, 1974, p. 3156). Esse projeto

foi arquivado em maio de 1975, mas já tinha sido declarado prejudicado em face da aprovação do substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) ao PL 1.853/74.

Muito embora não tenha sofrido oposição judicial, a Lei 6.055/74 foi objeto de discussão no Recurso Especial Eleitoral (REspE) 4.209, julgado pelo TSE, em 11 de novembro de 1974, oportunidade na qual decidiu que ao candidato nato pode ser negado o registro de abreviaturas constantes do registro anterior, para evitar confusão entre candidatos e a consequente impossibilidade de exata apuração do pleito. Ou seja, não seria possível negar a candidatura a deputado estadual ou a deputado federal, mas não estava assegurada a ele a mesma grafia do nome utilizada em eleição precedente.

Como naquele período não havia uma lei geral que regulamentasse os pleitos, tornava-se necessário, a cada disputa, discutir e aprovar uma norma específica. Assim, a candidatura nata voltou à discussão na definição da norma que regulamentou a eleição de 1978. Em 12 de setembro de 1977, foi proposto o PL 4.103/77, de autoria do deputado Gomes da Silva, filiado à Arena no Ceará, que pretendia alterar a redação do Código Eleitoral (Lei 4.737/65) para fazer constar a figura do senador como candidato nato à reeleição.

Depois de tramitar na CCJ, ele foi unanimemente aprovado para ir ao plenário, onde foi rejeitado e arquivado pela mesa diretora, em 24 de novembro de 1983. Possivelmente, a não inclusão dos senadores dentre os candidatos natos tenha ocorrido porque o Decreto-Lei 1.541, de 14 de abril de 1977, trouxe de volta às disputas o mecanismo da sublegenda, ou seja, permitiu a cada partido lançar até três candidatos para o cargo de senador<sup>2</sup>. Embora a medida

<sup>2</sup> O mecanismo foi criado pelo Ato Complementar 4, de 20 de novembro de 1965, e regulamentado pela Lei 5.453, de 14 de junho de 1968, e, depois, pelo Decreto-Lei 1.541, de 14 de abril de 1977. Inspirado no sistema eleitoral uruguaio, ele permite ao partido lançar mais de um candidato ao mesmo cargo. Os votos

não garantisse a candidatura nata, o que justificava a preocupação do PL 4.103/77, ela tornava bastante improvável que um senador no exercício do mandato fosse excluído da lista de concorrentes e tivesse vedada sua tentativa de se reeleger.

Na proposição que pretendia regulamentar o pleito de 1978, apresentada pelo Executivo e que resultou na Lei 6.534, de 26 de maio de 1978, havia uma nova previsão da candidatura nata: os deputados federais e estaduais não seriam submetidos à indicação nas convenções partidárias regionais e seriam considerados automaticamente escolhidos, salvo se desistissem, por escrito, até a instalação da convenção de seu partido (art. 7º, §2º), além de que manteriam o direito de permanecerem com o mesmo número com que concorreram na eleição anterior, salvo opção do interessado em contrário (art. 7º, §3º)<sup>3</sup>. Registre-se que houve a preocupação de especificar que a condição de candidato nato se referia ao partido pelo qual o parlamentar se havia eleito (art. 7º, *caput*). Na regulamentação anterior, a Lei 6.055/74, a referência era apenas que o atual deputado era candidato nato no respectivo partido.

Em face da Lei 6.534/78, o TSE foi instado a manifestar-se no caso concreto do

atribuídos aos concorrentes do partido são somados e, caso esse conquiste a vaga, ela será atribuída ao mais votado, ainda que ele tenha menos sufrágios do que um competidor de outro partido. A sublegenda foi aplicada nas eleições para o Senado de 1966 a 1986 (com exceção de 1974) e para Prefeito desde 1968 até 1982. Utilizada pela última vez na disputa para o Senado de 1986, ela foi excluída do sistema político brasileiro por meio da Lei 7.551, de 12 de dezembro de 1986. No caso dos Prefeitos, já havia sido proibida por meio da EC 25, de 15 de maio de 1985, não tendo sido aplicada nas eleições isoladas ocorridas naquele ano nas capitais, nos municípios considerados área de segurança nacional ou estação hidromineral.

<sup>3</sup> À exceção do estado do Rio de Janeiro – por causa da fusão com o da Guanabara –, conforme os parágrafos 4º e 5º do artigo 7º, local onde o TRE realizaria sorteio das novas séries dos partidos, bem como dos números dos candidatos natos, antes da convenção que escolher os candidatos a deputados federais e estaduais.

REspE 5.118, em cujo acórdão, publicado em 20 de outubro de 1978, determinou que a expulsão não extingue a filiação partidária, tampouco o direito à candidatura nata. Outro acórdão prolatado pelo TSE – Agravo de Instrumento 5.133, julgado em 10 de novembro de 1978 – tratou da possibilidade de registro de candidatura dos indicados por convenção que posteriormente foi anulada. O Tribunal estabeleceu que, no caso, só tinham direito ao registro da candidatura os candidatos natos daquela legenda.

## 2.2. Nas eleições dos anos 1980

Em 1981, com vistas à eleição do ano seguinte, o Executivo apresentou o PL 28/81, que culminou na aprovação da Lei 6.978/82, em cujo parágrafo único do artigo 4º se assentou que seriam considerados candidatos natos os deputados federais e os estaduais, nos partidos aos quais pertencem, observados os prazos de filiação partidária. Manteve-se, portanto, a norma de que não se sujeitam à apresentação em convenção, tendo seus nomes automaticamente indicados no pedido de registro. Em comparação à norma que vigorara em 1978, foi suprimida a referência de os parlamentares serem candidatos natos nos partidos pelos quais foram eleitos, o que é justificado em razão da reforma ocorrida em 1979 que extinguiu os dois partidos existentes até o pleito de 1978 (MDB e Arena) e determinou a criação de novas legendas.

À Lei 6.978/82 veio somar-se a Lei Complementar (LC) 42, de 1º de fevereiro de 1982, também oriunda de projeto apresentado pelo Poder Executivo, que ampliou aos senadores a condição de candidatos natos dos partidos a que pertencessem ou dos partidos que viessem a se filiar, respeitados o prazo para tanto. Verifica-se que, apesar de a sublegenda ter sido aplicada nas eleições para o Senado de 1982, foi contemplada a intenção do já citado PL 4.103/77, ou seja, pela primeira vez foi incluído o senador dentre os candidatos natos.

A aprovação da LC 42/82 tornava necessária a conjugação dos dispositivos num texto legal comum, fato levado a cabo em março daquele ano pelo deputado Edison Lobão (PDS-MA) por meio do PL 5.977/82, cuja aprovação resta sedimentada no texto da Lei 7.008, de 29 de junho de 1982, que altera o artigo 4º da Lei 6.978/82, passando a vigorar com a redação: “os atuais senadores, os deputados federais e estaduais e os vereadores serão considerados candidatos natos dos partidos políticos a que pertencerem na data das respectivas convenções” (BRASIL, 1982b). Outro ponto a destacar nessa norma é que, assim como os senadores, pela primeira vez a candidatura nata foi estendida aos vereadores. Com essa decisão, todos os membros do Poder Legislativo estavam contemplados pelo instituto<sup>4</sup>.

Frente a essa normatização, o TSE emitiu a Resolução 11.270, em 20 de maio de 1982, destinada a instruir a escolha e o registro de candidatos a governador, senador, deputado federal e deputado estadual das eleições de 15 de novembro daquele ano.

A partir desse pleito, consolidou-se o TSE como instância judiciária final para a resolução de conflitos eleitorais – data desse período o aumento vertiginoso de demandas de particulares naquele tribu-

<sup>4</sup> A ditadura militar havia unificado o calendário eleitoral nacional: as eleições municipais ocorriam dois anos após as estaduais/nacionais, o que foi obedecido entre 1970 e 1978. No entanto, a disputa municipal de 1980 foi cancelada pela EC 14, de 9 de setembro de 1980, sob a alegação da dificuldade de organização dos partidos criados após a reforma do ano anterior. Os prefeitos e vereadores eleitos em 1976 tiveram os mandatos ampliados e a renovação dos mandatos ocorreu em 1982. Desse modo, o pleito de 1982 foi o mais atípico da história recente do País no que tange aos cargos em disputa, pois incluiu: deputado estadual e federal, senador, mais governador (cuja eleição direta era retomada depois de quase 20 anos de interrupção), vereador e prefeito (com exceção das capitais, dos municípios que eram área de segurança nacional e estação hidromineral, onde a escolha do Executivo local ocorreu na eleição isolada de 1985). Ou seja, ela reuniu em uma única data, pleitos que posteriormente a 1982 têm sido realizados em períodos distintos.

nal. São exemplos desse movimento os Recursos Especiais Eleitorais 5.283, 5.287, 5.428, 5.484, que versaram sobre: posição do senador candidato nato, que corresponde ao nº 1 de sua sublegenda, mantida com o advento da LC 42/82; a preservação da condição de candidato nato em outro estado pelo deputado federal que transfere o título eleitoral de unidade da federação, ainda que mantenha o direito de não participar da convenção; indispensabilidade do requisito da tempestiva filiação partidária; independência de aprovação em convenção de vereadores candidatos natos.

Dois projetos de lei foram apresentados a partir de 1983 com o intuito de revogar o artigo 6º da LC 42/82 e extinguir a figura do senador candidato nato: o primeiro, o PL 64/83, de junho de 1983, de autoria do deputado Nilson Gibson (PDS-PE), e o segundo, o PL 266/85, apresentado em março de 1985 pelo deputado Jorge Medauar (PMDB-BA). Muito embora tenham sido arquivados em junho de 1986, pela promulgação da Lei 7.493, de 17 de junho de 1986, que regulamentou as eleições daquele ano, ambos se sustentavam na justificativa de que o senador candidato nato era anomalia a ser sanada, já que os parlamentares eleitos indiretamente por força da reforma de Geisel teriam um benefício injustificável<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> A referência é a uma das medidas tomadas pelo regime militar em 1977, no chamado “Pacote de Abril”, o qual objetivava garantir a maioria governista no Congresso Nacional. Segundo ela, para substituição de 2/3 dos senadores nas eleições de 1978, somente uma das vagas seria preenchida por voto popular. A outra seria ocupada por senador eleito indiretamente, segundo os mesmos procedimentos e pelo mesmo colégio eleitoral encarregado de escolher os governadores dos estados. Esses novos parlamentares ficaram conhecidos como “senadores biônicos” – designação criada por humoristas para sintetizar a ideia de que eram, na realidade, “incríveis e artificialmente fabricados”, a qual tinha por referência séries de televisão popular na época (ALVES, 1984, p.194). A EC 15, de 19 de novembro de 1980, extinguiu os “senadores biônicos”, mas foram respeitados os mandatos vigentes, por isso, em 1986, aqueles eleitos em 1978 poderiam usufruir ao término do mandato, a condição de candidatos natos.

O projeto de Medauar, por sua vez, tratava “a sublegenda como casuísmo e excrescência jurídico-eleitoral”, uma vez que nas eleições de 1982 “um terço dos candidatos ao Senado concorreu com mais dois candidatos em seu próprio partido (o candidato nato mais a sublegenda)”, e pregava, em razão da extinção da sublegenda para o pleito de 1986, a revogação da candidatura nata no Senado, sob pena de que as duas vagas daquele pleito não viessem a ter concorrentes nos partidos dos senadores nomeados em 1978, o que constituiria privilégio político contrário a princípios democráticos da Nova República<sup>6</sup>.

Outro projeto de lei também suplantado pela promulgação da Lei 7.493 foi o PL 6.993/85, apresentado em 4 de dezembro de 1985, pelo deputado Francisco Amaral (PMDB-SP). Ao contrário dos anteriores, que revogavam a candidatura nata no Senado, ele instituía essa faculdade e dispunha sobre o número de candidatos à Câmara dos Deputados e às assembleias legislativas.

Apesar de a Lei 7.493 ter servido de base para o arquivamento dos PLs citados, é importante destacar que é omissa quanto à candidatura nata. Tal norma legal foi oriunda do texto do PL 7.597/86, apresentado em 13 de maio do mesmo ano pelos senadores Alfredo Campos (PMDB-MG), Carlos Chiarelli (PDS-RS) e Jorge Kalume (Arena-AC), e destinava-se a regulamentar as eleições daquele ano. Como naquele período havia um regulamento específico para cada processo eleitoral, essa omissão não esclarecia se ela seria adotada para o pleito de 1986 ou não.

Por consequência, os tribunais foram chamados a renovar as interpretações sobre o tema. Em outubro daquele ano, julgando o Mandado de Segurança 747, o tribunal sentenciou que não prevalece para

---

<sup>6</sup> Apesar da alegação do deputado de que ela seria suprimida, a sublegenda para o cargo de senador foi aplicada em 1986.

as eleições de 15 de novembro de 1986 a candidatura nata a deputado estadual, em face do disposto na legislação vigente, nem a suplanta a existência de norma do estatuto do PMDB. Além disso, em julgamento apenas efetivado em outubro de 1992, o REspE 5.495 propiciou que o TSE atribuisse aos juízes eleitorais a decisão sobre as candidaturas natas do período.

Diante da polêmica suscitada pela omissão na regra eleitoral relativa ao pleito de 1986, houve maior atenção ao assunto, quando da formulação da lei que regulamentou a eleição municipal de 1988. O deputado Genebaldo Correia (PMDB-BA) apresentou o PL 201/87, em agosto de 1987. Este teve trâmite legislativo até junho de 1988, quando foi aprovado pela Lei 7.664, de 29 de junho de 1988, que dispôs, no parágrafo primeiro de seu artigo 16 - em detrimento do texto original, omissis quanto à matéria -, que os então vereadores seriam considerados candidatos natos dos partidos políticos a que pertencessem na data das respectivas convenções.

Mereceu reforço o citado trecho no acórdão do julgamento pelo TSE do REspE 6.992, de setembro de 1988, que ratificou, no caso concreto, que alguém somente é candidato nato a vereador quando a candidatura ocorrer pelo mesmo partido.

### *3. A candidatura nata na vigência da Constituição Federal de 1988*

No período da nova ordem constitucional brasileira, instaurado pela promulgação da Constituição Cidadã em 5 de outubro de 1988, a candidatura nata voltou a compor a pauta legislativa.

#### *3.1. Nas eleições de 1990 e 1992*

Em maio de 1989, o deputado Francisco Amaral (PMDB-SP) novamente apresentou projeto pretendente a eliminar os candidatos natos das eleições majoritárias, sob a justificativa que seu projeto garantiria “a oxigenação do processo de escolha, que

deve ser livre e democrático, de modo a configurar fielmente a vontade partidária”. O parlamentar considerava ainda que a candidatura nata “é monopolização e perpetuação das candidaturas pelos detentores de mandatos conferidos em épocas remotas” (BRASIL, 1989b). O segundo projeto de lei do deputado, no entanto, teve a mesma sorte do primeiro, tendo sido arquivado em fevereiro de 1991.

Nos dois primeiros pleitos legislativos na vigência da nova ordem constitucional - as eleições para senador e para deputado em 1990, e para vereador em 1992 - não havia referência à candidatura nata na legislação específica, o que recolocou em pauta a dúvida sobre a vigência do instituto.

Em relação a 1990, o TSE foi consultado e se manifestou em quatro oportunidades (resoluções 16.140, de 19 de dezembro de 1989; 16.322, de 16 de março; 16.467, de 10 de maio; e 16.511, de 22 de maio, todas de 1990), sempre tendo seguido a orientação de que as normas que tratavam do tema abrangiam eleições passadas e não aquela em questão, logo, na ausência de referência relativa ao pleito de 1990, o entendimento era de que não havia candidatura nata.

O mesmo ocorreu, quando consultado para o pleito de 1992, por meio da Resolução 17.942, de 24 de março daquele ano. O TSE afirmou que a candidatura nata prevista na Lei 7.664 referia-se à disputa de 1988, não poderia ser estendida à atual e que a norma que regulamentava a eleição, a Lei 8.214, de 24 de julho de 1991, era omissa quanto ao tema.

#### *3.2. Nas eleições de 1994 e de 1996*

A primeira lei eleitoral do período pós-1988 a versar sobre a candidatura nata originou-se da proposição 3.831/93, encaminhada pelo deputado José Dirceu (PT-SP), em maio de 1993, que recebeu uma série de emendas e de substitutivos. Entre eles, vale mencionar o substitutivo do relator na CCJ, deputado João Almeida (PMDB-BA), que foi posteriormente publicado na forma da

Lei 8.713, de 30 de setembro do mesmo ano. O parágrafo 1º do artigo 8º da lei dispunha:

“aos que, na data de publicação desta lei, forem detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados na data da convenção, independentemente de sua escolha nesta, salvo deliberação em contrário do órgão de direção nacional do partido” (BRASIL, 1993a).

A partir de então, se o partido optasse por não registrar o parlamentar poderia fazê-lo. Foi o começo de restrição legal aos limites da candidatura nata.

Coube ao TSE desenhar os contornos da lei por meio dos seguintes julgamentos: (1) Resolução 14.358, de maio de 1994, pela qual a candidatura nata é relativa ao partido a que esteja filiado o candidato na data da convenção, e que não implica limite ao cômputo de candidatos; (2) REspE 12.000, de outubro de 1994, que se refletiu na possibilidade de exclusão do registro de candidatura do candidato nato, conforme o disposto na Lei 8.713; (3) REspE 12.109, de outubro de 1994, sobre requisito para a qualificação de suplente como candidato nato; (4) REspE 12.064, também de outubro de 1994, que tratava do cálculo do número de candidatos por coligação; (5) REspE 12.241, que dispunha sobre o número de candidatos de um partido quando há candidatos natos; (6) REspE 12.242 sobre arredondamento fracionário em coligação que apresenta candidatos natos; (7) REspE 12.091, julgado apenas em outubro de 1999, sobre multa ao candidato nato por antecipação de propaganda ao prazo da Lei 8.713; (8) Resposta 21.778, resolvida em maio de 2004, sobre a impossibilidade de deputados federais preferirem aos candidatos a prefeito em convenções municipais; bem como (9) os julgamentos da matéria pelo STF, como o recurso extraordinário 190.841/MT, julgado pela 1ª Turma daquele

tribunal em outubro de 1995, que assentou a possibilidade de cassação de registro de candidato nato em face de decisão da coligação de não apresentar candidato, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.063-8, julgada em 18 de maio de 1994, que, além de reconhecer a exclusão do Senador como candidato nato, tratou de suspender o direito de veto do órgão de direção nacional do partido, fazendo com que a redação do artigo 8º da Lei 8.713/93 ficasse alterada para

“aos que, na data de publicação desta lei, forem detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados na data da convenção, independentemente de sua escolha nesta, salvo deliberação em contrário do partido” (BRASIL, 1993a).

A supressão da ressalva que permitia deliberação em contrário pelo órgão de direção nacional do partido fez com que a decisão pelo oferecimento ou não do registro de candidatura do parlamentar detentor de mandato fosse mantida, mas agora seria objeto de decisão do próprio partido.

A Lei 8.713/93, que versou sobre as eleições de 1994, obviamente, é omissa quanto à candidatura nata dos vereadores. Desse modo, o pleito municipal de 1996, assim como todos os demais, necessitava de uma regulamentação específica, o que foi realizado pela Lei 9.100, de 29 de setembro de 1995. Assim como ocorrera em relação à lei que normatizou a eleição de 1992, o texto não se referia explicitamente à candidatura nata de vereadores. O único registro na lei que pode ser interpretado como um indício desse tema ocorre no art. 12, parágrafo 1º, II, quando distingue aqueles que são detentores de mandato dos demais, ao estabelecer:

“ao candidato que esteja exercendo mandato eletivo ou o tenha exercido nos últimos quatro anos, ou que, nesse mesmo prazo, tenha concor-

rido em eleição com um dos nomes por ele indicados, será deferida a sua utilização no registro, ficando outros candidatos impedidos de fazer propaganda com esse mesmo nome” (BRASIL, 1995).

### 3.3. Na vigência da Lei 9.504/97 (eleições de 1998 e 2000)

A resposta do Congresso Nacional à decisão do STF relativa à Lei 8.713 principiada em janeiro de 1997, já com vistas ao pleito do ano seguinte. Nessa ocasião foi apresentado o PL 2.695/97 pelo deputado Edinho Araújo (PMDB-SP) e que foi transformado na Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Essa norma significou um avanço em relação às anteriores, pois um de seus propósitos era ser uma lei geral e definitiva, com regras de caráter permanente para as eleições, o que evitaria a necessidade, até então existente, de a cada pleito ser elaborada uma norma particular.

No que tange à candidatura nata, a ressalva sobre ela na Lei 8.713/93 foi totalmente suprimida, tornando absoluto o direito dos então detentores de mandatos legislativos oferecerem candidatura no pleito subsequente. Restou assim sedimentado o dispositivo legal, no mesmo parágrafo 1º do artigo 8º em que se encontrava na lei anterior:

“aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados” (BRASIL, 1993a).

O TSE regulamentou a lei para as eleições de 1998 por meio das resoluções 20.100 e 20.221. A última afirmava a restrição da candidatura nata apenas aos cargos de deputado federal, estadual, distrital ou vereador. O Tribunal foi chamado a manifestar-se, ainda, no julgamento do

REspE 15.370, em outubro de 1998, para o qual determinou que o candidato que não tivesse sido aprovado em convenção, nem dispusesse da condição de candidato nato, não tinha o direito de efetuar o registro da candidatura.

No acórdão que julgou o Recurso Ordinário (RO) 97 foi estabelecido que a autonomia partidária dá-se *interna corporis*, sendo restrita à estrutura interna, organização e funcionamento. Nos acórdãos dos RO 132 e 165, o TSE afirmou que o registro de candidatura nata era o único que prescindia da escolha do candidato em convenção, não sendo devido o registro do candidato que, não sendo nato, não tivesse sido escolhido na reunião partidária. O acórdão do RO 267, ao seu turno, admitiu que o candidato nato fosse passível de inelegibilidades. Já no acórdão do RO 359, o TSE inovou ao entender ter havido renúncia à candidatura nata no caso apresentado, em que o detentor do mandato teria concorrido à vice na chapa para escolha do candidato a governador do partido e, tendo perdido, pretendia ver garantido seu nome na lista, como candidato nato que era. O Tribunal admitia que o direito ao registro poderia ser mantido apenas se houvesse vaga em lista.

Na Resolução 20.517, respondida por unanimidade na esteira do voto do ministro relator Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, o TSE afastou o incomum requerimento da candidatura nata para candidatos a prefeito. Ele reafirmou que a Lei 9.504/97, em seu art. 8º, parágrafo 1º, somente assegura o registro de candidatura, para o mesmo cargo e pelo partido a que estejam filiados, aos detentores de mandato de deputado federal, deputado estadual ou distrital e vereador, ou aos que tenham exercido esses mesmos cargos em qualquer período da legislatura em curso.

No acórdão do REspE 18.294, foi assegurado a um vereador baiano o direito ao registro de candidatura mesmo diante da negativa de indicação pela convenção, por ser candidato nato do partido. Já no acór-

dão do REspE 16.897, apenas resolvido em março de 2001, determinou-se que o cálculo da reserva de gênero das candidaturas deveria levar em conta as possíveis, descontadas as vagas das candidaturas natas.

O deputado Bonifácio de Andrada (PSDB-MG) apresentou o PL 2.277/99, em novembro de 1999, com o propósito de consolidar a legislação eleitoral esparsamente codificada e demais leis alteradoras e correlatas reunindo num documento único um conjunto de mais de 40 leis, “todas efetivamente em vigor, sem preocupações de mérito quanto à conveniência de se manterem ou se alterarem estas ou aquelas disposições vigentes”<sup>7</sup>. Na ocasião de ser relatado na CCJ, tarefa assumida pelo deputado Bruno Araújo (PSDB-PE), manteve-se no PL 2.277/99 o artigo 8º da Lei 9.504/97.

Para regulamentar o exercício do parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 9.504/97, o TSE publicou a Resolução 20.561/00, por meio da qual sedimentou, no artigo 6º, que: “aos detentores de mandato de vereador e aos que tenham exercido esse cargo em qualquer período da legislatura que estiver em curso é assegurado o registro da candidatura para o mesmo cargo, pelo partido político a que estejam filiados”.

Posteriormente, o TSE estendeu a mesma disciplina para os mandatos de deputado federal, estadual ou distrital, acrescentando o parágrafo único a esse artigo 8º, agora por intermédio da Resolução 20.993/02, a qual prescrevia que os candidatos natos deveriam comunicar ao partido, até o início da convenção partidária, o interesse em disputar o pleito, devendo ser registrado tal fato na ata de convenção.

Desse modo, a lei eleitoral assegurava o registro de candidatura à reeleição aos detentores de mandato de deputado estadual, distrital, federal e vereadores

<sup>7</sup> A reunião de normas dispersas em um mesmo texto é orientada por disposição da LC 95 de 1998 e segue tendência iniciada pelo PL 4.764/98 que reúne a legislação sobre direito ambiental.

que tinham ocupado os cargos durante qualquer período da legislatura, sendo que cada partido poderia lançar candidatos em um número 150% maior do que as vagas a ocupar. No caso de coligações, independentemente do número de partidos que a compunham, o número de candidatos não poderia ultrapassar duas vezes o número de vagas a preencher. Quando vigia a regra que permitia a candidatura nata, as vagas aptas para preenchimento em convenção partidária eram aquelas disponíveis depois da ocupação da lista pelos atuais deputados e vereadores (MIGNONE, 2002).

#### 4. *Suspensão de efeitos da candidatura nata*

Ocorre que, em 24 de abril de 2002, no julgamento da medida cautelar da ADI 2.530-9, promovida pelo então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, o STF suspendeu a eficácia do parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 9.504/97, ou seja, extinguiu a candidatura nata. Nesse julgamento, cujo resultado ficou 8x1, foi vencido o ministro Ilmar Galvão, que defendia uma razão corporativa e admitia o privilégio porque os deputados abandonavam suas carreiras para optar pelo mandato legislativo e poderiam ter dificuldades para retornar à vida profissional (FREITAS, 2002).

A tese central da ADI 2.530-9 era a de que o dispositivo impugnado, ao estabelecer a candidatura nata, violava o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), ao criar um privilégio injustificável a determinado grupo de parlamentares, bem como o princípio da autonomia político-partidária (artigo 17 da Constituição Federal). Entre outras matérias levantadas nos votos dos ministros, há de se frisar a hipótese de que incentivaria a infidelidade partidária, além de que feriria também o princípio da isonomia intrapartidária.

Matéria publicada pela “Folha de S.Paulo”, assinada por Silvana de Freitas,



traz menção ao fato de que, embora a medida liminar não vinculasse a decisão final do mérito da ação, ela tradicionalmente a antecipa. A própria reportagem publicou a opinião do deputado José Genoino (PT-SP) sobre a questão, para quem a decisão do STF é mais uma mostra de “tribunalização” das eleições, pois “toda eleição está dependendo de decisões da Justiça, aumentando a interferência do Poder Judiciário no processo eleitoral. Isso pode gerar precedentes graves. Sou contra a candidatura nata, mas essa decisão tem de ser dos partidos políticos e do Legislativo. Os tribunais não podem fazer reforma política”. Segundo a matéria, para o deputado Ricardo Barros (PPB-PR), todavia, a decisão é boa porque “obriga todos os parlamentares a tratar bem seus partidos, mesmo depois de eleitos, e fortalece a fidelidade partidária” (FREITAS, 2002).

O julgamento cautelar da ADI 2.530-9 teve repercussão imediata nos parlamentares que se encontravam em sessões legislativas no Congresso Nacional naquele dia 24 de abril. O deputado Rodrigo Maia (PFL-RJ) informou ao plenário da Câmara dos Deputados a decisão do Judiciário pelo fim da candidatura nata. Aquele líder partidário acusava que “a partir daquele momento os parlamentares estariam presos ao controle do diretório, que, em muitos estados, é de um ou outro político”. Concluía Maia, então, que “a decisão do TSE [sic] era mais uma decisão contra o Congresso Nacional”<sup>8</sup> (BRASIL, 2002a).

O deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ), por sua vez, proferiu longo discurso em nome do partido, mas no sentido de “cumprimentar o TSE [sic] pela extinção da candidatura nata” porque

“deputado que tem partido, que frequenta as reuniões de liderança, que tem convivência partidária e conhece o delegado e os membros

do diretório não tem essa preocupação. Entendo que nós, desta Casa, deixamos uma lacuna aberta, ao não regular a matéria. Há Parlamentares da Câmara dos Deputados que devem ter trocado de partido umas seis vezes nesta Legislatura. Esses têm a temer, pois não conhecem o Presidente do partido, não sabem onde fica sua sede e sempre se valeram da candidatura nata, para pular de galho em galho, para trocar de partido como se muda de camisa. Nós, que temos vida partidária e obedecemos às regras e à organização do partido, não temos a temer com o fim da candidatura nata. Quem tem liderança no partido, candidato é nas eleições para deputado federal” (BRASIL, 2002a).

A manifestação do PPS, no mesmo sentido, foi proferida pelo deputado João Hermann Neto (PPS-SP), que comemorava o acordo conforme o qual as candidaturas dos então deputados, senadores e governadores detentores de mandatos não seriam natas. “O PPS defende a desconstitucionalização e a desregulamentação absoluta da legislação sobre partidos”, na perspectiva de entender que a candidatura nata deve ser questão interna dos partidos, para fortalecer a organicidade dos mesmos (BRASIL, 2002a).

No dia seguinte à sessão ordinária que acompanhou o julgamento da cautelar da ADI 2.530-9, o deputado Coriolano Sales (PMDB-BA) referiu-se ao episódio mencionando quando o STF “sepultou uma camisa-de-força que rondava os partidos, a chamada candidatura nata, que só os desfigurava”. Afirmava ainda que reformas políticas eram necessárias “para fortalecer os partidos políticos e dar garantias à sociedade para eleger seus representantes no Congresso”, mas que elas precisavam ser feitas “pelo Poder Legislativo e não serem entregues ao Poder Judiciário Federal, no caso, ao TSE e ao STF” (BRASIL, 2002b).

<sup>8</sup> O parlamentar se equivocou, pois a decisão foi do STF.

Comentários à suspensão da candidatura nata pelo STF ainda foram registrados nas sessões seguintes da Câmara dos Deputados. Exemplifica essa repercussão, o discurso do deputado Severino Cavalcanti (PP-PE), em aparte ao pronunciamento do deputado Sergio Reis (PTB-SE), em 2 de maio de 2002, em que defendeu a ideia do direito à candidatura nata, pois esta era “consagrada pelas urnas”. Segundo ele, a candidatura nata é essencial à “posição partidária que temos no Brasil” e sua retirada pelo STF deixa os parlamentares “completamente tolhidos, sem poder usar nossas prerrogativas de parlamentar”, pois, em havendo discordância com a direção estadual, “ela não lhe dará legenda”. Afirmou, ainda, que o parlamentar “tem que ficar preso às conveniências da direção estadual do seu partido”, pois, “do contrário, não obterá o seu registro, por decisão da cúpula partidária. Não existe mais democracia, pois se retira o direito de [...] vir a esta Casa criticar o seu partido quando ele estiver errado”, asseverou o deputado (BRASIL, 2002c).

Diante da decisão do STF de suspender a eficácia da candidatura nata até a decisão final da ação, o TSE emitiu, em 30 de abril de 2002, a Resolução 21.079, por meio da qual foi revogado o artigo 8º, bem como o parágrafo 2º do artigo 15 da Resolução 20.993/02, que disciplinaria o instituto nas eleições daquele ano.

Depois do julgamento liminar da ADI 2.530-9, o TSE foi convocado a manifestar-se em duas ações que versavam sobre o dispositivo suspenso pelo STF. Trata-se da Resolução 21.778, julgada em 27 de maio de 2004, e do Recurso Especial Eleitoral 24.772, julgado por uma decisão monocrática de 18 de outubro de 2004. No primeiro caso, o TSE respondeu à consulta de partido político sobre as eleições de 2004, determinando que deputados federais não preferem aos candidatos a prefeito em convenções municipais. O último, por sua vez, possibilitou ao TSE discutir sobre o alegado direito

adquirido à candidatura nata. Decidiu a corte que não teria ele como ser acolhido<sup>9</sup>.

## 5. Conclusão

O texto procurou mapear a incidência da candidatura nata no ordenamento jurídico brasileiro ao longo de quase 30 anos. Como demonstrado, ela foi inserida originalmente na legislação que regulamentou a eleição de 1974, foi aplicada pela última vez no pleito de 2000 e, dois anos depois, teve sua eficácia suspensa pelo STF, situação em que se mantém desde então. No entanto, como até o advento da ainda em vigor Lei 9.504, de 1997, as regras que disciplinavam cada eleição exigiam uma lei específica, há sensíveis modificações no modo como o instituto foi fixado e, inclusive, a sua não adoção, como ocorreu nos pleitos de 1986, de 1990, de 1992 e de 1996. A abrangência da candidatura nata também sofreu modificações: sempre incluiu os deputados federais e estaduais em todas as eleições desse âmbito em que foi aplicada (1974, 1978, 1982, 1994 e 1998), abarcou os senadores em três oportunidades (1982, 1994 e 1998) e os vereadores em outras três (1982, 1988 e 2000), sendo que na disputa de 1982

<sup>9</sup> No recurso interposto, sustentava-se que o direito adquirido advém do preceito geral, segundo o qual a relação jurídica realizada sob o império de uma lei deve perdurar ainda quando tal lei seja substituída. A lei nova deve respeitar o direito adquirido sob a vigência da lei revogada, pois àquela só compete dispor para o futuro e não para o passado. No entanto, o TSE entendeu que a norma que previa a candidatura nata não foi revogada ou substituída por lei nova. Simplesmente teve sua eficácia suspensa, mediante decisão do STF, em razão do vício de inconstitucionalidade. Quer dizer, o recorrente tinha o direito ao registro sem submeter seu nome à convenção, direito esse que cessou em 24/04/2002, data em que a eficácia da norma foi suspensa, por afronta aos princípios da isonomia e da autonomia partidária consagrados na Constituição. Note-se que, logo após declarada a ineficácia da norma, o TSE revogou o art. 8º e o § 2º do art. 15 da Resolução 20.993/02, que tratavam dos candidatos natos nas eleições de 6/10/2002, não havendo falar, a estas alturas, segundo o TSE, de direito adquirido à candidatura nata.

englobou a totalidade dos cargos legislativos do país.

A exaustiva pesquisa também se preocupou em abordar o modo como o TSE interpretou e regulamentou as normas legais que incluíam ou eram omissas quanto ao tema. Igualmente, procurou não só identificar os diferentes PLs apresentados no Congresso Nacional que versaram sobre a candidatura nata no período 1974-2002, mas também revelar o modo como os parlamentares a viram e como procuraram intervir na definição de aspectos dessa questão.

Como derradeiro, importa destacar que, embora a decisão do STF tenha interrompido a adoção da candidatura nata, a polêmica em torno do instituto não está plenamente encerrada e desde 2002 até o momento, ocasionalmente, o assunto volta a motivar parlamentares e a inspirar discursos, referências ou ser incluída em propostas de lei.

### Referências

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil: 1964-1984*. Petrópolis: Vozes, 1984.

BRASIL. *Ato Complementar nº 4*. Brasília, 20 nov. 1965a. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=116094>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.541, de 14 de abril de 1977. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 abr. 1977a. Seção 1, p. 4198. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1541.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1541.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 set. 1980a. Seção 1, p. 18089. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103921/emenda-constitucional-14-80>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 15, de 19 de novembro de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21

nov. 1980b. Seção 1, p. 23337. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103903/emenda-constitucional-15-80>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 maio 1985a. Seção 1, p. 7313. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc25-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral (1965). *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 1965b. Seção 1, p. 6746. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.453, de 14 de junho de 1968. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jun. 1968. Seção 1, p. 4945. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5453-14-junho-1968-359235-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.055, de 17 de junho de 1974. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 1974a. Seção 1, p. 6773. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6055.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6055.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.534, de 26 de maio de 1978. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 maio 1978a. Seção 1, p. 7839. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6534.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6534.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jan. 1982a. Seção 1, p. 1065. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L6978.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L6978.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.008, de 29 junho de 1982. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jun. 1982b. Seção 1, p. 12026. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/5A68446101A9D13E032569FA00748A1F?OpenDocument>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.493, de 17 junho de 1986. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jun. 1986a. Seção 1, p. 8811. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7493.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7493.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.551, de 12 de dezembro de 1986. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1986b. Seção 1, p. 18745. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L7551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7551.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jun. 1988b. Seção 1, p. 12001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7664.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

br/ccivil\_03/Leis/1980-1988/L7664.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.214, de 24 de julho de 1991. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1991. Seção 1, p. 14819. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8214.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8214.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 out. 1993a. Seção 1, p. 14685. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8713.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 out. 1995. Seção 1, p. 15333. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 out. 1997a. Seção 1, p. 21801. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 42, de 01 de fevereiro de 1982. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 fev. 1982c. Seção 1, p. 1953. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp42.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp42.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1998a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.103/77*. Brasília, 12 set. 1977b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=218798>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5.977/82*. Brasília, 24 mar. 1982d. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=229571>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 64/83*. Brasília, 30 jun. 1983. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=233607>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 266/85*. Brasília, 28 mar. 1985b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=234559>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 6.993/85*. Brasília, 4 dez. 1985c. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=231555>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 201/87*. Brasília, 19 out. 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=173060>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2.265/89*. Brasília, 16 maio 1989a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=201620>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.831/93*. Brasília, 20 maio 1993b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=216343>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2.695/97*. Brasília, 8 jan. 1997b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=205889>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2.277/99*. Brasília, 30 nov. 1999a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=17892>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, sessão 24 abr. 2002a. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, sessão 25 abr. 2002b. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, sessão 2 maio 2002c. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, sessão 16 maio 1989b.

Senado Federal. *Projeto de Lei nº 7.597/86*. Brasília, 13 maio 1986c. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=232159>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063-8/DF*. Relator: Celso de Mello. Brasília, 18 maio 1994a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=candidaturanata & processo=1063>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.530-9/DF*. Relator: Sydney Sanches. Brasília, 24 abr. 2002d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347615>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 190.841/MT*. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 4 out. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=190841&classe=RE->

-ED-ED-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurs  
o=0&tipo Julgamento=M >. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Agravo de Instrumento nº 5.133/BA*. Relator: José Neri da Silveira. Brasília, 10 nov. 1978b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT11988938&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 16.897/SP. Relator designado: Nelson Azevedo Jobim. *Diário de Justiça*, Brasília, v.1, p.133, 15 out. 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança nº 747/MS. Relator: Oscar Dias Corrêa. Brasília, 16 out. 1986d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT1760492&sectionServer=TSE&docIndexString=7>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Ordinário nº 97/PB. Relator: Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. Brasília, 25 ago. 1998b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT8929684&sectionServer=TSE&docIndexString=9>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário nº 132/RO*. Relator: José Néri da Silveira. Brasília, 2 set. 1998c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT626383&sectionServer=TSE&docIndexString=14>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário nº 165/AL*. Relator: Maurício José Corrêa. Brasília, 1 set. 1998d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT6566400&sectionServer=TSE&docIndexString=9>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário nº 267/AC*. Relator: José Neri da Silveira. Brasília, 10 set. 1998e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT973125&sectionServer=TSE&docIndexString=24>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário nº 359/PB*. Relator: Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. Brasília, 24 set. 1998f. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT4565573&sectionServer=TSE&docIndexString=>>> Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 11.270/DF. Relator: Pedro Soares Munos. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 maio 1982e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT30939901&sectionServer=TSE&docIndexString=9>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 14.358/DF. Relator: Cid Flaquer Scartezini. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 jul. 1994b. p.18139. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT10419967&sectionServer=TSE&docIndexString=3>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 16.140/DF. Relator: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 mar. 1990a. p. 2024. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT12761269&sectionServer=TSE&docIndexString=3>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 16.322/DF. Relator: Luiz Octávio P. e Albuquerque Gallotti. *Diário de Justiça*, Brasília, 2 maio 1990b. p.3600.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 16.467/DF. Relator: Roberto Ferreira Rosas. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 maio 1990c. p. 4614.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 16.511/DF. Relator: Roberto Ferreira Rosas. *Diário de Justiça*, Brasília, 7 jun. 1990d. p. 539.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 17.942/DF. Relator: Hugo Gueiros Bernardes. *Diário de Justiça*, Brasília, 3 jul. 1992. p.10841. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT22768549&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 20.100/DF. Relator: José Eduardo Rangel de Alckmin. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 mar. 1998g. p. 30. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT23574291&sectionServer=TSE&docIndexString=14>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 20.221/DF. Relator: José Néri da Silveira. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 jun. 1998h. p. 65. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT17243089&sectionServer=TSE&docIndexString=3>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 20.517/SP. Relator: Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. *Diário de Justiça*, Brasília, 17 dez. 1999b. p.173.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 20.561/DF. Relator: José Eduardo Rangel de Alckmin. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 mar. 2000a. p. 41. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do>>

?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT16463288&sectionServer=TSE&docIndexString=2>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 20.993/DF. Relator: Fernando Neves da Silva. *Diário de Justiça*, Brasília, v.1, p. 145, 12 mar. 2002e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT871488&sectionServer=TSE&docIndexString=17>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 21.079/DF. Relator: Fernando Neves da Silva. *Diário de Justiça*, Brasília, v.1, p. 143, 21 maio 2002f. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT30139343&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 21.778/DF. Relatora: Ellen Gracie Northfleet. *Diário de Justiça*, Brasília, v.1, p. 112, 3 nov. 2004a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 4.209*. Relator: Márcio Ribeiro. Brasília, 11 out. 1974b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT5173998&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.118*. Relator: Firmino Ferreira Paz. Brasília, 20 out. 1978c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT9925558&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.283*. Relator: Décio Meirelles de Miranda. Brasília, 28 set. 1982f. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT3610974&sectionServer=TSE&docIndexString=2>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.287*. Relator: Pedro Soares Munoz. Brasília, 28 set. 1982g. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT9563369&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.428*. Relator: Décio Meirelles de Miranda. Brasília, 14 out. 1982h. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT21609197&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.484/MA*. Relator: José Guilherme Villela. *Boletim Eleitoral*, v. 380, Tomo 1, p. 52, 14 out. 1982i. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT31436824&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 5.495/MA*. Relator: Décio Meirelles de Miranda. *Boletim Eleitoral*, v. 383, Tomo 1, p. 67, 16 out. 1982j. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT840655&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 6.992/SE*. Relator: Roberto Ferreira Rosas. *Boletim Eleitoral*, v. 447, Tomo 01, p. 995, 29 set. 1988c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT27205882&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.000/MT*. Relator: Carlos Mário da Silva Velloso. *Revista de Jurisprudência do TSE*, v.6, Tomo 4, p.11, 8 ago. 1994c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT27726257&sectionServer=TSE&docIndexString=2>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.064/PB*. Relator: Cid Flaquer Scartezini. Brasília, 5 ago. 1994d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT6660859&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.091/AL*. Relator: Edson Carvalho Vidigal. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 set. 1999c. p. 68. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT10085605&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.109/TO*. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. *Revista de Jurisprudência do TSE*, v. 6, Tomo 4, p. 247, 8 ago. 1994e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT29504225&sectionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.241/DF*. Relator: José Bonifácio Diniz de Andrada. Brasília, 18 ago. 1994f. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT33229194&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 12.242/DF*. Relator: José Bonifácio Diniz de Andrada. Brasília, 18 ago. 1994g. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT5454307&sectionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 15 fev. 2012.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 15.370/AC*. Relator: José Néri da Silveira. Brasília, 25 ago. 1998i.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 18.294/BA*. Relator: Fernando Neves da Silva. Brasília, 5 out. 2000b.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 24.772/MG*. Decisão Monocrática: Carlos Eduardo Caputo Bastos. Brasília, 18 out. 2004b.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resposta nº 21.778. Relatora: Ellen Gracie Northfleet. *Diário de Justiça*, Brasília, v.1, p. 112, 3 nov. 2004c.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade, direito processual eleitoral, comentários à Lei eleitoral*. 4. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FREITAS, Silvana de. Supremo derruba candidatura automática à reeleição. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u31778.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2011.
- JORGE, J. G. de Araujo. PL 1.309/1973. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 3156, 22 maio 1974.
- MIGNONE, Ricardo. Líderes apoiam o fim da “candidatura nata”, decidido hoje pelo STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u31760.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2011.
- PORTO, Walter Costa. Candidato nato. In: \_\_\_\_\_. *Dicionário do voto*. Brasília: UnB, 2000.

# A proteção da propriedade intelectual e da saúde pública pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e pelo Brasil

Ulisses da Silveira Job

## Sumário

1. O horizonte é a justiça: à vida a saúde. 2. O resguardo da propriedade intelectual no mundo e no Brasil. 3. A licença compulsória no TRIPS e na legislação brasileira. 4. O Brasil no contencioso internacional. 5. *Dai a César o que é de César* e ao povo o que é de Deus.

### *1. O horizonte é a justiça: à vida a saúde*

Em um mundo de grande fartura, carece um terço dos seus humanos do acesso aos medicamentos elementares, como se o desenvolvimento passasse ao largo da preservação da vida. E, em uma lógica perversa, os mais necessitados são os sujeitos às maiores restrições, ficam alijados dos meios de cura ou lenitivos para suas dores, têm-lhes afastados o direito à saúde e à vida.

É legítimo que indústrias farmacêuticas e governos postulem uma contrapartida pelos investimentos que fazem na pesquisa, no desenvolvimento e produção de remédios, assim como assegurado pelas regras nacionais e internacionais. A remuneração pelo labor é, além de justa, estimulante do processo criativo [ainda que, como analisado por Joseph Stiglitz (2007, p. 218), os laboratórios gastem mais com propaganda que no aprimoramento de seus produtos, mais com medicamentos cosméticos que com os empregados no combate a moléstias típicas dos países pobres]. Não obstante, há de se garantir que o respeito a esse direito

Ulisses da Silveira Job é Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da UFPB.



de propriedade não comprometa um valor que se lhe sobrepõe pela essencialidade à vida, qual seja, a saúde<sup>1</sup>, afinal o disse Ademir Braz: “Eu não quero nada. Exceto, talvez, o essencial – viver”.

Noutros termos, imperiosos são os direitos humanos, assim como há muito cunhado por Abraham Lincoln: “Sempre que houver um conflito entre direitos humanos e direitos de propriedade, os direitos humanos devem prevalecer”. Se à saúde, sobretudo em hipóteses extremadas, como nos casos de graves epidemias, e para os desafortunados, cinge a oferta de medicamentos, que a sua entrega seja incentivada e diligenciada, não encalhe nas malhas do egoísmo insano. Justice C. Nwobike (2006, p. 138) lega palavras nesse sentido, pleiteia o seguimento aos regimes de propriedade intelectual desde que avessos ao erguimento de entraves ao humanitarismo.

Correlatamente, não são outros os objetivos colimados pelo petrecho destinado a impulsionar os negócios internacionais. Os membros da Organização Mundial do Comércio, nos primeiros termos de seu Acordo Constitutivo, foram contundentes, ao menos formalmente, na exortação do aumento da produção e do comércio de bens e serviços, da ampliação de receitas reais e demanda efetiva, combinados com a elevação dos níveis de vida, pleno emprego, preservação do meio ambiente e tratamento privilegiado dos países em desenvolvimento<sup>2</sup>. É igual o entendimento trazido por Sarah Joseph (2007, p. 389, tradução nossa):

“A Organização Mundial do Comércio (OMC) é uma instituição

<sup>1</sup> Observe-se a dicção consoante de um dos diplomas internacionais atinentes: “A proteção e a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e econômico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações” (LICKS, 1998).

<sup>2</sup> Semelhantemente o diz Renato Valladares Domingues (2005, p. 34).

devotada a facilitar a negociação e a supervisionar as regras que conduzem a liberalização do comércio internacional. [...] Mas, do ponto de vista dos direitos humanos, uma avaliação do ‘sucesso’ da OMC necessariamente envolve a percepção de sua intervenção nas searas da pobreza e desenvolvimento: o comércio internacional deve ser conduzido como um meio para enfrentar a pobreza e promover o desenvolvimento, e não tratado como um fim em si mesmo”.

Mais próximo e especificamente, por meio de manifesto intitulado Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública (em seus parágrafos 1 e 2), a OMC reafirmou, por induvidosos vocábulos, seu reconhecimento da gravidade dos problemas de saúde pública que afligem inúmeros povos no mundo, principalmente os resultantes do HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias, e enfatizou a necessidade de sua legislação sobre propriedade intelectual fazer parte de uma ampla ação nacional e internacional de enfrentamento dessas mazelas. Malgrado, sói acontecer o revés na contemporaneidade. O que se vê é a conjectura delineada por Justice C. Nwobike (2006, p. 134), sob a guarida do poder, materializar-se com o qualificativo da prevalência:

“A essência do regime de propriedade intelectual é garantir ao inventor uma recompensa pela invenção, assim como a oportunidade de recuperar o investimento na pesquisa que o levou à invenção. A proteção de propriedade intelectual pode, entretanto, afetar o usufruto do direito à saúde e respectivos direitos humanos de diversas formas”.

Sem fatigarem as declarações de apreço pelos interesses gerais, a prática relacional internacional é perversa, prestigia os fortes e negligencia os mais legítimos reclamos dos acéfalos de pujança. Os milhões de mortos, a drástica redução na esperança de vida em várias localidades africanas em

decorrência da AIDS não sensibilizam os poderosos à prestação do urgente socorro (SANTOS, 2001, p. 3).

É nesse particular que exsurge um deradeiro refúgio à salubridade de muitos, a chamada licença compulsória, uma permissão concedida por autoridade nacional competente a um interessado que não seja o titular da patente de uma invenção, com ou sem a aprovação do detentor, para a exploração do objeto protegido pelo direito (PRONER, 2007, p. 358; ROFFE, 2003, p. 59). De um cenário que aclama a propriedade emerge uma centelha em prol da vida. As licenças concorrem para nutrir os famintos, medicar os enfermos, enfim, para atender interesses públicos reputados emergenciais.

## 2. O resguardo da propriedade intelectual no mundo e no Brasil

Vai ao longe a preocupação com a tutela dos direitos de propriedade intelectual, é decorrência óbvia do desenvolvimento tecnológico e do incremento no comércio internacional. O engenho na produção e o imenso valor cerebral que se agregava às mercadorias reclamavam normas e agentes que lhes fizessem as vezes de cobradores das lãureas merecidas, em exatos termos, do preço pela venda na quitanda da moda, a global. As regras compareceram sob a alcunha de Convenção para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), em 1883, e Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, em 1886 (CRUZ, 2003, p. 363), cujas secretarias, fundidas em 1892, deram origem ao *Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (BIRPI), sucedido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) – criada em 1967 e desde 1974 uma agência especializada da ONU (TEIXEIRA; OLIVEIRA, 2003, p. 224; TEIXEIRA, 2004, p. 304)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Maristela Basso (2002, p. 114) realça o fato de, em dezembro de 1974, a OMPI ter adquirido o *status* de organismo especializado da ONU.

Sem desconhecer o trato normativo especializado que diversos países deram ao tema desde o quartel final do século XIX, releva retomar a narrativa histórica na década de 40 do século em popa, mais especificamente no instante da formalização do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT. Embora parcas tenham sido as disposições pertinentes incluídas no GATT (artigos IX, 6; XII, 3, iii; XVIII, 10; XX, d), constituem o precedente das mais altissonantes e discutidas normas respeitantes à propriedade intelectual da atualidade; as constantes do arcabouço regulatório da Organização Mundial do Comércio (OMC) mediante o rótulo de Regimento Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual – TRIPS<sup>4</sup>.

Pontue-se, os países desenvolvidos viram no GATT e sucedânea OMC a melhor alternativa para fazer respeitar o patrimônio intelectual que, por razões sobejamente evidentes, lhes pertencia em manifesta hegemonia. Os Estados Unidos, destacadamente, ao tempo em que buscavam arrimo normativo internacional para uma série de condutas unilaterais já adotadas na relação comercial com outros países (PUIG, 1995, p. 95), cobiçavam, bem realçado por Maria Stela Pompeu Brasil Frota (1993, p. 30), o emprego do Sistema de Solução de Controvérsias do GATT (OMC) na efetivação dos direitos em via de codificação, vez que instrumento denso, fruto de deliberações multilaterais:

“Os Estados Unidos, pressionados pelo setor privado, que indicavam estarem sofrendo perdas financeiras devido à ausência ou à fraca proteção de seus acervos tecnológicos em terceiros países, pretendiam estabelecer padrões internacionais de proteção a

<sup>4</sup> Em outro sentido, as palavras de Daniel Pezzutti Ribeiro (2004, p. 305): “Vale ressaltar, no entanto, que, mesmo depois da instituição da OMC e da regulação por meio do Trips, a OMPI continua a ser o maior centro de estudos da propriedade intelectual, sempre consultado para a formulação de políticas globais, com participação ativa nas negociações comerciais multilaterais”.

propriedade internacional para, segundo declarações do Representante para Comércio dos Estados Unidos à época, Clayton Yeutter, acabar com a *piracy*. Esses padrões, ‘modelados presumivelmente a partir da legislação dos Estados Unidos’ e acoplados ao mecanismo de solução de controvérsias do GATT, viriam a tornar mais rígida a proteção à propriedade intelectual em termos mundiais” (ORGANIZAÇÃO..., [1944?]).

Não sem contraditas, essa pretensão foi levada adiante. Enquanto os Estados Unidos tencionavam conferir ao GATT (OMC) ampla competência para versar sobre a propriedade intelectual, os países em desenvolvimento, muito especialmente o Brasil e a Índia, advogavam, em forte resistência, a permanência do lidar com a temática pelo foro especializado já existente, a OMPI (FROTA, 1993, p. 30).

Como de se esperar, vencidos os fracos, anexou-se ao acordo constitutivo da OMC o Acordo TRIPS, que, embora devesse tratar meramente das questões de propriedade intelectual que concernissem ao comércio, razão para a terminologia ao final adotada, segundo Luis Felipe Lampreia (1995, p. 31), terminou por abranger todos os aspectos do gênero propriedade intelectual, indo além das Convenções de Berna e Paris. O TRIPS, ressalva argutamente Renato Valladares Domingues (2005, p. 125), compele os Estados à adoção de padrões universais mínimos, sem considerar os estágios diferentes de desenvolvimento, o que, inevitavelmente, gera nefastas distorções.

### 3. A licença compulsória no TRIPS e na legislação brasileira

O Acordo TRIPS, pelo assentado no art. 31, autoriza os países a lançar mão de sua legislação<sup>5</sup> que, eventualmente, permita

<sup>5</sup> Ligia Maura Costa (1996, p. 126) dá conta que: “O Acordo estabelece um nível de proteção comum que deve ser respeitado por todos, deixando, porém, os

utilizar objeto de patente sem respaldo do titular (a designada “licença compulsória”), seja a exploração efetivada pelo Governo ou por quem tenha recebido sua permissão, atendidas, é a exigência posta, algumas disposições, entre as quais se destacam: a prévia tentativa de autorização voluntária por parte do dono da patente – em termos e condições comerciais razoáveis – e que esse esforço não tenha logrado êxito em um prazo razoável (excepcionalmente, essa condição não se faz necessária, sendo os casos de “emergência nacional”, “de extrema urgência”, de “uso público não comercial” e para combater aplicação “anticompetitiva ou desleal” das patentes); a vinculação do alcance e da duração da adoção ao motivo autorizador da concessão; a utilização principalmente no mercado local (salvo para remediar procedimento “anticompetitivo ou desleal”); a adequada (de acordo com o caso específico) contrapartida pecuniária para o detentor do direito (CRETILLA NETO, 2006, p. 365-366).

Enfatize-se, o TRIPS não contempla, autorizando diretamente, o recurso ao licenciamento compulsório, apenas faculta aos Estados-membros estabelecer leis, e

---

Membros completamente livres para decidirem qual a forma mais adequada a ser adotada no âmbito interno, desde que não seja inconsistente com o Acordo”.

Embora o art. 31 do TRIPS se refira a algumas razões específicas justificadoras da concessão de licença compulsória (emergência nacional, práticas anticompetitivas, uso público não comercial, patentes dependentes), o art. 8, ainda do Acordo TRIPS, espouse a saúde pública, a nutrição e outros interesses públicos como igualmente legitimadores, é da essência do art. 31 – “quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular [...]” –, no que confirmado pelo parágrafo 5 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública – “cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias e liberdade para estabelecer os fundamentos para a concessão de tais licenças” – (sugere mais hipóteses, ou seja, os casos de “emergência nacional” e “outras circunstâncias de extrema urgência”, assim, enfatiza, determinadas por cada membro), atribuir aos Estados-membros a competência de determinar os motivos suficientes para autorizar as licenças compulsórias (CORREA, 2003, p. 399-401).

delas se valer, que prevejam o uso de objeto de patente sem a autorização de seu titular em circunstâncias excepcionais, nas quais reste inequívoco o interesse público, e observadas condições restritivas.

Incontrastável a exceção que o arrolado preceito do TRIPS configura, ainda se houve por ratificá-la em 2001, na cidade de Doha, capital do Catar, quando da realização da IV Reunião Ministerial da OMC. Lavrou-se, entre outros documentos, a chamada Declaração sobre TRIPS e Saúde Pública que, em seu parágrafo 5, assegurou a todo membro o direito de conceder licença compulsória e a liberdade de determinar as razões da concessão – notadamente quando da argumentação sobre o que entenda ser “emergência nacional” e “outras circunstâncias de extrema urgência” – (“[...] ficando entendido que crises de saúde pública, incluindo as relacionadas a HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias, podem representar emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência”). Vê-se, referendou-se a possibilidade de emprego de instrumento fundamental à ação de governos maldotados na área da saúde.

Se não bastasse, no parágrafo 4 da Declaração a manifestação é expressa no sentido de que o Acordo TRIPS não impede medidas de proteção à saúde pública implementadas pelos países membros, devendo inclusive legitimar a proteção da saúde e promover o acesso a medicamentos. Destaca, ademais, a legitimidade dos países para se valer da plenitude dos dispositivos do Acordo TRIPS. Pertinente o raciocínio desenvolvido por Alex Giacomelli da Silva (2005, p. 130):

“A Declaração, portanto, fortalece o direito de os países-membros utilizarem-se da licença compulsória e adotarem políticas públicas em favor do atendimento às pessoas que vivem com HIV ou AIDS. O equilíbrio do Acordo sobre TRIPS entre, de um lado, o incentivo, por

meio das patentes e dos lucros que proporcionam, a investimentos em pesquisa e ao desenvolvimento de novos medicamentos, e, de outro, a necessidade de promover a saúde pública tornou-se, assim, mais claro, facilitando a ação dos países em desenvolvimento”.

Em 2003, antecedendo à Reunião Ministerial de Cancun, conclui-se um texto para implementação do parágrafo 6<sup>6</sup> da Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública. Consiste o acordado em dispensar os países da aplicação do artigo 31 (f) do Acordo sobre TRIPS que estipula dever a licença compulsória atender “predominantemente” uma necessidade do mercado interno. Com essa deliberação, assegura-se aos países o direito de exportar e importar medicamentos (chamados genéricos) elaborados sob a incidência da licença compulsória (PRONER, 2007, p. 355). Em complemento, para usufruir a franquia, o país importador deve notificar com antecipação e minudência o Conselho TRIPS de suas intenções, comprovando a condição de menor desenvolvimento ou a pouca ou nenhuma capacidade de manipulação do produto demandado, bem como anunciar a outorga ou a intenção do licenciamento compulsório. O exportador, por seu turno, também deverá notificar o Conselho TRIPS da concessão da licença e as condições de sua forja<sup>7</sup>.

No pertinente ao Brasil, a Lei n. 9.279/1996, intitulada da Propriedade Industrial, regulamentada pelo Decreto n. 3.201/99, na seara da licença compulsória nos casos de emergência nacional e de in-

<sup>6</sup> Segue o parágrafo da Declaração: “Reconhecemos que os Membros da OMC com pouca ou nenhuma capacidade de fabricação no setor farmacêutico podem ter dificuldade de fazer uso eficaz do licenciamento compulsório nos termos do Acordo Trips. Instruímos o Conselho do Trips para que encontre uma solução rápida para este problema e apresente um relatório ao Conselho Geral até o final de 2002”.

<sup>7</sup> Carlos M. Correa (2008, p. 8) trata dessa hipótese sob o rótulo de “licença obrigatória dupla”.

teresse público, coaduna-se com as normas internacionais de resguardo da propriedade intelectual às quais se vinculou formalmente, nomeadamente o Acordo TRIPS, incorporado ao sistema jurídico nacional pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Com o Decreto n. 4.830/2003, a licença compulsória é diversa e mais precisamente apresentada. Alude-se à possibilidade de o ato de concessão da licença poder “também estabelecer a obrigação de o titular transmitir as informações necessárias e suficientes” para a efetiva reprodução do bem protegido, como se estipulam critérios para avaliar a remuneração devida ao titular da propriedade e se menciona a viabilidade da “importação paralela” (Art. 10: “Em casos de que não seja possível o atendimento às situações de interesse nacional ou interesse público com o produto colocado no mercado interno, ou se mostre inviável a fabricação do objeto da patente por terceiro, ou pela União [...]”).

#### 4. O Brasil no contencioso internacional

A década de 1980 legou aos Estados Unidos motivos para preocupação com a economia. O aumento da competitividade comercial de alguns países no cenário internacional, a exemplo do Japão, condicionou os norte-americanos a erguer restrições à entrada de produtos estrangeiros em seu território, salvaguardando parcela ineficiente de sua indústria, e a laborar pela liberalização estrangeira de setores nos quais eram reconhecidamente sobrepujantes – sendo a hipótese da área farmacêutica. Atuaram em sintonia com o passado histórico, ou seja, alheios a um comércio leal. Todavia, para que não se incorra em análise míope, assim o fizeram como todos, na proporção de suas potencialidades.

Nessa torrente, em 1986, os Estados Unidos solicitaram a realização de consultas bilaterais com o Brasil destinadas a discutir, sobretudo, a ausência de legislação brasileira protecionista de patentes de produtos

farmacêuticos e químicos. Logo em seguida, requereram informações sobre projeto, enviado pelo Governo ao Congresso, atinente à reserva de mercado para fabricantes brasileiros dos bens recém-enunciados.

No transcorrer das consultas, o Brasil manteve-se contrário à concessão de patentes para produtos farmacêuticos, mas se mostrou interessado em recompor as melhores relações com o Estado norte-americano, para tanto sinalizando com providências concretas, sendo as situações da retirada do projeto de lei acerca da reserva de mercado, de um realinhamento de preços de medicamentos e da promessa de facilitar o registro de fármacos junto aos órgãos governamentais.

Em uma terceira reunião de consultas, renovou-se o impasse. O Brasil firmou-se na postura de defesa do interesse nacional, consistente na manutenção de sua legislação sobre patentes farmacêuticas, e, por conseguinte, contrapôs-se às pretensões privadas norte-americanas. Ressalte-se, sobremaneira as privadas, haja vista a figura estatal refletir as pressões sofridas do empresariado local. A poderosa *Pharmaceutical Manufacturers Association* (PMA), alegando consideráveis perdas financeiras, exigia do Congresso e do Governo estadunidense ações que redundassem na reconstituição de seus lucros.

A mencionada Associação, no ano de 1987, peticionou junto ao órgão do governo norte-americano responsável pelo comércio exterior (*United States Trade Representative* – USTR) pela abertura de investigações sobre a política de proteção da propriedade intelectual vigente no Brasil. Recepcionada a demanda, deliberou o USTR, fundando-se na *seção 301 do Trade Act* de 1974 (Lei de Comércio e Tarifas – principal aparato normativo dos EUA na área comercial), pelo seguimento do processo de instrução. Principiadas novas consultas, já no ano de 1988, o Brasil referendou a intenção de não conceder patentes para produtos farmacêuticos.

A *posteriori*, em julho de 1988, deu-se conhecimento aos Estados Unidos da decisão brasileira de conferir patentes para processos farmacêuticos, sendo essa considerada insatisfatória, pelo que se promoveu a sequência do processo a teor da *seção 301*. Aos norte-americanos só saciaria a outorga de proteção para o processo e para os produtos em comento.

Ainda no mês de julho de 1988, o governo estadunidense resolveu impor sanções comerciais ao Brasil, chegando, na continuidade, a anunciar uma lista com os produtos brasileiros que estariam sujeitos às reprimendas. Diante dessa postura, o Brasil recorreu aos préstimos do GATT, argumentando serem insustentáveis as medidas aventadas pelos Estados Unidos à vista da legislação internacional correspondente. Realizadas consultas, desta feita sob a guarida do GATT, restou evidente a incompatibilidade das ações norte-americanas com o Acordo internacional.

No mês de outubro de 1988, dando sequência ao processo movido consoante a *seção 301* de sua legislação comercial, o governo norte-americano determinou pesada sobretaxa aos produtos brasileiros destinados ao mercado dos Estados Unidos. Em dezembro de 1988, o Brasil solicitou ao GATT a criação de um painel<sup>8</sup> para avaliar as restrições impostas pelos estadunidenses. Como à época se admitia<sup>9</sup>, os Estados Unidos inicialmente bloquearam a sua constituição, e só subsequentemente concordaram com o estabelecimento. A contenda, como perspicazmente observado por Maria Stela Pompeu Brasil Frota (1993, p. 51), passou a ser travada não só no plano bilateral, mas se estendeu ao multilateral.

Sucedidas formais manifestações do Governo brasileiro dando conta de sua dis-

<sup>8</sup> Âmbito técnico-normativo de avaliação das denúncias de desrespeito às regras promanadas dos GATT/OMC.

<sup>9</sup> Nesse estádio, bastava uma única objeção, podendo ser até a do acusado, para impedir o estabelecimento de um grupo especial – painel (a constituição exigia um consenso positivo).

posição de enviar ao Congresso Nacional, em curto prazo, projeto de lei ampliador da proteção à propriedade privada, em especial aos processos e produtos farmacêuticos, os norte-americanos puseram fim às sanções contra o Brasil. Como fecho ao entrevero, coube aos brasileiros solicitar ao Diretor-Geral do GATT a extinção do painel. Um extrato dos fatores que desaguararam nessas conclusões é trazido por Maria Stela (1993, p. 53):

“O desfecho do contencioso, por sua vez, pode ser interpretado como resultante não só da pressão norte-americana, mas também de mudança radical (a proteção à indústria nacional deu lugar à exposição da economia à competição internacional) nas políticas econômicas do novo governo brasileiro. A pressão, já em sua forma concreta de 100% de tarifas, passou, ainda, a contar com o apoio dos produtores brasileiros dos produtos afetados, especialmente dos fabricantes de papel, que viram o mercado norte-americano fechar-se, e que atuavam junto ao governo para que fosse revista a lei de patentes”.

A persuasão exercida por meio de hebdiondas medidas unilaterais (SILVA, 2005, p. 131), pois, combinada com um apoio setorial pátrio e um caráter de justiça da iniciativa, redundaram na confecção de um código em 1996, incorporador dos postulados da Organização Mundial do Comércio. O novedio resguardou ao Brasil o direito de fornecer licenças compulsórias para a produção interna de medicamentos. O art. 68 do Código de Propriedade Industrial assim o permite se o titular da patente dela se valer de forma abusiva ou por seu intermédio praticar abuso do poder econômico, e o art. 71 admite a licença desde que temporária e não exclusiva, sem prejuízo dos direitos dos respectivos titulares<sup>10</sup>. Pronunciando-se

<sup>10</sup> Lei n. 9.279/96: “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por

ao tempo da tramitação do projeto, Luiz Felipe Lampreia (1999, p. 288) exaltou essa nuance: “Conforme aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto prevê satisfatoriamente as necessárias salvaguardas contra abusos nos direitos patentários, impedindo ações descabidas de grandes empresas, que dificultem o pleno acesso das populações mais carentes a medicamentos, por exemplo”.

Em maio de 2000, o Brasil, ainda que sem conceder licenças compulsórias<sup>11</sup>, foi acionado para realizar consultas com os Estados Unidos pelo fundamento de que os artigos 68 e 71 do seu Código de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), que previam a possibilidade do uso de licença compulsória em casos de emergência da saúde pública, afrontavam o TRIPS. Inicialmente, em decorrência de denúncia feita ao Representante do Comércio dos Estados Unidos (USTR), restou sujeito ao emprego da seção *special 301* (passando a ser regulamentada pela Lei Abrangente de Comércio e Competitividade, de 1988, a seção 301 incorporou ampliada rigidez processual), o que consistia na inclusão em

---

meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial” (*caput*); “§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:”; “I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou”; “II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado”; “Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular”.

<sup>11</sup> Importante destacar que a produção brasileira de medicamentos genéricos antirretrovirais ampara-se no fato de que todos foram desenvolvidos antes de 1997, sob a vigência da Lei 5.772/71 que não permitia o patenteamento de medicamentos. É essa a razão para, mesmo sem se valer da exceção da concessão da licença compulsória, produzirem-se remédios genéricos não afrontando as disposições do TRIPS.

uma lista de potenciais países destinatários de sanções comerciais, ou seja, de pronto foi objeto de medida unilateral perpetrada pelos Estados Unidos.

Irresignados com as explicações brasileiras, em janeiro de 2001 pediram o estabelecimento de um painel ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, reincidindo com as argumentações. Em junho, por meio de acordo, pôs-se fim à demanda. Os Estados Unidos, ao gosto dos brasileiros, admitiram a quebra de patentes pertencentes aos seus laboratórios, nas condições excepcionadas, desde que antecipadamente avisados. Não conseguiram aplacar o discurso ético e jurídico que congregou em um mesmo lado o Brasil, países pobres gravemente atingidos pela AIDS, a Índia (produtora de genéricos), interessados na transferência de tecnologia e em auxílio técnico para o tratamento das vítimas da AIDS, organizações governamentais e não-governamentais ligadas à seara da saúde pública, enfim, que arrebatou a simpatia internacional.

Essas circunstâncias referiam-se, fundamentalmente, à política brasileira sabidamente bem sucedida de tratamento dos portadores de HIV/AIDS. Não bastassem os resultados magníficos (SILVA, 2005, p. 127) e a dignidade das medidas, subsistia evidente que a quebra de patentes para a oferta dos medicamentos essenciais aos pacientes encontrava-se amparada pelo corpo normativo da OMC, do Brasil e até dos Estados Unidos (título 35, seções 204 e 209, e título 28, seção 1498, do *United States Code*) (CEPALUNI, 2005, p. 80). O encontro envolveu um objeto tão expoente que redundou nas referidas deliberações multilaterais pertinentes quando da Conferência Ministerial de Doha.

##### 5. Dai a César o que é de César e ao povo o que é de Deus

Cervantes, ao ver um desconhecido publicar sob pseudônimo a continuação das aventuras de Dom Quixote antes que

o próprio houvesse concluído o segundo volume do romance, teria atacado: “Só para mim nasceu Dom Quixote, e eu para ele. Ele soube agir; eu, escrever. Ele e eu somos uma coisa só [...]”. Irremediavelmente se impunham as linhas de Milan Kundera (2006, p. 93), segundo as quais o “romancista é o único dono de sua obra; ele é sua obra”.

Pois bem, é pressuposto inamovível o reconhecimento da autoria de invento, vez que a criatura não se desprende do seu criador, assim como a possibilidade de o autor explorar a sua invenção, auferindo a retribuição pelo labor e o estímulo para perseguir aperfeiçoamento. Mas isso não é tudo, remanesce um condicionante: a exploração não pode ignorar o interesse e a necessidade pública do seu usufruto.

Doutro modo, peculiar, é direito dos feitos de medicamentos obter lucro com a sua comercialização para serem recompensados pelo trabalho desempenhado e inteligência empregada e encorajados a buscar desenvolvimento. Suplementar e imperiosamente, a referida exploração carece de limites, restringências que promovam o desfrute pelos enfermos e humildes do máximo de amparo que a medicina moderna possa ofertar. E sem exagero, dá para conciliar os propósitos mercantis com as legítimas reivindicações humanitárias.

### Referências

ABREU, Marcelo de Paiva. Países em desenvolvimento e a Rodada Uruguai de negociações comerciais. *Boletim de Conjuntura Internacional*, Brasília, n. 2, p. 65-94, set. 1990.

ARSLANIAN, Regis P. *O recurso à seção 301 da legislação de comércio norte-americana e a aplicação de seus dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994.

AZZARIA, Georges. Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments. In: DEBLOCK, Christian (Dir.). *L'Organisation mondiale du commerce: où s'en va la mondialisation?* Québec: Fides, 2002.

BASSO, Maristela. O regime internacional de proteção da propriedade intelectual da OMC/TRIPS. In: AMA-

RAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

\_\_\_\_\_. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. *Vade Mecum*. Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CEPALUNI, Gabriel. Regimes internacionais e o contencioso das patentes para medicamentos: estratégias para países em desenvolvimento. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 51-99, jan./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Regime de patentes: Brasil x Estados Unidos no tabuleiro internacional*. São Paulo: Lex, 2006.

CHAVES, Gabriela Costa; VIEIRA, Marcela Fogaça; REIS, Renata. Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil. *Sur*, São Paulo, ano 5, n. 8, p. 170-198, 2008.

CONTESSÉ, Jorge; PARMO, Domingo Lovera. Acesso a tratamento médico para pessoas vivendo com HIV/AIDS: êxitos sem vitória no Chile. *Sur*, São Paulo, ano 5, n. 8, p. 150-169, 2008.

CORREA, Carlos M. Acordo Trips: quanta flexibilidade há para implementar os direitos de patente? In: RI JÚNIOR, Arno Dal; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Unijuí, 2003.

\_\_\_\_\_. O acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur*, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 27-39, 2005.

\_\_\_\_\_. Patentes e medicamentos genéricos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 8-9, jan. 2008.

COSTA, Ligia Maura. *OMC: manual prático da Rodada Uruguai*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Coletânea de tratados e normas internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2 v.

CRUZ, Sebastião C. Velasco e. Organizações internacionais e reformas neoliberais: reflexões a partir do tema da propriedade intelectual. In: ESTEVES, Paulo Luiz (Org.). *Instituições internacionais: segurança, comércio e integração*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003.

CULLET, Philippe. Patents and medicines: the relationship between TRIPS and the human right to health. In: GRUSKIN, Sofia et al (Ed.). *Perspectives on health and human rights*. New York: Routledge, 2005.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



- DOMINGUES, Renato Valladares. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos no sistema da Organização Mundial do Comércio: a aplicação do Acordo TRIPS*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- FORMIGA, Ulysses Moreira. *Developments and obstacles to the right of access to medicines: a study of human rights, international trade and pharmaceutical business*. 2007. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculty of Law, Lund University, Lund, 2007.
- FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro*. Brasília: FUNAG/IPRI, 1993.
- GABRIEL, Amélia Regina Mussi. O comércio brasileiro em discussão na Organização Mundial do Comércio. *Consulex*, Brasília, ano V, n. 103, p. 38-47, 30 abr. 2001.
- GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *As misérias do direito internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. *A OMC e os tratados da Rodada Uruguai*. São Paulo: Observador Legal, 1994.
- GUISE, Mônica Steffen. *Comércio internacional, patentes e saúde pública*. Curitiba: Juruá, 2007.
- HELPER, Laurence R. Human rights and intellectual property: conflict or coexistence? *Minnesota Intellectual Property Review*, Minnesota, v. 5, p. 47-61, 2003.
- HENRY, Gérard-Marie. *A quoi sert l'Organisation mondiale du commerce?* Paris: Jeunes, 2001.
- HOEKMAN, Bernard M; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the world trading system*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2001.
- HOEN, Ellen 't. TRIPS, pharmaceutical patents, and access to essential medicines: a long way from Seattle to Doha. In: GRUSKIN, Sofia et al (Ed.). *Perspectives on health and human rights*. London: Routledge, 2005.
- HUNT, Paul; KHOSLA, Rajat. Acesso a medicamentos como um direito humano. *Sur*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 100-121, 2008.
- JOSEPH, Sarah. Trade to live or live to trade: the World Trade Organization, development, and poverty. In: BADERIN, Mashood A.; MCCORQUODALE, Robert (Ed.). *Economic, social and cultural rights in action*. New York: Oxford University, 2007.
- KUNDERA, Milan. *A cortina*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LAMPREIA, Luiz Felipe. Implicações para o Brasil da Rodada Uruguai. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Coord.). *Mercosul e Nafta: o Brasil e a integração hemisférica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995a.
- \_\_\_\_\_. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. *Estudos Avançados*, São Paulo, v.9, n. 23, p. 247-260, 1995b.
- \_\_\_\_\_. *Diplomacia brasileira: palavras, contextos e razões*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.
- LICKS, Otto B. O Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: TRIPS Agreement: anexo 1C ao acordo de Marraqueche constitutivo da organização mundial de comércio: a negociação do TRIPS e sua internalização. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.
- LIMA, Marcos Costa. *Globalização desigual e desenvolvimento na América Latina e Mercosul: oportunidades em ciência e tecnologia*. São Paulo: ABCP, 2002.
- LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA, Marcílio Marques. *Diplomacia, política e finanças: de JK a Collor, 40 anos de história por um de seus protagonistas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- NAZO, Georgette Nacarato. A propriedade intelectual e o TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.
- NWOBIKE, Justice C. Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir. *Sur*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 126-143, jun. 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. Multilateralismo, democracia e política externa no Brasil: contenciosos das patentes e do algodão na Organização Mundial do Comércio (OMC). *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, p. 7-38, jan./jun. 2007.
- OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. *Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Sistema de solução de controvérsias da OMC. Genebra: Nações Unidas, [1994?].
- PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade intelectual. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- \_\_\_\_\_. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desen-*

- volvimento*: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.
- \_\_\_\_\_; NERO, Patrícia Aurélia del. A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- POGGE, Thomas. Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre. *Sur*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 122-149, 2008.
- PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- PUIG, Carmen Soriano. *O rosto moderno da pobreza global*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- REIS, Henrique Marcello dos. *Relações econômicas internacionais e direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RICUPERO, Rubens. *Visões do Brasil: ensaios sobre a história e a inserção internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 1995.
- ROFFE, Pedro. Nota sobre direitos de propriedade intelectual e saúde pública. *Política Externa*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 53-76, dez./jan./fev. 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. O antraz dos ricos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 ago. 2001.
- SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, Alex Giacomelli da. Poder inteligente: a questão do HIV/AIDS na política externa brasileira. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 127-158, jan./jun. 2005.
- SOARES, Guido F. S. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo "TRIPS". In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- TEIXEIRA, Daniel Pezzutti Ribeiro. Propriedade intelectual e o comércio internacional. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. O Acordo da OMC sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) e a legislação brasileira: considerações sobre a questão da licença compulsória. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 3 v.
- THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- TUSSIE, Diana. La política comercial en el marco de la Organización Mundial de Comercio. *Revista de la CEPAL*, Santiago, n. 62, p. 117-132, ago. 1997.
- WEISS, Friedl. Aspectos de direito internacional público do TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.



# A custódia cautelar no Brasil

José Valente Neto

## Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da razoável duração do processo penal e o atributo da dignidade da pessoa humana. 3. O estigma do cárcere e o princípio da presunção de inocência. 4. O princípio da razoável duração do processo penal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. Referências.

*“Tão certo é que a paisagem depende do ponto de vista, e que o melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o cabo na mão” (ASSIS, 1997, p. 30).*

## 1. Introdução

Costuma-se afirmar, nas odes populares, que o tempo cura todos os males. Em que pese o seu caráter relativo, é pouco provável a transposição da crença para a realidade da prisão. É impossível, no Brasil, refletir sobre prazo de pena privativa de liberdade sem contrapor um elemento que se tornou sua característica: seu excesso. A infelicidade da assertiva conjuga inexoravelmente as duas categorias, como vida e morte.

A discussão não pode ser míope; e nem haveria necessidade ou predisposição. Há fatores que incidem diretamente nessa relação. Nessa tentativa de expor o nexó etiológico entre os segmentos, surge evidente o confronto dialético entre o Estado democrático de Direito e o de polícia; entre o Estado-providência e o Estado-penitência. São modelos que não se complementam. Pelo contrário, repelem-se.

José Valente Neto é Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Defensor Público do Estado do Ceará.

Objetiva-se, a partir desta perspectiva, avaliar o instituto da custódia cautelar à luz do papel da Filosofia Política na conformação dos direitos humanos. O Estado não se encontra imune a críticas na qualidade de “detentor do monopólio da violência simbólica legítima” (BOURDIEU, 2006, p. 146). A matriz do problema reside no fato de que o soberano é quem possui o direito de estabelecer normas penais incriminadoras. A celeuma, portanto, tem origem em dois campos. O ponto de partida é a representação de um fato notório, comum: o recrudescimento dos índices de violência. O combate, mediante políticas públicas, divide teóricos e a própria sociedade, muitas vezes refém de arquétipo de defesa meramente simbólico, como se criado pela dramaturgia. Nesse palco, sem hesitações, há eleição de demônios, de (ir)responsáveis, de atores da desordem, de culpados.

Uma corrente propugna o punitivismo expansionista. Para seus adeptos, há necessidade de leis penais mais rígidas, com penas privativas de liberdade mais altas. Tal medida, não raro, é defendida de forma paralela à supressão ou redução de garantias processuais. São seus representantes o movimento da “lei e da ordem” e o programa “tolerância zero”. Em uma vertente mais radical, saliente-se, há o “direito penal de terceira velocidade”, também chamado de “direito penal do inimigo”. A oponente se rende a uma conexão garantista com o princípio da não culpabilidade; adota a prudência e o respeito irrestrito aos direitos fundamentais como postulados de ação e reflexão. Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 9) pondera que “a secular tradição legitimadora do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo operou como fissura absolutista no Estado constitucional de direito”. A terceira doutrina, menos expressiva, advoga a tese do abolicionismo penal; sua base aposta nas sanções administrativas e civis.

É fato que os presos sob o regime de confinamento cautelar representam a grande

maioria do contingente dos cárceres brasileiros. Outro quadro, não menos preocupante, surge quando se faz a percepção do tempo utilizado pelo Estado para concluir o juízo de mérito dos processos criminais. Esse contraponto é imprescindível para averiguar a possibilidade de a prisão cautelar funcionar como medida de contenção de problemas sociais, mecanismo que não encontra respaldo em um direito penal/processual penal de um Estado constitucional e democrático de Direito. Sob esse prisma, não pode ficar alheia ao debate a advertência dos antropólogos e sociólogos:

“Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r) estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*” (WACQUANT, 2001, p. 10, grifo nosso).

## 2. O Princípio da razoável duração do processo penal e o atributo da dignidade da pessoa humana

Todos os direitos fundamentais possuem como eixo o protoprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Celso Lafer (1988, p. 118) leciona que “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 1988, p. 118). Como protagonista da Constituição Federal, a dignidade irradia seu conteúdo por todo o sistema jurídico, fundamentando-o. Tamañha a sua envergadura e dimensão, não se trata de direito. É um atributo axiológico inerente a todo ser humano, sem distinções. A dignidade da pessoa humana se insere de tal maneira no arcabouço constitucional

que toda interpretação deve ser concebida sob os seus auspícios.

A razoável duração do processo penal não se compatibiliza com prisões cuja cautelaridade é utilizada como medida de profilaxia. Ressalte-se que a Lei nº 12.403/2011 modificou substancialmente a disciplina da custódia cautelar, colocando o instituto da prisão como a última e excepcional alternativa ao juiz para restringir a liberdade de uma pessoa. Para evitar a medida restritiva de liberdade por excelência, o magistrado dispõe de um catálogo de alternativas ao cárcere<sup>1</sup>. A lei passou a exigir expressamente que a custódia cautelar seja orientada pelos princípios da necessidade e da adequação, conforme art. 282 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Quanto a tais postulados, não há exceção. Nesse sentido,

<sup>1</sup> O art. 319 do Código de Processo Penal prescreve: “São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e IX – monitoração eletrônica” (BRASIL, 2012, p. 614).

<sup>2</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – *adequação* da medida à gravidade do crime, circuns-

não ocorrendo a necessidade patente de prisão, esta passa a ser não apenas ilegal, mas sobretudo inconstitucional, haja vista a afronta direta e não oblíqua ao princípio da presunção de não culpabilidade. Não se trata da estipulação ou prescrição de um favor, uma benesse, uma cortesia.

A evolução dos direitos fundamentais condena, sem cerimônia, o direito penal do autor. É cediço que as prisões, “a região mais sombria do aparelho da justiça” (FOUCAULT, 1977, p. 227), surgiram como instrumento para humanizar o cumprimento de penas<sup>3</sup>. “Não fora isso e não se explicaria a abolição contínua da pena de morte e outras medidas penais de terror, constituídas pelos suplícios” (PIRES, 1997, p. 75), cujos exemplos mais emblemáticos são os casos das “cruéis penas de mutilação, marcas com ferro em brasa, trabalhos forçados nas galés, minas e portos” (MIOTTO, 1995, p. 60), como o *shot-drill* (transporte de bolas de ferro, pedras e areias), o *crank* (voltas de manivela) e o *tread-mill* (moinho de roda).

Apesar dessa mudança de paradigma, a prisão, como instituição total por excelência<sup>4</sup>, ainda encontra-se envolvida em um contexto social, político e econômico distante de um padrão mínimo de respeito aos direitos fundamentais. O preso, além de perder a sua liberdade, perde a sua dignidade. À margem desse processo, lamentavelmente, “o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade” (BATISTA, 2001, p. 99).

tâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (BRASIL, 2012, p. 610, grifo nosso)

<sup>3</sup> Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 321) ensina que “a política criminal pré-moderna pode ser visualizada como um mostruário brutal de excessos e crueldades, distribuídos pela arbitrariedade dos senhores feudais”.

<sup>4</sup> “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso” (GOFFMAN, 1974, p. 11).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 204), mais crítico, sentencia:

“A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder”.

Na contramão da história, por outro lado, setores que defendem um Estado-policial mais austero têm logrado êxito em várias políticas. O problema mais complexo que se verifica, todavia, é que essa opção guarda antagonismo com o princípio da presunção de inocência. O uso indiscriminado da custódia cautelar não deixa de ser um resultado perverso desse pensamento.

Não é irresponsável, também, a assertiva de que o confinamento como medida preventiva, por várias vezes adotado nos processos criminais, traduz uma manifestação nítida do direito penal do inimigo<sup>5</sup>. Essa visão, divorciada dos dogmas constitucionais, antecipa-se na punição; baseia-se no grau de periculosidade, na possibilidade de, em liberdade o agente, reincidir. Em concordância com esse raciocínio, Fábio André Guaragni (2005, p. 44) pontifica a ideia de que

“a Constituição Federal admite *ipso facto* tão-só um *direito penal de ato* e choca-se com as construções derivadas de um *direito penal de autor*, baseadas na periculosidade – herdadas do positivismo *sociológico – ferririano*

<sup>5</sup> Segundo Jakobs e Meliá (2009, p. 90), “o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas”.

*e clínico – lombrosiano* desenvolvido no final do século XIX.”

Perspicaz, também, é o pensamento de René Ariel Dotti (1999, p. 158), para quem “um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena”. Não importa a nomenclatura adotada, muito menos os eufemismos simbólicos. Não se deve batizar de direito penal do inimigo apenas as relações bélicas travadas entre os Estados Unidos da América e os grupos extremistas. Os cárceres brasileiros abrigam o direito penal do não cidadão. As prisões, “cemitério de vivos” (LEMGRUBER, 1983, p. 43), são compostas por códigos e normas próprios. O sistema penal cautelar brasileiro é um mosaico de absurdos e injustiças. O Estado peca por ação e por omissão. A segunda, porque possui uma política criminal ineficiente. À deriva. A primeira porque, quando resolve agir, demonstra autoridade, atua por meio da força, da força bruta, do autoritarismo<sup>6</sup>, com irracionalidade. Nesse particular, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 109) denuncia:

“Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os *inimigos* ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada *prisão* ou *detenção preventiva, provisória*, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos  $\frac{3}{4}$  dos presos da região. *De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros*. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha

<sup>6</sup> “Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio” (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

este processo, todos passam a ser tratados como *inimigos*, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.”

### 3. O estigma do cárcere e o princípio da presunção de inocência

Não se pode pensar, de forma ingênua, que o recrudescimento da criminalização irá repercutir em redenção da sociedade. Quem procura resolver os conflitos sociais por intermédio do direito penal, a bem da verdade, deixa de resolvê-los<sup>7</sup>. Em desabono à supervalorização do direito penal como mecanismo de contenção dos conflitos sociais e de prevenção do crime, Francisco de Assis Toledo (2001, p. 5) adverte que

“essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panácia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras de estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.”

Com efeito, é irrefutável que o sistema penitenciário brasileiro padece de problemas graves. César Barros Leal (2001, p. 66) assevera que “uma equipe de especialistas teve acesso a prédios superpopulosos que foram comparados a pocilgas”<sup>8</sup>. Em

<sup>7</sup> Cornélius Okwudili Ezeokeke (2011, p. 31), nigeriano, recorrente por tráfico internacional de drogas, conclui: “Recrudescimento penal é o resumo e o ponto máximo de vingança dessa sociedade injusta que teoriza sobre uma sociedade justa, porém fomenta ódio e preconceito”.

<sup>8</sup> Em outra obra, o mesmo autor arremata: “(...) prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos,

acórdão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello realçou que “a condição prisional de alguém seria um fator de profunda restrição de direitos, e não só de privação de liberdade” (BRASIL, 2010b).

A liberdade é um direito. Mais: é um direito fundamental. E no eixo da fundamentalidade do plexo de direitos humanos, a importância do direito à liberdade galga espaço cativo em sua configuração como cláusula intangível (CF, art. 60, § 4º), impenitativa de supressão. Ademais, pode-se afirmar que, paralelamente ao direito à vida digna, o direito à liberdade traduz a manifestação mais fiel da defesa do princípio da proibição do excesso. Sob esta óptica, a custódia cautelar deve ser orientada pelo princípio da necessidade. Nessa toada, Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 509) ressaltam que

“se o *status* de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou se perpetuar enquanto for necessária.”

A respeito da presunção de inocência, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 73) leciona:

“Segundo nos parece, o princípio da não-culpabilidade (ou inocência) encontra sua mais radical fundamentação na *incerteza*, enquanto ponto de partida. Praticado um fato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei. Mas, e isso é decisivo, deve-se partir da *incerteza* e não da *possibilidade de certeza*, a ser aferida pelas conclusões da autoridade investigante ou daquela

continuam presos por esquecimento do juiz, que não lhes providencia o alvará de soltura” (LEAL, 1992, p. 56).



com atribuição para a postulação junto à jurisdição<sup>9</sup>.”

O processo penal reclama atenção diferenciada. Ele ostenta, como destacam Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior (2006, p. 44), “uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo”. Não apenas pelas péssimas condições das unidades penitenciárias. Mas, principalmente, pelo estigma que o caracteriza. Na hipótese da custódia cautelar, essas máculas ganham contornos mais expressivos, em face da indefinição de um juízo de mérito. O problema se agrava copiosamente quando o acusado é inocente, comprometendo, por completo, todo o arcabouço principiológico dos direitos fundamentais.

#### 4. O princípio da razoável duração do processo penal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

A tutela cautelar penal tem sido utilizada de forma manifestamente contrária às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Sua essência punitiva, aliada a dilatações indevidas<sup>10</sup>, transformam a proteção dos direitos fundamentais em uma tarefa mais árdua.

<sup>9</sup> E completa o mesmo autor: “Posta a acusação, deve-se duvidar dela. Não por razões associadas às peculiaridades do caso, mas como método de exploração na formação do convencimento judicial. A estrutura dialética do processo – já assentada definitivamente – deve iniciar-se não pela acusação, mas pela sua negação. O que deve ser potencializado é a contradição e não a afirmação. Sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente culpado; já a condenação de um concretamente inocente não. O custo social é impagável” (OLIVERIA, 2009, p. 74).

<sup>10</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 533-534) assevera: “A nosso aviso, e em uma primeira aproximação do tema, a nova contagem no rito ordinário chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra, ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto: 10 (dez), ou 15 (quinze) dias na Justiça Federal, para a conclusão da investigação; 5 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia; 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP); até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a

Para se ter um parâmetro da realidade das prisões cautelares, há dois casos, recentes, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos a Suprema Corte reconheceu o flagrante excesso de prazo. No primeiro deles, a prisão preventiva dos acusados ocorreu em 2003 (BRASIL, 2010b). No segundo, houve concessão de liberdade ao paciente, o qual cumpria prisão cautelar há mais de seis anos (BRASIL, 2010a). Como registra Fabiano Augusto Martins Silveira (2009, p. 85),

“parece haver consenso de que o modelo jurisprudencial de contagem cumulativa dos prazos legais até o fim da instrução criminal, que resultou no número holístico de 81 dias (antes das reformas de 2008), não foi capaz de conter os excessos na duração da prisão preventiva.”

Ressalte-se que as Súmulas 21<sup>11</sup>, 52<sup>12</sup> e 64<sup>13</sup> do Superior Tribunal de Justiça, que relativizam a configuração do excesso de prazo, têm encontrado resistência, embora ainda tímida<sup>14</sup>. A conjuntura exposta re-

serem acrescidos do prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei 7.690/89). (...) Todavia, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 dias, sendo 5 dias para cada parte e 10 dias para o juiz sentenciar. Pensamos, porém, que, mesmo nessas situações, ressalvados casos excepcionais (gravidade do crime e dificuldade comprovada de produção de prova), não se deverá ampliar o prazo de 86 (oitenta e seis) dias”.

<sup>11</sup> “Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução” (BRASIL, 1990).

<sup>12</sup> “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (BRASIL, 1992a).

<sup>13</sup> “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa” (BRASIL, 1992b).

<sup>14</sup> “RHC. Prisão Preventiva. Súmula 52-STJ. A Turma deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para que o recorrente, preso há mais de três anos, aguarde em liberdade o julgamento do processo mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo para os quais for chamado. Isso no entendimento de que, ainda que encerrada a instrução,

apresenta apenas a ponta do *iceberg*. Não se deve qualificar tais situações como isoladas. Levando-se em consideração toda a problemática, os processos de *Habeas Corpus* que chegam ao Supremo Tribunal Federal ainda representam uma mera fração do caos. É que o acesso à justiça ainda reclama maior investimento público, principalmente na seara penal, haja vista que a maioria dos presos são pessoas economicamente hipossuficientes.

### 5. Conclusão

O modelo de confinamento cautelar adotado no Brasil traduz a ofensa reiterada aos direitos humanos dos segmentos sociais menos favorecidos. Essa problemática, por conseguinte, põe em questionamento toda forma de efetivação da democracia social. É que “la salvaguardia de la democracia se encuentra íntima y indisolublemente ligada a la protección de los derechos humanos” (TRINDADE, 1999, p. 14).

Nota-se um traço de irracionalidade nesse conjunto; muitas vezes denunciada, mas poucas vezes acatada pelo aparelho ideológico do Estado. É que o princípio da razoabilidade deve funcionar como fator de ponderação e consecução dos direitos fundamentais. Todavia, nos processos criminais, em sua maioria, ele é utilizado exatamente para negá-los ou postergá-los. A consequência, lamenta-se, é a estruturação de um verdadeiro “processo penal do inimigo” (MALAN, 2006, p. 231)<sup>15</sup>. Além do uso aleatório da prisão cautelar, pode-se

é possível reconhecer o excesso de prazo diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, com a reinterpretação da Súmula 52-STJ à luz da EC nº 45/2004” (BRASIL, 2007).

<sup>15</sup> Em abordagem sobre o processo penal do inimigo, Diogo Rudge Malan (2006, p. 231) pondera: “A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do inimigo: (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa

afirmar que a proposta de aumento do tempo máximo de pena privativa de liberdade para 50 anos são categorias representativas desse universo penalizador.<sup>16</sup>

A questão central não é a mera defesa dos direitos dos presos, em sua grande parte alijados de um “estatuto do patrimônio mínimo”<sup>17</sup>. Essa tese é estéril, não produz; pelo contrário, olvidando a raiz do problema, apenas contribui para acelerar a falência do sistema penitenciário. Não se trata de apologia irrestrita aos direitos de párias da sociedade. Em um primeiro momento, os direitos fundamentais são o alicerce da Constituição Federal; não há o que tergiversar. Em segundo lugar, a prisão não resolve problemas cuja plataforma reclama investimentos em políticas sociais. Apostar nessa política é sepultar o princípio da presunção de inocência, tão caro ao Estado democrático de Direito.

Não há dúvidas de que a situação demanda reformas. Os cárceres não ressocializam. A privação da liberdade é executada sem o respeito à dignidade humana. É uma pena cruel, embora vedada pela Constituição da República. Como na metáfora de Ésquilo (2009)<sup>18</sup>, em que a águia auxiliar de

(juízes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado”.

<sup>16</sup> Atualmente, conforme a norma inserta no art. 75 do Código Penal, o tempo máximo de pena privativa de liberdade é de 30 anos. A proposta de alteração legislativa está prevista no Projeto de Lei do Senado – PLS nº 310/99, o qual altera o art. 75 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e o art. 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para aumentar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade. O autor do projeto foi o Senador Álvaro Dias (PSDB-PR) e a relatoria encontra-se sob a incumbência da Senadora Kátia Abreu (DEM-TO). O projeto, desde 25 de maio de 2011, está na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal – CCJ.

<sup>17</sup> Também denominado “mínimo existencial”, é o núcleo intangível dos direitos fundamentais, composto basicamente por três direitos: *saúde, moradia e educação*.

<sup>18</sup> “Pondera, então, se não consigo convencer-te: um turbilhão, um vagalhão cheio de males te envolverá – coitado! – inexoravelmente! Virá agora o cão alado, a águia fulva que segue Zeus – conviva sem ser convidado, presente o dia inteiro ao tentador

Zeus se deleita no fígado do titã Prometeu, o Estado não mata, mas tortura.

Em que pese a extensa travessia a percorrer, a esperança nunca deve sucumbir. A confiança deve ser no homem; na força da vida; nos Antônios, Franciscos, Marias e Severinos<sup>19</sup>. Na mitologia, os deuses condenaram Sísifo a empurrar incessantemente uma rocha até o cimo de uma montanha, de onde tornava a cair. Pensaram que não há castigo mais terrível do que o trabalho inútil e sem perspectiva<sup>20</sup>. Por outro lado, o apenado sempre ergueu a rocha.

Portanto, em virtude da publicação da Lei nº 12.403/2011, há esperança de que a prisão seja efetivamente utilizada como medida excepcional e não como antecipação de pena. Conforme a síntese de Albert Camus (2010, p. 141), “a própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem. É preciso imaginar Sísifo feliz”.

### Referências

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Quincas Borba*. São Paulo: Ática, 1997.

banquete -, e rasgará teu corpo todo ferozmente, fazendo dele uma enorme posta de carne e se fartando na iguaria de teu fígado” (ÉSQUILO, 2009, p. 62).

<sup>19</sup> “- De sua formosura já venho dizer: é um menino magro, de muito peso não é, mas tem o peso de homem, de obra de ventre de mulher. (...) - De sua formosura deixai-me que diga: é tão belo como um sim numa sala negativa. (...) - Belo porque é uma porta abrindo-se em mais saídas. - Belo como a última onda que o fim do mar sempre adia (...) - E não há melhor resposta que o espetáculo da vida. (...) - Mesmo quando é assim pequena a explosão, como a ocorrida; mesmo quando é uma explosão como a de há pouco, franzina; mesmo quando é a explosão de uma vida severina (MELO NETO, 2007, p. 130-133).

<sup>20</sup> “Vi também Sísifo, que sofria dores violentas, sustentando com ambos os braços enorme pedra. Fincando-se nela com mãos e pés, empurrava-a para o cimo de uma colina; mas quando estava quase a alcançar o cume, a imensa mole o fazia recuar, e de novo a acintosa pedra rolava para a planície. Retesando os músculos, uma vez mais começava a empurrá-la; o suor lhe escorria dos membros e a testa se lhe nimbava de poeira” (HOMERO, 2002, p. 156).

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Código de processo penal. In: CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *Vade mecum*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.668-PA*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de outubro de 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618145>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus nº 105.973 - RS*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 30 de novembro de 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1188843>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus nº 106.435-SP*. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 1<sup>a</sup> de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1181629>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 20.566-BA*, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Salvador, 12 de junho de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3149053&sReg=200602685216&sData=20070625&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3149053&sReg=200602685216&sData=20070625&sTipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 31 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula nº 21, de 6 de dezembro de 1990. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 dez. 1990.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula nº 52, de 17 de setembro de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 set. 1992a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula nº 64, de 3 de dezembro de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 set. 1992b.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DOTTI, René Ariel. Aspectos da pena criminal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 157-162, jul./dez. 1998/1999.

ÉSQUILO. *Prometeu acorrentado*. Tradução de Mário da Gama Kury. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. (Coleção A tragédia grega, v. 6).

- EZEOKEKE, Cornélius Okwudili. *Penas mais rígidas: justiça ou vingança?* 2. ed. Fortaleza: Premium, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HOMERO. *Odisséia*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- \_\_\_\_\_. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 9, p. 55-64, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-258, mar./abr. 2006.
- MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida Severina e outros poemas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- MIOTTO, Armida Bergamini. Penas e prisões. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 34, p. 60-71, 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alternativas à pena privativa de liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 75-81, out./dez. 1997.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.
- TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 1, v. 1, n. 1, p. 13-26, 1999.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



# Biocolonialismo

## Um desafio para a efetivação do direito dos povos indígenas ao patrimônio genético

Thiago Pires Oliveira

### Sumário

1. Considerações iniciais. 2. A biopirataria de materiais genéticos humanos oriundos de povos indígenas. 3. Análise da questão perante o ordenamento jurídico. 4. Conclusões.

*Escrutar quiere decir explorar: exploro el cuerpo del outro como si quisiera ver lo que tiene dentro, como si la causa mecánica de mi deseo estuviera en el cuerpo adverso (...)*  
(BARTHES, 1993, p. 60).

*Entraban en los pueblos, ni dejaban niños, ni mujeres preñadas ni paridas que no desbarrigaban e hacían pedazos, como si dieran en unos corderos metidos en sus apriscos. Hacían apuestas sobre quién de una cuchillada abría el hombre por medio, o le cortaba la cabeza de un piquete o le descubriría las entrañas* (DE LAS CASAS, 1986, p. 27).

### 1. Considerações iniciais

Biocolonialismo, biopirataria, bioprospecção... Essas palavras, a despeito de alguns abusos com que são utilizadas, formam, na realidade, conceitos que traduzem o paradigma pós-moderno no que se refere aos avanços da engenharia genética e seus impactos na humanidade. Dessa forma, para a devida compreensão da presente proposta de trabalho, importa o esclarecimento dos três primeiros conceitos<sup>1</sup>.

Thiago Pires Oliveira é Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela UFBA. Ex-Professor substituto de Direito Ambiental na UFBA e de Bioética na Faculdade São Salvador. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Animal (NIPEDA-UFBA). Advogado.

<sup>1</sup> Quanto ao conceito de biopolítica, citado no tópico, remete-se o leitor às obras "Nascimento da Biopolítica" de Michel Foucault (2008) e "Homo Sacer" de Giorgio Agamben (1995).

Assim, a bioprospecção refere-se a toda atividade de “pesquisa, no meio ambiente natural, de proteínas, de genes e de organismos vivos que sejam de interesse para a Pesquisa e o Desenvolvimento da biomedicina e da biotecnologia” (HOTTOIS, 2001, p. 139).

Biopirataria é um neologismo que designa toda bioprospecção exercida de maneira ilegal ou de forma antiética (HOTTOIS, 2001, p. 140). Trata-se de uma prática que reproduz o modelo de apropriação de capitais vigente durante a Idade Moderna e implantado pelas nações europeias em seu projeto de colonização das outras partes do mundo, mas que se utiliza de outros discursos ao apropriar-se de outras matérias-primas, além de outras armas (SHIVA, 2001, p. 27-28).

O biocolonialismo seria a “apropriação indevida de recursos biológicos dos países em desenvolvimento (MORIN, 2004) pelos países detentores do *know how* biotecnológico, ou seja, os países que sediam grandes centros de pesquisa, laboratórios e indústrias de engenharia genética ou bioengenharia.

Os conceitos de biocolonialismo e de biopirataria guardam grandes semelhanças; entretanto, conduzem a aplicações de amplitude distintas. A biopirataria referir-se-ia especificamente à prática de bioprospecção ilegal, ao passo que o biocolonialismo seria um discurso de poder pautado tanto na biopirataria, quanto na bioprospecção com o intuito de criar uma nova divisão internacional do trabalho entre países líderes da revolução biotecnológica e países fornecedores de *biocommodities*.

A questão do biocolonialismo provoca uma remissão à ideia de biopoder, visto que há uma “interligação entre a dominação do poder e a dominação do indivíduo/corpo, em que essa forma de dominação é reflexo da primeira, tendo o discurso produzido pelo Biodireito (em seus aspectos normativo, científico e/ou judicial) um papel de destaque” (OLIVEIRA T., 2010, p. 383).

Isso explica o motivo de as investigações envolvendo materiais genéticos humanos despertarem paixões e debates acalorados em diversos âmbitos da experiência humana, não se limitando às “herméticas” cátedras acadêmicas. Afinal, ao deter o “DNA-poder”, ou seja, a informação sobre o código genético de uma pessoa ou de um grupo, o detentor desse saber na realidade estará conhecendo a vulnerabilidade dessa pessoa ou do citado grupo (AZEVEDO, 2003, p. 327). E, em algumas circunstâncias, conhecer as fraquezas de alguém pode ser mais vantajoso do que conhecer suas fortalezas.

## 2. A biopirataria de materiais genéticos humanos oriundos de povos indígenas

Ao redor do Planeta, existem diversos relatos de biopirataria de materiais genéticos humanos oriundos de povos indígenas. Assim, como a pirataria e o tráfico de escravos contribuíram para que a Inglaterra se capitalizasse no passado e promovesse sua revolução industrial (GALEANO, 2010, p. 118-119) no século XVIII, na contemporaneidade, teme-se que a história se repita, com a revolução biotecnológica sendo mantida pela exploração de materiais genéticos de populações vulneráveis dispersas pelos “países em desenvolvimento”, países que tiveram um histórico de colonização.

Com a revolução biotecnológica, tem crescido o número de relatos envolvendo a biopirataria de materiais genéticos humanos oriundos de populações autóctones dispersas por diversos lugares do planeta. Vandana Shiva relata que: “As linhagens de células dos Hagahai da Papua Nova Guiné e dos Guamá do Panamá foram patenteadas pelo Secretário do Comércio dos Estados Unidos” (SHIVA, 2001, p. 26).

Esses dois casos, famosos no direito internacional da propriedade intelectual, são paradigmáticos ao demonstrarem a absurda condição em que se encontra o indivíduo no contexto da engenharia ge-

nética: comprimido por ações que visam à sua reificação, uma ameaça à sua dignidade (SOARES, 2008, p. 261).

Afinal, a instrumentalização do ser humano representa uma degradação incompatível com sua estruturalidade ontológica, de modo que todo desenvolvimento científico-tecnológico poderá ser de grande benefício para a humanidade, desde que se reconheça a dignidade própria do ser humano e haja o respeito aos direitos decorrentes dessa condição intrínseca ao ser (OLIVEIRA M., 2006, p. 254-255).

Conforme foi citado acima, os casos de bioprospecção ilegal têm atingido diversas etnias ao redor do globo terrestre, inclusive aquelas localizadas em território brasileiro. No Brasil, os casos mais notórios envolvem a coleta de sangue de índios Yanomami no estado de Roraima por pesquisadores norte-americanos e a apropriação de material biológico de índios Suruí e Karitiana situados no estado de Rondônia.

O caso Yanomami refere-se à expedição científica dos norte-americanos James Neel e Napoleon Chagnon entre os índios Yanomami ocorrida no final da década de 60 do século passado. Nessa expedição, houve a coleta de aproximadamente 12.000 (doze mil) amostras de sangue dos índios que se encontram armazenadas em universidades estadunidenses dedicadas ao Projeto Genoma Humano (DINIZ, 2007, p. 285). Esse episódio, inclusive, foi objeto de uma obra literária escrita pelo jornalista norte-americano Patrick Tierney denominada *Darkness in El Dorado* (“Trevas no Eldorado”).

Durante aquela pesquisa, surgiram diversas variáveis que repercutiram negativamente sobre ela: o surto de uma epidemia de sarampo que dizimou um terço da população Yanomami, interferências indevidas dos pesquisadores na cultura visando a comprovar a tese da agressividade dos Yanomami e a estocagem de sangue sem o consentimento dessas comunidades indígenas, o que é interpretado como uma ofensa grave a esses povos, visto que, de acordo

com a religião Yanomami, “quando um yanomami morre, todos os seus vestígios corporais têm que ser eliminados” (DINIZ, 2007, p. 293-294).

Na atualidade, em virtude desses episódios, uma das lutas encabeçadas pelas lideranças Yanomami consiste na busca da “devolução do sangue para posterior destruição em território yanomami”. Nesse sentido, houve uma iniciativa da Universidade Federal do Pará (UFPA) que devolveu aos índios algumas das amostras que se encontravam armazenadas em seu laboratório; todavia, as instituições norte-americanas têm resistido a efetuar essa devolução (DINIZ, 2007, p. 294-295).

Recentemente, o Ministério Público Federal instaurou um procedimento administrativo para recuperar tais amostras, o qual resultou numa ação mais incisiva do governo brasileiro na busca da obtenção do sangue extraviado. Fruto disso, no ano de 2010, a Universidade do Estado da Pensilvânia (Estados Unidos) manifestou-se favoravelmente à devolução das amostras (MURTA, 2010).

Outros casos polêmicos foram os que abrangeram as etnias Suruí e Karitiana, situadas no estado de Rondônia, que sofreram um processo extremo de “comoditização” de seus materiais genéticos, processo este que chegou ao ponto de uma empresa norte-americana denominada *Coriell Cell Repositories* (CCR), sediada em New Jersey e vinculada ao centro de pesquisas *Coriell Institut for Medical Research*, negociar na *internet* amostras de DNA desses povos (CORIELL..., [200-?]).

As amostras de DNA dos índios Suruí foram extraídas de índios na faixa etária entre 16 (dezesesseis) a 30 (trinta) anos de idade, ao passo que as amostras de DNA dos Karitiana foram extraídas de índios na faixa etária entre 13 (treze) a 49 (quarenta e nove) anos de idade. O preço delas está na faixa de US\$ 55 (cinquenta e cinco dólares) a US\$ 85 (oitenta e cinco dólares) (CORIELL..., [200-?]).



Estudando a questão Karitiana/Suruí sob a ótica jurídica, Taysa Schiocchet (2010, p. 183) disserta que “as grandes questões que precisam ser tratadas são: as condições de acesso ao material, a posterior exploração de suas informações, bem como a repartição de benefícios”.

Defende Schiocchet (2010, p. 238) a repartição de benefícios como ferramenta de promoção de cooperação entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, pois ela permitiria uma adequação do princípio da gratuidade, em face do princípio da justiça e da equidade no acesso aos benefícios decorrentes da pesquisa, além de ela se constituir

“num instrumento preventivo da quebra da reciprocidade nas relações de *don*, pois como ficou estampado no caso dos Karitiana, a quebra da reciprocidade fez emergir um imperativo de reparação por uma das partes, materializado monetariamente”.

A questão da biopirataria de material biológico Karitiana inclusive foi objeto de uma ação civil pública que tramitou na Justiça Federal que foi decidida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, entendendo ter ocorrido dano moral e a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu favoravelmente à reparação civil dos índios Karitiana, conforme o seguinte trecho da ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDÍGENAS. COLETA INDEVIDA DE SANGUE E DADOS ANTROPOMÉTRICOS DE ÍNDIOS DA COMUNIDADE KARITIANA. SUSPEITAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO NO EXTERIOR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LESÃO À INTEGRIDADE FÍSICA, MORAL E CULTURAL DOS INDÍGENAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ” (BRASIL..., 2007).

Apenas para efeitos de curiosidade acerca do quanto tais materiais estão se irradiando: o Projeto Diversidade do Genoma Humano possui em seu “biobanco” amostras de DNA justamente de índios pertencentes à etnia Suruí e Karitiana que abrangem cinquenta e duas populações (CAVALLI-SFORZA, 2005, p. 337).

O interesse científico na prospecção de genes de ameríndios advém, entre outros motivos, do fato de que as populações indígenas “tendem a ser geograficamente bem delimitadas” e em virtude de “seus membros compartilharem uma história biológica em comum” (COIMBRA JUNIOR, 1996, p. 420).

Correlato ao conceito de biocolonialismo, há a ideia de “imperialismo científico” que consistiria em “custos menores, maior facilidade em obter o consentimento, menor oportunidade de reivindicações legais (leia-se indenização), menor controle sobre as pesquisas” (HOSSNE, 2003, p. 276). Essas condições vantajosas vêm atraindo o interesse de diversos agentes econômicos interessados em maximizar os seus lucros por meio da bioprospecção ilegal junto a indivíduos “vulnerados” por séculos de descaso de governos impotentes e levianos com o bem-estar de suas populações.

### 3. *Análise da questão perante o ordenamento jurídico*

Neste tópico, pretende-se abordar os diplomas normativos existentes no plano internacional e brasileiro com o propósito de sistematizar um arcabouço jurídico mínimo que regule os materiais genéticos humanos oriundos de povos indígenas, bem como enfrente a questão da biopirataria.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, proclamada pela Unesco em 2005, dá ênfase à proeminência dos princípios da autonomia, da beneficência e não maleficência, da justiça, do respeito à diversidade cultural e ao pluralismo, da não discriminação, da confidencialidade,

da solidariedade e cooperação, da responsabilidade em relação à biosfera e da obrigação de compartilhar equitativamente os benefícios da pesquisa (FERNANDES, 2008, p. 153).

Esse instrumento de *soft law* pode ter inúmeras aplicações com vistas a combater a problemática da biopirataria de materiais genéticos humanos oriundos de populações tradicionais. Nesse sentido, alguns princípios elencados acima devem ser destacados de modo a expor as diferentes possibilidades que o Biodireito oferece como mecanismo de proteção às populações em situação de vulnerabilidade, como é o caso das populações indígenas e quilombolas.

Com o intuito de analisar alguns instrumentos de combate à biopirataria de materiais genéticos indígenas no direito brasileiro, focar-se-á na análise dos princípios da autonomia e da justiça e nos mecanismos jurídicos que resguardam esses princípios e protegem os povos autóctones do País.

Quando se invoca o princípio da autonomia em relação às pessoas vulneráveis, observa-se que esse princípio deverá ser aplicado de forma diferenciada e não de acordo com as clássicas balizas da autonomia privada estabelecida pelo Direito Civil moderno. Assim, deverá haver a “proteção das pessoas com autonomia diminuída ou deteriorada, que implica que se deve proporcionar segurança contra prejuízos ou abusos a todas as pessoas dependentes ou vulneráveis” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 217).

Em face dessa forma particularizada do princípio da autonomia, cresce a importância dos meios de expressão do consentimento pela comunidade atingida pela bioprospecção e, também, das instâncias políticas diretamente envolvidas com tais comunidades.

Além dessas normas principiológicas, em relação ao patrimônio genético indígena existem instrumentos de *hard law*, que, a despeito de terem um escopo mais amplo, são igualmente aplicáveis. Trata-se

dos artigos 5º e 225, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O patrimônio genético humano goza de proteção pela Constituição Federal de 1988. Isso pode ser inferido da proteção ampla conferida pelo art. 1º, III, que dispõe sobre a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, também da proteção genérica estabelecida no 5º, inciso X, que trata do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sendo “assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Outro dispositivo constitucional que resguarda o patrimônio genético de forma específica é o art. 225, § 1º, II, que prevê o dever do poder público de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Não há lacuna normativa com respeito a pesquisas envolvendo o patrimônio genético de povos indígenas, em virtude de a Resolução nº 304, de 9 de agosto de 2000, do Conselho Nacional de Saúde (CNS) estabelecer normas para elas. A referida resolução prevê que são necessárias várias manifestações de consentimento, e não somente a do índio na condição de indivíduo.

Dispõe o item III, 2.4, da Resolução CNS nº 304/2000:

“2 - Qualquer pesquisa envolvendo a pessoa do índio ou a sua comunidade deve:

(...) 2.4. Ter a concordância da comunidade alvo da pesquisa que pode ser obtida por intermédio das respectivas organizações indígenas ou conselhos locais, sem prejuízo do consentimento individual, que em comum acordo com as referidas comunidades designarão o intermediário para o contato entre pesquisador e a comunidade. Em pesquisas na área de saúde

deverá ser comunicado o Conselho Distrital;”

Dessa forma, nos termos com a citada norma do CNS, pode-se inferir que a concretização do respeito à autonomia do ameríndio, quando este se encontrar como sujeito pesquisado, somente poderá ser constatada após celebração de instrumentos de consentimento: a) pelo próprio índio particular; b) pela própria comunidade indígena, por meio de sua liderança ou de deliberações de natureza coletiva, meios que dependerão da organização sociocultural da etnia pesquisada<sup>2</sup>.

Para a obtenção desses consentimentos, é imprescindível a interveniência das organizações indígenas ou conselhos locais de saúde<sup>3</sup> conforme o dispositivo infralegal supracitado. Cumpre recordar que nos casos em que a pesquisa for efetuada no âmbito da saúde, deverá ser comunicada ao Conselho Distrital de Saúde Indígena<sup>4</sup>.

Ademais, interpretando o artigo 129, inciso V, da Constituição Federal, em um sentido mais amplo do que o da legitimidade processual conferida ao Ministério Público para a defesa dos povos indígenas e combinando-o com o dispositivo presente no artigo 5º, inciso III, alínea “e”, da Lei Complementar nº 75/93, para fins de segurança jurídica da pesquisa no direito brasileiro, também é recomendável a in-

---

<sup>2</sup> Isso ocorre em virtude da diversidade de formas de expressão do poder nas nações indígenas, pois em algumas etnias, as decisões são confiadas às lideranças tribais, enquanto em outras somente podem ser tomadas deliberações por meio de amplas assembleias tribais ou de restritos grupos, novamente a depender do povo envolvido.

<sup>3</sup> Esses órgãos colegiados previstos no artigo 9º do Decreto Federal nº 3.156/99 são órgãos exclusivamente “compostos por representantes das comunidades indígenas” e não devem ser confundidos com os Conselhos Distritais de Saúde Indígena que são instâncias previstas no artigo 8º, § 4º, do Decreto Federal nº 3.156/99 com participação de ameríndios e não índios.

<sup>4</sup> Órgão que exerce o controle social do ente que compõe a base do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena preconizado pela Lei Federal nº 8.080/90 que é o Distrito Sanitário Especial Indígena.

terveniência do Ministério Público Federal nesses documentos.

De igual forma, aplica-se à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por ser o ente da Administração Indireta da União que executa as ações para “proteger e fazer respeitar todos os seus bens” conforme preconiza o *caput* do artigo 231 da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Considerando o exposto acima, somente o princípio da autonomia, contextualizado com a ideia de vulnerabilidade, propicia às populações indígenas um arcabouço jurídico que permite obstar diversas ações de biopirataria e assegurar-lhes a proteção da dignidade humana.

Quando se invoca o princípio da justiça no contexto bioético, percebe-se que ele “se refere à obrigação ética de tratar cada pessoa de acordo com o que se considera moralmente correto e apropriado, dar a cada um o que lhe é devido”, daí que se pode vislumbrar a correlação entre esse princípio e “a distribuição equitativa de encargos e benefícios” aos participantes de uma pesquisa envolvendo seres humanos<sup>6</sup>.

Contudo, ideias como justiça distributiva e tratamento igualitário de indivíduos trazem outras questões para debate: e quando houver uma desigualdade prévia entre os indivíduos, como será possível proporcionar um tratamento igual em um ambiente desigual? Um eventual tratamento igualitário num ambiente de desigualdade não geraria mais desigualdade?

---

<sup>5</sup> O art. 2º, inciso IX, do Estatuto da FUNAI aprovado pelo Decreto Federal nº 7.056/2009 dispõe que é competência desse órgão o exercício do “*poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas*”, além do artigo 3º do mesmo Estatuto preconizar que a FUNAI é o órgão de assistência à população indígena. Em que pese essas considerações, com amparo no princípio da justiça, havendo divergência de entendimentos quanto à interveniência, deverá prevalecer o Ministério Público, visto sua função institucional de proteção dos povos indígenas.

<sup>6</sup> Pessini e Barchifontaine (2005, p. 218) vão associar o conceito de justiça na ética da pesquisa em seres humanos com a “justiça distributiva”.

É a partir dessa realidade que se recorre ao conceito de vulnerabilidade, o qual permite o estabelecimento de “diferenças na distribuição de encargos e benefícios” a fim de proteger populações que se encontram em uma situação de desigualdade decorrente de sua “incapacidade substancial para proteger interesses próprios devido a impedimentos” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 218).

Fermin Schramm (2008, p. 406), ao discutir o papel da “bioética da proteção” na resolução dos problemas morais dos países em desenvolvimento, aprofundará o conceito de vulnerabilidade, distinguindo-a em três tipos: vulnerabilidade (vulnerabilidade primária) que se refere a “condição ontológica de qualquer ser vivo”, suscetibilidade (vulnerabilidade secundária) que seria a condição de alguém poder ser afetado pelo desamparo e vulneração (vulnerabilidade propriamente dita), que envolve alguém diretamente afetado pelo desamparo e impossibilitado de exercer suas capacidades, numa vida digna e com qualidade<sup>7</sup>.

O princípio da justiça permite superar as dificuldades dos indivíduos integrantes de populações vulneráveis ao proporcionar um tratamento adequado à realidade dessas populações, fazendo distinções de tratamento que maximizem as oportunidades para aqueles que se encontram em situação de “vulnerabilidade”.

Os povos indígenas, por terem sofrido um processo de opressão sócio-político-econômico-cultural, tanto pela Metrópole colonizadora portuguesa, quanto pelo Estado brasileiro pós-1822, podem ser considerados como populações em estado de vulnerabilidade, conforme Pessini e Barchifontaine (2005), ou de suscetibilidade/vulneração, conforme Schramm (2008), pois sua histórica marginalização não somente buscou extinguir sua identidade como

ainda privou tais populações dos serviços e bens públicos mais básicos (saúde, educação, meio ambiente, etc).

Diante disso, em atenção aos princípios do respeito à diversidade cultural, ao pluralismo e da confidencialidade previstos na Declaração de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (2005), os Estados devem adotar ações mais restritivas de modo a tutelar os direitos das comunidades indígenas, inclusive promulgando normas que intervenham diretamente com o fim de assegurar aos povos indígenas a proteção de seu material genético e que rejeitem qualquer tentativa de patrimonialização desses materiais.

Caso haja a patrimonialização do material genético ou o acesso indevido a ele por uma instituição bioprospectora, com amparo no já citado princípio da obrigação de compartilhar equitativamente os benefícios da pesquisa também previsto na citada Declaração da Unesco (2005), deve-se buscar a repartição dos benefícios diretos e indiretos obtidos com as pesquisas; e, na hipótese do acesso indevido, essa repartição de benefícios dar-se-á a título de reparação de danos.

A Resolução CNS nº 304/2000 apresenta algumas vedações que visam a proteger os direitos das nações indígenas, conforme se infere do seu item III, números “3”, “4” e “5”, que versa sobre os aspectos éticos da pesquisa científica em populações indígenas:

“3 - Recomenda-se, preferencialmente, a não realização de pesquisas em comunidades de índios isolados. Em casos especiais devem ser apresentadas justificativas detalhadas.

4 - Será considerado eticamente inaceitável o patenteamento por outrem de produtos químicos e material biológico de qualquer natureza obtidos a partir de pesquisas com povos indígenas.

5 - A formação de bancos de DNA, de linhagens de células ou de quais-

<sup>7</sup> O autor vai ainda expor que a “bioética da proteção” se refere “aos problemas morais envolvidos pelas práticas que dizem respeito à vulneração humana”.

quer outros materiais biológicos relacionados aos povos indígenas, não é admitida sem a expressa concordância da comunidade envolvida, sem a apresentação detalhada da proposta no protocolo de pesquisa a ser submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa – CEP e à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP, e a formal aprovação do CEP e da CONEP”.

Da norma transcrita acima, não é demasiado destacar que o patenteamento “de produtos químicos e material biológico de qualquer natureza obtidos a partir de pesquisas com povos indígenas” se encontra proibido expressamente no direito brasileiro por meio da Resolução CNS nº 304/2000.

Em face da realidade brasileira, observa-se que os eventos ocorridos com as etnias indígenas Yanonami, Suruí e Karitiana foram condutas completamente ilegítimas e ilegais, sendo caracterizadas como biopirataria e, apesar de não se encontrarem albergadas pela tutela penal, seja no Código Penal, seja na legislação extravagante, a exemplo das Leis nºs 9.434/97 e 11.105/05, ensejam uma responsabilização administrativa, visto que foram violadas normas da administração federal (a Resolução do Conselho Nacional de Saúde) e civil, em razão de ter havido um nítido dano moral coletivo às comunidades indígenas.

#### 4. Conclusões

A questão do biocolonialismo provoca uma remissão à ideia de biopoder, visto que há uma ligação entre a dominação exercida pelos “detentores do poder” e a dominação do indivíduo/corpo, sendo a problemática do genoma humano apenas um dos elementos de conflituosidade que marcarão a pós-modernidade biojurídica.

Constata-se que os eventos ocorridos com as etnias indígenas Yanomami, Suruí e Karitiana foram condutas completamente ilegítimas, ilegais e imorais perante o or-

denamento jurídico pátrio. Tais condutas configuram-se atentatórias à dignidade da pessoa humana e lesivas a direitos fundamentais, sendo, nitidamente, caracterizadas como biopirataria, devendo ser imputada a responsabilização civil e administrativa correspondente.

Em que pese o caráter lesivo a bens jurídicos que é proporcionado pela biopirataria de materiais biológicos humanos, como o sangue, deve ser citado que inexistem tipos penais aplicáveis para essa conduta.

Os povos indígenas encontram-se em situação de vulnerabilidade ou suscetibilidade/vulneração diante dos desafios que o biocolonialismo impõe na pós-modernidade aos países em desenvolvimento e às comunidades historicamente marginalizadas dos países desenvolvidos.

Essa suscetibilidade/vulneração em que se encontram os direitos daqueles que pertencem a alguma etnia indígena diante da sede de “bioprospecção” dos países centrais detentores dos principais centros de pesquisa internacional é uma das trágicas “cenas” do que se vislumbrou no passado e que formam a “sequência” da condição humana pós-moderna, utilizando uma linguagem cinematográfica para escrever sobre uma situação que aparenta ser a continuação de “1492: a conquista do paraíso” (1992).

#### Referências

1492: A CONQUISTA do paraíso. Direção: Ridley Scott. Produção: Alain Goldman e Ridley Scott. Roteiro: Rose Bosch. Intérpretes: Gerard Depardieu; Sigourney Weaver; Armand Assante; Loren Dean e outros. EUA/Inglaterra/França/Espanha: Paramount Pictures, 1992. 1 DVD (154 min), son., color.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*. Torino: G. Einaudi, 1995.

AZEVEDO, Eliane S. Ética na pesquisa em genética humana em países em desenvolvimento. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

BARTHES, Roland. *Fragmentos de un discurso amoroso*. 11. ed. Tradução de Eduardo Molina. México: Siglo Veintiuno, 1993.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação cível nº 200241000040370-RO. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Hilton Pereira da Silva e outros. Relator(a): Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Porto Velho, 17 de outubro de 2007. *Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, nov. 2007.

CAVALLI-SFORZA, L. Luca. The human genome diversity project: past, present and future. *Nature*, London, v. 6, p. 333-340, Apr. 2005.

COIMBRA JUNIOR, Carlos E. A.; SANTOS, Ricardo Ventura. Ética e pesquisa biomédica em sociedades indígenas no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, jul./set. 1996.

CORIELL INSTITUTE FOR MEDICAL RESEARCH. *Human population collections*. New Jersey: Coriell Institute, [200-?]. Disponível em: <<http://ccr.coriell.org/Sections/BrowseCatalog/Populations.aspx?PgId=4>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

DE LAS CASAS, Bartolomé. *Brevísima relación de la destrucción de las Índias*. Barcelona: Orbis, 1986.

DINIZ, Débora. Avaliação ética em pesquisa social: o caso do sangue Yanomami. *Bioética*, Brasília, v. 15, n. 2, 2007.

FERNANDES, Elizabeth Alves. *Bioética e direitos humanos: a proteção da dignidade da pessoa humana na era da genética*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GALEANO, Eduardo. *Veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 2010.

HOSSNE, William Saad. Poder e injustiça na pesquisa com seres humanos. *Interface*, Botucatu, v. 7, n. 12, p. 55-70, fev. 2003.

HOTTOIS, Gilbert. Bioprospection. In: \_\_\_\_; MISSA, Jean-Noël (Org.). *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*. Bruxelles: De Boeck, 2001.

MORIN, Jean-Frédéric. Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets: la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle. *Droit et Société*, Paris, n. 58, p. 633-653, 2004. Disponível em: <[www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2004-3-page-633.htm](http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2004-3-page-633.htm)>. Acesso em: 26 dez. 2010.

MURTA, Andrea. Americano aceita devolver sangue de índio ianomâmi. *Folha Online*, São Paulo, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u732406.shtml>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A bioética na ótica da filosofia. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis: Vozes, 2006.

OLIVEIRA, Thiago Pires. A célula de pandora: um ensaio de semiótica aplicada ao biodireito. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (Org.). *Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá, 2010.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

SCHIOCCHET, Taysa. *Acesso e exploração de informação genética humana: da doação à repartição dos benefícios*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SCHRAMM, Fermín Roland. A bioética da proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 16, jan./jun. 2008.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

UNESCO. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Lisboa: Comissão Nacional da UNESCO, 2005.



# O novo Código Florestal à luz da dinâmica do Estado Federal

Arthur Maciel Motta

## Sumário

Introdução. 1. Fundamentos do Estado Federal. 2. Funcionamento do Estado Federal. 3. Discussão do novo Código Florestal no Senado Federal. Considerações finais.

## *Introdução*

O presente escrito tem por finalidade analisar a tramitação do projeto de lei que institui o novo Código Florestal – o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 30, de 2011 – à luz da dinâmica do Estado Federal. A pesquisa emprega como moldura a evolução doutrinária que acompanha as principais mudanças ocorridas, ao longo do tempo, na organização dessa forma de Estado e, de posse desse arcabouço, analisa a discussão travada acerca da constitucionalidade de vários dispositivos do projeto de novo Código Florestal no Senado Federal, notadamente dos constantes no Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) sobre a matéria.

O assunto, pela sua importância para a vida no planeta, tem sido bastante explorado em matérias de jornais e revistas. A relevância do novo Código Florestal está diretamente ligada à determinação contida no art. 225 da Constituição da República, que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras

Arthur Maciel Motta é advogado, assessor jurídico do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.



gerações. Na mídia, a discussão foi polarizada, de modo equivocada, entre grupos que, de forma extremada, defendiam, por um lado, a produção de alimentos – os ruralistas – e, por outro, a proteção do meio ambiente – os ambientalistas. O equívoco da discussão está no fato de que não é razoável pensar, com os conhecimentos que se tem hoje, que os que lutam pela preservação do meio ambiente sejam contrários à produção de alimentos, bem como os que defendem o agronegócio sejam contrários ao meio ambiente.

Este trabalho não adentra essa faceta da discussão. Primeiramente porque, de acordo com o que é dito pelas manchetes jornalísticas, os grupos de pressão que atuam no Parlamento, em sua maioria, fazem-no de forma velada, não podendo ter suas ações consideradas para um estudo que busca resultados palpáveis; secundariamente, porque uma pesquisa sobre a seara política que permeia a instituição de um novo código florestal demandaria, necessariamente, acompanhar o movimento que seria o natural do representante, ou seja, o caminho do parlamentar até seu representado – no seu ir “aonde o povo está” –, afastando-se dos grupos que andam pelos corredores do Congresso e que, somente de longe, possuem alguma representatividade. Isto não é possível, nem desejável, considerando-se que este estudo tem o singelo objetivo de verificar a influência da dinâmica do Estado Federal contemporâneo sobre a tramitação de um projeto de lei do quilate de um novo código florestal.

Esta investigação, portanto, dirige seu foco para a análise das discussões que envolveram a aprovação, pelo colegiado da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, de uma Emenda Substitutiva ao texto do PLC nº 30/2011, oriundo da Câmara dos Deputados. Tendo por metodologia a dogmática instrumental, com atenção especial para a doutrina, a legislação e a documentação do processo legislativo, o trabalho desenvolve-se em

três capítulos, com início pelo estudo dos fundamentos do Estado Federal.

Para cumprir sua finalidade, o primeiro capítulo discorre sobre as origens do federalismo, a formação do federalismo no Brasil, os elementos característicos do Estado Federal, o Estado Regional e o Estado Federal Cooperativo. Esse primeiro capítulo procura estabelecer algumas ideias que servirão de base para discussão entabulada no terceiro capítulo.

Também com o objetivo de prover algumas ferramentas que serão empregadas na análise realizada mais à frente, o segundo capítulo tem por fito atualizar conhecimentos sobre o funcionamento do Estado Federal. Para tanto, põe em evidência a repartição de competências, a pluralidade de ordenamentos, a constitucionalidade da legislação estadual e municipal, o princípio da subsidiariedade, a autonomia municipal, os conflitos federativos e a autonomia municipal, as desigualdades regionais e, por fim, os blocos supranacionais.

O terceiro capítulo, que sintetiza a avaliação crítica do trabalho, confronta o conhecimento doutrinário catalogado nos capítulos anteriores com a argumentação utilizada pelo colegiado da CCJ para a aprovação do parecer sobre o PLC nº 30/2011. Nesse capítulo, como preâmbulo, é apresentado o relatório da tramitação da matéria e, como fecho, a análise propriamente dita.

## *1. Fundamentos do Estado Federal*

### *1.1. Origens do Federalismo*

O Estado Federal surgiu em 1787, como explica Dalmo de Abreu Dallari, com a constituição dos Estados Unidos da América, na oportunidade em que os treze Estados Confederados abriram mão de suas soberanias em proveito de uma União forte e permanente (DALLARI, 2003, p. 255).

Em termos práticos, a realidade que se tem é que o primeiro Estado Federal são os

Estados Unidos da América; mas a questão inicial que procuro investigar diz respeito aos suportes empregados como fundamentos para se chegar a esse ponto, ou seja, quais são as origens do federalismo?

Na busca de elucidar a questão, indo ao ponto mais distante que o fôlego permitiu a uma breve pesquisa, chego ao livro *Política*, publicado em 1614, de autoria de Johannes Althusius (1557-1638), filósofo e teólogo calvinista alemão. No texto, o autor dialoga com algumas conjecturas de Jean Bodin (1530-1596), jurista francês, por muitos avaliado como o pai da Ciência Política, devido à sua teoria sobre a soberania. Althusius, pelos seus escritos, pode ser considerado o primeiro federalista autêntico, pai do federalismo moderno e defensor da soberania popular. Otto Gierke<sup>1</sup> refere-se a ele como uma das contribuições centrais para o pensamento político ocidental.

Ao analisar a soberania política, Althusius (2003) vê, para a vida das pessoas em sociedade, a necessidade de formação do que chama associação universal pública e maior, integrada por regiões, cidades e províncias – o reino, império ou comunidade –, na qual “o povo fica unido num só organismo pelo acordo de muitas associações e corpos particulares simbióticos, todos sob um só direito” (ALTHUSIUS, 2003, p. 173).

Althusius (2003), escrevendo em latim, não vê distinção entre reino (*regnum*) e comunidade (*res publica*), uma vez que para ele o reino é propriedade do povo, justificando o que seria interpretado no futuro como a supremacia da soberania popular. Diz ele que os elementos do reino não são as pessoas, mas as “muitas cidades, províncias e regiões que concordam entre si em constituir um só corpo pela união e comunicação mútua” (ALTHUSIUS, 2003, p. 173). Assim, a vida do povo numa associação universal pública, que congregava, num único direito, as províncias e regiões, ou seja, a

vida no que hoje chamamos de Estado, tinha por objetivo propiciar a felicidade e a prosperidade das pessoas. As províncias e regiões, em união, “se obrigavam a ter, estabelecer, exercer e defender o direito do reino (*jus regni*) – a lei fundamental do reino –, em mútua comunicação de bens, serviços, forças e gastos” (ALTHUSIUS, 2003, p. 173).

Dando mais um passo, a pesquisa chega ao ano de 1747, quando Charles Louis de Secondat Montesquieu (1689-1775) termina a redação e publica seu livro *O Espírito das Leis*. As ideias contidas nesse livro sobre a organização e a divisão de funções do Estado foram capitais para a conformação das nações do mundo ocidental. Os escritos de Montesquieu sobre o Federalismo em *O Espírito das Leis* são fundamentais para a sedimentação do tema, uma vez que suas ideias repercutiram, de forma profunda, nos planos, documentos e modo de agir dos fundadores dos Estados Unidos da América.

Para discorrer sobre o que chama de república federativa, Montesquieu identifica como problema o tamanho do Estado em relação à sua segurança: “se uma república é pequena, ela é destruída por uma força estrangeira; se é grande, destrói-se por um vício interno” (MONTESQUIEU, 1995, p. 99). O ponto, então, de Montesquieu para justificar a república federativa é a segurança do Estado, seja ela externa, seja interna. O raciocínio de Montesquieu fundamenta-se numa clara estratégia de defesa, na qual a criação do federalismo surge como hipótese de solução para o problema apresentado, pois facilita a defesa militar do Estado.

A forma de governo criada, em face do exterior, teria a força da associação; em face do interior, teria a capacidade de reduzir os descontentamentos locais pela ação da parte “sadia”. Além disso, cada república teria um governo interno de seu povo, benigno, portanto, para os locais.

Na proposta de Montesquieu (1995), os corpos políticos internos – os Estados-Membros – permanecem com autonomia,

<sup>1</sup> Conforme relata Frederick S. Carney na introdução do referido livro de Althusius (2003, p. 9).

mas perdem suas soberanias em benefício da associação única criada.

Escapa do objetivo deste estudo, mas é digna de nota, a visão avançada de Montesquieu (1995) – crítico severo da monarquia absolutista – ao defender o estabelecimento da república como forma de governo ideal, identificando o povo como detentor do supremo poder numa nação.

Pensava, ainda, Montesquieu (1995), que a federação deve ser composta por Estados-Membros de mesma natureza. Considerava, portanto, que o exemplo da Alemanha, integrada por cidades livres e pequenos estados, não era um bom modelo a ser adotado. Preferia ele o exemplo da Lícia<sup>2</sup>, na qual o número de representantes com direito a voto era proporcional ao número de cidadãos-votantes dos Estados-Membros.

A argumentação de Montesquieu para defender o federalismo era de cunho estratégico-militar, pois ele estava preocupado com a defesa do Estado, na comparação que fazia entre o espaço do território, a capacidade de movimento das defesas e o tempo de deslocamento das tropas para garantirem a segurança da república.

Outro estudioso que defendeu o federalismo foi Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), no seu livro *Considerações sobre o Governo da Polônia e sua reforma projetada*, seu testamento político, concluído em 1771. Atendendo a um pedido especial formulado por um nobre polonês, o Conde Wielhorski, o autor de *O Contrato Social* recebe informações pormenorizadas sobre a situação política da Polônia, faz um diagnóstico dos males vividos pelos poloneses e propõe um remédio para estancar a doença do país.

Em 1768, a Polônia, na região da Podólia, vivia sob os efeitos de ações desenvolvidas pela Confederação Insurreta de Bar, uma revolta armada contra o rei polonês, da

<sup>2</sup> República integrante do Império Romano, formada pela associação de vinte e três cidades localizada, na região montanhosa da costa sudoeste (SO) da Ásia Menor, hoje território da Turquia.

qual o Conde Wielhorski era um dos protagonistas. A Polônia de então era dividida em grande e pequena Polônia, além do ducado da Lituânia. Com uma população de aproximadamente oito milhões de pessoas, divididas em trinta e três províncias, era governada soberanamente por cerca de cem mil nobres, um rei e um senado perpétuo.

Diante desse quadro, com o país rodeado de inimigos que não poupavam esforços para o seu desmembramento, Rousseau vaticina que o estabelecimento da república seria o único meio seguro de dar à Polônia a consistência política que lhe faltava. Tal medida infundiria no coração dos poloneses a ideia de união que não possuíam.

Rousseau (1982, p. 40) via o empreendimento de reformar o governo da Polônia como uma tentativa de “dar à constituição de um grande Reino a consistência e o vigor de uma pequena República”. Para tanto, dizia ele, ou a Confederação estreita os limites do Reino ou estabelece um sistema de governo federativo. A prescrição formulada pelo filósofo suíço era curta: “aplicai-vos a estender e aperfeiçoar o sistema dos governos federativos, o único que reúne as vantagens dos grandes e dos pequenos Estados e, portanto, o único que pode vos servir” (ROUSSEAU, 1982, p. 41).

Ele entendia que os legislativos das províncias deveriam ser aperfeiçoados, de modo que não pudessem romper o laço de uma legislação comum e a subordinação ao corpo da República. Orientava, ainda, para que as decisões legislativas fossem tomadas por voto da maioria, sem a possibilidade de veto das províncias. Apesar de considerar que as regras do direito natural estavam gravadas nos corações dos homens, ele avaliava que principalmente os homens públicos precisariam conduzir-se por leis positivas, redigidas para todo o país. Assim, ele ofereceu a proposta de feitura de três códigos para todo o Reino: um político, um civil e um criminal.

Rousseau (1982), dessa forma, deixa claro o caminho do federalismo como a

solução possível para o caso polonês, propondo que a união se processe em torno de uma legislação comum feita e respeitada por todos.

O auge da argumentação para a defesa do federalismo é encontrado na sequência de artigos publicados nos anos de 1787 e 1788 no jornal *Daily Advertiser*, de Nova Iorque, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Esses artigos, compilados depois na obra *O Federalista*, tinham por objetivo aparar as arestas que dificultavam a revisão e a ampliação dos artigos dos confederados, que desembocariam, por fim, no texto da Constituição dos Estados Unidos da América. Os três autores, que assinavam sob o pseudônimo de *Publius*, como se fossem uma única pessoa, dialogavam com os opositores do estabelecimento de uma União forte de Estados.

Os artigos, num total de oitenta e cinco, tinham o primeiro bloco (um a quatorze) dedicado à importância da União e o segundo bloco (quinze a vinte e dois) focado nos defeitos dos Artigos da Confederação. Nos artigos iniciais de *O Federalista*, é possível identificar literalmente a influência que os fundadores do novo país receberam dos escritos de Montesquieu. Os argumentos para a conformação dos Estados Unidos da América como um Estado federal são explanados, basicamente, nos artigos de números nove a dezessete, a maioria escrita por Hamilton, com exceção dos de números dez e quatorze, que são da lavra de Madison. O ponto aqui é a justificativa para a existência de uma União forte.

Hamilton (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 128), valendo-se do argumento da segurança, justificou a necessidade de uma União forte com o fito de funcionar como uma verdadeira barreira diante de facções e insurreições, pois advogava que a União seria “a oportunidade máxima para a paz e a liberdade dos Estados”. Dizia ele que o texto da nova Constituição, em vez de abolir os governos estaduais, “torna-os partes integrantes

da soberania nacional, ao lhes conceder uma representação direta no Senado” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 132), o que está plenamente de acordo com a ideia de governo federal exposta por Montesquieu.

Madison (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993), ao tratar, no artigo dez, da teoria das facções, seguiu a mesma linha de raciocínio para defender como vantagem da União a sua tendência de amortizar e reprimir a violência das facções. Ele, que, com Thomas Jefferson, foi um dos organizadores do Partido Republicano, via o estabelecimento do federalismo, dotado de um governo central forte, como capaz de “garantir o bem público e os direitos privados contra o perigo de uma facção, preservando ao mesmo tempo o espírito e a forma do governo popular” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 136).

No artigo onze, Alexander Hamilton, ao prosseguir na justificação da importância de ter uma União forte, mantendo os argumentos de Montesquieu ligados à segurança externa, teceu comentários acerca do papel que seria representado por essa União no tocante ao comércio entre os Estados-Membros e, principalmente, nas relações comerciais com o exterior, em face dos adversários cheios de energia que os Estados Unidos despertariam. Aqui, a justificativa em defesa do Estado Federal, que até então estava contida no campo da segurança, é ampliada para os aspectos econômicos. Dizia ele que, “sob um governo nacional vigoroso, a força e os recursos naturais do país, dirigidos para um interesse comum, frustrariam todas as combinações do ciúme europeu para limitar nosso crescimento” econômico (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 142).

Além disso, ponderou Hamilton que os Estados Unidos propiciariam uma variedade maior de produtos nas praças de comércio, minimizando possíveis faltas de produção ou de demanda. A balança comercial dos Estados Unidos deveria ser

mais vantajosa que a dos treze Estados isolados ou reunidos em confederações parciais, propiciando ao novo Estado Federal “ditar os termos da relação entre o Velho Mundo e o Novo!” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 145).

Na sequência dos *papers*, o aspecto econômico cada vez mais crescia de importância para a tese de criação de um Estado Federal com um governo central forte. No artigo doze, Hamilton defendia que o comércio dos Estados Unidos daria estímulo à arrecadação de impostos e ao consequente suprimento do Tesouro, o que elevaria o ganho de todos, agricultores e industriais.

Sobre a arrecadação de tributos, Hamilton afirmou que, pelas características – posição relativa, número de rios que os circundam e facilidades de comunicação –, os Estados isolados teriam de enfrentar um forte comércio ilícito entre eles. Essa desvantagem econômica seria superada pela existência da União. O Governo Nacional, por outro lado, seria capaz, a custo menor, “de ampliar as tarifas sobre os artigos importados incomparavelmente mais do que o poderiam fazer os Estados separadamente, ou qualquer federação parcial” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 149).

Dizia, ainda, Hamilton que a mesma força de governo necessária para administrar uma das três confederações imagináveis poderia ser empregada para administrar os treze Estados unidos. Caso não aproveitasse essa vantagem da União, via como mais provável, pela confluência de interesses, o estabelecimento de duas confederações, uma do Norte e outra do Sul. A Liga do Norte seria voltada para a produção e o comércio ativo, enquanto a Liga do Sul, para a agricultura e a venda de suas mercadorias.

Por seu turno, Madison, no artigo quatorze, justificou a necessidade de uma União concebendo-a como: bastião contra o perigo estrangeiro (segurança externa); mantenedora da paz entre os Estados

(segurança interna); guardião do comércio e de outros interesses comuns (proteção ao comércio); substituta das corporações militares do velho mundo; e antídoto contra as facções.

Madison lembrou ainda (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 155) que o Governo Geral não deveria ser investido de toda a plenitude do poder para legislar e administrar, devendo sua jurisdição “limitar-se a certo número de itens, que dizem respeito a todos os membros da república, mas não podem ser atendidos pelas medidas isoladas de nenhum deles”. Por outro lado, a existência da União propiciaria um forte incremento para a infraestrutura dos Estados.

Ao comentar os defeitos dos Artigos da Confederação, no *paper* quinze, Hamilton afirmava que a reunião dos Estados numa confederação era insuficiente para preservar a União. Os Estados possuíam dívidas com países do exterior e havia territórios dos Estados, nas mãos de poder estrangeiro, que não tinham sido entregues. A Confederação não possuía meios para fazer frente a questões dessa natureza, pois não tinha tropas, nem tesouro, nem governo.

O defeito fulcral da legislação da Confederação era a proibição de legislar para os indivíduos que compunham os Estados. Para Hamilton (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 162), governo implicava “o poder de fazer leis”. Ele garantia que o ensinamento colhido de filósofos europeus de que a União tem como membros apenas os Estados e somente para eles deveria legislar era uma falácia que tornaria inoperante o governo federal. No texto dos Artigos da Confederação, para que esta fizesse qualquer movimento administrativo, era exigida “a concorrência de treze vontades soberanas para a completa execução de toda medida importante que procedesse da União” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 164). Como a administração das justiças criminal e civil ficaria reservada ao

domínio dos governos estaduais, Hamilton (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 169) defendia, no mais para a União, o “princípio da legislação para os cidadãos individuais da América”.

Por tudo, é possível ver os chamados pais-fundadores dos Estados Unidos da América, primeiro Estado tipicamente federal, como seguidores dos ensinamentos sobre segurança propostos por Montesquieu (1995) para fundamentar o federalismo; porém, é possível, ainda, identificar a influência do aspecto econômico, de cunho calvinista, como aprofundamento decisivo para a escolha, pelos norte-americanos, da forma de estado federativa.

### *1.2. Formação do Federalismo no Brasil*

O federalismo nasceu no Brasil com a proclamação da república. Deposto o Imperador Pedro II, o primeiro ato do Governo Provisório, assinado por Deodoro da Fonseca, chefe do Governo, e referendado pelos seus ministros Ruy Barbosa, Benjamim Constant, Aristides Lobo, Quintino Bocaiúva e Eduardo Wandenkolk, foi proclamar provisoriamente e decretar como forma de governo a república federativa. As antigas províncias do Império passaram a constituir-se em Estados “soberanos”, reunidos por laço de federação, até que o Congresso Constituinte, que seria convocado, deliberasse definitivamente sobre a organização do novo Estado.

O Congresso Constituinte, instalado em novembro de 1890, promulgou a primeira Constituição republicana em 24 de fevereiro de 1891, mantendo a república como forma de governo e a federação como forma de Estado, conforme decretara provisoriamente o governo revolucionário.

As ideias do federalismo, que já circulavam no Brasil desde a dissolução da Constituinte de 1823, haviam chegado com força ao país pelo sucesso do exemplo obtido pela forma de Estado inaugurada pelos fundadores da nação norte-americana.

Como já explanado, nos Estados Unidos da América, a Constituição promulgada em setembro de 1787 refletia a vitória da tendência federalista, que defendia o estabelecimento de um poder central forte, em detrimento da tendência estadualista, que propugnava grande autonomia política para os Estados da Federação.

Ruy Barbosa, maestro do processo de transformação do regime, era um declarado admirador das formas de Estado e de governo adotadas nos Estados Unidos da América. Os registros efetuados por Alexis de Tocqueville (1977) sobre a democracia na América, título de seu livro, impressionaram muito positivamente o pensamento de Ruy Barbosa, principalmente no tocante aos direitos de igualdade e de liberdade, bem como às vantagens do elevado grau de centralização governamental nas mãos da União e da descentralização administrativa nas mãos dos Estados.

Anteriormente, na Constituição do Império, outorgada em 1824, houve a tentativa de estabelecimento da forma federativa de Estado, mas essa proposta não vingou e foi substituída “por um sistema de ampla autonomia legislativa das províncias” (TORRES, J., 1961, p. 153). As províncias tinham, durante o Império, autonomia legislativa, mas aspiravam a eleger seus presidentes, o que, sem o federalismo, não tinham competência para fazer. No período do Império – 1822 a 1889 –, o Estado brasileiro era identificado como “uma organização extremamente unitária e centralizadora” (BONAVIDES, 1973, p. 82). O poder centralizado foi exercido de forma autoritária, tanto no Brasil-Colônia quanto no Brasil-Império, herança de nossa formação colonial.

O modelo da Constituição de 1824 dava boa dose de autonomia à esfera municipal, na medida em que constituía as câmaras municipais eletivas com as atribuições de governo econômico e municipal das cidades e vilas. Porém, segundo Paulo Bonavides (1973, p. 84), o federalismo bra-

sileiro, feito de forma artificial, não considerou a clara autonomia municipal existente até 1889. Na adoção efetiva do federalismo pelo texto constitucional, em 1891, faltou respeitar a participação dos municípios na conformação do federalismo dual – União/ Estados-Membros.

As críticas de Paulo Bonavides (1973) à forma como foi implantado o federalismo no Brasil mostram que a autonomia de 1891 alcança os Estados quando ainda des-preparados, sem autoridade e experiência administrativa para consolidar a liberdade inerente à nova forma de Estado, o que só veio a exacerbar o desequilíbrio de poderes reinante. A disparidade visível, de pronto, era a territorial, mas muito mais profunda era a desigualdade econômica e social entre os Estados, que ganharam autonomia política como um presente do governo revolucionário.

O federalismo intenso daí resultante, levado às últimas consequências – Estados contraíam livremente empréstimos no exterior e endividavam-se de maneira desastrosa (BONAVIDES, 1973, p. 85) –, dificultou sobremaneira a formação de partidos nacionais, o que contribuiu para o incremento dos desequilíbrios regionais da nação.

Na comparação entre o estabelecimento do federalismo nos Estados Unidos da América (EUA) – país-modelo – e no Brasil, verifico que os processos de adoção partiram de extremos opostos: nos EUA, Estados independentes e autônomos cederam direitos em proveito do Governo Central; no Brasil, o Governo Central e unitário, na direção contrária, cedeu direitos a suas províncias, transformadas em novos Estados autônomos.

Nos Estados Unidos, como a direção de mudança era a da limitação de autonomia do Estado-Membro em favor da União, a tendência de resistência era restringir esse ganho de autonomia da União; no Brasil, como o processo ocorreu na direção inversa, a tentativa que se apresentou foi a de limitar, até os anos 1930, os grandes ga-

nhos de autonomia obtidos pelos Estados-Membros.

A questão é que a pedra de toque do estabelecimento do federalismo no Brasil não foi o aspecto da segurança, nem o econômico, mas o fator psicossocial, ou seja, o amor-próprio das pessoas para com tudo que dizia respeito à sua província, o chamado provincialismo. Assim, o primeiro argumento a caracterizar a formação do federalismo no Brasil foi a consideração que se tinha de que o federalismo era “a expressão política dos sentimentos de amor às províncias” (TORRES, J., 1961, p. 168). Era, então, o federalismo a forma de o povo mostrar o amor que sentia por suas províncias.

O segundo argumento para o estabelecimento do federalismo no país está calcado em fatores políticos. As lideranças políticas locais viram no federalismo um campo fértil para criar e manter um poder político local que fosse respeitado pela autoridade nacional. Nos estertores do Império, as províncias – com suas culturas arraigadas no seio de suas populações – não possuíam autonomia e, reduzidas ao poder opressor central, não podiam nomear ou eleger seus presidentes nem controlar suas administrações. Além disso, à época, federalismo não era entendido como Legislativo próprio para os Estados-Membros, mas sim Executivo próprio, Governo próprio. Principalmente na discussão do modo de escolha dos presidentes das províncias, havia uma “nítida consciência dos interesses políticos dos Estados” (TORRES, J., 1961, p. 159).

Ruy Barbosa, que, num primeiro momento, estava inclinado a seguir a doutrina estadualista de Thomas Jefferson, calcada numa ampla autonomia dos Estados-Membros, passou a combater os “exageros autonomistas dos constituintes que, discípulos de sua pregação, queriam tudo para as províncias e nada para a Nação” (TORRES, J., 1961, p. 164).

A conformação do federalismo no Brasil consubstancia-se, efetivamente, com a promulgação da Constituição de 1891, a

despeito de a Constituinte de 1890/1891 já não ter encontrado um Estado unitário para federalizar. Deparou-se, porém, com Estados autônomos e, por força do decreto revolucionário de número 1, soberanos para até mesmo contratar empréstimos com o estrangeiro.

Nas primeiras décadas da República, os novos Estados, praticamente sem exceção, “livres da tutela imperial e podendo resolver domesticamente seus problemas políticos, caíram sob o guante das oligarquias, feudalismo indigno de nossa civilização” (TORRES, J., 1961, p. 183). Essas oligarquias conduziam a política no plano estadual. Nunca é demais lembrar que o voto secreto somente foi implantado no Brasil em 1932, com a aprovação do 1º Código Eleitoral; até então, o que vigia era o “voto de cabresto”. O voto era aberto, o que possibilitava aos “coronéis” oligarcas pressionar e controlar os eleitores.

No andar de cima, o plano federal, com a ausência de partidos políticos capazes de congregiar eleitores de vários Estados, o que se tinha era a chamada política dos governadores ou política dos Estados. Nesse cenário, os governadores dominavam os votos de seus Estados, por meio de facilidades concedidas às oligarquias. Dessa forma, os Estados mais populosos, Minas Gerais e São Paulo, garantiam para si a eleição do Presidente da República, o que ficou conhecido como a “política do café com leite”.

Não obstante essa desvantagem, fruto da forma como o processo de descentralização administrativa foi desenvolvido no país, que culminou com o desencadeamento da Revolução de 1930, “a autonomia estadual, garantida pela Constituição de 1891, foi um ideal republicano que permitiu a expansão de forças sociais e econômicas das regiões” (FRANCO, 1955, p. 610). O federalismo, portanto, foi implantado como forma de Estado no Brasil por força dos aspectos psicossociais e dos aspectos políticos reinantes no seio da sociedade nos anos que antecederam a proclamação da República.

### 1.3. Elementos característicos do Estado Federal

Os estudos que procuram analisar o que, em abstrato, qualifica um Estado como federal tomam por base os fundamentos colhidos do Direito Positivo, ou seja, do “conjunto de normas, vigentes numa época dada, para uma coletividade determinada, dotadas de correspondente carga de sanção necessária para assegurar-lhes respeito na generalidade dos casos” (DURAND, 1965, p. 172).

Esta explanação sobre os elementos que caracterizam o Estado Federal, que agora inicio, também busca suporte no Direito Positivo, na linha do que vem sendo desenvolvido ao longo do tempo, mas não descuro do fato de que, para a análise de casos concretos, crescem em importância, entre outros, os fatores históricos, antropológicos e sociológicos que caracterizam os grupos sociais envolvidos. Além de toda a análise jurídica, que, por mais simples que seja, requer larga dose de interpretação, na qual a verdade é extraída por consenso, caracterizar uma instituição política como uma federação implica debruçar-se sobre a prática e o espírito de aplicação das normas, os quais, com frequência, estão – tanto prática quanto espírito – dominados por fatores políticos.

No Brasil, destaco, como antes explanei, a importância dos aspectos psicossociais para se chegar à Federação. O País, pela sua variedade de condições naturais e diversidade de costumes (os chamados regionalismos), foi levado a adotar – seguindo, por motivos outros, o exemplo norte-americano – a forma de Estado mais capacitada para unir as autonomias de cada região, uma vez que, “descentralizando o exercício espacial do poder, os ‘regionalismos’ se pacificam” (TEMER, 2007, p. 73) e, em consequência, as peculiaridades locais são preservadas.

Num primeiro passo do estudo para caracterizar a forma de Estado Federativa, é importante distinguir federação de alian-



ça. Esta é entendida como uma “simples relação jurídica criadora de obrigações mútuas entre os associados”; aquela, como “uma coletividade pública organizada, uma pessoa jurídica ativa, que tem órgãos que podem tomar decisões” (DURAND, 1965, p. 175). Para Charles Durand (1965, p. 174), um dos tópicos que caracterizariam a federação seria a existência de um órgão comum que cria obrigações jurídicas para todas as coletividades federadas e, em geral, prevê sanções.

Outra distinção importante a ser feita é a existente entre o Estado Unitário e o Estado Federal. No primeiro, o legislador ordinário possui poderes ilimitados sobre as coletividades públicas internas, sejam elas províncias, departamentos ou municípios. Não há qualquer limitação ou necessidade de intervenção do poder constituinte derivado para que o Estado Unitário possa interferir nas coletividades internas, o que, no jargão do Direito, é a chamada onipotência jurídica. Mesmo no Estado Unitário democrático, a noção de interesse comum admitida pela maioria, ou pelo órgão que a representa, é imposta, sem reservas, a todas as minorias, incluídas aí as coletividades internas.

No Estado Federal, esse agir sem limites, essa onipotência não tem lugar. Nele, ensina Charles Durand (1965, p. 175), há uma proteção em face do poder centralizado da União, por meio da qual o legislador ordinário não pode atuar contra os interesses das “minorias residentes no âmbito territorial que constituem a maioria, no seio de uma coletividade federada”. Durand (1965, p. 176) considera que a noção de federação traz como exigência essencial a autonomia das coletividades federadas, mesmo que parcial, para “opor-se ao legislador ordinário comum”.

Sobre esse aspecto, Michel Temer (2007, p. 65) aponta como nota essencial caracterizadora do Estado Federal a descentralização política fixada na Constituição, a chamada repartição constitucional de

competências. Essa aparente dissociação carrega a ideia de autonomia, encontrada apenas “onde tiver sede a descentralização política (grau máximo) geradora de domínios parcelares da ordem estatal que, reunidos, formam a unidade” (TEMER, 2007, p. 63).

No Estado Unitário descentralizado, por exemplo, “basta a lei ordinária para fixar e modificar o regime jurídico das coletividades internas” (DURAND, 1965, p. 180), enquanto, no Estado Federal, qualquer mudança somente pode ocorrer por via constitucional, cujo processo é de mais difícil alteração e, para determinadas cláusulas, não passível de modificação.

Mesmo que se considere que as regras podem ser mudadas pela via da interpretação, é determinante saber como e por quem pode ser uma regra modificada diretamente. Com isso, cresce em importância a existência de um ato jurídico fundamental que constitua a base da federação, uma constituição escrita, na qual constem as regras “de distribuição de competências entre os órgãos comuns e os órgãos de cada coletividade, as relações mútuas entre esses órgãos, sua composição e seu recrutamento” (DURAND, 1965, p. 176).

Assim, aponta Charles Durand (1965, p. 176), as regras essenciais de uma federação devem guiar a distribuição de competências entre os órgãos comuns e os órgãos de cada coletividade, devendo constar de um ato fundamental que constitua a base da federação: sua Constituição. Michel Temer (2007, p. 64), por seu turno, aprofunda essa questão, afirmando que é também característica essencial da federação a “circunstância de os Estados-Membros se auto-organizarem por meio de Constituições próprias”. A existência de Constituições locais, para Michel Temer (2007, p. 65), significa que os Estados Federados devem possuir os seus próprios órgãos legislativos, executivos e judiciários, sendo a Constituição do Estado-Membro o “fundamento de validade de toda a normatividade local”.

Neste momento, para explorar o conceito de soberania, é de todo interessante trazer à baila a discussão sobre o instituto da confederação, entendida como uma união de Estados com as finalidades de proteção comum contra o perigo exterior e de solução pacífica dos conflitos internos, além de obtenção de vantagens econômicas provenientes da sinergia de esforços. A confederação não se funda num texto constitucional, como a federação, mas num pacto contratual, que não pode receber modificação direta “sem o acordo de todas as coletividades confederadas” (DURAND, 1965, p. 178). Na confederação, os Estados permanecem competentes para fixar os limites de sua própria competência, o que acarreta serem dotados de soberania, na medida em que possuem “não só a capacidade de autodeterminação como também a de demarcar o seu campo de ação” (MELLO, 1937, p. 57), sem sofrerem interferências de quaisquer entes superiores, porque estes não existem para os Estados soberanos. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1937, p. 127) avaliava a titularidade da soberania pelo Estado Federal como uma de suas características, mas, das conclusões de Michel Temer (2007, p. 65) e Charles Durand (1965, p. 209), retiro que a soberania é mais uma consequência da forma de Estado escolhida do que uma de suas características conceituadoras. No Federalismo, os Estados-Membros não possuem soberania, reservada apenas ao Estado Federal.

Como é na Constituição Federal que estão definidas as relações entre o Estado Federal e os Estados-Membros, necessita o texto constitucional de uma interpretação adequada quanto à aplicação das normas que fixam essas relações. Historicamente, nas Federações, essa análise fica a cargo de um órgão único, normalmente federal, cuja interpretação constituirá um complemento da Constituição escrita. Charles Durand (1965), mesmo considerando a existência desse órgão como uma das características do Estado Federal, aponta a dificuldade

de proteção da autonomia dos Estados-Membros, dado que a interpretação da Constituição, podendo estar dominada por considerações políticas, enfrenta a possibilidade de ser feita em proveito do Estado Federal e em detrimento dos Estados-Membros (DURAND, 1965, p. 182). Nem Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1937), nem Michel Temer (2007) consideram esse aspecto essencial para a caracterização do Estado Federal. Temer (2007, p. 65) apenas apresenta “a existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis” como requisito necessário para a manutenção da federação, para que ela persista no tempo.

A base política do Federalismo, segundo Charles Durand (1965, p. 204), “é que a maioria dos cidadãos compreendidos numa das coletividades federadas possua o direito de poder se opor à maioria dos cidadãos da federação”. Essa visão doutrinária, que entendo como adequada e coerente com os princípios democráticos, leva, no mínimo, à análise, pelas assembleias legislativas, das mudanças constitucionais que afetam as populações de seus Estados. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, seis emendas propostas pelo Congresso falharam durante suas ratificações pelos Estados-Membros, estando quatro ainda tecnicamente pendentes.

Não obstante, nem Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1937), nem Michel Temer (2007) consideram esse requisito necessário para qualificar o Estado Federal. Os dois constitucionalistas, sobre esse aspecto, apontam apenas como nota essencial à caracterização do Estado Federal a “participação da vontade das ordens jurídicas parciais [dos Estados Federados] na vontade criadora da ordem jurídica nacional” (TEMER, 2007, p. 65). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1937, p. 127) resume essa característica, afirmando que “os Estados Federados participam sempre, com maior ou menor extensão, nas deliberações da União”.

Charles Durand (1965) não considera essencial para caracterizar o Estado Federal a participação dos Estados-Membros, como tais, na formação das decisões federais. Para ele, essa concepção, já em meados do século passado, era menos adequada do que foi no século XIX (DURAND, 1965, p. 180). Da mesma forma, considera ele, não seria determinante para o Estado Federal a existência de uma Câmara Legislativa na qual os assentos fossem repartidos pelas coletividades federadas sem levar em conta a importância numérica de suas respectivas populações (DURAND, 1965, p. 176). Essa visão parece mesmo bem atual, pois o que se identifica no Senado Federal é muito mais o comprometimento do voto do senador com o seu partido político do que com as posições possivelmente requeridas pelo Estado que representa. No dia a dia, o senador tende a acompanhar o voto orientado pelas cúpulas dos partidos políticos nacionais.

Para Charles Durand (1965, p. 189), a distribuição constitucional das competências – Estado Federal e Estados-Membros – seria a razão de ser do Federalismo. Ele cita que a Constituição do Estado Federal deveria, além de definir a existência de órgãos próprios, conter as competências exclusivas dos Estados-Membros (DURAND, 1965, p. 186). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1937, p. 127) entendia que esse regramento deveria estar sob o abrigo de uma constituição rígida, sendo sua existência, segundo ele, também uma característica do Estado Federal, no que é acompanhado por Charles Durand (1965, p. 209), que descreve a noção jurídica desse Estado como sendo uma federação na qual a distribuição de competências seja fixada por “uma Constituição verdadeiramente rígida”. Michel Temer (2007, p. 65) também valoriza o tema – a rigidez constitucional –, não como uma característica essencial do Federalismo, mas como um fator indispensável para a manutenção do Estado Federal, afirmando que “somente subsiste o Estado Federal onde o processo de modificação da

norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária”.

De todas essas propostas de caracterização do Estado Federal, distinguindo-o do Estado Unitário e do Estado Confederado, apresento, imaginando valer para este início de século XXI, três grandes linhas de características essenciais que qualificam o Estado objeto deste estudo. A primeira é a participação das vontades parciais na consecução da vontade geral, ou seja, a necessidade de participação dos Entes Federados nas deliberações do Órgão Central da Federação; a segunda é a repartição de competências, com descentralização política; e a terceira é a autonomia de todos os Entes Federados, definida nos termos do documento de constituição do Estado, reservada a soberania apenas ao Órgão Central comum. Penso que o Federalismo é, também, a forma de Estado que mais auxilia a descentralização do poder, funcionando como um instrumento que permite minimizar as consequências nefastas da concentração de poder político.

O quadro doutrinário apresentado vem sofrendo modificações ao longo do tempo, fruto da evolução histórica das sociedades políticas no século XX e neste início de século XXI. O desenvolvimento da indústria e dos transportes, a valorização da legislação de cunho social, a centralização estatal que ocorreu em razão das necessidades provenientes das duas grandes guerras, o dirigismo econômico, o advento da globalização e o incremento das comunicações, culminando com o uso da internet, tudo isso tem conduzido para uma mudança na caracterização do Estado Federal.

É forçoso concluir que os motivos listados tornam cada vez mais difícil a manutenção da tendência favorável ao respeito à autonomia dos Estados-Membros, base essencial do Federalismo. Tudo isso, aliado ao fortalecimento dos partidos políticos de âmbito nacional, leva a pensar que o marco jurídico do Estado Federal não corresponde mais ao espírito que anima a vida política.

A análise das características do Estado Federal somente com base nos fatores jurídicos não responde às questões vivenciadas pelas nações desse início de século XXI. A argumentação precisa deslocar-se para o campo político e social, tendo sempre presentes as transformações que têm ocorrido e que envolvem, externa e internamente, os Estados Federais.

#### 1.4. *Estado Regional*

O desenvolvimento deste tópico passa pelo estudo de pontos diferenciais que conduzem a algumas variantes de formas do Federalismo. Como ponto de partida da pesquisa, é necessário apresentar um conceito-base, preliminar e contemporâneo, para o Estado Federal. Fica ele, então, definido como aquele que possui uma relativa centralização de decisões no seu órgão central comum federal, coordenador e aglutinador, e no qual há uma repartição de competências entre o órgão central e as partes integrantes, que têm um poder político eleito pelos seus concidadãos e em condições de fazer valer sua autonomia administrativa e, principalmente, política, prevista na sua carta de constituição, que essencialmente caracteriza essa forma de Estado.

Os conceitos de distinção clássica entre as formas unitária e federal tratam da organização territorial do Estado. Neles, “o Estado Unitário tem um só nível de instituições políticas e o Estado Federal possui dois níveis de instituições políticas superpostas: a federação e os Estados-Membros ou Federados” (AJA, 2003, p. 21). Não deve ser olvidado, porém, que, tanto no Estado Unitário quanto no Estado Federal, há outro importante nível descentralizado de poder político, o poder local ou municipal, dotado, normalmente, de autonomia para deliberar sobre as questões particulares de seu âmbito.

No Estado Unitário, existe somente uma estrutura de poder sobre todo o território, no qual todos os cidadãos estão vinculados

“pelas mesmas leis, as mesmas decisões do governo e as mesmas sentenças judiciais” (AJA, 2003, p. 22). Essa igualdade, que conduz a uma uniformidade, explica Eliseo Aja (2003), “pode ser negativa se existem diferenças entre setores da população”. Esse é o ponto que será desenvolvido na sequência deste estudo.

Em sua teoria básica – divisão do poder –, Montesquieu (1995) apresenta essa partilha como uma condição essencial para a liberdade das pessoas, que necessitavam ser protegidas dos despotismos dos governantes. Quem conhece os homens sabe do que são capazes quando detêm o poder absoluto. Essa divisão de poder é, além disso, garantia fundamental para a existência e o exercício da democracia, vista esta como a supremacia da “doutrina clássica da soberania popular, a que compete, através da formação de uma vontade inalienável, indivisível e infalível, o poder de fazer as leis” (BOBBIO, 2009, p. 323), sob o jugo das quais as pessoas, elas próprias, colocarão limites à sua liberdade.

A teoria da necessária divisão do poder desdobra-se em duas vertentes. Uma no sentido lateral, a divisão horizontal do poder, na qual se podem distinguir o ramo legislativo, representado pelo parlamento, o ramo executivo, ou seja, o governo, e o ramo judiciário. A outra trafega no sentido dos níveis, a divisão vertical do poder, que, nos estados federados, fica bem caracterizada pela existência do poder central, a federação, e dos poderes regionais, representados também pela existência de um governo, um parlamento e tribunais judiciários nos Estados-Membros.

O Estado Unitário, originário normalmente da “concentração de poder realizada pela monarquia absoluta dos séculos XVI e XVIII” (AJA, 2003, p. 23), constitui-se de uma única estrutura de poder sobre todo o território, de uma única ordem legal para todos os seus cidadãos. Ele tem na igualdade a sua principal fonte de legitimidade e, por outro lado, a sua maior fraqueza.

Como o Estado Federal, também o Unitário convive com a autonomia municipal, autonomia esta que não veio pela delegação do poder central, como a dos Estados-Membros, mas que começa com a tradição de as paróquias se ocuparem da educação e do bem-estar das pessoas nos vilarejos. Quando a legislação separou os governos municipais da Igreja, consolidou-se a autonomia municipal.

O federalismo, por seu turno, tem evoluído muito ao longo do tempo, sendo importante acompanhar, mesmo que em linhas gerais, essa evolução. Com a valorização da democracia e do Estado Social, aquele federalismo do século XIX, o federalismo dual, no qual “cada instância de poder, a federação e cada um dos Estados decidiam cada um sobre seus próprios assuntos, governavam de maneira separada” (AJA, 2003, p. 29), evoluiu e assumiu a face do federalismo cooperativo ou de relações intergovernamentais. Fruto do desenvolvimento da economia do século XX, que impôs uma comunicação maior entre os membros das federações, fruto ainda da debacle econômico-financeira de 1929, que mostrou que os Estados sozinhos eram incapazes de resolver seus problemas econômicos e sociais, surgiu o federalismo cooperativo, caracterizado pela importante e necessária intervenção realizada pela federação para reanimar as economias locais. A necessidade de intervenção, em forma de auxílio, amalgamou de vez as relações de colaboração entre os diversos níveis de governo existentes na federação.

O crescimento da importância dos direitos sociais após a Segunda Grande Guerra “multiplicou as funções de todos os poderes públicos, tanto da federação, quanto dos Estados-Membros, e os obrigou a colaborar intensamente em muitos campos” (AJA, 2003, p. 29). Assim, esse novo federalismo, o Federalismo Cooperativo ou Intergovernamental, apresenta-se como a solução para o compartilhamento das tarefas públicas, o qual, como disse, é consequência da

complexidade crescente dessas tarefas e da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com a valorização cada vez maior dos direitos sociais e políticos.

Na sequência, como resultado do fenômeno da globalização, surge a criação de blocos de países, como a União Europeia, que passam a assumir competências importantes, tanto da federação, quanto dos Estados Federados. O conceito de regionalismo já era muito discutido, por conta das questões internas do Reino Unido, Bélgica, Itália e Espanha, entre outros países. Nesses casos, em função de fatores políticos internos, são reconhecidos feitos, situações diferenciais, que levam a ampliar o conceito de federalismo, para abarcar diferentes formas de descentralização, que, mantendo dois níveis distintos de poder, podem ser caracterizadas como um federalismo de regiões. Dessa forma, o conceito de regionalismo surge na União Europeia para fazer face às diferentes formas de concentração, incluindo-se aí as federais. Região, para este estudo, tem por definição a adotada por José Alfredo de Oliveira Baracho (1986), qual seja a de “uma área homogênea que possui características físicas e culturais distintas das áreas que a rodeiam. Apesar de fazer parte do domínio nacional, mantém um grau de consciência que define seus membros como um grupo humano unitário, com distinto sentimento de unidade cultural” (BARACHO, 1986, p. 276).

Dentro desse quadro, vem à tona a tentativa de conceituar o Estado Regional. Juan José Solozábal Echavarría (2004, p. 11), ao caracterizar a Espanha como um Estado Autônomo, apresenta, em sua análise comparativa deste Estado com um tipo padrão de Estado Federal, três características de descentralização comuns a ambos: dualidade institucional; repartição de competências ou atribuições entre as autoridades centrais e as territoriais; e resolução jurisdicional dos conflitos sobre essa repartição de competências, com critérios

exclusivamente jurídicos e constitucionais, por um tribunal ou pela organização judiciária ordinária, com independência e imparcialidade.

O estudo feito para a Espanha, na qual os Estatutos de Autonomia das Comunidades Autônomas (CCAA) corporificam verdadeiras Constituições Estaduais (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2004, p. 28), mostra que o Estado Autônomo é, para o momento, a resposta adequada à existência do pluralismo regional. Além disso, como explica Juan José Solozábal Echavarría (2004, p. 13), a solução de conflitos é deslocada dos arroubos de identidade política local para uma forma jurídica e resolvida por uma instância jurídica adequada, normalmente um Tribunal Constitucional.

A concessão de autonomia a poderes tradicionais, históricos, que, com o federalismo de Estados Autônomos, por exemplo, recuperam suas liberdades, é um “instrumento de modernização e democratização para enfrentar a oligarquia e a centralização” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2004, p. 16). Não obstante os nacionalismos territoriais terem uma demanda básica por autodeterminação, Juan José Solozábal Echavarría (2004, p. 26) assevera que, no exemplo espanhol, o Estado Autônomo “estabelece um modelo de integração realmente flexível e plural, no qual as CCAA têm suficientes instrumentos de autogoverno e dispõem de mecanismos adequados para a defesa de sua identidade coletiva”.

O Estado Regional pode ser, então, vislumbrado como um Estado originalmente Unitário que é levado a acomodar situações internas regionais diferentes. Na prática, o Estado Regional é uma das variantes do Estado Federal, admitido com o objetivo de harmonizar, em melhores condições, situações diferentes de determinadas regiões, que convivem com regionalismos exacerbados. Tal conceito, da forma como é exposto, pelas características culturais do povo brasileiro, não se aplica diretamente à evolução do federalismo no Brasil.

### 1.5. Estado Federal Cooperativo

Depois de ter tomado como base a forma de governo do Reino da Espanha para discutir algumas características que poderiam diferenciar o Estado Regional do Estado Federal, inicio uma breve análise do Estado Federal Cooperativo, centrando a pesquisa, para tanto, na evolução do federalismo na República Federal da Alemanha.

Conforme explanação de Hans-Peter Schneider (1979, p. 42), o Estado Federal da Alemanha tem por características básicas: a repartição de tarefas e competências entre a Federação e os Estados Federados (*Länders*); a participação dos Estados Federados na formulação das leis da Federação; a repartição tributária; e o estabelecimento de unidade de ação e eficácia política por meio de regulamentação da organização e do procedimento de funcionamento do Estado. Schneider (1979, p. 43), desviando-se um pouco da conceituação proposta por Hans Kelsen<sup>3</sup>, oferece, como opção, um conceito formalista de Estado Federal, que apresenta como sendo “uma união de organizações e ordenamentos jurídicos, de tal maneira que os distintos Estados-Membros constituem um Estado Total”.

Para Hans-Peter Schneider (1979, p. 43), nos moldes da interpretação dada ao Estado Federal Dual, do século XIX, que segue o modelo dos fundadores dos Estados Unidos da América, a essência do Estado Federal consistia na “soberania distribuída”. Ele desdobra a ideia ao afirmar que, com ela, “cada estado singular (federação ou estados federados) é soberano e autônomo, ou seja, exclusivamente competente naqueles âmbitos que lhe são confiados pela Constituição para o cumprimento de sua tarefa”

<sup>3</sup> Hans Kelsen (2000, p. 261) descreve o Estado apenas como a personificação da ordem jurídica nacional. Segundo sua análise, “não existe um conceito sociológico de Estado diferente do conceito de ordem jurídica; e isso significa que podemos descrever a realidade social sem usar o termo ‘Estado’” (KELSEN, 2000, p. 277). O que dá corpo ao Estado é a ordem jurídica que o estabelece.

(SCHNEIDER, 1979, p. 43). Esse sistema federal era entendido, por vezes, como um “mecanismo de freio” (SCHNEIDER, 1979, p. 45) do poder dado aos governantes pelos seus representados.

Todavia, os transtornos bélicos e as crises econômico-financeiras do século XX fortaleceram um sentimento geral de unidade. A moderna sociedade industrial – na qual crescem em importância “as implicações e dependências da vida social e econômica, assim como as múltiplas tarefas de planejamento, direção e distribuição” (SCHNEIDER, 1979, p. 45) – passou a exigir homogeneidade e proporcionalidade nas relações entre as comunidades internas de um país. Essa evolução, sentida durante o século XX, implicou o deslocamento progressivo do peso das tarefas estatais dos Estados Federados em direção à federação.

Com a modernidade industrial e o crescimento das reivindicações sociais pelo respeito a direitos individuais e coletivos, surge – fruto da falta de recursos financeiros na maioria dos Estados Federados para fazer frente às necessidades emergentes – uma área turva na distribuição de competências, ampliando-se, em função disso, as chamadas competências concorrentes. Apesar disso, não é lícito concluir que a ordem federativa perdeu suas funções. Simplesmente, o que tem ocorrido é a mudança de seu modo de atuação.

O Estado Federal, conforme afirma Schneider (1979), complementa o Estado de Direito no caminho de uma liberdade política concreta. Ele suplementa a ordem democrática e a divisão do poder. Ele abre possibilidades ao proteger minorias, impedindo que a maioria menospreze as minorias regionais; realiza, em melhores condições, o princípio da direção política alternativa, pois os partidos que se acham na oposição no nível federal podem realizar coalizões nos Estados Federados, demonstrando sua capacidade de governo; e facilita a democratização interna dos partidos políticos (SCHNEIDER, 1979, p. 46).

Outra visão interessante da divisão vertical do poder é a de que ela conduz os entes federados – federação e estados-membros – a uma situação de interdependência, levando a “um equilíbrio de poderes e a um mútuo controle”, uma vez que as competências legislativa, executiva e judiciária se repartem entre os entes da federação “de tal modo que a assunção de tarefas estatais precisa ser completada com a atividade do outro membro” (SCHNEIDER, 1979, p. 47).

Além disso, a descentralização existente no Estado Federal “oferece a oportunidade de experiências em âmbitos reduzidos” (SCHNEIDER, 1979, p. 47), conduzindo a uma pluralidade de centros de decisão, o que diminui o risco de crise do sistema político do país.

Dentro da forma de atuação do Estado Federal, uma diferença marcante entre o modelo norte-americano e o alemão é a de que, neste, o Conselho Federal, diferentemente do Senado daquele, participa e se articula, na feitura da legislação, como elemento importante da divisão horizontal do poder, atuando como representante direto dos poderes executivos dos Estados Federados.

A grande depressão econômica norte-americana da década de 1930, cujo estopim foi a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929, obrigou os governos dos Estados Federados e o governo da Federação a unirem esforços para enfrentar o desemprego que assolava o país. Nessa época, surgiu, nos Estados Unidos da América, o termo Federalismo Cooperativo para qualificar essa nova forma de governar. Os Estados Federados não tinham forças para, sozinhos, enfrentar a implementação das medidas socioeconômicas necessárias para debelar a crise.

Era imperioso que a Federação coordenasse os esforços, atuando em cooperação com os Estados Federados, no que, na Alemanha do Pós-Segunda Guerra, ficou conhecido como entrelaçamento político ou política do entrelaçamento (*Polikverfle-*

chtung). Konrad Hesse chegou a cunhar a expressão “Estado Federal Unitário” (NAGEL, 2002, p. 69) para resumir a nova situação do Estado Alemão derrotado na Segunda Grande Guerra. No final dos anos 1960, a avaliação do sistema educacional alemão, que era da alçada dos Estados Federados, constatou uma situação de catástrofe no ensino. Somente com a coordenação e com o aporte de recursos da Federação, seria possível reverter o quadro existente no sistema de ensino da Alemanha. A formação de partidos políticos nacionais fortes também foi um fator que ajudou a unitarização.

Essa evolução levou a que as modernas formas de distribuição de competências entre Estados-Membros e Federação se caracterizassem pelo desempenho de grande parte das tarefas no nível estatal global da Federação. A concentração de tarefas estatais na Federação está muito avançada. Embora a Constituição preveja competências exclusivas aos Estados Federados e competências concorrentes, “tal condição tornou-se há muito tempo uma ilusão” (SCHNEIDER, 1979, p. 53).

Nesse contexto, surge a dúvida sobre a possibilidade de a divisão horizontal do poder, por si só, ser capaz de atuar como única garantidora da liberdade individual e do respeito aos direitos fundamentais em face de possíveis governos despóticos que estabeleçam maiorias no parlamento e que tenham indicado número considerável de juízes nos tribunais superiores. Na mesma análise, a questão que aparece, diante da realidade vivida de concentração de tarefas estatais nas mãos da federação, diz respeito aos caminhos que devem ser percorridos para a manutenção da benéfica – tanto para a democracia, quanto para o Estado de Direito – divisão vertical de poder.

A federação tem influído, de forma crescente, na administração dos Estados Federados. Na Alemanha, explica Hans-Peter Schneider (1979, p. 54), “os Estados Federados aplicam, no mais das vezes, o

Direito Federal, e a Federação faz uso de sua faculdade, cada vez em maior proporção, de editar normas administrativas que regulem, detalhadamente, o emprego da legislação federal”. Os Estados Federados tentam fazer frente a esse processo de unitarização por intermédio de “sua participação nas tarefas legislativas e administrativas da Federação” (SCHNEIDER, 1979, p. 54). No Federalismo alemão que se verifica após a unificação, tem papel importante o Conselho Federal (*Bundesrat*). Ele é composto por 69 representantes dos governos dos 16 *Länders*, tendo cada um deles direito a, no mínimo, 3 e, no máximo, 6 representantes, proporcionalmente às suas populações. Os representantes de cada Estado são indicados e nomeados pelos respectivos chefes dos Executivos estaduais, o que, de alguma forma, enfraquece os parlamentos dos Estados Federados. O Conselho Federal, o chamado parlamento dos altos funcionários, participa das decisões relativas às leis federais concernentes às competências dos Estados Federados, desempenhando, assim, um importante papel na política de entrelaçamento que caracteriza o Estado Federal Cooperativo.

Como contraponto ao Federalismo Dual Norte-Americano original, que é cioso na definição clara de competências e responsabilidades da Federação e dos Estados-Membros, o Federalismo Cooperativo, tomando-se como exemplo a Alemanha, tem como uma de suas características “a divisão entre a legislação e a execução de muitas competências” (NAGEL, 2002, p. 93), ou seja, para uma mesma tarefa ou atribuição, um nível legisla e outro executa, o que orienta para uma necessária cooperação. Caracteriza, ainda, este tipo de federalismo a existência de uma coordenação realizada pela Federação para, a título de ajuste das situações jurídicas dos Estados Federados, homogeneizar a prática administrativa nacional, acordando procedimentos comuns, “por meio de convênios políticos, acordos administrativos, ou mediante a criação de órgãos



comuns” (SCHNEIDER, 1979, p. 58). Outra característica que pode ser encontrada no Estado Federal Cooperativo é o estabelecimento de modificações constitucionais que permitam a “participação da Federação no desempenho de competências dos Estados” (SCHNEIDER, 1979, p. 58), como a educação e a saúde em determinados níveis, por exemplo. Fechando essa breve caracterização do Estado Federal Cooperativo, podem ser apontadas a supremacia da arrecadação tributária nas mãos da Federação e a consequente necessidade de repasses tributários financeiros aos estados e municípios, com o fito de, conforme explica Hans-Peter Schneider (1979, p. 60), remover os obstáculos ao equilíbrio econômico, compensando a desigualdade entre os Estados e fomentando o crescimento econômico.

Como fecho desta parte, relativa ao Estado Federal Cooperativo, reconheço que esse tipo de Estado, tão facilmente identificável nos dias de hoje, pode ser conceituado como aquele em que cada ente, seja a Federação, sejam os Estados Federados, participa, de forma entrelaçada, da formulação do planejamento e da execução da maior parte das tarefas que lhe são afetas, mesmo que sejam originalmente exclusivas de apenas uma das partes.

## 2. *Funcionamento do Estado Federal*

### 2.1. *Repartição de Competências*

O Estado Federal, por construção legal, compartilha, no seu âmago, com, no mínimo, dois ordenamentos jurídicos. Para assegurar o convívio harmonioso e profícuo dos ordenamentos que compõem esse Estado, a estrutura federal exige, conforme aponta Raul Machado Horta (2010, p. 309), que se estabeleça a repartição de competências. Ao dissertar sobre essa forma de Estado, Hans Kelsen (2000, p. 452) explica que a ordem jurídica de um Estado Federal é composta por normas centrais, válidas para o seu território inteiro, e por normas locais, válidas

apenas para porções desse território, para os territórios dos Estados-Componentes. Quanto mais ampla for a competência dos órgãos centrais, a competência da Federação, mais restrita será a competência dos órgãos locais, a competência dos Estados-Membros, e maior será o grau de centralização.

Além de os entes federativos possuírem determinadas competências que lhes são exclusivas, eles partilham determinadas competências de forma conjunta, segundo o que normalmente determina a Constituição da Federação nos capítulos referentes à organização do Estado. Essas competências exercitáveis conjuntamente – as competências concorrentes – tomam corpo quando “a uma só matéria concorre a competência de mais de um ente político” (ALMEIDA, 2010, p. 112).

As competências concorrentes, também designadas como competências comuns, objetivam estabelecer e fomentar, entre os Poderes Públicos dos diversos níveis, a cooperação na execução de tarefas de grande relevância social (ALMEIDA, 2010, p. 113). No caso brasileiro, essas competências comuns partem da União, como órgão centralizador mais elevado, passam pelos Estados-Membros, incluído aí o Distrito Federal, e chegam às comunidades locais, os municípios.

A nossa Carta da República, colhendo experiência inicial da Constituição de 1934, traz, no seu art. 23, um primeiro rol de competências comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estas são caracterizadas como competências materiais concorrentes – competências gerais ou de execução –, que o constituinte original julgou serem de elevado interesse público e, portanto, merecerem o concurso de todos os níveis de Poder, de forma cooperativa, para a consecução do desenvolvimento equilibrado e do bem-estar da população do país.

Na legislação brasileira, a coordenação e a cooperação no exercício das competências

comuns serão reguladas por leis complementares, pela dicção do parágrafo único do art. 23 do texto constitucional. Uma comparação entre os incisos dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal mostra que, na maior parte dos casos, essas leis complementares que regularão as competências materiais serão oriundas de competência legislativa concorrente, segundo a qual a União edita normas gerais e os Estados Federados e Municípios, as normas específicas fundadas em suas competências complementares.

A partir de junho de 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, a coordenação, a cooperação e a execução das competências materiais comuns, a despeito de poderem ser reguladas por leis complementares inseridas, no mais das vezes, na competência legislativa concorrente, passaram a poder ser efetivadas, conforme dispõe o novo art. 241 da Constituição da República, por consórcios públicos e convênios de cooperação, disciplinados por meio de lei federal. Tal mudança no texto constitucional promove um retorno ao sistema da Constituição de 1967, que permitia a “celebração de convênios com vistas à execução das leis e serviços de um ente político por outro” (ALMEIDA, 2010, p. 119).

Partindo-se agora para a análise da competência legislativa concorrente, é necessário apresentar as duas espécies desse tipo de competência. Doutrinariamente, a competência legislativa concorrente pode ser dividida em cumulativa e não cumulativa. A competência legislativa concorrente cumulativa tem lugar quando o ente – União, Estado Federado ou Município – não sofre qualquer limitação prévia para o exercício de determinada competência. Essa modalidade de competência concorrente, de pouco destaque, tem lugar, por exemplo, quando ocorre uma possível delegação de competência entre aquelas previstas no parágrafo único do art. 22 da Constituição da República. No caso especial de se identificar, no exercício da competência

legislativa concorrente cumulativa, um conflito aparente entre norma federal e norma estadual, advoga Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 121), seguindo postura de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que deve prevalecer o brocardo *Bundesrecht brich Landesrecht* (Lei Federal prevalece sobre Lei Estadual). No entanto, não se pode olvidar, afastando-se da análise em abstrato, que se trata de questão delicada, cuja decisão de prevalência deve ser mais bem fundamentada quando se está diante de um caso concreto.

A outra modalidade, a competência legislativa concorrente não cumulativa, também nomeada como repartição vertical da competência, ocorre quando, dentro de uma competência material definida – por exemplo, proporcionar os meios de acesso à educação –, fica facultada ao corpo central, à Federação, a responsabilidade por dispor sobre as normas gerais que nortearão a matéria, reservando-se ao ente federativo, aos Estados Federados e, no Brasil, também aos Municípios, a capacidade de estabelecer as normas particulares ou específicas, no que se convencionou chamar de competência complementar<sup>4</sup>. Quando o ente central, ao qual está facultada a competência de dispor sobre as normas gerais, deixa de exercitar tal competência, pode o ente federado, Estado ou Município, assumir a lacuna deixada pelo Órgão Central e expedir também as normas gerais sobre o tema, no que a doutrina designou como competência supletiva.

Então, no tocante à competência legislativa concorrente não cumulativa, quando a Federação deixa de editar as normas gerais, de sua alçada, sobre determinada matéria comum, podem o Estado Federado e, na sua falta, o Município suprir a ausência e dispor sobre tais normas, para o âmbito de seus territórios, pela com-

<sup>4</sup> A Constituição de 1988 insere, no texto do § 2º do art. 24, uma inovação terminológica, ao tratar a competência complementar por competência suplementar (ALMEIDA, 2010, p. 134).

petência supletiva que possuem. Como, nessa seara, já possuíam o Estado Federado, por força do art. 24 da Carta Magna, e o Município, pela dicção do inciso II do art. 30 do mesmo texto constitucional, a competência complementar para editar as normas particulares ou específicas, ficam esses entes com o poder para dispor sobre toda a matéria até que o nível superior, a União, publique as normas gerais sobre o tema. No campo da competência supletiva, quando há conflito entre as normas gerais de níveis diferentes, prevalecem as normas editadas pelo Órgão Central, não por qualquer superioridade existente, mas pelo “primado do interesse nacional”, que opera para integrar a “nação como um todo” (ALMEIDA, 2010, p. 122).

Conforme identifica Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 141), o Constituinte de 1988, ao ampliar o rol de competências legislativas concorrentes não cumulativas, apostou na “descentralização de poderes, tão necessária na Federação brasileira”. Mas esse é o ponto da discussão nos dias de hoje. A questão envolve o estudo sobre concentração de poder político e administrativo no nível mais elevado, na Federação. Pela análise doutrinária dominante, a distribuição de competências legislativas concorrentes leva a que os Estados Federados, tomando por base as normas gerais expedidas pela Federação, possam adotar as legislações complementares específicas que melhor se coadunem com as peculiaridades de cada região. Daí o raciocínio de que o estabelecimento dessas competências em diferentes níveis facilita a descentralização de poder. Todavia, cabe perguntar se essa descentralização realmente se efetiva. Não estaria a Federação, a título de prescrever normas gerais, adentrando a legislação de normas específicas de atribuição de Estados e Municípios? No Brasil, tudo leva a crer que a ampliação do rol de competências legislativas concorrentes não cumulativas, aliada à redução das competências exclusivas dos

Estados Federados e dos Municípios, tem concorrido para a centralização de poder nas mãos do Órgão Central, a União.

## 2.2. *Pluralidade de Ordenamentos*

A questão aqui é discutir o sentido e o âmbito das leis federais, estaduais e municipais e a forma como elas se relacionam num Estado Federal como o Brasil.

Inicialmente, é bom ter em mente que a norma jurídica pode apresentar-se sob a forma de um princípio ou de uma regra. Ela é um princípio quando dotada de elevado grau de abstração e uma regra quando esse nível de abstração é reduzido. No texto constitucional, o princípio “impõe aos órgãos do Estado a realização de fins, a execução de tarefas, a formulação de programas”, enquanto a regra “se introduz no domínio da organização e do funcionamento dos órgãos, serviços e atividades do Estado e do Poder” (HORTA, 2010, p. 253).

No bojo da Constituição, há um conjunto de normas vinculadas à forma federal do Estado – as chamadas normas centrais constitucionais –, cuja função precípua, como explica Raul Machado Horta (2010, p. 254), “é manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-Membros e nos Municípios”. Caso a legislação estadual ou a municipal contrariem uma norma central da Constituição da República, elas ficam sujeitas a sanções por inconstitucionalidade.

O âmbito das normas centrais constitucionais, acompanhando a evolução do Federalismo, tem variado ao longo do tempo. No Federalismo clássico do século XIX, baseado na Constituição dos Estados Unidos da América, essas normas eram mais restritas, voltadas para a forma de governo e de Estado, para a separação de poderes e para a declaração dos direitos individuais. No Federalismo contemporâneo, essas normas têm seus conteúdos ampliados para estabelecer também novas dimensões da repartição de competências,

para ampliação dos direitos fundamentais e para inclusão da ordem econômica e social.

O modelo norte-americano, com seu sistema dual de governo, foi contrário, por óbvio, à existência de normas centrais na Constituição de 1787, deixando a cada Estado a organização do governo estadual. Na Constituição dos Estados Unidos da América, as pouquíssimas normas dirigidas aos Estados Federados, constantes da seção 10 (Limitações dos Estados) do art. 1º (Do Poder Legislativo), possuem apenas caráter negativo, conduzindo esses Estados a não praticarem atos contrários ao sistema federal e a assumirem determinadas competências somente com autorização do Congresso Nacional.

Em sentido contrário, vem a Constituição da Áustria de outubro de 1920, influenciada diretamente por Hans Kelsen (2000), que inaugura nova faceta do Federalismo, estabelecendo em seu texto um volume expressivo de normas centrais, entendidas como aquelas endereçadas ao cumprimento por toda a Federação. A Constituição Austríaca, que repercutiu na Alemanha e passou a ser considerada como modelo europeu de constitucionalismo, foi grande inspiradora das Constituições latino-americanas. As regras centrais interferiam tanto nos Estados-Membros – regulavam a organização do Poder Legislativo desses Estados, dispendo até sobre *quorum* de votação de lei estadual; disciplinavam, também, a organização do Poder Executivo Estadual; e baixavam um grande número de determinações para as administrações públicas locais – que restringiam sobremaneira suas autonomias, chegando a colocar em dúvida a capacidade de governança própria desses entes federados.

Ao tratar da organização do Estado Federal e da forma de relacionamento do Órgão Central com os Governos Locais, Hans Kelsen (2000) apresenta o que se convencionou chamar de Teoria das Três Ordens Jurídicas, segundo a qual a Federação compõe-se de três ordens jurídicas

distintas: a da coletividade central, as das coletividades-membros e a da coletividade total. “As duas primeiras ordens são juridicamente iguais, porque estão, na mesma medida, subordinadas à ordem jurídica superior – a da comunidade total” (ATALIBA, 1980, p. 66).

Assim, no que chamamos Constituição Federal, há duas cartas distintas: a Total e a da União. A Constituição Total estabelece os poderes do Estado Federal, sendo, então, a Constituição da Federação; a outra, a Constituição da União, por seu turno, apenas regula as competências da Coletividade Central, que a ela foram delegadas pela Constituição Total. A Constituição da União, portanto, encontra-se no mesmo plano das Constituições dos Estados-Membros, pois tanto uma quanto as outras regem competências que foram outorgadas pela Constituição Total às coletividades parciais.

O chamado Estado Federal é o total, que compreende, assim, o central (a União) e os locais (os Estados Federados e os Municípios). Nessa linha de raciocínio fica bem caracterizada a relação de igualdade e de coordenação entre as leis federais, as leis estaduais e as leis municipais, que, “por estarem no mesmo plano, não se confundem, mas se acomodam às leis nacionais, nos limites dos respectivos campos constitucionais” (ATALIBA, 1980, p. 67). Isso ocorre porque “todas as leis do país, nos seus respectivos âmbitos de validade, estão subordinadas à Constituição” (ATALIBA, 1980, p. 60), e, da pirâmide kelseniana vem a inferência de que uma norma retira sua validade da conformação com outra norma, que lhe é superior. Como todas as leis retiram sua validade da Constituição da República, não há, em sentido estrito, hierarquia de leis em nosso sistema, havendo, isto sim, “repartição (constitucional) de áreas de competência” (ATALIBA, 1980, p. 60).

Cabe, no entanto, fazer uma distinção entre lei nacional e lei federal. A lei nacional publiciza as normas gerais “que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer

pessoa política, mas os transcendem aos três” (ATALIBA, 1980, p. 61-62). A lei federal, por sua vez, tem campo próprio e específico: seu destino exclusivo são os órgãos da União. As leis nacionais, oriundas da Federação, que têm por escopo normas gerais para todos os entes do Estado Federal, prevalecem sobre as leis federais, as leis estaduais e as leis municipais, não por qualquer dose de hierarquia, mas em função da delimitação dada pela Constituição da República. Nunca é demais lembrar que o conteúdo das leis nacionais não pode “estender-se validamente aos objetos próprios da legislação federal, estadual e municipal” (ATALIBA, 1980, p. 62).

Uma breve comparação entre a Lei nº 4.771, de 1965, que institui o Código Florestal, e a Lei nº 12.214, de 2010, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2010, pode exemplificar bem a diferença entre leis nacionais e leis federais. A primeira, como exemplo de lei nacional, prescreve, no seu art. 1º, que as florestas existentes no território nacional são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação geral e a citada lei estabelecem. A segunda, a Lei Orçamentária de 2010, por seu turno, dirige-se especificamente aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, estimando receitas e fixando despesas para a União, caracterizando, assim, exemplo de lei federal.

É, pois, coerente dizer que o Estado Federal possui uma personalidade complexa. Nele há leis da União (federais), leis dos Estados-Membros (estaduais), leis dos Municípios (municipais) e leis voltadas indistintamente para todas as pessoas (nacionais). A argumentação de Hans Kelsen (2000), contrária à tese de que a União possui supremacia de competência sobre os demais entes, dá suporte ao entendimento que faz a distinção entre a norma nacional – geral, global, total – e a norma federal, caracterizada como parcial, central

ou destinada especificamente aos diversos órgãos da União. Assim, “quando se fala que a União – pura e simplesmente – possui a supremacia da competência, deve-se pensar na União como ordem total (global), e não como mera ordem central” (ATALIBA, 1980, p. 63).

A União, dentro da Federação, personifica um ente com tríplice capacidade: “capacidade de direito internacional, capacidade de Estado central e capacidade estrita de União, em oposição aos Estados Federados” (ATALIBA, 1980, p. 65). Se há uma relação de oposição, ela se estabelece entre União e Estados Federados. Não há oposição entre a Federação e os Estados Federados, uma vez que aquela é, em síntese, a associação destes. Na Constituição Federal de 1988, por exemplo, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, como ordens parciais, estão no mesmo nível de paridade. Nenhum deles possui soberania, reservada ao Estado Federal; mas todos possuem autonomia, dentro da esfera de competências estabelecidas e repartidas pelo texto constitucional.

### *2.3. Constitucionalidade da Legislação Estadual e Municipal*

Prosseguindo-se no estudo do funcionamento do Estado Federal, cabe analisar agora a constitucionalidade da legislação estadual, distrital e municipal em face da Constituição da República, elo superior e central do ordenamento jurídico brasileiro.

O ponto de partida para a discussão desse tema é a concepção exposta por Hans Kelsen. Ele, primeiramente, defende que as comunidades de pessoas são, em última instância, comunidades jurídicas, criadas, portanto, em função das legislações que as aglutinam, ou seja, as comunidades tomam corpo, são constituídas, em razão do estabelecimento de ordens jurídicas que regulam o viver em sociedade. No caso do Estado Federal, Kelsen (2000) – além de identificar a existência de uma ordem jurídica central, que forma a comunidade jurídica

central (a União, para o caso brasileiro), e as ordens jurídicas locais, que constituem as comunidades jurídicas locais (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), todas essas, tanto a central quanto as locais, consideradas como comunidades parciais – advoga, em segundo lugar, a existência de uma ordem jurídica total ou nacional, somatório das ordens jurídicas central e locais, “que constitui a comunidade jurídica total, o Estado” (KELSEN, 2000, p. 434-435).

É interessante notar que, apesar de as análises enfocarem principalmente o *status* territorial de aplicação das legislações, “as comunidades parciais em que consiste a comunidade total não precisam ser estabelecidas sobre uma base territorial” (KELSEN, 2000, p. 435), pois as normas resultantes de uma ordem jurídica podem também diferir em função de distintas esferas pessoais de validade. Por exemplo, a Lei nº 10.836, de 2004, que instituiu o Programa Bolsa Família, tem por escopo beneficiar as famílias brasileiras cuja renda *per capita* seja igual a ou menor que R\$ 140 (cento e quarenta reais), independentemente do local em que residam no território nacional.

Como explana Léo Ferreira Leony (2007, p. 6), a abordagem da ordem jurídica pelo critério pessoal de validade pode levar à identificação: (a) de regimes jurídicos obrigatórios e uniformes para todos os entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, cujo exemplo clássico é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000), norma central que obriga, simultaneamente, todos os citados entes; (b) de regimes jurídicos obrigatórios e diferenciados para os diversos entes, como o decreto-lei que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública (Dec.-Lei nº 3.365, de 1941), da lavra do Presidente Vargas e em vigor até hoje, no qual há um tratamento diferenciado para os bens da União em relação aos demais entes federativos; e (c) de regimes jurídicos específicos, exclusivos para determinado ente federativo, sendo a Lei nº 8.112, de

1990, um bom exemplo para ser citado, pois dispõe, particularmente, sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis vinculados organicamente à União. As duas primeiras classificações se enquadrariam bem no conceito de leis nacionais, normas centrais obrigatórias que incidem em todo o território nacional sem excluir qualquer ente federativo, ou seja, vinculando a todos; a terceira classificação, por outro lado, aproxima-se mais do conceito de lei federal, pois, apesar de ser uma norma central, válida para todo o território nacional, obriga apenas a União.

Nesse contexto, convém dar atenção especial às normas constitucionais federais que são de observância obrigatória para os Estados-Membros, pois, no estudo sobre o Federalismo, não se pode descuidar que a autonomia do Estado-Membro, fruto da repartição de competências, “constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal” (HORTA, 1964, p. 13). Quanto maior for o número de normas de observância obrigatória e quanto mais densos forem os seus conteúdos, ou seja, quanto mais limites forem impostos aos Estados-Membros, menor será a liberdade que o poder constituinte do Estado-Membro terá para exercitar sua necessária autonomia.

A Constituição da República, por vezes, limita o poder autônomo do Estado Federal, que em tese deveria ser pleno, visando a garantir uma “homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas” (HORTA, 2010, p. 254). Fruto dessas limitações, o ordenamento do Estado-Membro pode ser considerado, conforme pondera Raul Machado Horta (1964, p. 63), como parcialmente originário e parcialmente derivado. Ele é parcialmente originário quando as normas que produz não sofrem limitações materiais oriundas da Constituição Federal; é parcialmente derivado quando tem de respeitar os determinantes heterônomos estabelecidos pelo texto constitucional da República e consubstanciados nas normas constitucionais de observância obrigatória.

Essas normas podem estar expressas no texto constitucional da Federação ou apresentar-se de modo implícito, como ocorre, por exemplo, quando, ao estabelecerem a repartição de competências, “acabam por revelar, implicitamente e por exclusão, o que é vedado aos demais” (LEONCY, 2007, p. 16). Elas podem desempenhar funções de normas mandatórias ou preceptivas, bem como de normas vedatórias ou proibitivas, todas determinando “o retraimento da autonomia estadual” (HORTA, 1964, p. 226).

As normas limitadoras do poder de legislar e de conduzir os governos dos Estados Federados possuem algumas categorias. As mais conhecidas são os princípios constitucionais sensíveis, as normas de preordenação institucional, as normas federais extensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos.

A expressão “princípios constitucionais sensíveis” foi cunhada por Pontes de Miranda para designar o que hoje vêm a ser as alíneas do inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, as quais enumeram os princípios que, quando violados pelo Estado-Membro, dão ensejo à intervenção federal, sendo, em função disso, também chamados de princípios constitucionais de intervenção.

As normas de preordenação institucional são aquelas que, constando do texto da Constituição da República, delimitam, antecipadamente, a estrutura dos órgãos componentes dos Estados-Membros, podendo ser citadas, como exemplos, as normas dos arts. 27 e 28 da Lei Maior.

As normas federais extensíveis, também chamadas regras de extensão normativa, como o próprio nome aponta, são aquelas prescrições constitucionais de organização da União que, por determinação da Constituição da República, têm sua aplicação estendida aos Estados-Membros. Um exemplo é o art. 75 da Constituição Federal, que projeta para os Tribunais de Contas dos Estados as normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União. Algumas pos-

tulações sobre a existência de várias dessas normas necessitam de análise interpretativa abalizada, visto que são de difícil descoberta, porque, em boa parte, estão implícitas, o que impõe, normalmente, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Os princípios constitucionais estabelecidos, cognominados também de princípios de subordinação normativa, dos quais cito como exemplos os arts. 37 e 39 da Constituição Federal, predizem normas do arcabouço constitucional e infraconstitucional a ser “editado pelos órgãos de produção normativa do Estado-Membro” (LEONCY, 2007, p. 25).

Como o ordenamento jurídico do Estado Federado possui um caráter derivado, uma vez que a Constituição Federal ocupa o ápice da pirâmide kelseniana, podem surgir, naquele ordenamento, normas estaduais de reprodução ou simplesmente normas de reprodução, assim consideradas quando o constituinte derivado apenas transpõe para o texto da Constituição Estadual normas constitucionais federais de idêntico teor. É certo, porém, que não pode o constituinte derivado decorrente transferir normas da Constituição da República “sobre matérias para as quais o Estado-Membro, por vedação constitucional, não possui competência” (LEONCY, 2007, p. 27).

Outra classificação que merece nota é a das normas constitucionais federais de extensão proibida aos Estados, porque elas, normalmente, representam exceções a princípios constitucionais de observância obrigatória para os Estados. O fato de tais normas serem destinadas, em caráter excepcional, a órgãos ou entes da União não autoriza a extensão do seu conteúdo aos órgãos ou entes dos Estados-Membros. Um bom exemplo é o art. 86, § 3º, da Constituição Federal, que atribui imunidade ao Presidente da República em relação às prisões, só podendo ele ser preso após sentença condenatória. Segundo o STF, tal norma não pode ser estendida aos Governadores, porque seria prerrogativa típica de chefe de Estado.

Por fim, há no texto constitucional estadual as chamadas normas autônomas, divididas em normas originais de auto-organização e em normas de imitação. As primeiras representam a possibilidade de o constituinte decorrente particularizar suas necessidades no texto da Constituição de seu Estado, sem sofrer qualquer limitação de norma hierárquica superior. As segundas, as normas de imitação, são aquelas transplantadas de normas constitucionais federais não obrigatórias para os Estados-Membros que, pelos seus méritos, o constituinte derivado decorrente optou por reproduzir no texto da Constituição Estadual.

Antes de iniciar a análise da constitucionalidade das leis estaduais, é bom observar que é o advento de uma rígida repartição de competências que possibilita a existência simultânea de três ordenamentos jurídicos distintos – federal, estadual e municipal – sobre a mesma população, de um mesmo território, num mesmo momento histórico. Como a mesma matéria não pode ser disciplinada validamente por mais de uma ordem jurídica, não pode existir hierarquia entre normas federais, estaduais e municipais.

No âmbito estadual, *mutatis mutandis*, tem a Constituição Estadual também supremacia, em virtude da rigidez constitucional de que é dotada, havendo, portanto, hierarquia entre seu texto e o ordenamento jurídico infraconstitucional que lhe é consequente, conforme prescrevem o art. 35 e o § 2º do art. 125 da Constituição Federal. Não obstante, não se pode olvidar que “em relação às matérias de competência exclusiva do Município conferidas pela Constituição Federal não há que falar em hierarquia de lei estadual frente à municipal” (FERRARI, 2003, p. 93).

O questionamento da constitucionalidade de leis municipais pode ser levantado em face da Constituição Estadual ou da Constituição Federal. Quando ocorre possível violação da Constituição do Estado-Membro por lei ou ato normativo munic

pal, o controle de constitucionalidade será realizado pelos tribunais de justiça dos Estados em última instância. Esse controle de constitucionalidade de leis estaduais e municipais perante a Constituição Estadual, feito de forma definitiva pelos tribunais de justiça dos Estados, “representa o modo mais característico de asseguramento da autonomia estadual” (FERRARI, 2003, p. 96).

Por outro lado, quando a lei municipal afrontar norma da Constituição da República, a decisão sobre sua constitucionalidade caberá ao Supremo Tribunal Federal, desde que tenha sido questionada pela via de defesa, no controle difuso, impugnando decisões dos tribunais inferiores, em grau de recurso extraordinário, conforme dispõe o inciso III do art. 102 do texto constitucional federal. Outra hipótese de chegar ao STF, esta de modo direto, agora no controle concentrado e abstrato, ocorre quando o ato do Poder Público Municipal configure possível descumprimento de preceito constitucional fundamental, previsto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal e regulado pela Lei nº 9.882, de 1999.

Não há, por fim, no ordenamento jurídico pátrio, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, como também não há possibilidade de tal ação ser ajuizada perante os tribunais de justiça dos Estados. Os caminhos, portanto, para a realização do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que firmam a Constituição da República são apenas dois: por meio de recurso extraordinário, no modelo difuso de controle, ou, quando for o caso, por meio de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

#### 2.4. Princípio da Subsidiariedade

Na organização político-administrativa do Estado, o princípio da subsidiariedade ganhou destaque, alçado ao *status* de princípio jurídico de Direito Comunitário após sua introdução no Tratado sobre a União



Europeia, assinado em Maastricht, nos Países Baixos, em fevereiro de 1992.

Antes da normatividade como princípio jurídico, o entendimento da subsidiariedade como princípio filosófico ou aspiração de política social foi formulado por Aristóteles, na sua concepção de bem viver na pólis, explorado por Dante Alighieri, ao apresentar o seu pensamento político na obra *Monarquia* e, por fim, definido pela doutrina social da Igreja, na encíclica *Mater e Magistra*, do Papa João XXIII. Reportando-se às ideias da encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, João XXIII afirma não ser lícito tirar dos indivíduos para atribuir à comunidade o que eles podem realizar por esforço próprio, tampouco transferir para uma comunidade maior ou mais elevada o que as comunidades menores e inferiores podem fazer, pois “qualquer intervenção social, por sua força e natureza, deve trazer ajuda supletiva aos membros do corpo social, nunca, porém destruí-los ou absorvê-los” (POPE JOHN XXIII, 1961).

A absorção do princípio da subsidiariedade no concerto jurídico deu-se por meio do Direito Comunitário, cujas fontes escritas originais foram o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de abril de 1951, e o Tratado de Roma, de março de 1957, constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom).

O Direito Comunitário, de natureza supranacional, desdobramento do Direito Internacional, é a classificação que passa a existir quando se cria uma comunidade jurídica que integra Estados soberanos. Nesse tipo de comunidade, as decisões dos tratados internacionais – como as tomadas pelo Parlamento Europeu – dispensam a ratificação interna dos Estados.

O Tratado de Maastricht, texto de Direito Comunitário, adota a subsidiariedade como princípio jurídico integrante do ordenamento da União Europeia. Já no preâmbulo do instrumento, consta a orientação para que as decisões sejam tomadas sempre

o mais próximo possível dos cidadãos. No seu art. 3º-B, ele define o novo marco jurídico, ao determinar que, nos campos que não sejam de sua atribuição exclusiva, a Comunidade apenas intervenha, de acordo com o princípio da subsidiariedade, “se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser mais bem alcançados pelo nível comunitário” (UNIÃO EUROPEIA, 1992).

O princípio da subsidiariedade, galgado ao patamar de princípio jurídico pelo Tratado da União Europeia, exprime uma diretriz, um caminho ou um roteiro a percorrer. Ele não propõe uma repartição de competências de matérias adrede determinadas; pelo contrário, no tratado, o princípio da subsidiariedade firma-se vinculado ao princípio da proporcionalidade, “contemplado na recomendação para que a ação não exceda ao que for necessário para a realização do objetivo” (HORTA, 2002, p. 463).

Na sequência e fruto das necessárias adaptações dos textos das Constituições dos Estados-Membros da União Europeia, o princípio da subsidiariedade foi elevado ao *status* de princípio constitucional quando as Cartas da Alemanha, de 1949, e de Portugal, de 1976, por meio de processo de revisão, integraram o citado princípio aos respectivos textos.

No caso da Alemanha, vale notar que a introdução do princípio da subsidiariedade – que prioriza a tomada de decisões nos níveis mais próximos da população – no texto da Lei Fundamental de Bonn teve como consequência o favorecimento da posição dos Estados-Membros, os *Länders*, “no âmbito das relações supraestatais, reduzindo o monopólio dos poderes da União Federal neste domínio” (HORTA, 2002, p. 464).

A doutrina portuguesa, por sua vez, identificou, apesar das reservas formuladas por Jorge Miranda, que a absorção do princípio da subsidiariedade em sua revisão

constitucional de 1992 marcava o controle de uma possível tendência de interpretação expansiva das competências da Comunidade, em detrimento das competências dos países-membros.

O princípio da subsidiariedade pode ser identificado, então, pelos seguintes elementos: origem no Direito Comunitário; ausência de prévia designação de sua matéria; concretização dependente de critérios flexíveis e circunstanciais; e inexistência de repartição de competências oriunda da existência do princípio.

Não obstante toda essa fundamentação, que revela as visíveis vantagens de aplicação do princípio da subsidiariedade – pois é notório que, na ponta da linha, ao pé da obra, o trabalho recebe maior dedicação e é mais facilmente passível de controle, ou seja, cabendo a responsabilidade de uma matéria ao ente de menor envergadura capaz de realizá-la, a competência tem sua execução e resultados mais passíveis de controles efetivos –, ele tem sofrido, nos últimos anos, uma aproximação negativa pelos governos centrais dos países integrantes da União Europeia.

Na União Europeia, dos 25 países-membros, apenas 3 são regidos pelo sistema federalista: Alemanha, Áustria e Bélgica. Tal fato tem-se mostrado enfraquecedor para estes países nos processos de tomada de decisão, em razão do peso concedido, pelo princípio da subsidiariedade, aos seus Estados-Membros.

Em 2006, a Alemanha passou por uma reforma de seu Federalismo, na qual suprimiu da Lei Fundamental a clássica categoria das competências chamadas “de quadro”, as quais, originárias do art. 10 da Carta de Weimar, de 1919, e inspiradoras de vários dispositivos constitucionais mundo afora, tratam de legislação concorrente, como os parágrafos do art. 24 da Constituição brasileira. As competências de quadro atribuíam à União a emissão de diretrizes e normas gerais e, aos Estados-Membros, a sua suplementação. Essa obrigação de con-

feccionar, para um mesmo tema, uma legislação dupla e sequencial (federal e estadual) estava retardando a efetiva transformação do número crescente de atos jurídicos da União Europeia, sobretudo das diretivas, que deixam aos Estados nacionais alguns espaços para a realização das suas metas.

O Brasil, pela vasta extensão territorial que possui e pela diversidade social e econômica de sua sociedade, não poderia prescindir, como não prescindiu, do princípio da subsidiariedade em sua legislação. A subsidiariedade, que tem no seu âmago a ideia de auxílio, de subsídio, de complementação e supletividade, vem para “contrabalançar a tendência natural de acúmulo de poder no centro”, tendo como consequência a descentralização, vista como “modo de potencializar a eficiência e a eficácia das medidas realizadas, pela maior proximidade daqueles a quem são efetivamente dirigidas” (TORRES, S., 2001, p. 214). A subsidiariedade, que se choca com a ideia de hierarquia de níveis de poder, segue a mesma direção do Federalismo Cooperativo, com características e consequências semelhantes.

Em tese, “é na repartição de competências da Constituição Federal de 1988 que se localiza a forma mais avançada da inclusão da subsidiariedade em texto constitucional brasileiro” (HORTA, 2002, p. 470), principalmente no plano das competências concorrentes, nas quais a União somente pode baixar diretrizes e normas gerais. A legislação concorrente traria a ideia do desenvolvimento e da ampliação da possibilidade de legislar dos Estados-Membros e dos Municípios, “desfazendo a tendência centralizadora do federalismo centrípeto, para explorar, em profundidade, as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio” (HORTA, 2002, p. 471).

A prática, porém, tem mostrado um enfraquecimento das autonomias estaduais e municipais, por conta, principalmente, da indispensável política nacional de desenvolvimento econômico, que leva a um

excessivo elenco de competências exclusivas da União, bem como da indefinição do significado da expressão “normas gerais” nas competências concorrentes, permitindo que o Poder central, no mais das vezes, assumia atribuições próprias dos Estados-Membros.

Dessas considerações sobre o princípio da subsidiariedade no Federalismo, fica uma questão para o prosseguimento da análise: será que o caminho adotado pela Alemanha, em sua revisão constitucional de 2006, é o ideal para o Brasil, ou deve o país, cada vez mais, fazer valer as normas emanadas do art. 24 da Constituição da República e aprofundar sua política de cooperação entre os entes federados, inclusive ampliando o número e a qualidade dos convênios públicos e dos contratos administrativos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios?

### 2.5. *Autonomia municipal*

Seguindo, por coerência, a doutrina que dá corpo à forma federativa de Estado, as constituições brasileiras até a de 1988 não consideraram o Município como ente componente da Federação. As Constituições Federais de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 (e sua Emenda de 1969) apresentaram como tendência o “contraste entre a ausência do Município no grupo dos entes públicos constitutivos da Federação e a progressiva dilatação das normas constitucionais federais relativas aos entes locais” (HORTA, 2010, p. 582). No período que se seguiu à proclamação da República, o que se tinha era apenas a reedição do tratamento dado pelo Império às Câmaras Municipais, que eram tratadas como corporações meramente administrativas, sem qualquer função legislativa própria.

Com a Reforma Constitucional de 1926, a autonomia municipal foi alçada a princípio constitucional, assegurado, inclusive, pelo remédio da intervenção federal no Estado-Membro. Essa novidade – a possibilidade concreta de intervenção federal no

Estado para proteger a autonomia municipal – deslocou para o âmbito da Federação a atribuição de interpretar as questões ligadas à autonomia constitucional do Município. Tal fato representou “uma limitação à plenitude da autonomia do Estado-Membro” e traduziu um definitivo “rompimento com a concepção ortodoxa do federalismo republicano de 1891” (HORTA, 2010, p. 584).

A Constituição de 1934 trouxe para o Município duas inovações, uma de cunho material e outra de cunho formal. A inovação formal consistiu na introdução dos conteúdos inerentes ao Município no título da Constituição que tratava da organização federal, o que, em certa medida, esvaziava o princípio da concepção ortodoxa de Estado Federal – segundo o qual o Município não é um ente constitutivo da Federação –, dando a este uma nova configuração (HORTA, 2010, p. 586).

No campo material, a Constituição de 1934 explicitou a autonomia municipal no seu tríplice aspecto: administrativo, político e financeiro-tributário. Além de administrar o que lhe era de peculiar interesse, o poder municipal passou a fazer a escolha eletiva dos representantes locais e, como diferencial de larga repercussão, passou a ter receitas próprias, mesmo que de forma indireta, pois o art. 8º, que elencava competências privativas dos Estados-Membros, em seu § 2º, determinou que “o imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e pelo Município em partes iguais”. Ademais, dentro da competência concorrente da União e dos Estados para criar novos impostos (art. 10, inciso VII), a Constituição de 1934 determinou que 20% do que fosse arrecadado com esses impostos deveriam ser entregues aos Municípios de onde tinham provindo.

Na vigência do regime autoritário implantado pelo golpe de Estado que instituiu o Estado Novo, a Carta de 1937, Federal no nome, mas Unitária na realidade, “desconstitucionalizou a Federação e implantou a

estrutura de Estado Unitário com órgãos descentralizados nos Estados” (HORTA, 2010, p. 586), o que reduziu sobremaneira, praticamente aniquilou, o poder político de Estados e Municípios.

A Constituição de 1946 resgatou a cidadania político-administrativa municipal, bem como reforçou a competência tributária dos municípios. Da renda resultante do imposto arrecadado pela União sobre produção, comércio, distribuição e consumo, importação e exportação de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, 60%, no mínimo, deveriam ser entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos de lei federal (art. 15, § 2º); e, da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a União estava obrigada a entregar aos Municípios, excluídos os das capitais, 10% do total arrecadado, para serem aplicados, pelo menos a metade, em benefícios de ordem rural (art. 15, § 4º).

Além disso, a Constituição de 1946 fixou a competência tributária exclusiva dos Municípios para a arrecadação dos impostos predial e territorial urbano; de licença; de indústrias e profissões; sobre diversões públicas; e sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência (art. 29).

Sob a vigência da Constituição de 1946, foram criados, já no regime ditatorial-militar implantado pelo golpe de Estado de 1964, os Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da Emenda Constitucional nº 18, de dezembro de 1965. O processo de participação constituía-se num mecanismo de entrega obrigatória de parte do produto da receita federal – 20% do Imposto de Renda (IR) e 20% do Imposto de Produtos Industrializados (IPI), em partes iguais, para o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e para o Fundo de Participação dos Municípios –, sob pena de demissão das autoridades federais arrecadadoras.

A Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969, promulgadas sob a vigência do período de exceção, instalado pelo regime de força que assumiu o governo por meio do golpe de 1964, propiciaram, por um lado, o “alargamento da matéria municipal no texto federal, com sacrifício da autonomia do Estado-Membro” e, por outro, “impuseram restrições mais numerosas ao princípio da autonomia municipal” (HORTA, 2010, p. 591), o que consolidou o vício de uniformidade, desaguando na chamada organização simétrica dos Municípios, que não respeita as condições diversificadas e peculiares de cada localidade.

A Constituição de 1988 retomou a gênese das aspirações municipais reconhecidas pelo constituinte de 1946, inovando quando elevou o Município à categoria de ente federado (arts. 1º e 18) e implantou a autonomia como sua prerrogativa indelével, capaz de autorizar até mesmo a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando desrespeitada pelo Estado-Membro (art. 34, VII, “c”). Essa autonomia, para estudo, pode ser desmembrada, como já explicado, em três: política, administrativa e financeiro-tributária.

À autonomia política corresponde o poder de auto-organização, constante do *caput* do art. 29 da Constituição Federal, por meio do qual o Município tem competência para elaborar sua própria Lei Orgânica, ou seja, a Constituição Municipal; corresponde a eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores, o próprio governo local, pelos eleitores locais, sem qualquer interferência ou nomeação externa; e corresponde, também, o poder de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), além de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II), não se esquecendo que o que define e caracteriza o postulado interesse local é “a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União” (MEIRELLES, 2008, p. 111).

A autonomia administrativa municipal caracteriza-se pela administração própria, no que concerne ao interesse local, pela organização e execução dos serviços públicos de sua competência e pela ordenação territorial e urbanística em seus limites territoriais (art. 30, incisos de IV a IX). Como “tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-Membro e à União” (MEIRELLES, 2008, p. 112), a gestão e a execução de todos os assuntos e negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos órgãos da União e do Estado Federado, são função precípua e corolário da autonomia administrativa municipal.

Por último, mas longe de ter menor importância, vem a autonomia financeiro-tributária, que consiste na capacidade de o Município instituir e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar suas rendas sem tutela ou dependência de qualquer poder, devendo obedecer apenas à obrigatoriedade de prestar contas e publicar seus balancetes (art. 30, III). A participação do Município na receita tributária tem evoluído de forma substancial ao longo dessas últimas décadas. Em 1964, era de 3,8%; em 1986, já estava na casa dos 18,1%; em 1989, atingiu 22%; e, em 2007, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 55, alcançou o patamar de 23,5% da receita tributária nacional (HORTA, 2010, p. 114).

A repartição de competências na Constituição Federal segue o sistema de competências reservadas (ou enumeradas) para a União e para os Municípios, ficando os Estados-Membros com as competências (ou poderes) remanescentes, chamadas de residuais, de acordo com o § 1º do art. 25. As competências reservadas podem ser qualificadas como explícitas ou implícitas. São explícitas quando listadas no texto constitucional como pertencentes à União e aos Municípios, como as dos arts. 21 e 22 para a União e as do art. 30 para os Municípios.

São, por outro lado, implícitas quando resultam de consequência necessária e lógica de uma competência explícita ou da análise dos princípios normativos retirados da Constituição. Conforme explica Hely Lopes Meirelles (2008, p. 134), “a teoria dos poderes implícitos está constitucionalmente consagrada no nosso regime, como norma interpretativa de observância obrigatória na partilha da competência entre a União, os Estados-Membros e os Municípios”.

Como esquema de análise do âmbito de ação das competências municipais, Hely Lopes Meirelles (2008) adota quatro regras. A primeira assevera que as competências municipais expressas e exclusivas afastam tanto a competência federal, quanto a competência estadual; a segunda diz que as competências federais expressas ou implícitas e as competências estaduais expressas afastam as competências municipais implícitas; na terceira regra, essas competências municipais implícitas afastam as competências estaduais residuais; e, por fim, a quarta regra, tratando da competência concorrente, afirma que as competências federais concorrentes prevalecem sobre as competências estaduais concorrentes, que, por sua vez, prevalecem sobre as competências municipais concorrentes, “em decorrência lógica de que os interesses nacionais devem prevalecer sobre os locais” (MEIRELLES, 2008, p. 135-136).

No tocante à quarta regra, que trata da competência concorrente, cabe ponderar – apresentando-se uma visão distinta – que, da norma retirada da leitura dos dispositivos constitucionais constantes dos parágrafos do art. 24 em conjugação com o inciso I do art. 30, a legislação brasileira para a temática estabelece que a União regula apenas as normas gerais, ficando os Estados-Membros e os Municípios com a competência para particularizar a legislação, mediante a apresentação de normas específicas para cada caso, dentro de suas esferas constitucionais de atribuições. Sob esse enfoque, não vejo a possibilidade

do estabelecimento de hierarquia entre as legislações produzidas no âmbito das competências concorrentes, uma vez que cada ente somente pode legislar dentro da repartição de competências prevista na Constituição da República.

### 2.6. *Conflitos federativos e autonomia municipal*

Sobre o tema dos conflitos federativos, este tópico procura enfocar aqueles conflitos que estão relacionados com a autonomia municipal, verificando se sua composição constitui função judicial ou política, bem como, dentro dessas vertentes, analisando alguns passos que podem ser tomados para suas resoluções.

Num rápido apanhado doutrinário, desponta a função judicial como a mais adequada para a solução dos conflitos federativos e, no caso daqueles conflitos que se relacionam com a autonomia do Município, aparece como remédio apropriado o Recurso Extraordinário (RE), previsto no inciso III do art. 102 da Constituição Federal e destinado “à sustentação da supremacia da Constituição, e da autoridade, da validade e da inteireza do direito federal” (SILVA, 1963, p. 4). Isso leva à necessidade de existência de um caso concreto ajuizado na primeira instância cabível que, desde a redação da petição inicial, carregue e questione a matéria constitucional de fundo.

O conceito embutido na concepção do RE é originário do *Judiciary Act*, de 1789, do Direito norte-americano, criado com o fito de permitir a revisão das decisões dos tribunais superiores dos Estados Federados. No Brasil, foi estabelecido pelo Decreto nº 848, de 1890, confirmado pela Constituição de 1891 e consagrado com o nome atual pela Constituição de 1934, com a função de “assegurar, de modo uniforme, a aplicação da Constituição Federal em todo o território nacional” (FERRARI, 2003, p. 67).

No desempenho da missão de tutelar a autoridade da Constituição da República e a uniformidade de sua aplicação, o Su-

premo Tribunal Federal (STF) tem no RE o seu principal instrumento, que lhe permite, também, cunhar o traço político contido em suas decisões colegiadas. Nessa linha de raciocínio, merece análise a defesa que o ex-ministro do STF Cezar Peluso faz da proposta de emenda à Constituição<sup>5</sup> que estabelece como marco do trânsito em julgado de ação judicial a decisão proferida em segunda instância (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais), visto que, se aprovada a mudança constitucional, o Supremo, a título de desafogar sua pauta de votação, restringirá muito sua capacidade de uniformizar a aplicação da Constituição da República.

O RE só é admitido quando não há outro recurso oponível à decisão. Além disso, somente tem guarida quando a norma controversa tenha sido prequestionada, ou seja, tenha sido discutida e julgada nas instâncias ordinárias, vale dizer, pelos juízes de primeiro e segundo grau. Dentro das quatro hipóteses de cabimento do RE, três são valiosas para a discussão de questões municipais, ocorrendo quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição Federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face do texto constitucional federal; e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Como a expressão “ato de governo local” abrange os atos dos poderes instituídos nos Estados Federados e nos Municípios, ou seja, “os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou de alguns órgãos de cooperação governamental” (FERRARI, 2003, p. 81), destaca-se o recurso extraordinário como a principal ferramenta judicial a ser utilizada no controle de constitucionalidade das leis municipais.

Ainda no campo da função judicial, descartada a apresentação de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) como so-

<sup>5</sup> Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 15, de 2011, que altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.

lução de conflitos federativos envolvendo os municípios, por força da letra “a” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, que prevê o mecanismo apenas para lei ou ato normativo federal ou estadual, é de se levantar como instrumento possível para resolução desse tipo de conflito, como dito anteriormente, a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Conforme prescrições contidas na Lei nº 9.882, de 1999, a ADPF, proposta diretamente perante o STF, tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição e excluídas, por força de decisão emanada na ADI 2.231-8, de 2000, as controvérsias constitucionais já postas em juízo.

O termo “preceito fundamental”, valorado como um conceito jurídico indeterminado, pode, numa visão ampla, englobar todo o conteúdo principiológico da Constituição Federal, abrangendo “todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional” (SILVA, 2010, p. 562), principalmente aquelas que caracterizam a autonomia dos Estados e dos Municípios; numa visão restrita, os preceitos fundamentais seriam as normas retiradas dos *caputs*, incisos e parágrafos dos arts. 1º e 5º do texto constitucional da República. Em qualquer análise, todavia, considero como pacífico que o princípio federativo é um preceito fundamental da Constituição e, portanto, qualquer ameaça de lesão ao citado princípio, proveniente de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, faz jus ao ajuizamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É certo, porém, que os Poderes Municipais, seja o Executivo, seja o Legislativo, não são competentes para ajuizar uma ADPF, visto que não constam do rol exaustivo de legitimados do art. 103 da Constituição Federal. Nessa situação, quando ferida

em abstrato uma competência municipal estabelecida pela Constituição Federal, avalio que o Poder Municipal pode, se julgar conveniente, sensibilizar um dos integrantes do rol de legitimados, como o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou um partido político com representação no Congresso Nacional, conforme o caso, para que seja apresentada a ação judicial.

Na vertente judicial, a análise da questão, no plano abstrato, revela cinco hipóteses distintas: (1) lei ou ato de governo municipal viola competência federal explícita ou implícita; (2a) lei ou ato de governo municipal viola competência estadual oriunda de norma estadual de reprodução; (2b) lei ou ato de governo municipal viola competência estadual oriunda de norma autônoma, ou seja, de norma original de auto-organização ou norma de imitação; (3) lei ou ato do governo federal viola competência municipal expressa e exclusiva; (4) lei ou ato de governo estadual viola competência municipal explícita ou implícita.

Para cada hipótese formulada na qual ainda não se tenha caracterizado um caso concreto e, portanto, não se possa ventilar a aplicação do controle difuso de constitucionalidade, há um desdobramento diverso. Na hipótese (1), a lei ou o ato de governo municipal controverso podem ser atacados por meio do ajuizamento, pelo Poder Público Federal, de uma ADPF; na hipótese (2a), a validade da lei ou do ato de governo municipal poderá ser questionada no nível federal ou no nível estadual, respectivamente, por intermédio de uma ADPF ajuizada pelo Poder Público Estadual ou por meio das regras estabelecidas pela Constituição Estadual; na hipótese (2b), a validade da lei ou do ato de governo local será questionada segundo as regras da Constituição Estadual, pois o texto a impugnar diz respeito apenas a ela, ficando sua análise restrita ao Tribunal de Justiça; na hipótese (3), a lei ou o ato do governo federal podem ser atacados por meio de

ADI, ajuizada por um dos legitimados; e, por fim, na hipótese (4), a lei ou ato de governo estadual podem ser também atacados por meio de ADI, ajuizada, no STF, por um dos legitimados.

Alargando-se um pouco o escopo da análise sobre os conflitos federativos, identifique a vertente política como importante área de resolução de tais desacordos. Aliás, ao campo político parece que deve ser creditada a primeira tentativa de solução dessas questões, uma vez que reside no povo e, portanto, nos seus representantes eleitos o poder de escolher o seu próprio destino. A existência de diálogos construtivos na sociedade, que repercutam nas casas legislativas, é o caminho mais seguro para a solução de conflitos federativos. Isso passa pelo ato de informar a população, importante trabalho da imprensa falada e escrita, e pelo crescente investimento na educação política e social do cidadão, de modo que este, cada vez mais, valorize a existência de comunidades igualitárias e bem representadas nos parlamentos municipais, estaduais e federais.

Com isso, fica caracterizado que, no campo judicial, são instrumentos de composição dos conflitos federativos que tenham como fulcro legislação municipal a interposição de RE, pela via difusa, ou o ajuizamento de ADPF, pela via concentrada; no campo político, primeiro degrau a ser enfrentado, o instrumento básico é o diálogo entre os representantes dos entes federativos, que deve desaguar em entendimentos e acordos parlamentares, visando à mudança da legislação, com o fito de pôr fim à pendenga federativa. O diálogo entre os representantes do povo no parlamento, respondendo a anseios da maioria da população envolvida, e a busca de acordos que preservem os direitos das minorias são os pontos-chave para a obtenção do desenvolvimento econômico e cultural com a necessária paz social, que é a base para a evolução de qualquer comunidade no mundo.

Por fim, levando em conta o teor dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal, que definem o Município como um ente federativo, que possui competências explícitas e implícitas oriundas do texto constitucional federal, considero como uma lacuna legislativa, a ser preenchida no art. 103 da Constituição, a ausência deste membro da Federação no rol dos legitimados a questionar, pelo controle concentrado, a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante o STF.

### 2.7. *Desigualdades regionais*

Quando o tema é a igualdade e a simetria entre as unidades federadas e entre regiões, são levantadas algumas questões, tais como: se os Estados, pelo texto constitucional, têm direito a tratamento igualitário ou se o princípio constitucional<sup>6</sup> que visa à redução das desigualdades regionais autoriza a União a dispensar tratamento diferenciado entre os entes da federação.

O desenvolvimento econômico e social do Brasil tem ocorrido, ao longo de sua história, de forma desigual, com polos de alta produção industrial, apoiada por avançada tecnologia – principalmente em torno dos principais municípios da Região Sudeste –, e, por outro lado, com grandes áreas deixadas em estagnação econômica, no interior das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

No campo do desenvolvimento econômico, as disparidades encontradas são fruto, primeiramente, da grande extensão territorial do país, aliada às suas características distintas de solo e de cobertura vegetal, que, por aspectos distintos, dificultam ou desaconselham a execução de grandes projetos industriais ou agrícolas. Esse motivo natural poderia ter sido suplantado com o que se chama hoje de desenvolvimento sustentado, um desenvolvimento industrial realizado com respeito ao meio ambiente,

<sup>6</sup> Princípio que se pode retirar do texto do inciso III do art. 3º da Constituição da República.



não fosse o raciocínio político, que até pouco tempo imperava, de que era “necessário concentrar os recursos escassos nas Regiões de maiores potencialidades, a fim de criar um núcleo suficientemente poderoso que sirva de base do desenvolvimento de outras Regiões” (BERCOVICI, 2001, p. 75). Celso Furtado (1958, p. 53) via nessa assertiva alguma verdade, mas ponderava que a formulação da hipótese estava incorreta, pois “em um plano de desenvolvimento é necessário considerar em conjunto toda a economia nacional”. Essa hipótese de abandonar certas Regiões, cujos recursos à época eram considerados escassos, mas que tinham um crescimento considerável da população, poderia criar, como de fato criou, “graves problemas para o futuro do país” (BERCOVICI, 2001, p. 75).

A tentativa de superar o desenvolvimento desigual do Brasil teve início com a sensibilidade do paraibano Eptácio Pessoa, cujo governo destinou 2% da receita federal para obras de combate às secas no Nordeste, por meio do Decreto Legislativo nº 3.965, de 1919. A Constituição de 1934 reservou, em seu art. 177, 4% da receita federal para obras contra as secas, sendo 3% empregados em gastos planejados e 1% reservado para obras de contingência.

Por influência da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), o planejamento e a atuação estatal ganharam lume como elementos essenciais do desenvolvimento econômico e social dos países latino-americanos. No Brasil, a Constituinte de 1946 já adotara uma série de medidas para a promoção do desenvolvimento regional em áreas consideradas problemáticas, como o Nordeste (art. 198), a Amazônia (art. 199) e o Vale do São Francisco (art. 29 das Disposições Transitórias).

A Constituição de 1988 reforça e amplia o Federalismo Cooperativo, instituído pelo texto de 1934, na busca do desenvolvimento nacional equilibrado, abolindo a rígida partilha de competências, seja pela atribuição de competências materiais concorrentes

(art. 23), seja pela instituição de competências legislativas concorrentes (art. 24 e art. 30, II), seja, ainda, pela gestão associada de serviços públicos, por meio de consórcios públicos e convênios de cooperação firmados entre os entes federados (art. 241).

O Federalismo Cooperativo encontra-se em estreita relação com o Estado Social (Intervencionista), que tem por objetivo a simetria “das condições sociais de vida e a redução das desigualdades socioeconômicas em todo o território nacional” (BERCOVICI, 2001, p. 78). Nessa argumentação em defesa da forma cooperativa de Federalismo, que propiciaria certa paridade na capacidade de os Estados-Membros moverem suas economias, cresce em importância “a distribuição da receita pelo produto arrecadado, ou seja, a participação de entes federativos na receita dos outros entes” (BERCOVICI, 2011, p. 79).

Em face da fragilidade econômica de alguns Estados em relação a outros e do grande volume de recursos arrecadados pela União, a técnica utilizada pelo Constituinte de 1988 para minimizar as disparidades foi a participação por expectativa, também chamada de participação em fundos. Assim, como mecanismo para amenizar as desigualdades regionais, foram estabelecidas transferências constitucionais da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, entre as quais são destacadas: o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); o Fundo de Participação dos Municípios (FPM); o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados - FPPEX; o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb; e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

Como forma de combater os desequilíbrios regionais, a Constituição Federal, além de adotar o Federalismo Cooperativo e de criar fundos públicos para a transferência de rendas, prevê, como importante instrumento, o planejamento do desen-

volvimento regional, compatibilizando-o com o plano nacional de desenvolvimento equilibrado (arts. 48, IV, e 174, § 1º).

Para fazer face à Questão Regional, ou seja, à problemática dos desequilíbrios regionais no Brasil, cujos planos de enfrentamento são confeccionados somente no âmbito federal, Gilberto Bercovici (2001, p. 86-87) reforça tese de Paulo Bonavides ao propor “a elevação da Região à categoria de ente federado”, pois considera que “as políticas públicas nacionais devem ser regionalizadas, adequando melhor os investimentos públicos e fazendo com que o planejamento regional adquira um papel essencial no planejamento nacional”.

O suporte para a criação do novo ente federado, a Região, vista como um avanço na estrutura federativa do país, estaria contido no inciso III do art. 3º e no *caput* do art. 43 da Constituição da República. A justificativa teórica para o feito é que os problemas, na maioria dos casos, não são apenas de um Estado, mas de toda uma Região geoeconômica, visto que os limites políticos de um Estado não coincidem, normalmente, com suas fronteiras econômicas e que as características regionais têm sido “relegadas a segundo plano pela União exatamente por serem questões regionais, não propriamente federais” (BERCOVICI, 2011, p. 90).

A autonomia política da Região, para os defensores do Federalismo Regional, propiciaria a união de interesses em torno de uma política econômica e social planejada por órgãos regionais. Com isso, “os desequilíbrios regionais poderiam ser melhor combatidos e se evitaria a manutenção ou agravamento de distorções em um Estado em benefício do outro” (BERCOVICI, 2011, p. 90).

Cabe frisar, por oportuno, que o que se entende por Região na Europa é distinto da concepção dada ao termo na América Latina. Lá, a questão regional é “um problema de identidade étnica ou cultural”, enquanto aqui é “um problema preponderantemente

econômico e social” (BERCOVICI, 2011, p. 91). No Brasil, essa proposta de implantação do Federalismo Regional encontra apoio no argumento de se evitar a concentração de poderes nas competências exclusivas da União. No entanto, vale lembrar que a autonomia regional implicaria, com boa margem de certeza, a disponibilização para o novo ente federado de parte das receitas dos entes já existentes.

As políticas públicas, ou seja, os programas de ação do governo para a realização de objetivos definidos num tempo certo, têm como característica comum serem um processo político de escolha de prioridades para o governo, em termos de procedimentos e de finalidades. Da leitura do § 4º do art. 165 da Constituição Federal, é depreendido – compreensão que pode ser questionada – que cabe ao Poder Executivo, privativamente, elaborar planos e programas nacionais, feitos em consonância com o plano plurianual e, uma vez prontos, enviados ao Congresso Nacional para apreciação. Assim, nesse processo político de escolha de prioridades, encarrega-se o Poder Executivo de formular e executar as políticas públicas. Com isso, escapa aos órgãos de fiscalização o controle de mérito da escolha, limitando-se esses órgãos apenas ao controle da legalidade formal.

Fábio Konder Comparato (1998, p. 46-48) propõe a criação de mecanismos para o controle judicial de políticas públicas, no tocante às suas finalidades expressas ou tácitas, bem como em relação aos meios empregados para atingir os fins propostos. José Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 832-833) julga ser extremamente complexo esse controle, pelas dificuldades de definir padrões de conduta constitucional para o planejamento e a execução de políticas públicas, bem como pela obrigação de os juízes se transformarem em agentes políticos e de os agentes políticos, democraticamente, cumprirem planos e programas de ação. A essa proposta de controle judicial do mérito de políticas públicas falta, principalmente,

a necessária legitimidade inerente aos representantes políticos eleitos pelo povo, legitimidade essa que os membros do Poder Judiciário não possuem, não obstante a teoria estruturante de Friedrich Müller (1996, p. 48-49), que considera que a atividade jurídica é uma atividade política guiada pelas normas jurídicas.

Resta, então, o controle político do mérito de políticas públicas realizado democraticamente pelo povo, em eleições diretas, secretas, universais e periódicas, o que impõe uma politização crescente da população, realizada, principalmente, por meio da educação das pessoas e da geração de informações provenientes da imprensa. Além da realização de eleições diretas e periódicas, fundamentais para a aprovação ou reprovação dos planos de um governo, vêm em socorro do controle de políticas públicas a participação dos partidos políticos de oposição no parlamento, ao discutirem e votarem os planos e programas do Executivo, as ponderações mobilizadoras efetuadas pelas minorias políticas organizadas e a democracia participativa, que tem lugar por meio de plebiscitos, de referendos e da iniciativa popular na apresentação de proposições legislativas. É de se notar que o parlamento federal é tolhido na sua atribuição de propor planos e programas que efetivem políticas públicas porque a quase totalidade dessas propostas esbarra nas imposições de iniciativa privativa do Presidente da República, previstas no § 1º do art. 61 da Constituição Federal.

Hoje se vê que o desenvolvimento desequilibrado, que tem lugar tanto entre Regiões quanto dentro mesmo de áreas metropolitanas de todo o país, gera complexos problemas econômico-sociais, que necessitam de anos de luta e de vontade política para sua redução a patamares aceitáveis socialmente. Soluções simples – do tipo, de uma penada legislativa, elevar a Região à categoria de ente federado – podem não atingir suas finalidades pensadas e, por outro lado, podem apresentar efeitos co-

laterais que caminhem em oposição à unidade nacional. De tudo, avalio que as desigualdades regionais existentes autorizam a União a dispensar tratamento distinto entre os entes federados, seguindo, porém, as condições impostas pelo 2º princípio de justiça de John Rawls (2000, p. 47), ou seja, somente pode haver tratamento desigual quando ele representa o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

### *2.8. Blocos supranacionais*

Para estudar a formação e o funcionamento de blocos supranacionais, o exemplo mais palpável, pelo adiantado da evolução, é o da União Europeia. Palco de guerras ao longo de sua história, a Europa, após a Segunda Grande Guerra, vem procurando mecanismos garantidores de paz para a plethora de distintos povos que vivem no velho continente. Com base neste mote – paz para o desenvolvimento –, os países continentais, capitaneados pela Alemanha e pela França, têm investido em movimentos políticos e sociais na direção de uma união que inviabilize qualquer tentativa de solução de conflitos por meio de armas.

Por trás, como sói acontecer nas relações entre países, há um motivo de capital importância para a unificação: a vertente econômica. Facilitar a livre circulação de produtos e de capital entre os membros, fortalecendo a economia de todos os integrantes do bloco e, por consequência, protegendo o mercado formado pela sinergia econômica resultante da união dos Estados, em face de outros países e de outros blocos de países, é o objetivo primeiro que impulsiona as nações a abrir mão de parte de suas soberanias na formação de blocos estruturados de nações.

Na análise da evolução desses blocos de países, o que se pergunta é se eles marcham na direção da formação de um Estado Federal, na forma clássica como se concebe o federalismo, ou se, pelo peso específico do instituto da soberania, eles se constituem

em blocos supranacionais de uma forma nova e distinta.

O federalismo pressupõe a existência de um Estado, ou seja, a existência de um povo, distribuído num território definido, dotado de soberania para fazer valer suas decisões. Pressupõe, ainda, a existência de uma Constituição que organiza os órgãos do Estado, reparte as competências em, no mínimo, dois níveis de governo e garante os direitos fundamentais dos indivíduos residentes no território.

A previsão constitucional da repartição de competências em dois níveis – Federação e Estado-Membro – é a característica essencial do Estado Federal. Observando o bloco de países com estrutura mais avançada, a União Europeia, verifico que não há, até o momento, uma Constituição que firme as competências da necessária dualidade de níveis que caracteriza uma federação.

O Legislativo da União Europeia (UE) é composto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da UE. Os deputados do Parlamento Europeu, que representam os cidadãos da UE, são eleitos diretamente por sufrágio universal, para um período de cinco anos. O Parlamento tem por funções debater e aprovar, juntamente com o Conselho da UE, a legislação e o orçamento da UE e fiscalizar outras instituições da UE, principalmente o Executivo – a Comissão Europeia –, a fim de assegurar que funcionem de forma democrática. O Conselho da UE, segundo braço do Poder Legislativo, é composto por ministros de cada Estado-Membro, que se reúnem para aprovar a legislação e o orçamento da UE, coordenar as políticas econômicas gerais dos países da EU, assinar acordos entre a UE e terceiros países, definir as políticas externa e de defesa da UE e coordenar a cooperação entre os tribunais e as forças policiais dos países da UE. Não existem propriamente membros permanentes do Conselho da UE. Toda vez que o Conselho se reúne, cada país envia o ministro que tenha o domínio técnico e/ou político do tema em discussão.

O Poder Executivo da União Europeia, a Comissão Europeia, que assegura a execução das políticas e dos fundos da UE, é composto por 27 Comissários, cada um indicado pelo respectivo país-membro. A nomeação de todos os Comissários, inclusive a do Presidente, está sujeita à aprovação do Parlamento Europeu, único órgão com poder de demitir a Comissão. A Comissão Europeia, como Poder Executivo, propõe nova legislação ao Parlamento e ao Conselho; gere o orçamento e os fundos da UE; garante o cumprimento da legislação da UE, em conjunto com o Tribunal de Justiça; e representa a UE no nível internacional, incumbindo-se de negociar acordo entre ela e terceiros.

O Poder Judiciário da UE, o seu Tribunal de Justiça, composto por um juiz de cada país-membro, tem por missão interpretar o direito da UE, a fim de garantir sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros. Além disso, resolve os litígios entre os governos nacionais e as instituições europeias. Pessoas físicas, pessoas jurídicas e organizações podem recorrer ao Tribunal, caso avaliem que seus direitos foram infringidos por uma instituição europeia.

Outra instituição da União Europeia de grande importância no concerto da tomada de decisão é o Conselho Europeu, no qual os chefes de Estado e de Governo dos países da UE se reúnem, quatro vezes por ano, para debater e traçar as políticas da UE. Na prática, é este o órgão que define quais são os planejamentos que devem ser implementados no âmbito da União Europeia.

Com esse relato, avalio que não fica definida, na organização da UE, a existência de, no mínimo, dois níveis de governo, o que a caracterizaria como uma Federação. As decisões adotadas pelo Órgão Central da União Europeia são tomadas pelos Estados-Membros, seja no âmbito do Conselho Europeu, seja em função de os membros do Conselho da UE serem ministros de pastas dos gabinetes dos Estados-Membros.

Essa constatação, aliada ao fato de a União não possuir uma Constituição que

reparta as competências entre os níveis de governo, mostra que não estamos diante de uma Federação. Como a Federação está fundada numa Constituição e uma Confederação tem suporte na assinatura de um tratado internacional, a conformação adotada pela UE, sob esse aspecto, aproximar-se-ia mais da moldura que se tem para a Confederação. Por outro lado, a organização da UE afasta-se do modelo de Confederação na medida em que os Estados, ao aderirem à União, abrem mão de parte de suas soberanias porque passam a aceitar interferências de órgãos superiores que influenciam sua capacidade de autodeterminação e limitam os seus campos de atuação. Diante dessa nova tentativa de evolução do paradigma do Estado Federal, que tem ocorrido nos países europeus, Thierry S. Renoux (1999, p. 263) definiu a UE como um “ser híbrido e juridicamente monstruoso, esse tipo de OJNI – Objeto Jurídico Não Identificado”.

Projetando esses dados para o teatro sul-americano, avalio que, para os membros da união aduaneira que compõem o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai –, é de capital importância acompanhar as marchas e contramarchas que têm lugar nos processos de formação e consolidação da União Europeia. Por estar num estágio mais avançado de funcionamento, a UE é um campo vasto de pesquisa que, se bem estudado, pode orientar os passos a serem dados pelo MERCOSUL numa direção segura para a estruturação de um bloco que acrescente benefícios às populações de todos os países integrantes.

### *3. Discussão do novo Código Florestal no Senado Federal*

#### *3.1. Relatório*

O Projeto de Lei (PL) nº 1.876/1999, denominado informalmente de novo Código Florestal, foi apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Carvalho, de Rondônia, em

19 de outubro de 1999. A proposição dispôs, inicialmente, sobre área de proteção permanente (APP), reserva legal e exploração florestal; alterava a Lei nº 9.605/1998 e revogava a Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal).

Já no início de seu mandato parlamentar, o Deputado Sérgio Carvalho, que faleceu em maio de 2003, havia apresentado um requerimento de instituição de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), o Requerimento (RCP) nº 2/1999, com o objetivo de investigar a ocupação de terras públicas na Amazônia. Criada a CPI em 14 de março de 1999, foi o Deputado Sérgio Carvalho nomeado seu relator. O relatório final, rico em propostas e sugestões de medidas ao poder público, foi aprovado em 29 de agosto de 2001.

O PL nº 1.876/1999 tramitou na Câmara dos Deputados durante mais de onze anos, período em que precisou ser desarquivado duas vezes, tendo sido remetido ao Senado Federal para revisão somente em 1º de junho de 2011. Essa longa tramitação é creditada ao jogo de interesses políticos que dominavam representantes posicionados em lados opostos: os ambientalistas e os ruralistas. Ao iniciar a tramitação no Senado, a matéria, que recebeu o nome de Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 30, de 2011, possuía uma feição bem diferente daquela originalmente apresentada nos idos de 1999, o que foi fruto, principalmente, do trabalho de seu último relator, o Deputado Aldo Rebelo, de São Paulo, que conseguiu construir um texto de consenso, reduzindo boa parte das arestas que dificultavam sua aprovação.

O texto do PLC nº 30/2011 a que se deu entrada no Senado, envolvendo aspectos sócio-ambientais e econômicos de alta complexidade, além de ter estabelecido as normas gerais sobre a proteção ambiental, entre outras medidas, dispôs sobre as áreas de proteção permanente (APPs) para definir suas medidas de delimitação e estabelecer critérios para sua utilização; sobre as áreas de reserva legal e áreas de

uso restrito, para defini-las e estabelecer critérios para sua utilização; estabeleceu regras específicas para a regularização ambiental em APP, para a regularização ambiental em área de reserva legal, bem como para o controle da origem dos produtos florestais; determinou que as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente a lei a ser aprovada estabelecerem; preconizou regras para a supressão de vegetação para uso alternativo do solo e para a regularização ambiental; impôs critérios para a exploração florestal e para o controle do desmatamento; elencou medidas que poderão ser tomadas pelo poder público federal, estadual e municipal para a proteção das florestas e de outras formas de vegetação; definiu Amazônia Legal, APP, área rural consolidada, leito regular, manejo sustentável, nascente, pousio, pequena propriedade ou posse rural familiar, reserva legal, restinga, uso alternativo do solo, vereda, apicum e salgado; e revogou a Lei nº 4.771/1965, que instituiu o Código Florestal, e a Lei nº 7.754/1989.

Apesar de o PLC nº 30/2011 prever a revogação do Código Florestal vigente e instituir uma nova e completa legislação para o tema, ele não foi tratado em ambas as Casas do Legislativo como um projeto de código, pois, conforme o parágrafo único do art. 374 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), somente tramitaria como código se tivesse sido elaborado por comissão de juristas ou comissão especialmente criada para essa finalidade e que tivesse sido antes amplamente divulgada. Como disse, a matéria é da lavra de um parlamentar de Rondônia, o falecido deputado federal Sérgio Carvalho.

O fato de a matéria ter sido tratada como um projeto de lei ordinária tornou a discussão mais rica, com participação de um

número maior de parlamentares na sua fase de instrução. No Senado Federal, antes de votado em Plenário, o projeto foi distribuído, inicialmente, para três comissões temáticas – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA) e Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) – e, por força de requerimento aprovado, foi também discutido pelo colegiado da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT).

Para se ter uma ideia da amplitude da discussão no Senado, basta ver que, durante a fase de instrução nas comissões permanentes, à matéria foram apresentadas 463 emendas, sendo 96 de senadores membros da CCJ, 126 de senadores da CCT, 29 de membros da CRA e 212 de integrantes da CMA. Em Plenário, foram apresentadas 35 emendas para a discussão e votação do Substitutivo da CMA, em primeiro turno, e 82 emendas para a discussão em segundo turno, das quais 30 foram destacadas para votação em separado.

O PLC nº 30/2011 teve como relatores o Senador Luiz Henrique da Silveira, de Santa Catarina, designado pelos presidentes da CCJ, CRA e CCT, e o Senador Jorge Viana, do Acre, designado pelo presidente da CMA. Ambos governaram seus Estados por dois mandatos consecutivos. Durante toda a tramitação, atuaram em conjunto, de forma sintonizada. O trabalho culminou com a apresentação de Emenda Substitutiva global da CMA, base para a discussão e a votação em Plenário.

### 3.2. *Análise*

Para estudar a argumentação que envolveu a tramitação do novo Código Florestal, à luz da dinâmica do Estado Federal, esta abordagem toma por base o parecer da CCJ sobre o PLC nº 30/2011, oriundo do relatório do Senador Luiz Henrique da Silveira e aprovado em 21 de setembro de 2011, uma vez que cabe a essa comissão “analisar a

constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da proposição, e as questões de mérito envolvendo, especialmente, as relações interfederativas presentes na matéria” (SILVEIRA, 2011, p. 3).

O parecer da CCJ apresenta voto favorável à aprovação da matéria, na forma de uma emenda substitutiva que procura sanar, basicamente, dois vícios de constitucionalidade identificados e caracterizados pelo relator. O primeiro deles trata da incompatibilidade entre alguns dispositivos do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e as normas retiradas do art. 24 da Constituição da República, que disciplina a competência legislativa concorrente não cumulativa; o segundo diz respeito a alguns aperfeiçoamentos necessários para uma melhor aplicação, de forma distinta, do princípio da legalidade e do princípio da reserva legal.

### 3.2.1. *Princípio da reserva legal*

No que concerne ao segundo tópico, o parecer identifica vários dispositivos, constantes do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, que remetem temas abarcados pela proteção do princípio da reserva legal à regulamentação do Poder Executivo. O princípio da reserva legal toma corpo quando o texto constitucional, de forma explícita, “atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinadas” (SILVA, 2010, p. 422). Segundo o parecer da CCJ do Senado, se a Constituição da República diz que será ordenado “na forma da lei”, “por meio de lei” ou qualquer outra expressão similar, o objeto somente pode ser regulado por lei em sentido estrito, ou seja, lei discutida e votada pelas duas Casas do Congresso Nacional.

Essa interpretação constitucional, que foi aplicada pelo colegiado da CCJ para alterar diversos dispositivos do texto do PLC nº 30/2011, aprovado pela Câmara

dos Deputados, obstruindo a posterior regulamentação de diversos temas pelo Poder Executivo, também limita o poder de legislar de Estados e Municípios, não obstante os primeiros estarem representados no Senado Federal.

Outra linha de análise, que considere com prevalência, para o estudo, o art. 24 da Constituição Federal (o qual, discorrendo sobre a competência legislativa concorrente, atribui aos Estados e ao Distrito Federal a responsabilidade por baixar normas específicas sobre florestas, conservação da natureza e proteção do meio ambiente), bem como o art. 30, inciso I, (o qual, fixando a autonomia legislativa municipal, concede ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local), pode responder, em melhores condições, às condicionantes encontradas nesse nosso país-continente.

Não é por outra razão que o substitutivo aprovado pela CCJ, no seu art. 6º, considera, ainda, como áreas de preservação permanentes as declaradas por ato do Poder Executivo que, por interesse social, cumpram determinadas finalidades estabelecidas na lei. Sabedor da dificuldade de regular, num projeto de lei que tinha por fito baixar normas gerais, a plethora e a diversidade de situações que deverão ocorrer ao longo da aplicação da lei, o senador Luiz Henrique, relator da matéria na CCJ, para submeter determinadas decisões a atos do Poder Executivo, limita tais decisões a casos, por ele definidos previamente, de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental. Com isso, o parecer flexibilizou a aplicação do princípio da reserva legal, aumentando muito o ciclo de vida do novo código, sem delegar, contudo, competências que estariam acima das responsabilidades do Poder Executivo.

### 3.2.2. *Competência legislativa concorrente*

Inicialmente, é preciso reforçar a diferença semântica (do sentido dos enun-

ciados) entre competências concorrentes e competências legislativas concorrentes. Como dito no capítulo 2.1, que tratou da repartição de competências, por competências concorrentes o que se tem são competências materiais comuns – as competências para executar –, que, no caso brasileiro, estão arroladas no art. 23 da Constituição Federal.

As competências concorrentes, também chamadas de competências comuns, têm por objetivo fazer frente ao Federalismo Dual estabelecido originalmente pelos pais do Federalismo Norte-Americano. São competências que procuram firmar o Estado Federal como um Estado cooperativo, uma vez que buscam estabelecer, entre os diversos níveis de governo, uma união de esforços na execução dos grandes projetos de relevância para a população.

Essas competências concorrentes, que, por imposição do parágrafo único do art. 23 do texto constitucional, deverão ter os modos de cooperação regulados por intermédio de leis complementares, estão passando por uma evolução muito salutar, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, que alterou o art. 241 da Lei Maior para permitir que a execução dessas competências, disciplinada por lei federal, seja também efetivada por consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes públicos.

As competências legislativas concorrentes, por seu turno, são importantes instrumentos utilizados pelo constituinte originário para materializar, de forma efetiva, a divisão vertical de poderes, consolidando a pluralidade de ordenamentos que caracteriza o Estado Federal. Seguindo a linha dos aspectos psicossociais e políticos que deram origem à formação do Federalismo no Brasil, a competência legislativa concorrente aparece, inicialmente, no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, na sua forma cumulativa, quando se delega aos Estados Federados competência para legislar sobre as atribuições privativas da União

elencadas nas alíneas do citado artigo; na sequência, são também relacionadas, já na forma não cumulativa, nas alíneas do art. 24 e explicitadas nos parágrafos deste artigo, bem como – e não se deve esquecer – no inciso I do art. 30, que firma a competência de o Município legislar sobre assuntos de interesse local.

Essa segunda forma – a competência legislativa concorrente não cumulativa –, que diz respeito mais diretamente à presente análise, trazendo o princípio da subsidiariedade incrustado no seu bojo, dá consistência, em larga medida, ao Estado Federal contemporâneo. Pelo princípio da subsidiariedade, a tomada de decisão deve ocorrer no nível mais próximo da população, o que é facilitado pela legislação concorrente, que amplia a possibilidade de legislar dos Estados-Membros e dos Municípios, na medida em que a União, quando no desempenho de sua faceta de poder central, somente tem competência para estabelecer normas gerais. Essa possibilidade, imposta pela Constituição Federal, de os Estados e os Municípios estabelecerem as normas específicas, traço característico da legislação concorrente, favorece a consecução de um federalismo mais equilibrado e cooperativo.

Nesses termos, o parecer da CCJ inicia sua análise pela discussão da repartição vertical de competência, identificando o art. 24 da Constituição da República como o ponto de apoio para o estudo do PLC nº 30/2011 e caracterizando-o com a função de “garantir a descentralização político-administrativa, para o bom funcionamento da Federação, contemplando e respeitando as profundas diferenças regionais de nosso território continental” (SILVEIRA, 2011, p. 4).

Cabe ressaltar, por oportuno, que as distinções regionais identificadas no Brasil, conforme anteriormente elaborado, diferem, por exemplo, daquelas encontradas nas Comunidades Autônomas da Espanha, que convivem com regionalismos exacer-



bados. No caso brasileiro, o que há são desigualdades regionais, principalmente econômicas e sociais, originárias de um crescimento histórico desequilibrado, com polos de alta produção industrial e áreas deixadas em larga estagnação econômica.

No afã de enfrentar os desequilíbrios regionais, a Constituição Federal lança mão dos instrumentos do Federalismo Cooperativo – consubstanciados, principalmente, nos arts. 22 (parágrafo único), 23, 24, 30 (inciso I) e 241 – e dos fundos públicos para a transferência de rendas, consoante prescrições contidas nos arts. 48, IV, e 174, § 1º. Por certo, as desigualdades regionais conduzem o Poder Central a dispensar tratamento diferenciado entre os entes da Federação.

Para fundamentar as modificações que implementaria no texto da emenda (global) substitutiva, como conclusão do seu parecer, que estava prestes a limitar os poderes da União à expedição de normas gerais sobre a proteção da vegetação, a CCJ lançou a questão: “até onde é constitucional à União tratar de assuntos em que as peculiaridades locais e regionais necessariamente alterarão o resultado da aplicação de uma lei?” (SILVEIRA, 2011, p. 7). Para responder, concluindo pela reafirmação da norma retirada do art. 24 da Constituição Federal, o parecer buscou apoio nas discussões sobre o conteúdo dos parágrafos do citado artigo que ocorreram no âmago da Assembleia Nacional Constituinte, principalmente na argumentação de Nelson Jobim, que objetivava resgatar os dispositivos que hoje temos em vigor, bem como se amparou nos escritos de Célio Borja, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Geraldo Ataliba e José Afonso da Silva, entre outros, e na jurisprudência do STF.

Assim, com base na premissa de que, no contexto de uma lei florestal, “não se pode afastar a capacidade normativa das Unidades da Federação” (SILVEIRA, 2011, p. 10), reconhecidas que foram as diferenças existentes até no âmbito interno de cada Es-

tado, o parecer da CCJ promove alterações no teor, basicamente, de quatro artigos – 1º, 3º, 8º e 33 – do PLC nº 30/2011, de modo a permitir o cumprimento da norma emanada do art. 24 da Constituição da República, propiciando que os Estados assumam sua competência de expedir normas específicas sobre o tema. Essas mudanças propiciarão a publicação de normas particulares não só da lavra dos Estados-Membros, mas, pela dicção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, também dos Municípios, dando espaço para que esses entes possam, respeitando suas especificidades, ampliar os níveis de proteção ecológica nos espaços urbanos sob sua responsabilidade.

Mesmo desenvolvendo e aplicando, na feitura da lei nacional, essa ideação de respeito às competências constitucionais dos entes federados, o substitutivo aprovado na CCJ não descuroou das responsabilidades assumidas pelo Brasil no plano internacional, materializadas nos acordos e tratados sobre proteção ambiental e desenvolvimento sustentável. Seja pela pressão exercida pelos grupos organizados de ruralistas e de ambientalistas, entre outros, que naturalmente possuem representantes no seio do Congresso Nacional, seja pelas responsabilidades assumidas pelo país no estrangeiro, diversas normas que deveriam ser caracterizadas como específicas foram guindadas à categoria de normas gerais, constando assim do texto aprovado na CCJ. O substitutivo, por exemplo, define o que vem a ser pequena propriedade ou posse familiar para todo o país e delimita as áreas de reserva legal, as de uso restrito e as de preservação permanente com validade para todo o território nacional.

Além disso, o tema discutido no PLC nº 30/2011 é um bom exemplo de assunto que necessitaria ser discutido num fórum que englobasse outros países da América do Sul. Tem sobeja importância para o Brasil a forma como são protegidas as áreas em torno das nascentes do Rio Solimões e de seus afluentes, no Peru e na Colômbia,

bem como tem influência para o Paraguai e a Argentina o regime de conservação das áreas de proteção permanentes, em território brasileiro, que comportam as vegetações ciliares do Rio Paraná, de seus formadores e de seus afluentes.

Nesse mister, o MERCOSUL, ainda como união aduaneira, precisa ser ampliado e ter alargadas suas atribuições – assimilando os acertos e evitando os erros colhidos do processo de formação da União Europeia –, mesmo que em detrimento de parte da soberania dos Estados Nacionais, de modo que assuntos de interesse supranacional tenham um palco competente para serem discutidos e decididos.

Apesar dos avanços obtidos durante a discussão da matéria na CCJ, sob o enfoque da dinâmica do Estado Federal, a postura assumida pelo Senado – acompanhando, em parte, o que fora aprovado pela Câmara dos Deputados, que, em alguns pontos, tangencia o princípio da subsidiariedade – é compreensível. Ela conduz ao pensamento de que um caminho razoável para fazer valer a necessidade contemporânea de carrear a tomada de decisões de determinados temas para o nível mais elevado, o plano da Federação, é qualificar e fortalecer a representação do Estado-Membro, bem como estabelecer uma forma de representação do Município, como ente federado, no Congresso Nacional.

Sobre essa questão, avalio que um bom caminho é reduzir o mandato dos senadores, de 8 para 6 anos, com renovação de um membro por Estado a cada 2 anos. Os senadores eleitos na eleição geral, na qual são eleitos o Presidente da República e os Governadores de Estado, representariam, no Senado, os Estados Federados; os senadores eleitos na eleição seguinte, a de prefeito e vereadores, representariam, na Casa da Federação, os municípios de seus Estados. Com isso, o fiel da balança na representação do Senado penderia a cada dois anos, proporcionalmente, ora para os Estados, ora para os Municípios, passando

estes a ter uma representação constitucionalizada nas tomadas de decisão de âmbito federal, em consonância com os arts. 1º e 18 da Constituição da República. Além disso, tal solução aproximaria mais o senador de seu eleitor, visto que o mandato de 8 anos facilita, na maior parte das vezes, o distanciamento entre ambos.

### *Considerações finais*

Como fecho deste breve estudo, que teve por escopo analisar a tramitação do PLC nº 30/2011 – projeto de novo Código Florestal – em face da dinâmica do Estado Federal, é conveniente fazer um retrospecto dos pontos doutrinários de maior relevância.

Destaco, primeiramente, a importância da autonomia dos municípios, existente desde os tempos do Império, para a formação do Federalismo no Brasil. Essa autonomia municipal, constitucionalizada a partir de 1926 e firmada completamente pelo texto de 1988, encontra, como explanado, óbices para ser aplicada com toda a sua plenitude no plano federal. Mesmo sendo um ente federado, o Município não possui legitimidade para acionar o Supremo Tribunal Federal, pelo controle concentrado de constitucionalidade, e, principalmente, não possui representantes para confeccionar as leis nacionais que deverá cumprir.

Outro aspecto que merece relevo diz respeito ao papel das competências concorrentes dentro do processo de repartição de competências previsto pela Constituição Federal. Elas, que foram criadas para qualificar melhor a divisão vertical de poderes, enfatizando a aplicação do princípio da subsidiariedade, vivem um momento de turbulência e indefinição, dadas as necessidades emergentes de intervenção do Poder Central nas atribuições específicas de Estados e Municípios.

Conforme disse, isso tem ocorrido em função da falta de recursos financeiros, na maioria dos Estados, para enfrentar

as reivindicações sociais, bem como pela exigência de homogeneidade e proporcionalidade nas relações entre as comunidades intestinas do país, o que tem aprofundado o deslocamento progressivo do eixo das decisões da base (Municípios e Estados-Membros) para o topo (União). Em consequência, é lícito pensar sobre a necessidade de fortalecer a representatividade de Estados e Municípios no âmbito da Federação.

A análise do projeto de novo Código Florestal em face da dinâmica do Estado Federal tomou por base, por razões técnicas, o parecer emanado pela CCJ sobre o PLC nº 30/2011. Nesse parecer, o relator, senador Luiz Henrique, de Santa Catarina, entre outros pontos de menor importância, procurou corrigir dois vícios de constitucionalidade. O primeiro vício estava consubstanciado no desrespeito ao princípio da reserva legal, visto que diversos dispositivos do texto original remetiam à regulamentação do Poder Executivo temas que, por imposição constitucional, deveriam ser regulados por lei no sentido estrito.

O segundo apontava para a necessidade de fazer valer as determinações constantes dos parágrafos do art. 24 da Constituição da República, que explicitam as normas de aplicação das competências legislativas concorrentes não cumulativas. Essas competências carregam a marca do princípio da subsidiariedade, por meio do qual a tomada de decisão deve estar o mais próxima possível dos entes que executarão, pois o trabalho é realizado, por óbvio, com mais afinco e o seu controle é mais efetivo. No caso do Brasil, que enfrenta marcantes desequilíbrios regionais, avulta em importância ouvir a voz dos Estados e Municípios. Assim, houve por bem o relator transformar e alterar quatro artigos, de modo que os Estados pudessem assumir sua competência de expedir normas específicas sobre as matérias.

Apesar dessa postura em defesa das prerrogativas dos Estados-Membros, o parecer da CCJ manteve sob o controle do

Órgão Central – a União – a responsabilidade de discutir e aprovar dispositivos legais que poderiam muito bem ser repassados à análise e à decisão dos Estados e Municípios. O parecer não pôde avançar mais na aplicação do princípio da subsidiariedade em função de não estar o país isolado das outras nações do mundo, num tema que diz respeito não só aos países vizinhos, mas a todo o planeta.

Hodiernamente, assuntos como esse, que remetem a responsabilidades inerentes a acordos e tratados assumidos pela República Federativa do Brasil na esfera internacional, conduzem a uma centralização da legislação no âmbito mais elevado, o plano da Federação.

Sendo essa uma constatação que se tem efetivado com frequência – o fato de as decisões prioritárias serem tomadas no ponto mais elevado do Estado Federal –, é coerente, para manter o equilíbrio do Estado Federal, a proposta de fortalecer e melhor caracterizar a representação de Estados, bem como a de criar a representação de Municípios no órgão encarregado de confeccionar a legislação para toda a Federação: o Congresso Nacional.

### Referências

- AJA, Eliseo. *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. 2. ed. Madrid: Alianza, 2003.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALTHUSIUS, Johannes. *Política: uma tradução reduzida de política metodicamente apresentada e ilustrada com exemplos sagrados e profanos*. Tradução de Joubert de Oliveira Brizida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 13, n. 53/54, p. 58-76, jan./jun. 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto;

- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 13. ed. Brasília: UnB, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo de regiões: Política e Direito*. Fortaleza: UFC, 1973.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DURAND, Charles. *El Estado federal en el derecho positivo: federalismo y federalismo europeo*. Madrid: Tecnos, 1965.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de constitucionalidade de leis municipais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Um Estadista da República: Afrânio de Melo Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1955. v. 1.
- FURTADO, Celso. *Perspectivas da Economia Brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1958.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964.
- \_\_\_\_\_. *Federalismo e o princípio da subsidiariedade: as vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rev. e Atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEONCY, Léo Ferreira. *O controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: UnB, 1995.
- MÜLLER, Friedrich; JOUANJAN, Olivier. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NAGEL, Klaus-Jürgen. El federalismo alemán: más cooperación o nueva asimetría. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 118, p. 65-99, oct./dic. 2002.
- POPE JOHN XXIII. Encyclical of Pope John XXIII on christianity and social progress. Vatican 15 May 1961. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_en.html)>. Acesso em: 10 out. 2011.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RENOUX, Thierry S. O federalismo e a União Europeia: a natureza da comunidade: uma evolução na direção de um Estado federal? Um federalismo sem federação. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 263-287.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada*. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. El Estado federal cooperativo: problemas actuales del federalismo en la República Federal de Alemania. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 12, nov./dic.1979.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVEIRA, Luiz Henrique da. *Parecer da CCJ ao PLC nº 30/2011*. Brasília, 21 set. 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/96758.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2011.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. El estado autonómico en perspectiva. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 124, p. 9-28, abr./jun. 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1961.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Jornal Oficial, n. 191, 29 jul. 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>. Acesso em: 10 out. 2011.

# Liberdade e liberdades

## A perspectiva socioeconômica da cidadania e dos direitos humanos

Jailton Macena de Araújo

### Sumário

Considerações introdutórias. 1. A implementação das liberdades como promoção dos direitos humanos. 2. Liberdade econômica e cidadania: a (des)igualdade como elemento definidor das liberdades. 3. A liberdade econômica e o desenvolvimento das perspectivas de participação da pessoa humana na sociedade. Considerações finais.

### *Considerações introdutórias*

Ao longo da história do Estado, as lutas sociais levaram ao surgimento e ao reforço da noção de responsabilidade pública quanto às questões sociais. Consoante assevera Gheventer (2005, p. 134), a intervenção do Estado nas relações de mercado remonta à época colonial, mas é apenas a partir da década de 1930 que a liberdade econômica é colocada no centro das atenções, desde já associada à preocupação com o desenvolvimento.

É interessante asseverar que na realidade, consoante observa Seelaender (2006, p. 13-14), o pensamento intervencionista do Estado no Brasil começa a ganhar corpo bem antes de 1930. Desde os fins do Império e após 1889, o Estado brasileiro já subsidiava uma política pesada de imigração. Na Primeira República, a intervenção ainda era mais precisa nos setores sociais e econômicos. Podem-se mencionar as políticas de combate a epidemias para a proteção da

Jailton Macena de Araújo é aluno do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Mestrado em Direito Econômico da UFPB); professor do curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); bolsista de mestrado do CNPq; integrante do grupo de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas"; advogado.

saúde pública, de molde a proteger a saúde das elites e a produção de café.

Além do que foi mencionado, a atuação do Estado era necessária tendo em conta o estabelecimento das populações mais pobres nos centros urbanos que se formavam, o que dificultava a obtenção direta daquilo de que se necessitava. Nesse breve apanhado, vê-se como foram essenciais no processo histórico brasileiro as intervenções estatais para a tentativa de proteção socioeconômica, embora se visualize que ela era feita de modo desigual, privilegiando as elites, o que justifica, em parte, o grande abismo social que persiste até esta data.

A liberdade, conformada com os postulados da igualdade, pressupõe os inúmeros sujeitos sociais em condições idênticas (igualdade de oportunidades) e, caso se pautar por essa identidade, conduz inevitavelmente a transgressões à justiça, embora se possa mencionar que tradicionalmente, na doutrina liberal, liberdade econômica signifique unicamente a ideia de que, em sociedades economicamente livres, a principal função do Estado seja proteger os direitos de propriedade e permitir a livre confluência das forças de mercado (GHENVENTER, 2005, p. 123). Entretanto, tal concepção encontra-se destoante da atual realidade social.

Muitos dos problemas do desenvolvimento devem-se a esse tipo de postura do Estado, que permite, negligentemente, que pessoas morram de fome, crianças permaneçam fora da escola, seja negado acesso à saúde de qualidade e que os mercados possam manejar a seu bel-prazer a vida das populações.

Em virtude disso, o Estado (por meio do ordenamento jurídico) corrige as desigualdades de direito na tentativa de atenuar as desigualdades de fato (o que justifica a adequação da atuação do Estado no caso concreto, para promover ações afirmativas – implementação de políticas públicas), com o intuito de alcançar a justiça social (MORAND-DEVILLER, 2010, p. 66).

### *1. A implementação das liberdades como promoção dos direitos humanos*

É importante estabelecer que os direitos humanos, para serem reconhecidos como elementos fundamentais à emancipação da pessoa humana, devem ser exercitados e defendidos, o que demanda informação, conhecimento, ética, atitudes, legislação, práticas, lutas sociais e, em especial, liberdade, em todas as suas acepções e sentidos, de modo a possibilitar o exercício pleno da cidadania social.

A nova compreensão da cidadania deve levar em conta a assimetria existente entre os “(sobre)cidadãos” e os “(sub)cidadãos”, bem como o fato de que os desnivelamentos não figuram apenas no plano das relações sociais, mas são, muitas vezes, consignados e aceitos pelo próprio Estado, inclusive no âmbito da legislação vigente (RABENHORST, 2001, p. 39). Em vista disso, deve-se exigir que o direito, que se pretende democrático, elimine tais desigualdades, seja no plano social, seja no econômico, seja no jurídico.

A forma como os sujeitos mais vulneráveis economicamente são vistos no meio social reverte-se em práticas que corroboram a imagem do “pobre coitado”, “malandro” e objeto descartável, a qual impregna o modo de ser e agir das pessoas, grupos, instituições e organizações em relação a eles, fazendo com que se perpetuem as diferenciações negativas (ZENAIDE, 2001, p. 41).

Exige-se o reconhecimento da liberdade como direito universal efetivamente posto ao alcance de todos para que se possa finalmente falar em efetivação da cidadania plena, inclusive sendo tomada sob o viés democrático, desde que se promovam os direitos sociais em favor de todos os marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira (PINHEIRO, 1993, p. 27).

O fato de se compreenderem, muitas vezes, os direitos econômicos, sociais e culturais de um lado e os direitos civis e políticos de outro, restando forçosamente albergados em perspectivas de direitos di-

ferentes, forja a justificativa para o abandono frequente do direitos econômicos pelos governantes. Porém, não se deve esquecer que “[...] sem direitos econômicos não há direitos humanos” (ZENAIDE, 2001, p. 46).

Apenas seria compreensível e aceitável a hierarquização dos direitos, colocando-se os civis e políticos acima dos econômicos e sociais, se a sociedade tivesse atingido determinado nível de desenvolvimento econômico que possibilitasse satisfazer as necessidades materiais básicas sem detrimento de qualquer outro direito civil e político ou socioeconômico; caso contrário, a noção discriminatória entraria em voga, em especial em desfavor daqueles que não têm condições de, por seus próprios recursos, ter acesso aos bens sociais (BIELEFELDT, 2000, p. 123).

Para muitos Estados, a diferença entre os direitos civis garantidos constitucionalmente (primeira geração) e os direitos sociais e econômicos (da segunda geração) consiste em dois níveis hierárquicos de justiça: o primeiro nível postula um sistema de máxima liberdade (igual para todos); o segundo regulamenta questões básicas da justiça social, limitando desigualdades sociais e econômicas (só se justificam se não impedirem a igualdade de chances na disputa por cargos e posições e se oferecerem, relativamente, ótimas vantagens aos menos favorecidos dentro da sociedade).

Diante dessa evidência, como observa Seelaender (2006, p. 25), não se pode permitir que se evidenciem conflitos entre os próprios pobres, figurando, de um lado, os “segmentos das classes mais baixas” e, de outro lado, “parte da população” (lembre-se de que esta parte é cerca de 2/3 da população brasileira), de modo que se vislumbrem políticas públicas que ponham em xeque a igualdade com grau maior de complexidade.

Assim, observa Arendt (2007, p. 330), é compreensível que, por razões históricas, se permita refletir a respeito da ordem filosófica dos direitos humanos, que não pode,

evidentemente, ser dissociada do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e jurídicos inerentes a sua realização.

Tendo tal pensamento em conta, pode-se aduzir que: “[...] a filosofia, ao longo da história, tem elaborado princípios destinados a garantir que tais direitos sejam erigidos, proclamados e utilizados como idéias regulativas da vida em sociedade [...]” (PEQUENO, 2001, p. 52).

Por outro lado, o grande problema da atualidade no que diz respeito aos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los. E protegê-los significa aceitar a opção de que já se conquistou a sua implantação e que esses direitos humanos devem ser vistos de maneira indissociada em relação aos direitos sociais e econômicos (também reconhecidos como direitos humanos).

A questão então, na forma problematizada por Pequeno (2001, p. 52), é: em que sentido se pode afirmar que os direitos humanos já adquiriram, sob o prisma da cidadania, seu valor e sua eficácia?

A própria história da filosofia apresenta inúmeras tentativas de fundamentar os direitos humanos, o que é apresentado da seguinte maneira:

“[...] nitidamente a partir do século XVII com o jusnaturalismo de Locke, para quem o homem naturalmente tem direito à vida e à igualdade de oportunidades. Este preceito é seguido por Rousseau ao anunciar que todos os homens nascem livres e iguais por natureza. Nessa mesma perspectiva, podemos citar Kant, para quem os homens têm direito à liberdade, a qual deveria ser exercida de forma autônoma e racional. Os teóricos do direito natural recorriam freqüentemente à idéia de evidência para afirmar que tais direitos eram inelutáveis e, portanto, inquestionáveis (PEQUENO, 2001, p. 52).”

Sob esse ponto de vista, os direitos humanos se alicerçam, na atualidade, no



valor intrínseco do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso é vislumbrado de maneira muito precisa por Kant (1980, 420-421) quando, ao fazer reflexões sobre a segunda fórmula do imperativo categórico, anuncia “[...] agir de tal maneira que trates a humanidade, seja em sua própria pessoa ou na pessoa do outro, sempre como um fim, nunca como mero meio para um fim”. Eis por que a pessoa humana é tomada como fim em si mesmo. A ideia de dignidade deve, pois, instaurar uma nova forma de vida, capaz de garantir a liberdade e a autonomia do sujeito.

Dessa forma, observa Bobbio (1984, p. 117-118) que a justiça é liberdade e, com base nessa concepção, o fim último do direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa). O direito é concebido, portanto, como conjunto de limites às liberdades individuais, de maneira que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade desde que também não lese a esfera de liceidade dos outros. Logo, não é suficiente, segundo o ideal da justiça como liberdade, que o ordenamento jurídico estabeleça a ordem, nem que essa ordem seja fundada na igualdade. É necessário, para que a justiça permaneça no centro das decisões, que os membros da sociedade, bem como os seus representantes na direção do Estado, usufruam da liberdade.

Entretanto, para que essa liberdade tenha valor, muitos aspectos têm de ser tomados em consideração, motivo pelo qual seria “justo” somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma “ordem” na liberdade, em que prevalecessem não apenas as liberdades civis e políticas, mas também as liberdades sociais e econômicas, que fundamentam e possibilitam a atuação do cidadão na vida política da sociedade na qual está inserido (BOBBIO, 1984, p. 119).

A liberdade, como fundamento da dignidade da pessoa humana, impõe-se como o valor incomensurável e insubstituível, que não admite equivalente. A dignidade, por sua vez, tem acepção qualitativa, a qual

impossibilita a desigualdade no usufruto das liberdades. Por essa razão, a pessoa não pode gozar de mais dignidade do que outra, tampouco pode ser mais ou menos livre.

É necessário fundamentar essa perspectiva a respeito da liberdade considerando os percalços da vida cotidiana, os quais impõem situações em que a dignidade é vulnerada e conseqüentemente, as liberdades. Em face dessa mesma inquietação, Pequeno (2001, p. 53) questiona: “[...] O que fazer diante da cena dantesca de um corredor de hospital público repleto de pacientes (e como são pacientes!) que almejam atendimento e salvação?”.

Nesse mesmo sentido, pontua Silveira (2001, p. 117): “Temos enormes massas de analfabetos, ainda. Pessoas morrem, cotidianamente, nos hospitais. Milhões passam fome e milhares morrem de epidemias tecnicamente resolvidas há décadas e, em certos casos, séculos”. Entretanto, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o reconhecimento dos direitos humanos é positivado e universalizado, o que confere a todos os seres humanos a prerrogativa de exercício daqueles direitos.

A liberdade econômica que se quer assegurar não é aquela posta pelo *marketing* oficial, que propõe uma “liberdade consumista”, até porque esta é ainda mais utópica do que a liberdade conferida nas declarações de direito. Diferentemente, a liberdade econômica que se pretende construir com a atuação estatal é aquela que garante a todos os bens mínimos, na mesma medida e com a mesma abertura de possibilidades para a fuga do estado de penúria.

O Brasil é marcado por desigualdades e o Estado tem sido conivente com a manutenção dessa situação. Tendo em conta tal situação, Figueiredo (2006, p. 25) pondera que é necessário criar programas sociais que possam suprir as carências das pessoas no “vértice mais pobre da população”, assim como, discutir e ampliar os projetos que pretendem diminuir as desigualdades e a pobreza.

Em face dessa evidência, não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal brasileira de 1988 garante que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza; porém a própria estrutura da sociedade brasileira, por séculos, tem-se empenhado em instituir mulheres, negros, pobres e crianças como desiguais perante os homens ricos e brancos. Aos primeiros, que são mais de 80% da população nacional, as condições oferecidas asseguram-lhes mais obrigações do que direitos; aos últimos, além de toda sorte de privilégios, garantem-se-lhes mais direitos do que deveres (SILVA J., 2001, p. 131).

Com base nas afirmações de Piovesan (2001, p. 2), tendo em vista a integralidade dos direitos humanos, pode-se concluir que “[...] não há verdadeira liberdade, sem que a igualdade seja assegurada e nem tampouco há verdadeira igualdade sem que a liberdade seja respeitada”.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são verdadeiros direitos fundamentais, sindicáveis e exigíveis e demandam, por parte do Estado, séria e responsável observância. Os direitos socioeconômicos, portanto, incluem, como vislumbrado, a preocupação central da proteção aos grupos vulneráveis, devendo ser reivindicados como direitos e não como assistencialismo ou generosidade do Poder Público (PIOVESAN, 2001, p. 3).

Os mencionados direitos socioeconômicos não são uma generosidade do Estado; são, antes, uma obrigação jurídica, fundamentada nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado por 142 Estados-partes (em 2001), entre eles o Brasil.

É, pois, fundamental reafirmar que os direitos econômicos, sociais e culturais têm plena exigibilidade, não sendo possível tratar com firmeza de direitos humanos sem que eles sejam plenamente respeitados.

Em razão disso, Trindade (2001, p. 12) enumera as distintas obrigações dos

Estados quanto ao tratamento dos direitos socioeconômicos e culturais: “[...] respeitar, proteger, assegurar e promover – atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, e das obrigações mínimas relativas aos mesmos”.

Assim, é importante que se inicie a consideração do que constitui o núcleo duro de direitos econômicos, sociais e culturais, a ser constituído, por exemplo, pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação (mais além dos chamados “direitos de subsistência”, tais como o direito à alimentação, o direito à moradia e o direito a cuidados médicos) (TRINDADE, 2001, p. 14).

É, desse modo, de extrema importância mencionar que tais direitos devem ser acompanhados de instrumentos capazes de tornar efetiva a sua realização ou a sua exigibilidade, para que mereçam a denominação de direitos humanos. “Esse é um imperativo do qual não se pode fugir, sob pena de se ver os direitos reduzidos a meras normas programáticas ou a valores jusnaturalistas” (LIMA JUNIOR, 2001, p. 95).

Tais instrumentos, destaca Suplicy (2006, p. 15), têm de coadunar-se com as bases políticas que desejam atingir, quais sejam os objetivos de erradicação da pobreza, crescimento econômico com maior equidade, dignidade e liberdade real para toda pessoa humana inserida na sociedade.

É crucial que se mencione estar provado pela experiência que a determinação do grau de liberdade ou de limitação subsiste, mesmo porque a aproximação entre liberdade e limitação se condiciona sempre às concepções políticas ou ideológicas vigentes (ANDRADE D., 1987, p. 2). Desse modo, a liberdade que se pretende construir quando se fala de um Estado de Bem-Estar Social é aquela que garanta, na maior medida, esse bem-estar ao maior número de cidadãos.

E esse Estado de Bem-Estar Social não deve ser visto pela ótica simplesmente solidarista, mas pela ótica da equidade (FIGUEIREDO, 2006, p. 48), porque não se

pode admitir que, em pleno século XXI, ao se tratar da liberdade, seja ela vislumbrada sob uma perspectiva puramente liberal, na qual a liberdade econômica seria apenas véu para a ditadura do consumo e dos mercados. Em outras palavras, ter-se-ia como “liberdade” a dominação de uma condição de mercado, colocando-se o Estado, em nome de princípios liberais, a serviço da opressão socioeconômica, situação em que grande parcela da população não teria liberdade, nem econômica, nem civil, muito menos política.

## *2. Liberdade econômica e cidadania: a (des)igualdade como elemento definidor das liberdades*

É improvável o exercício pleno da cidadania (cidadania política e social) quando se depreende de uma realidade que as pessoas, dada a sua posição na estrutura econômica da sociedade, são muito desiguais.

A igualdade jurídica esposada na lei não corresponde aos fatos reais – a liberdade de cada um varia em função da desigualdade real existente à margem da esfera jurídica. Logo, essa igualdade posta abstratamente entre as pessoas, quando contraposta às atuações concretas, deixa de ter sentido (ANDRADE D., 1987, p. 4-5).

Assim, a liberdade, calcada na igualdade concreta entre os sujeitos, é um pressuposto falso, donde se pode afirmar que, sem que haja uma atuação que corrija as distorções da realidade, a igualdade é meramente teórica, puro princípio sem aplicação prática, e a liberdade que a ela se liga será, do mesmo modo, utópica e sem correspondência com a realidade (ANDRADE D., 1987, p. 5).

Pode-se afirmar que é a própria estrutura da economia que suscita as limitações e coações aos vulneráveis economicamente, em benefício das elites econômicas. Certos homens (pertencentes às classes abastadas) dispõem de larga margem de liberdade, enquanto outros (a grande maioria), na

mesma sociedade, sofrem com o inverso, a limitação ou coação que se impõe.

Por omissão ou pela “liberdade de indiferença” – expressão de Darcy Andrade (1987, p. 7) que significa, no seu entendimento, a indiferença pela verdade, moralidade, justiça e bem-estar social das pessoas na sua totalidade, o que impede o desenvolvimento dos sujeitos sociais e limita, de forma real, a vivência da cidadania e da dignidade da pessoa humana –, o Estado permite que sejam intentadas violações às pessoas que não dispõem de recursos (aos seus direitos humanos econômicos, sociais e culturais) e que a pessoa humana se sujeite à privação de direitos sociais essenciais à construção da cidadania e da dignidade.

Economicamente, a desigualdade de oportunidades é visualizada sem maiores preocupações pelo Poder Público. O poder e a riqueza ficam concentrados nas mãos de poucos, enquanto a grande maioria dos cidadãos fica reduzida ao *status* de privação em que nem direitos mínimos como alimentação, saúde, educação, habitação, vestuário são assegurados.

A liberdade apenas significaria: “[...] o direito de os ricos se tornarem mais ricos e de os pobres ficarem mais pobres” (ANDRADE D., 1987, p. 7). O afortunado (ANDRADE D., 1987, p. 20) não enfrenta dificuldades financeiras, pode alimentar-se e vestir-se bem, recebe educação e instrução, tem assistência médica, diverte-se, participa da política e faz negócios (a liberdade, para ele, tem um aspecto refinado e de constatação, simplesmente).

Para a pessoa pobre, entretanto, os obstáculos à realização da liberdade acumulam-se e, muitas vezes, tornam-se intransponíveis: alimenta-se e veste-se de maneira insuficiente; permanece analfabeto ou tem instrução mínima; não tem assistência à saúde; é, no máximo, eleitor.

Como se pode notar do que foi exposto, o pobre vê-se obrigado a vencer etapas do desenvolvimento pessoal que os afortunados já encontraram superadas. E, quanto

àqueles que não têm condições mínimas de, por seu esforço pessoal, vencê-las, as liberdades econômicas, que devem ser facultadas a todos pelo Estado, têm por objetivo a criação das condições para que se possam superar as dificuldades. Dessa maneira, apenas a atuação positiva do Estado é que pode permitir a realização de um mínimo de liberdade.

Nessa medida, pode-se definir, como conclui Darcy Andrade (1987, p. 25), que a liberdade é “[...] o conjunto de condições ou circunstâncias em que a pessoa, com conveniente segurança e sem temor de mal maior, pode agir, mediante sua escolha, como lhe aprouver”. E essa condição de escolha apenas é possível com a garantia mínima de subsistência.

Berlin (2009, p. 249) acrescenta que a liberdade pode ser vista como a liberdade de escolher entre, pelo menos, duas alternativas; mas, se a própria noção de alternativa é uma ilusão, então a liberdade nesse sentido é uma ilusão. Ou tratando melhor o argumento: se a possibilidade de acesso aos bens para o suprimento de necessidades é uma ilusão (não há alternativa para os pobres), então a liberdade econômica é uma ilusão.

*“[...] o homem [...] procura ser considerado, a seus próprios olhos e aos dos outros, como igual aos outros em valor, dignidade e oportunidade. Igualdade [...] é não apenas um valor moral, mas uma necessidade inerente ao homem. [...] o homem necessita de auto-realização, isto é, procurar felicidade através de atividade inerentemente satisfatória. Portanto, procurando ordenar sua sociedade e sua vida de modo a atender a essas necessidades, os homens criam e adotam ideologias para ajudá-los a atingir tal fim”* (CHRISTENSON et al., 1974, p. 42-43, grifo nosso).

A liberdade política seria apenas o passo inicial para a efetivação das outras liberdades e, sem a implementação de todas elas,

não teria qualquer valor. Isso se deve ao fato de que, se é o Estado o responsável por uma sociedade em que se institucionalizou uma ordem econômica iníqua, apenas ao Estado cabe modificar as bases dessa ordem econômica, de modo a criar condições de segurança, em proveito do exercício da liberdade eficaz e condizente com os anseios de justiça social (ANDRADE D., 1987, p. 27).

A democracia, proposta na ordem econômica que garante, protege e promove a justiça social, não deve ser concebida apenas como um governo do povo e para o povo. A democracia, nessa perspectiva, deve ser fixada na igualdade de oportunidades, que nada significará se essas oportunidades forem ofertadas da mesma maneira ao mais forte e ao mais fraco, ao mais rico e ao mais pobre, dispensando-se tratamento igual aos desiguais. Propõe-se, pois, a substituição dessa concepção (clássica) pela compreensão de democracia social (ANDRADE D., 1987, p. 48-50).

Chega-se, em consequência, à conclusão seguinte: o bem-estar social e a elevação do padrão de vida têm como pressuposto o desenvolvimento econômico (ANDRADE D., 1987, p. 290). O esforço da ordem econômica não é apenas o controle de um setor da vida humana que possa ser separado dos inúmeros aspectos indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana; deve haver o controle e a promoção de todos os fins, objetivos e anseios indispensáveis à plena realização da pessoa humana.

Em suma, é necessário nível mínimo de consenso ideológico para a estabilidade e a sobrevivência da sociedade e de sua ordem política, visto que aqueles objetivos do Estado devem ser efetivados, sob pena de serem considerados ilegítimos e serem causa até mesmo de uma revolução que ponha abaixo o sistema vigente.

Na ausência desse consenso ou mesmo da congruência entre os objetivos firmados pelo Estado e a realidade social, o apoio ao sistema exige métodos mais onerosos

de recompensas materiais ou força; e, em longo prazo, essas são bases fracas e talvez impossíveis para a manutenção da sociedade. Então cabe ao Estado buscar os objetivos sociais propostos e zelar por tais objetivos, que se traduzem na implementação de maior liberdade para a participação da comunidade.

Portanto, na exposição de Christenson *et al* (1974, p. 45), quando a sociedade percebe que a ideologia tem pouca ou nenhuma relação com condições reais, há ameaça de desordem social. Isso se dá porque, se a estabilidade depende da congruência entre ideologia e condições socioeconômicas e políticas, a chave da análise da Ciência Social está no estudo da substância da ideologia e de sua relação com a realidade.

Sob esse ponto de vista, pode-se concluir que a democracia social mencionada anteriormente é firmada no

“[...] valor da auto-realização de cada indivíduo como o propósito último a ser servido pelo Estado. [...] O desenvolvimento das capacidades da personalidade, em seus membros, é o propósito último servido pelo Estado e o valor político final. Portanto, a sociedade democrática é organizada de modo a excluir barreiras ao autodesenvolvimento individual” (CHRISTENSON *et al.*, 1974, p. 223).

A este respeito, Christenson *et al* (1974, p. 219) afirmam que as nações menos desenvolvidas, em razão da situação em que se mantêm os seus cidadãos, se caracterizam por não ter as mínimas condições políticas, econômicas e sociais, que são pré-requisitos da democracia. Falta-lhes alfabetização para tornar possível a discussão política e significativa a escolha dos representantes, bem como lhes falta bem-estar econômico suficiente para atenuar os conflitos e as necessidades sociais capazes de, se satisfeitas, criar uma organização estabilizada e pronta para o desenvolvimento.

Refletem, ainda, Christenson *et al* (1974, p. 317) que o espírito de liberdade econômi-

ca que se apregoa é aquele voltado para a efetivação da justiça social, que favorece a distribuição de riqueza que permita apenas modestas diferenças de renda entre os mais prósperos e os menos prósperos, desejando extinguir privilégios especiais e criando mais oportunidades iguais para todos.

Note-se que o problema da ausência de liberdade em sua plenitude tende a ser encarado como se fosse um vício daqueles a que se atribui a árdua tarefa da liberação da sociedade, porque, como pondera Chaui (2007, p. 56-59), não há sujeitos sociais e políticos, mas objetos sociopolíticos, tudo em virtude da ausência da liberdade.

Tradicionalmente, democracia significa igualdade, soberania, preenchimento das exigências constitucionais, reconhecimento da maioria e dos direitos da minoria e liberdade, donde se pode depreender que o fim da exploração e da exclusão sociais se reflete na igualdade socioeconômica (CHAUI, 2007, p. 148-149).

Chaui (2007, p. 223) alega que as políticas de intervenção do Estado são bem-sucedidas sob o ponto de vista administrativo ou de atuação da máquina governamental, servindo como elemento de combate aos custos sociais que se impõem (acentuação das desigualdades na distribuição de renda, supressão de liberdades sociais que acabam por influenciar na supressão de liberdades políticas).

Chaui (2007, p. 303) destaca que a liberdade, ora vista como perturbação à ordem histórica, naturalmente imposta, não passa, na realidade, de uma compreensão humana das necessidades, ou, mais especificamente, a liberdade é visualizada como a conjugação dos esforços da pessoa humana na busca da realização de suas necessidades (obtenção de prazer e bem-estar, mas não apenas isso, obtenção da própria subsistência).

Se a liberdade é a consciência da necessidade, isso implica dizer que liberdade e necessidade não são opostas, porque a liberdade é a simples (ou complexa) exteriorização da necessidade (que é, pois,

compreendida como algo interior), o que rechaça qualquer tipo de argumento no que se refere à oposição entre necessidade e liberdade (CHAUI, 2007, p. 304-305).

A pessoa humana deve ser colocada no centro do processo de desenvolvimento, sendo imprescindível que se apodere do entendimento de que os direitos de solidariedade são indispensáveis para a compreensão do que se propõe quando se fala de uma sociedade justa e solidária. O desenvolvimento de cada um (em especial daqueles mais vulneráveis social e economicamente) está inexoravelmente ligado ao desenvolvimento de todos os demais. É essa a compreensão de igualdade consentânea à liberdade plena.

### *3. A liberdade econômica e o desenvolvimento das perspectivas de participação da pessoa humana na sociedade*

O desenvolvimento das forças de produção que possibilitam o crescimento econômico e social apenas se manifesta concretamente por meio de novas relações sociais quando, a partir de um novo modo de organizar a vida coletiva, se faculta à humanidade (à sociedade como um todo, inclusive aos mais pobres, sem dotação de recursos) a possibilidade de sair do reino da simples satisfação das necessidades para o reino da liberdade (NUNES, 2003, p. 122).

Nesse mesmo sentido, observa-se que a cultura democrática e igualitária da época contemporânea é caracterizada não só pela afirmação da igualdade civil e política para todos, mas também pela consciência de que a igualdade civil e política está em consonância com a redução das desigualdades entre as pessoas nos planos social e econômico, entendida como meio essencial para possibilitar a libertação da sociedade das necessidades e do risco (NUNES, 2003, p. 42).

Isso é facultado, evidentemente, não pelos poderes constituídos, na sua acepção clássica, como desenhado na Constituição

Federal (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), mas por políticas públicas – mecanismos construídos em especial pelo Poder Legislativo e colocados em prática pelo Poder Executivo – que se voltam exclusivamente para esse objetivo.

É evidente que, ao se tratar de políticas públicas, o elemento “público” aí referido não tem a intenção de estabelecer uma distinção absoluta em relação ao “privado”. O sentido de “público”, nos nossos dias, está relacionado a uma compreensão de vida em sociedade, ao bem comum, independentemente de serem o Estado ou outros organismos sociais os agentes envolvidos na consecução do bem social. O desenvolvimento de políticas sociais não está restrito, portanto, ao Estado – embora seja este (e assim deve continuar sendo) seu principal executor. Também as organizações não governamentais e as empresas são capazes de desenvolvê-las, em muitos casos com resultados até mais satisfatórios.

É interessante a metáfora trazida por Nunes (2003, p. 58), ao criticar a equivalência que pretendem fazer entre a liberdade civil e a liberdade econômica nos termos apresentados anteriormente. É estabelecido o comparativo entre a capacidade de votar e a capacidade de comprar, no qual alguns eleitores podem votar mais de uma vez porque, no mercado livre, aquele que possui mais bens e riquezas pode influenciar mais a economia e usufruir mais e melhor da liberdade econômica da sociedade.

Aqueles que não possuem capacidade econômica não vivenciam a liberdade. São dependentes e têm o seu desenvolvimento civil, político, social e econômico impedido permanecendo incapazes de atuar nas decisões sociais, impossibilitados de desfrutar dos bens e serviços desenvolvidos pela tecnologia e vulneráveis às violações dos seus direitos mínimos. Seria o que Nunes (2003, p. 69) proclama como a “civilização das desigualdades”.

A liberdade é, portanto, regra máxima da concepção de desenvolvimento da so-

cidade e base fundante da democracia, da cidadania e da plena realização dos direitos humanos (SILVA R., 1998, p. 230), o que, por óbvio, se exterioriza como mais liberdades (civis, políticas, sociais, econômicas e culturais).

Com essa compreensão de proteção estatal dos direitos de cidadania, cabe também a institucionalização dos mecanismos de proteção contra os riscos sociais, por meio de uma cultura política que consagre os valores e fundamentos básicos da solidariedade e da justiça social (CARVALHO, 2005, p. 97).

Salama e Destremau (1999, p. 108-129) revelam que, para o Banco Mundial, a pobreza traz problemas sociopolíticos que refreiam a eficácia econômica. Lembram ainda que o relatório 2000 do PNUD trata das relações entre pobreza e direitos humanos socioeconômicos, asseverando que se exige uma maior integração entre os direitos civis e políticos e os direitos socioeconômicos, com menos discriminação, mediante o fomento de uma democracia inclusiva, baseada, especialmente, nos conceitos de governança e atuação estatal. Para Sen (2002, p. 71), na sua crítica ao utilitarismo, o desenvolvimento como corolário da liberdade indica que a liberdade constitui tanto o fim como o principal meio para atingir o desenvolvimento.

O Estado assume então responsabilidade importante quando da transição do Estado Liberal para o Estado Social, passando a definir as políticas públicas, seu direcionamento e sua implementação; assim, há, sem dúvidas, uma transformação profunda na compreensão de liberdade, que passa a ter uma conotação mais construtiva (RISTER, 2007, p. 307).

Segundo reforça Grau (1977, apud RISTER, 2007), não há qualquer incompatibilidade entre o planejamento do desenvolvimento e a liberdade porque o que se pretende com a liberdade econômica não é suprimi-la, mas sim supri-la.

É compreensível, conforme assevera Carlyle (1982, p. 255), que o possuir direitos não esteja ligado efetivamente à concreti-

zação desses direitos de cidadania, porque a pessoa humana é titular de direitos em virtude de sua personalidade, como ser de razão. Este é o fundamento da igualdade que deve ser promovida, e a efetivação desses direitos depende de que haja a intervenção, o amparo e a proteção do sistema legal e coativo da sociedade política (Estado).

Para que o poder estatal se mantenha legitimado pela igualdade entre os cidadãos e pela liberdade que se propõe, é imperioso que se facilite o acesso de todos às virtudes públicas, ou seja, é imprescindível universalizar a liberdade econômica. E essa liberdade econômica não pode ser conseguida por meio da anarquia das multidões e do mercado (CARLYLE, 1982, p. 261). O Estado é instrumento imprescindível para a condução do processo de desenvolvimento socioeconômico, devendo manter tal controle com razoabilidade.

É contraditório, entretanto, do ponto de vista socioeconômico, afirmar que apenas com a ação estatal, limitando em determinadas situações a liberdade individual, se pode atingir a verdadeira concepção de cidadania.

Nessa medida, pode-se ponderar que a eliminação das restrições (liberdade formal) não é suficiente para que se alcance a liberdade material que proporcione a todos iguais condições de acesso ao desenvolvimento (CARLYLE, 1982, p. 261). Se o cidadão se encontra desamparado pelo Estado, não é cidadão (é indivíduo que está excluído dos processos e ações da sociedade).

A liberdade econômica é concebida, portanto, conforme defende Amaral (2005, p. 141), como instrumento para a obtenção da liberdade política e da cidadania e a elas deve estar atrelada, sob pena de se tornarem inócuos esses anseios. Como ponderou Stuart Mill (1991, p. 158), nunca é demasiada a atuação governamental que não impeça, mas na realidade auxilie e estimule, o esforço e o desenvolvimento da pessoa humana.

Embora defensor do neoliberalismo, Hayek (2006, p. 68) afirma que uma das formas pelas quais se pode diminuir o agravamento do nível das desigualdades e promover a liberdade, não em termos liberais, mas um mínimo de liberdade, é mediante a redistribuição, o que, deliberadamente, propicia a redução das desigualdades e a eliminação da pobreza. Pondera ainda que, havendo crescimento, há a melhoria da situação das classes mais baixas e a satisfação de algumas de suas necessidades básicas.

A liberdade econômica que se prescreve é aquela determinada pela ação coletiva dos grupos organizados ou pela ação política do Estado, pois “o indivíduo isolado está economicamente desamparado e quase impotente” (CARLYLE, 1982, p. 262).

É interessante ponderar que de nada adianta a proteção da liberdade na órbita estatal se não houver profundas modificações no seio da própria sociedade, ditadas pelos imperativos da justiça social, para que todos possam se beneficiar do desenvolvimento social.

Portanto, os meios para que se possa alcançar a liberdade econômica são: o esforço conjunto para o fortalecimento da posição dos membros sociais mais débeis economicamente e o controle legal da comunidade política sobre as condições econômicas. Em outras palavras, uma democracia social que se volte para a efetivação dos direitos da pessoa humana como sujeito econômico.

### *Considerações finais*

Dizer que o pobre é livre – porque tem liberdade para prestar seus serviços a quem desejar ou ainda conseguir outras formas de sustento – é mera ilusão. A liberdade econômica apenas pode ser facultada à parcela carente da população quando forças externas de controle moral e racional intervêm e fazem com que haja efetiva transformação social, propiciando acesso àquilo de que mais se precisa (renda, alimentação, vestuário, habitação).

Nessa senda, impõe-se como baluarte a apreensão de que o desenvolvimento não se dá naturalmente pelo livre jogo do mercado, segundo a compreensão de liberdade econômica nos moldes liberais. O desenvolvimento deve ser alcançado mediante diretrizes propostas e planejadas pelo Poder Público, obviamente com a participação da sociedade.

A liberdade política apenas pode ser vivida em sua plenitude quando da construção de direitos sociais firmes e efetivos na sociedade. Não pode votar certo, não pode desejar cidadania aquele que passa fome. Este apenas se resigna ao desejo pelo pão.

É absurdo, pois, imaginar que a liberdade econômica é comparável à liberdade moral, intelectual ou artística. Qualquer destas pode desenvolver-se sem a participação da comunidade ou do Estado; entretanto, a liberdade econômica apenas se desenvolve quando há uma atuação positiva. É o desenvolvimento desta liberdade que fomentará todas as outras formas de liberdade. A liberdade econômica não pode, portanto, funcionar sem que haja a intervenção, o amparo e a proteção do sistema legal e coativo do Estado.

Para que tais direitos sejam consagrados não apenas no texto da lei, muito deve ser feito pelo Poder Público a fim de garantir ao cidadão a verdadeira liberdade (não a ausente de limitações, mas a dotada de possibilidades para todos).

O acesso à liberdade é a tônica das reivindicações democráticas que ampliam a cidadania – no plano político, facultando o direito de se organizar politicamente, em especial mediante o direito de participar das decisões; e no plano social, mais amplo, por meio da defesa de certos direitos ou de sua conservação, possibilitando a conquista do próprio direito à cidadania, pelo reconhecimento de novos direitos e, portanto, de novos sujeitos sociais. É imperioso reconhecer que as liberdades civil e política são necessariamente ligadas à liberdade econômica.



## Referências

- AMARAL, Maria Virgínia Borges. *Discurso e relações de trabalho*. Maceió: Edufal, 2005.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Idéias políticas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para justiça*. São Paulo: LTr, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica: Seu surgimento e influência no pensamento moderno*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UNB, 1984.
- CARLYLE, A. J. *La libertad política: historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*. Tradução de Vicente Herrero. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de Carvalho. Inclusão social, pobreza e Cidadania. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas (Org.). *Cultura e atualidade*. Salvador: EDUFBA, 2005.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- CHRISTENSON, Reo M. et al. *Ideologias e política moderna*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1974.
- FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- GHEVENTER, Alexandre. *Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- HAYEK, Friedrich August von. *Los fundamentos de la libertad*. 7. ed. Tradução de José Vicente Torrente. Madrid: Union, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1980.
- LIMA JUNIOR, Jayme Benevuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Os territórios do direito: reflexões sobre a generalidade e impessoalidade da regra do direito. In: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (Org.). *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEQUENO, Marconi Pimentel. Ética, direitos humanos e cidadania. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos (Org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: UFPB, 2001.
- PINHEIRO, Paulo Sergio. Dialética dos direitos humanos. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto A. R. de (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: UNB, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. Notas introdutórias. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benevuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- RABENHORST, Eduardo R. Democracia e direitos fundamentais em torno da noção de Estado de Direito. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos. *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: UFPB, 2001.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SALAMA, Pierre; DESTREMAU, Blandine. *O tamanho da pobreza: economia política da distribuição da renda*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite. Pondo os pobres no seu lugar: igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- SILVA, José Barbosa da. Representações na comunicação de lutas pela construção da cidadania: os meios e comunicação no processo organizativo dos grupos e movimentos populares. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos (Org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: UFPB, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A reforma do Estado no Brasil e o descompromisso político com os direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direitos humanos como educação para justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. 500 anos de uma cidadania excludente. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos (Org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: UFPB, 2001.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. Prefácio: podemos logo no Brasil aplicar os princípios de justiça. In: FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realiza-*

*ção dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benevuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. Construção conceitual dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_; DIAS, Lúcia Lemos (Org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: UFPB, 2001.



# A jurisprudência do STF e a defesa de normas em ação direta de inconstitucionalidade

Leonardo Mundim

## Sumário

1. A impugnação constitucional de leis e atos normativos. 2. A peculiar decisão de John Marshall. 3. A defesa das normas impugnadas. 4. Mérito da impugnação constitucional: um campo inseguro. 5. As chances *objetivas* de defesa. 5.1. A ilegitimidade ativa. 5.2. A inviabilidade de ADI contra normas anteriores à Constituição. 5.3. A inviabilidade de ADI contra leis de efeitos concretos. 5.4. A ausência de ofensa direta à Constituição. 5.5. A ausência de impugnação a todo o conteúdo normativo. 6. A questão da eficácia temporal da defesa das normas. 7. Conclusão.

### *1. A impugnação constitucional de leis e atos normativos*

A democracia brasileira sustenta-se bem em diversos pilares, e um deles é a possibilidade, significativamente ampliada pela Carta de 1988, de entes estatais e organizações corporativas impugnarem a existência e a vigência de normas consideradas contrárias à Constituição.

O atual leque de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI) – Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação

Leonardo Mundim é advogado, professor-titular do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e especialista em Análise da Constitucionalidade (UnB/Unilegis).

no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – aproxima o sistema de controle constitucional brasileiro, ainda que de modo tímido, como já demonstramos (OLIVEIRA, 2007), do ideal preconizado por Peter Häberle (1997) em sua teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

No regime constitucional anterior, a impugnação de normas consideradas inconstitucionais era atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República. Este, por sua vez, e contraditoriamente, era também o responsável legal pela defesa da União em processos judiciais – o que trazia certo desconforto no tocante à necessária independência para a investida contra leis e atos normativos viciados, como afirmou em entrevista o Ministro Sepúlveda Pertence (CHAER, 2006).

O modelo atual de impugnação de normas traz diversas possibilidades de resultado, especialmente após a edição da Lei nº 9.868/1999. Têm-se a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto, a técnica da norma “ainda inconstitucional” etc. – todas permitindo maior precisão e eficácia no trabalho do Supremo Tribunal Federal (STF) de guardar e proteger a Constituição Federal.

## 2. A peculiar decisão de John Marshall

É, contudo, interessante perceber que a decisão judicial considerada inaugurante da moderna compreensão ocidental do controle jurisdicional da constitucionalidade – a proferida por John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury x Madison*, em 1803 – não resultou na *extirpação* de uma norma do mundo jurídico, nem em redução de seu texto ou conteúdo, mas sim na *manutenção*, na prática, da lei então impugnada.

Com efeito, a técnica do controle jurisdicional da constitucionalidade foi ali utilizada para que a Suprema Corte norte-

-americana pudesse validamente evitar o envolvimento em assunto de delicada complexidade política, e para tanto foram primordiais as qualidades de Marshall como notável jurista e habilidoso político.

No caso (MARSHAL, 1997), o Presidente John Adams indicou ao Senado, submetendo à sua aprovação, o nome de William Marbury para exercer, com mandato de cinco anos, o cargo de Juiz de Paz do Condado de Washington, Distrito de Columbia. Aprovado o nome, a nomeação foi perfectibilizada mediante a lavratura do respectivo ato, a assinatura do Presidente e a colocação do selo dos Estados Unidos.

Entretanto, antes da entrega do ato de nomeação ao nomeado – o que o habilitaria a entrar em exercício –, encerrou-se o mandato do Presidente Adams, tomando posse o Presidente Thomas Jefferson, de orientação política adversária. James Madison foi escolhido Secretário de Estado e, ao tomar conhecimento do ato de nomeação pendente, decidiu consultar o Presidente Jefferson. Este afirmou que a nomeação do Juiz de Paz estaria incompleta e assim seria passível de revogação, orientação que foi seguida por Madison, que recusou o pedido de entrega do documento, formulado por William Marbury.

Marbury, então, apresentou, em fevereiro de 1803, um *mandamus* contra Madison, pedindo à Suprema Corte que notificasse o Secretário de Estado para o fim de proceder à entrega ao impetrante do documento de nomeação, habilitando-o ao exercício do cargo.

O Presidente Thomas Jefferson, porém, já havia anunciado que seu governo ignoraria qualquer ordem judicial que determinasse a entrega do ato de nomeação a William Marbury. A disposição nesse sentido era concreta, tanto que Madison, recebendo a solicitação de informações da Corte, desprezou-a e não se manifestou nos autos.

John Marshall (1997), presidente da Corte (*Chief-Justice*) e também relator do caso, estava diante de um impasse. Se indeferisse

o *mandamus*, correria o risco de fortalecer Jefferson, de cujas ideias políticas não partilhava, e pareceria ter aceitado a submissão do Poder Judiciário à rebeldia institucional do Presidente da República. Se deferisse o *mandamus*, correria o risco de ver a Suprema Corte – cuja existência era recentíssima e cujo espaço institucional ainda precisava ser obtido perante a sociedade norte-americana – desmoralizada ante o pré-anunciado descumprimento de sua decisão.

O caminho seguido por Marshall (1997) foi negar parcialmente aplicação, por inconstitucionalidade, ao artigo da lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos que tratava da competência da Suprema Corte.

Para tanto, considerou:

a) o que dizia a Constituição norte-americana sobre a competência da Suprema Corte:

“Art. III. [...] Seção II:

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.”;

b) e o que dizia a lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos (*judiciary act*), aprovada pelo Congresso em momento posterior à Constituição, ampliando a competência da Suprema Corte para também:

“[...] expedir alvarás de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos da América.”

Marshall (1997) vislumbrou, portanto, que a Suprema Corte só poderia ser acionada originariamente, segundo a Consti-

tuição, nas “*questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado*”, atuando nos demais casos apenas em grau de recurso; e que a lei ordinária não poderia modificar essa competência, alargando-a para inserir no conhecimento originário questões relativas a qualquer agente público, ainda que de elevada autoridade.

Em seu voto, Marshall (1997) teceu longo comentário, demonstrando, detalhada e fundamentadamente, que a nomeação de Marbury estava perfeita e acabada e que era ilegal a recusa do Secretário de Estado em entregar o respectivo ato ao impetrante. Ao final, porém, negou conhecimento ao *mandamus*, uma vez que fora apresentado originariamente à Suprema Corte, segundo o que dizia a lei orgânica dos tribunais judiciários, mas deveria ter sido apresentado às instâncias ordinárias, com base no regramento da Constituição.

Em sua decisão, advertiu John Marshall:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável” (BARBOSA, 2004, p. 41).

Na prática, portanto, no caso considerado o mais relevante da história jurídica ocidental de moderno controle jurisdicional da constitucionalidade, a norma impugnada restou mantida, e não expurgada. A

Suprema Corte, sob argumento da questão constitucional, decidiu por não decidir.

### 3. A defesa das normas impugnadas

Nesse diapasão, procurar-se-á demonstrar neste artigo, com base em estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os meios de atingir o “outro lado da moeda”, ou seja, sugerir quais são os caminhos possíveis e razoavelmente promissores para que se consiga *manter* no ordenamento jurídico brasileiro uma norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade, evitando-se a sua retirada do mundo jurídico.

O tema, que aparentemente nunca mereceu análise *específica* em artigos doutrinários, pode despertar interesse não só dos entes estatais responsáveis pela edição das leis e atos normativos impugnados, mas também das organizações corporativas legitimadas e de outras entidades que, pretendendo a preservação da norma, atuem no processo na qualidade de *amici curiae*, sob a autorização do art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/1999 – situação cada vez mais corriqueira nas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>1</sup>.

Os *amici curiae* desempenham relevantíssimo papel na ação direta. Funcionam, na maior parte das vezes, como defensores da manutenção da norma impugnada e dão certa operacionalidade ao postulado de Peter Häberle (1997, p. 40), segundo o qual “A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato”.

### 4. Mérito da impugnação constitucional: um campo inseguro

É fato que os Ministros do STF, assim como os Juízes em geral, buscam se pautar

<sup>1</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” (BRASIL, 1999c).

por critérios de neutralidade e imparcialidade na análise dos casos que lhes são submetidos, aqui incluído o cotejo entre o conteúdo de normas impugnadas e a Constituição, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade.

Entretanto, a experiência de vida do julgador exerce previsível influência nessa análise. A interpretação constitucional de um mesmo texto autoriza frequentemente diferentes e variados resultados.

Todos os fatores se mostram relevantes e consideráveis: a origem profissional e social do julgador, os problemas que enfrentou, sua vivência familiar e pessoal e as visões de mundo que construiu ou adotou.

Assevera Carlos Maximiliano (1999, p. 10-11), que foi Ministro do STF entre 1936 e 1941, acerca do complexo conteúdo da interpretação jurídica:

“A atividade do exegeta é uma só, na essência, embora desdobrada em uma infinidade de formas diferentes. Entretanto, não prevalece quanto a ela nenhum preceito absoluto: pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.”

Por isso, a defesa do mérito das normas impugnadas, apesar de obrigatória e absolutamente recomendável, apresenta-se como um campo inseguro, em que a relatoria no Tribunal, o *quorum* do dia da sessão de julgamento e até, em parte, o momento político reinante podem exercer influência no resultado da ação direta de inconstitucionalidade.

### 5. As chances objetivas de defesa

Em razão da relativa imprevisibilidade da análise meritória em um processo de

índole constitucional é que a utilização de óbices formais, apostos como preliminares na resistência à extirpação, implica objetividade e significativa probabilidade de êxito quanto à manutenção da norma impugnada no ordenamento jurídico.

A defesa contra a declaração de inconstitucionalidade das normas tem, portanto, maior chance de sucesso nos aspectos *objetivos* do processo judicial de ação direta, especialmente no tocante aos requisitos de admissibilidade da ação.

Elencam-se a seguir alguns dos meios eficazes de defesa, já respaldados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

### 5.1. A ilegitimidade ativa

O art. 103, inc. IX, da Constituição confere às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional o poder de impugnação de normas por inconstitucionalidade.

Na defesa da norma impugnada, a preliminar de ilegitimidade ativa da confederação ou entidade impugnante é seguramente a mais utilizada pelos interessados que pretendem a preservação do texto legal.

Tal preliminar desdobra-se em três projeções, segundo a jurisprudência do STF.

A primeira delas é que a pessoa jurídica impugnante precisa congrega a inteireza de uma classe profissional. Não basta a uma confederação sindical ou entidade classista a representação de apenas parte de uma classe. O STF assentou esse tópico no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) nºs 1.431, 1.297 e 832 (BRASIL, 1998, 1995b, 1993a). Em todas, a impugnante abarcava apenas parte de uma classe – parte dos servidores da Polícia Federal, do Fisco ou do Ministério Público –, e, portanto, a ação direta não foi conhecida, ainda que as normas impugnadas parecessem, *prima facie*, inconstitucionais.

A segunda projeção de abrangência é que a pessoa jurídica impugnante precisa ter representação em pelo menos nove unidades federativas, ou seja, um terço do

total de Estados do país. O STF usou esse parâmetro na ADI 386 (BRASIL, 1991), para aferir o indispensável “caráter nacional” da entidade impugnante. E o fez mediante aplicação analógica de regras da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), a qual, mediante seus arts. 7º, 8º e 13, apõe tal critério para registro e atuação formal de uma agremiação.

Disse a Corte na ADI 3617, em precedente que atesta conjuntamente as duas projeções acima mencionadas:

“LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Ação direta de inconstitucionalidade – ADI. [...] Legitimação não caracterizada. Entidade classista de âmbito nacional, mas de representação parcial da categoria profissional. Não representatividade em, pelo menos, 9 (nove) estados da federação, nem de todos os membros do Poder Judiciário nacional. Inteligência do art. 103, IX, c.c. art. 102, § 2º, da CF. [...] Carece de legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, a entidade de classe que, embora de âmbito estatutário nacional, não tenha representação em, pelo menos, nove estados da federação, nem represente toda a categorial profissional, cujos interesses pretenda tutela” (BRASIL, 2011).

Tem-se ainda, como terceiro enfoque da ilegitimidade para instauração do processo objetivo de controle de constitucionalidade, a questão da “pertinência temática”. Esse requisito – que, como os demais, também não existe no texto da Constituição e recebe crítica da doutrina (MENDES; MARTINS, 2005, p. 170-171) – consiste na necessidade de o tema tratado na ação de impugnação constitucional dizer respeito, diretamente, aos interesses ou à peculiar visão de mundo do autor da ação.

Se não houver essa relação de pertinência, a ser aferida caso a caso pelo STF, a ação não será conhecida, como consta expressamente da ADI 893-MC: “o STF assentou o



entendimento de que a ação direta há de ter pertinência com os interesses do seu autor, tratando-se de entidade de classe” (BRASIL, 1993b).

Tal requisito da “pertinência temática” vem sendo imposto não só às confederações e entidades de classe de âmbito nacional, mas também a Governador de Estado (ADI 902) (BRASIL, 1994) e até mesmo a Mesa de Poder Legislativo Estadual (ADI 2242) (BRASIL, 2001a) – apesar, *data venia*, de ser o Poder Legislativo em geral, numa democracia consolidada, o representante mais legitimado da vontade popular, figurando como livre e amplo receptáculo de questionamentos e impugnações a atos do Poder Público (SARNEY, 1999, p. 244-245).

### 5.2. A inviabilidade de ADI contra normas anteriores à Constituição

Outro obstáculo objetivo a ser aproveitado no interesse da manutenção de normas no mundo jurídico é o fato de que o STF não admite controlar a constitucionalidade, na via abstrata, de normas anteriores à Constituição.

O raciocínio é sutil: para a Corte, em tais circunstâncias, o próprio advento da Carta teria implicado a não recepção da norma inquinada – caso ela destoe mesmo da Constituição. Assim, o resultado da decisão judicial pleiteada pelo impugnante seria, na prática, uma “declaração de não recepção”, ao passo que o resultado esperado de uma ação direta de inconstitucionalidade é a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por cotejo frontal.

Decidiu o STF sobre isso, na ADI 007:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. – A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predisõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. – A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade” (BRASIL, 1992).

### 5.3. A inviabilidade de ADI contra lei de efeitos concretos

É também cabível defender a lei contra a declaração de inconstitucionalidade alegando sua condição de produtora de efeitos concretos, o que inviabilizaria o conhecimento da ação direta.

Leis de efeitos concretos, segundo o STF, são aquelas que, apesar da roupagem de norma abstrata, têm por conteúdo a regulação de situações específicas e determinadas. São, na prática, atos administrativos revestidos com manto de lei, como alguns aspectos de leis orçamentárias e as normas que estipulam pensão vitalícia para certas pessoas ou seus familiares.

O questionamento direto desse tipo de lei não é admitido pelo STF, como se vê do julgado na ADI 2484:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. [...] I. – Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. [...] III. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. – Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (BRASIL, 2003a).

#### 5.4. *A ausência de ofensa direta à Constituição*

Alexandre de Moraes (2004, p. 600) ressalta que:

“Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”

A contrariedade entre a norma impugnada e a Constituição, portanto, precisa ser direta e prontamente aferível, sem necessidade de socorro a elucubrações cerebrinas ou consulta a outras normas infraconstitucionais. O STF já chamou essa condição de “inconstitucionalidade chapada”.

Se a descoberta do vício de constitucionalidade depender de fatores que ultrapassem o cotejo direto, então a ação não será admitida. Confirma-se o decidido na ADI 613:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE [...] HIPÓTESE DE

INCOGNOSCIBILIDADE, NESSE PONTO, DA AÇÃO DIRETA [...] CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO [...] JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. – Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame *in abstracto* do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado” (BRASIL, 2001b).

#### 5.5. *A ausência de impugnação a todo o conteúdo normativo*

Finalmente, entre as preliminares mais relevantes que sustentam a defesa da norma contra uma declaração de inconstitucionalidade, tem-se que o autor da impugnação precisa submeter ao conhecimento do STF todo o conteúdo normativo que esteja correlacionado à norma impugna-

da. Isso decorre da compreensão do STF de que não se poderia extirpar certas e determinadas normas do mundo jurídico e deixar vigentes, em outras leis, disposições semelhantes não impugnadas ou que, com a procedência da ADI, passassem a ter conteúdo insensato.

Tal óbice desdobra-se em dois aspectos: a) necessidade de expressa menção e impugnação a todas as normas atuais ligadas à norma principal impugnada; e b) necessidade de expressa menção e impugnação a todas as normas anteriores à impugnada que contenham o mesmo tipo de vício e seriam automaticamente repristinadas no mundo jurídico com a derrubada da norma atual.

Esse último caso é bem comum quando se trata de leis com vício de iniciativa – por exemplo, quando um deputado inicia projeto de incremento de gratificação de servidor público estadual, em revogação a lei anterior que, também iniciada por deputado, criara a referida gratificação. Como nas duas circunstâncias a iniciativa constitucional cabia ao Governador do Estado, o autor da ação direta que impugne a segunda lei deverá incluir também, no pedido, a intenção de impugnação da lei anterior revogada, que viria a ser reavivada com a extinção da lei revogadora.

Aparentemente haveria contradição entre o óbice da necessidade de impugnação completa do sistema normativo correlacionado – que parece se justificar com base no princípio da inércia, pelo qual o Judiciário seria dependente da provocação do interessado – e a chamada “técnica de inconstitucionalidade por arrastamento”, que o STF já aplicou em alguns casos, como na ADI 173.

Entretanto, é possível uma conciliação entre as situações, pois o “arrastamento” seria aplicável dentro de um mesmo diploma (lei ou ato normativo) e baseado num critério objetivo-lógico-finalístico, como ocorre quando a Corte extirpa do mundo jurídico um parágrafo de um artigo cujo *caput* foi declarado inconstitucional –

mesmo que esse parágrafo não tenha sido expressamente impugnado pelo autor da ação, bastando que esteja umbilicalmente atrelado ao que constava do *caput* do mesmo artigo. A Corte tem também aplicado a técnica do arrastamento para declarar a inconstitucionalidade de decreto regulamentar de uma lei tida por inconstitucional (BRASIL, 2010).

Seguem abaixo os precedentes paradigmáticos da Corte sobre o tema deste tópico, tomados no julgamento das ADIs 1187 e 2574:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. [...] 2. O acolhimento da impugnação de algumas normas de um sistema, via ação direta, indissolúvelmente ligadas a outras do mesmo sistema, não impugnadas na mesma ação, implica em remanescer no texto legal dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconsequente. 3. Impossibilidade do exercício *ex-officio* da jurisdição para incluir no objeto da ação outras normas indissolúvelmente ligadas às impugnadas, mas não suscitadas pelo requerente. 4. Ação direta não conhecida, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação que impugne todo o sistema” (BRASIL, 1997).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO REPRISTINATÓRIO: NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. II. – ADIn não conhecida” (BRASIL, 2003b).

## 6. A questão da eficácia temporal da defesa das normas

Colocadas as principais preliminares genéricas arguíveis numa ADI, poder-se-ia objetar que a manutenção de uma norma supostamente inconstitucional no mundo jurídico, pela derrubada prematura da ação direta que a impugnava, seria algo efêmero e transitório, pois a ação poderia ser renovada, mesmo que por iniciativa de outros legitimados.

É verdade que os óbices relacionados à ilegitimidade ativa (item 5, subitem 5.1) e à ausência de impugnação a todo o conteúdo normativo (item 5, subitem 5.5) são afastáveis pela atuação de um novo legitimado ou pela maior atenção na redação da futura petição inicial. Também se poderia dizer que as preliminares de inviabilidade de ADI contra normas anteriores à Constituição (item 5, subitem 5.2), inviabilidade de ADI contra leis de efeitos concretos (item 5, subitem 5.3) e ausência de ofensa direta à Constituição (item 5, subitem 5.4) seriam supríveis com o manejo de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cujo objeto, como sabido, é amplo.

Ocorre que geralmente a impugnação constitucional tem um caráter não apenas jurídico, mas igualmente político. E, nesse diapasão, muitas das ações diretas de inconstitucionalidade são iniciadas por objetivos específicos, às vezes no calor de debates sociais ou de disputas ideológicas do momento, em situações cujo interesse na impugnação nem sempre persiste. Nesses casos, a ação direta apenas perdura na primeira propositura porque, uma vez iniciada, é vedado ao autor dela desistir, em face de sua natureza de processo objetivo (BRASIL, 1999c). Mas, caso não conhecida graças a uma defesa preliminar consistente, há boa probabilidade empírica de não ser reapresentada.

Desse modo, a criação de obstáculo à análise da inconstitucionalidade, como resultado da defesa das normas impugnadas,

tende realmente a encerrar ou, ao menos, a postergar consideravelmente o risco de extirpação da norma do mundo jurídico, concedendo ao interessado a extensão da vigência normativa ou mesmo a chance de corrigir ou pleitear a correção, sem interrupção temporal, dos vícios apontados na legislação.

## 7. Conclusão

Não se pretende com este trabalho desestimular o sentimento de estima constitucional, mencionado por Raul Machado Horta (1995, p. 108-109) como importante sustentáculo da higidez da Constituição.

Ocorre que, sendo o Direito Constitucional uma ciência eminentemente dialética e que resulta, em boa parte, da luta pela prevalência de interesses – Estado e indivíduo, governo e oposição, capital e trabalho, maioria e minoria –, percebe-se que a impugnação constitucional de normas compõe, naturalmente, esse interessante e plural espectro, surgindo, muitas vezes, como elemento de atuação estratégica.

Portanto, fomentar as perspectivas de defesa de normas inquinadas em ação direta de inconstitucionalidade – em vez de apenas apontar modos de sua extirpação do mundo jurídico – é também uma maneira de incentivar e incrementar o debate democrático. Esse debate, propiciando aos defensores da norma impugnada os meios para assegurar seus interesses, prestigia, por salutar racionalidade, a ideia do pluralismo, que é costumeira marca de fortalecimento da Democracia.

## Referências

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1995a. Seção 1, p. 14545. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 dez. 1999b. Seção 1, p. 2. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 ago. 1979. Seção 1, p. 12265. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1431-5 DF*. Brasília, 5 fev. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385500>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1297-5 DF. Diário da Justiça*, Brasília, 17 nov. 1995b. Seção 1, p. 1111. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346961>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 832-3 PA. Diário da Justiça*, Brasília, 12 nov. 1993a. Seção 1, p. 53. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346631>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 386-SP. Diário da Justiça*, Brasília, 28 jun. 1991. Seção 1, p. 48. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266328>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3617-DF. Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 jul. 2011. Seção 1, p. 14. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624811>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 902-8 SP. Diário da Justiça*, Brasília, 22 abr. 1994. Seção 1, p. 199. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346680>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2242-3 DF. Brasília*, 7 fev. 2001a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375356>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 893-5 PR. Diário da Justiça*, Brasília, 3 set. 1993b. Seção 1, p. 106. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346673>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7-1 DF. Diário da Justiça*, Brasília, 4 set. 1992. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266155>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2484 MC/DF. Diário da Justiça*, Brasília, 14 nov. 2003a. Seção 1, p. 11. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal:plenario:acordao;adi.mc:2001-12-19;2484&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DADI-MC%282484%2520.NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exec>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 613-4 DF. Diário da Justiça*, Brasília, 29 jun. 2001b. Seção 1, p. 130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266442>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173-6 DF. Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2947-RJ. Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614090>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1187-1 DF. Diário da Justiça*, Brasília, 30 maio 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266687>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2574-1 AM. Diário da Justiça*, Brasília, 29 ago. 2003b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266846>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

CHAER, Márcio. Entrevista: José Paulo Sepúlveda Pertence. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com>>.

br/2006-mar-08/tribunal\_reescreve\_constituicao\_assume\_papel?pagina=2>. Acesso em: 2 jul. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. Washington, 1787. Disponível em: <[http://constitution.org/constit\\_.htm](http://constitution.org/constit_.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2012.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental I. *Reperatório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n.11, p. 304-309, 1. quin. jun. 2001.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. A motivação para agir dos legitimados: um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 173, p. 145-160, jan./mar. 2007

SARNEY, José. *Grandes Momentos do Parlamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 243-250. v. 2.



# O Direito entre fatos e normas

O distanciamento entre a verdade dos fatos e a verdade construída no processo judicial brasileiro

Milton Carvalho Gomes

## Sumário

Introdução. O Direito entre fatos e normas. A busca da verdade como finalidade do processo: ponto de vista normativo. A busca da verdade como finalidade do processo: ponto de vista prático. Conclusão.

## Introdução

Há no Direito um antigo brocardo<sup>1</sup> que diz, em latim: *da mihi factum, dabo tibi jus*. Em tradução livre para o português, a expressão significa: dê-me o fato e dar-te-ei o direito. A expressão é de uso livre e constante, seja em manuais jurídicos, em livros monográficos de direito, ou mesmo em decisões judiciais das mais variadas, querendo significar que ao juiz não é necessário indicar quais normas devem ser aplicadas, pois conhece o direito; para aplicá-las, precisa apenas que lhe sejam apresentados os fatos.

Não se menciona a origem da expressão, e provavelmente isso não seja importante para a finalidade em que é usada, mas sua reiterada referência, como a um preceito supralegal, um dogma, ao mesmo tempo esconde as enormes dificuldades da aplicação da norma jurídica e mistifica o papel

Milton Carvalho Gomes é Mestrando em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, 2011; Procurador Federal.

<sup>1</sup> O Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa (2009) define o verbete “brocardo” como: sm (baixo-lat *brocardu*) 1 Axioma jurídico. 2 Aforismo. 3 Anexim, provérbio.



do magistrado no direito, ocultando problemáticas da hermenêutica jurídica (como interpretação e compreensão da norma) e da transformação de fatos em fatos jurídicos por meio da classificação sistemática dos acontecimentos.

Neste momento, deixando de lado a crítica à larga utilização da expressão e a tudo o que ela esconde, o que nos interessa aqui é o que ela representa na prática jurídica: a concepção do Direito enquanto instrumento de ligação entre *fatos* e *normas*. É nesse intervalo entre um acontecimento qualquer e a aplicação de uma sanção dele decorrente, em virtude de uma norma, que se localiza o fenômeno jurídico.

Entretanto, embora seja claro que o Direito busca os fatos para aplicar a norma, o discurso jurídico constrói uma ideia de *verdade* bastante particular em suas esferas normativa e prática. O objetivo deste artigo é investigar de que formas o Direito se aproxima dos fatos, sob dois pontos de vista: o da norma abstrata e o da prática jurídica.

### *O Direito entre fatos e normas*

Discorrendo sobre o pensamento jurídico, Engisch (2001) pondera que nossas condutas estão constantemente submetidas à égide do Direito, e o significado determinante que ele recebe em nossa vida consiste na enunciação de regras concretas de *dever-ser*. Os atos praticados pelas pessoas sofrem influência permanente do Direito, especialmente em uma sociedade como a nossa, em que o *princípio da legalidade*<sup>2</sup> é considerado preceito fundante do sistema normativo.

O pensamento jurídico, portanto, desenvolve-se por meio do estudo do fato e da norma, em uma relação intermediada pela aplicação do método jurídico. Não obstante a existência ainda de algum

dissenso, mesmo que pequeno, há hoje indiscutivelmente uma forte tendência de se considerar o Direito como uma ciência, com um método e um objeto de estudo próprios. Ferraz Junior (2006), ao discorrer sobre a Ciência do Direito, esclarece que ela vem sendo considerada sob três perspectivas diferentes: uma primeira, que considera a ciência jurídica como sistematização de regras, tratada como teoria da norma jurídica; uma segunda, que vê o direito como atividade interpretativa, chamada de teoria da interpretação; e uma terceira, que identifica o direito como um estudo acerca da *decidibilidade*, denominada teoria da decisão.

Independentemente da concepção que se adote da ciência jurídica (se estudo da norma, da atividade interpretativa ou da decidibilidade), a aplicação prática do direito funciona sob uma lógica muito simples, que é a de aplicar normas jurídicas para regular ações humanas. Dessa operação, denominada comumente *subsunção*, emergem as maiores dificuldades para o aplicador e o estudioso do Direito. Como esclarece Engisch (2001), ninguém pode ser punido apenas por ser merecedor de uma pena, por um estado de espírito ou por uma condição pessoal; sua punição depende da configuração de um ato considerado contrário a uma norma vigente. A tarefa da subsunção desenvolve-se sob a forma de um silogismo, no qual a norma é a premissa maior, o fato (ou conduta) é a premissa menor e o resultado é a sanção.

Nessa operação subsuntiva, que é invariavelmente realizada por um indivíduo (ou vários indivíduos, no caso dos órgãos colegiados de decisão, como os Tribunais), surgem dificuldades concretas especialmente de duas ordens: a interpretação da norma, em primeiro lugar, que consiste no estudo de seu alcance e abrangência abstrata, do sentido de seus termos e de sua integração com as demais normas, consideradas como elementos de um mesmo e único *sistema*; e em segundo lugar, o conhecimento e

<sup>2</sup> Segundo o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

compreensão dos fatos, que consistem em acontecimentos situados no passado e cuja reconstrução parece ser fundamental para a elaboração final do silogismo, de onde decorrerá ou não a aplicação da sanção<sup>3</sup>. Essa *reconstrução* fática tem por objetivo transformar um acontecimento passado em um enunciado, ou seja, fazer corresponder um fato a uma inscrição que possa substituí-lo dentro do processo judicial, e que de alguma forma permita classificá-lo em uma categoria: fatos jurídicos ou fatos juridicamente irrelevantes.

Como afirma Wambier (1998),

“o que se pode dizer é que se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver, pode-se falar em questões que sejam predominantemente de fato e predominantemente de direito, ou seja, o fenômeno jurídico é de fato e é de direito, mas o aspecto problemático deste fenômeno pode estar girando em torno dos fatos ou em torno do direito”.

Num primeiro momento<sup>4</sup>, o responsável pela aplicação do Direito deverá voltar-se à análise do texto da norma, buscando sua plena compreensão. Nesse ponto, a compreensão de um texto normativo, como ademais a de qualquer outro texto (aqui considerado como a inscrição de um discurso), é em certa medida condicionada por circunstâncias pessoais do intérprete, não havendo um sentido único no texto, uma única possibilidade de interpretação, sendo

<sup>3</sup> Aqui o termo *sanção* vem sendo usado no sentido de qualquer consequência jurídica decorrente da aplicação de uma norma a um fato ocorrido, não possuindo o sentido voltado apenas para as normas punitivas, características principalmente do Direito Penal.

<sup>4</sup> A sequência específica a ser adotada é objeto de forte dissenso entre os estudiosos, havendo quem defenda que se deve partir dos fatos (problema) para a norma (Viehweg (2008), criador do Método Tópico-problemático) e outros que afirmam o contrário, que se inicie pela norma, para depois conhecer os fatos e buscar a subsunção (Hesse (1998), criador do Método Hermenêutico-concretizador).

ele “um campo limitado de construções possíveis” (RICOEUR, 1991, p. 203).

“É sempre possível advogar por ou contra uma interpretação, confrontar interpretações, arbitrar nelas, visar um acordo, ainda que este acordo continue longe de ser atingido”.

No Direito atual, principalmente após a Constituição brasileira de 1988, tem surgido e se fortalecido uma estrutura normativa que utiliza com frequência expressões mais abstratas, vagas, que permitem uma maior margem de liberdade ao intérprete, ampliando as relações possíveis entre *significante* e *significado*. Essas normas têm sido comumente chamadas de “conceitos legais indeterminados” e “cláusulas gerais”.

Analisando esse tema, Storer (2008) pondera que as cláusulas gerais, ao tempo em que conferem ao intérprete as diretrizes teóricas para sua aplicação, conservam um espaço conceitual que deverá ser posteriormente preenchido pelo intérprete de acordo com os valores componentes do sistema jurídico. Larenz (1997, p. 311) afirma que a *boa-fé*, a *justa causa*, uma *relação adequada*, um *prazo razoável* ou o *prudente arbítrio*

“alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstrução”.

Alguns exemplos podem ser citados para ilustrar o grau de abertura interpretativa admitida pelo sistema normativo. A Constituição Federal, que ocupa o posto mais alto na hierarquia das normas, utiliza expressões como função social da propriedade, direito à “plenitude de defesa” diante do Tribunal do Júri, “dignidade da pessoa humana”. O Código Civil, por sua vez, que tem por característica ter sido elaborado com um caráter aberto, traz de forma inédita ao ordenamento jurídico conceitos centrais e fundantes na forma de cláusulas gerais, como a “função social do contrato”

e a “boa-fé objetiva”, para as quais não há nenhuma definição legislativa, ficando ao encargo do intérprete determinar sua extensão. As cláusulas gerais têm sido estudadas em diversos trabalhos recentes, no Brasil e no exterior, não sendo de interesse do presente artigo o seu aprofundamento, mas simplesmente sua referência para ilustrar as novas dificuldades que surgem na fase de compreensão da norma pelo aplicador do Direito.

Refletindo sobre a tarefa da interpretação de textos, Ricoeur (1991) afirma que a finalidade que se busca não é atingir o sentido que o seu autor pretendeu conferir-lhe, identificando assim uma disjunção entre a significação e a intenção, gerada pelo fato de que, imediatamente após sua inscrição, o discurso já adquire autonomia em relação ao seu criador, e “um leitor desconhecido, invisível, tornou-se o destinatário não privilegiado do discurso” (RICOEUR, 1991, p. 191). O ato interpretativo, segundo Ferraz Junior (2006), é problemático na medida em que existem múltiplas vias que podem ser escolhidas, havendo um campo de liberdade do intérprete que é um pressuposto da hermenêutica jurídica.

O objetivo do intérprete jurídico não é apenas o de conhecer a norma, mas principalmente o de fixar seu valor e alcance, visando à sua aplicabilidade prática, à resolução de conflitos concretos. Esse valor e esse alcance, por sua vez, não serão encontrados na intenção do legislador. O referencial do texto não é a vontade do seu autor, mas, como diz Ricoeur (1991, p. 51), “interpretar é explicitar o tipo de ser-no-mundo manifestado *diante* do texto”, presente sempre o elemento da historicidade. Nesse sentido, o texto possui um mundo próprio, e sua compreensão perde o caráter de revelação de algo escondido para tornar-se a construção de uma realidade nova, pelo exercício da interpretação.

Gadamer (1997) afirma que na compreensão ocorre algo como a aplicação do texto à situação atual do intérprete e acredita não

ser possível a interpretação de um texto a não ser por meio das pré-compreensões do intérprete. Trabalha o autor, assim, com um conceito de preconceito legítimo, a partir de uma noção de que a compreensão se insere necessariamente dentro de uma tradição, que estabelecerá as premissas dessa mesma compreensão.

“Desse modo, o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. A hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição. Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica” (GADAMER, 1997, p. 390-391).

Por outro lado, após a compreensão do texto da norma, estando fixado seu âmbito de aplicação e seu alcance prático, o aplicador do Direito necessita compreender também os *atos* ocorridos, ou seja, conhecer a premissa menor, e nesse ponto se concentram talvez as maiores dificuldades da ciência jurídica.

De um ponto de vista puramente lógico, como afirma English (2001), a verificação dos fatos num processo judicial se assemelha à verificação histórica dos fatos. Essa verificação histórica, que constitui objeto de estudo do historiador, encontra obstáculos em sua própria natureza, na medida em que descobrir um fato ocorrido implica a existência de *provas*, elementos materiais dos quais se possa concluir, após uma análise

conjuntural, a ocorrência desse fato. Mas “todo relato histórico é uma reconstrução seletiva do que aconteceu no passado”<sup>5</sup> (ARON, 2000), e assim a história contada não consegue ser mais que um recorte dos acontecimentos reais.

Sobre esse aspecto da reconstrução de fatos e construção de relatos, situa-se a principal preocupação do Direito, manifestada por meio de suas regras processuais, mais especificamente no regramento a respeito da *prova*. O processo judicial, em linhas gerais, é um instrumento de reconstrução dos fatos, da transformação de relatos orais em transcrições, de reunião de documentos e análises periciais, voltado à formação da convicção judicial a respeito de determinados acontecimentos. Nesse panorama, o elemento *prova* constitui o núcleo fundamental do processo.

Voltando à ideia de que toda narrativa não é mais que um recorte dos acontecimentos reais, podemos afirmar que o objetivo do processo judicial é construir uma narrativa o mais próxima possível dessa realidade e que a seleção e inscrição de fragmentos dos relatos desenvolvidos no processo, com o descarte dos demais, constitui uma forte limitação nesse sentido. Na inquirição de uma testemunha, por exemplo, não apenas a escolha das perguntas que lhe são feitas já constituem uma limitação, como também a seleção do que será inscrito no processo<sup>6</sup> representa uma escolha do

<sup>5</sup> A citação refere-se ao pensamento webberiano.

<sup>6</sup> O processo judicial no Brasil, salvo ainda raras exceções, não utiliza sistema de gravação dos depoimentos das testemunhas e das partes, seja no processo civil ou penal, o que implica a perda definitiva de tudo aquilo que não for transcrito para os autos. O que será ou não transcrito segue a lógica da avaliação e vontade do magistrado, que deve ditar o que deve ser escrito como pergunta e como resposta. A resposta de uma testemunha, portanto, passa por vários filtros antes de ingressar no processo: o primeiro é o da própria testemunha, que consciente ou inconscientemente seleciona o que acha pertinente ou não à causa; o segundo das perguntas realizadas, que se referem apenas ao que as partes consideram importante; e terceiro ao juiz, que, ao escutar as perguntas e as

magistrado acerca do que é importante e que será levado em conta no momento do julgamento. Há uma perda de informações significativa, primeiro pela impossibilidade de se extrair de uma pessoa tudo o que ela sabe sobre algo – pois há relações possíveis entre fatos que nem ela própria será capaz de identificar – e segundo pelo descarte, definitivo, de tudo aquilo que se entender não ser pertinente ou importante para a solução do processo.

O mesmo raciocínio se aplica às provas documentais (sendo a documental e a testemunhal as principais provas utilizadas nos processos judiciais, com indiscutível prevalência quantitativa sobre as demais), com a vantagem de que não há, nesse caso, o descarte das informações consideradas irrelevantes, que permanecerão nos autos mesmo que não levadas em conta no momento da decisão.

Geertz (2009, p. 258-259) apresenta bem a questão, esclarecendo que os fatos não nascem espontaneamente, mas são construídos socialmente “por todos os elementos jurídicos”, e que as *configurações factuais* utilizadas nos tribunais não são mais que “diagramas altamente editados da realidade”. Defende o autor que:

“A descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, aos juízes ouvi-lo, e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto ou arte, o direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. (...) Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que acontece aos olhos do direito; e se o direito difere, de um lugar ao outro, de uma época a outra, então o que seus olhos veem também se modifica”.

respostas, seleciona o que será inscrito e dita para o escrevente judicial.

Ao lado da limitação imposta pela eleição do que será inscrito no processo (considerando a impossibilidade de se inscrever tudo e a tentativa de selecionar apenas o que possa, *a priori*, ser relevante para o deslinde da questão), decorrente da própria natureza da atividade reconstrutiva da história, há uma segunda limitação, talvez ainda mais significativa. Essa é a limitação operada pelas próprias regras jurídicas, sobre o que pode ou não pode ser dito, sobre quem pode dizer o quê, sobre em que momento se pode dizer alguma coisa e sobre as formas (instrumentos e ritos) pelas quais se pode dizer algo.

Neste ponto, considerando o caráter de *discurso* do processo judicial e do sistema normativo, no sentido proposto por Ricoeur (1991)<sup>7</sup>, é relevante pontuar a suposição elaborada por Foucault (2006, p. 8-9) de que

“em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.

Ao fazer uma análise do discurso, Foucault (2006) identifica diversos instrumentos de controle e limitação desses discursos em uma sociedade, elegendo como principais: 1) os procedimentos de exclusão, pelos quais a sociedade restringe o que pode ou não ser dito, conferindo valor ao conteúdo do discurso, tratando de dominar os seus *poderes*; 2) os procedimentos de controle interno, por meio dos quais os discursos exercem seu próprio controle por meio de narrativas que se repetem, conforme circunstâncias bem determinadas<sup>8</sup>, tratando,

aqui, de controlar o acaso de sua aparição; e 3) os procedimentos de controle do funcionamento do discurso, sendo esse de maior importância para o Direito na medida em que estabelece rituais, papéis, e não permite que todos tenham acesso a ele senão por meio da aceitação de suas regras.

As formas de controle do discurso jurídico, na prática do processo judicial, implicam, em grande medida, a também limitação de suas condições de possibilidade enquanto instrumento de acesso aos fatos, como pressupostos de aplicação da norma. A busca da verdade dos fatos no processo judicial, na forma proposta pela legislação, em muito difere da verdade efetivamente atingida no processo, dadas as limitações subjetivas, objetivas e procedimentais impostas pelo próprio sistema normativo.

#### *A busca da verdade como finalidade do processo: ponto de vista normativo*

Em uma análise superficial dos nossos principais diplomas legislativos<sup>9</sup>, é fácil identificar onde se coloca em destaque a questão da busca da verdade. A Constituição Federal (1988) não menciona nem uma vez sequer a palavra “verdade”, nem nenhuma expressão derivada. O Código Civil (2002) a menciona 7 vezes, e o Código Penal (1940) 17 vezes<sup>10</sup>. O Código de Processo Penal (1941) a menciona 13 vezes (10 delas

complexas e pesadas para poder pertencer ao conjunto de uma disciplina; antes de ser declarada verdadeira ou falsa, deve encontrar-se, como diria M. Canguilhem, ‘no verdadeiro’”.

<sup>9</sup> Para este trabalho, serão considerados como principais a Constituição Federal (1988), o Código Civil (2002), o Código de Processo Civil (1973), o Código Penal (1940) e o Código de Processo Penal (1941), por conterem as normas principais utilizadas na ampla maioria dos processos judiciais em curso.

<sup>10</sup> No Código Penal (1940), a quase totalidade delas sem referir-se à verdade no sentido de fatos verdadeiros, mas no sentido contraposto ao de coisas falsificadas como: mercadoria (art. 175, inciso I), pedras (art. 175, §1º), moeda (art. 289, §2º), cédulas, notas ou bilhetes (art. 290), selo ou sinal (art. 296, §1º, inciso II), documento público (art. 297), documento particular (art. 298), firma ou letra (art. 300), certidão

<sup>7</sup> Aqui notamos a presença de todas as características do discurso enquanto acontecimento da linguagem: a temporalidade, a subjetividade (locutor e interlocutor) e a referência ao mundo (RICOEUR, 1991).

<sup>8</sup> Sobre esse aspecto, Foucault (2006, p. 33) afirma que “uma proposição deve preencher certas exigências

no sentido de fatos verdadeiros), utilizando expressões como “apuração da verdade substancial” (art. 566), “esclarecimento da verdade” (art.497, XI), “diga a verdade” (art. 226, III), “a verdade do depoimento” (art. 217), “calou ou negou a verdade” (art. 211), “promessa de dizer a verdade” (art. 203), “ser verdadeira a acusação” (art. 187, §2º, I), “esclarecimento da verdade” (art. 184). O Código de Processo Civil (1973) faz referência à verdade 22 vezes, praticamente todas elas referindo-se à verdade acerca de fatos ocorridos, como por exemplo: “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 14, ao tratar dos deveres das partes no processo), “alterar a verdade dos fatos” (art. 17, II, ao definir litigância de má-fé), “descobrimiento da verdade” (art. 83, II), “reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados” (art. 277, §2º), “a verdade dos fatos alegados” (art. 282, VI), “se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor” (art. 285), “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados” (art. 302), entre outros.

Podem parecer uma conclusão óbvia, mas importante para a presente análise, a de que a preocupação com a verdade dos fatos é uma preocupação predominantemente processual. Pela análise dos dispositivos, poderíamos afirmar que essa é uma preocupação quase que exclusivamente processual. Enquanto o direito material se preocupa com a regulação de condutas humanas, o direito processual volta-se à formação de um instrumental técnico de resgate de acontecimentos passados, como premissa para a aplicação da norma adequada.

Interessante notar que o sentido no qual as leis processuais utilizam a expressão *verdade* é apenas um dos sentidos possíveis, pois

“é possível distinguir cinco conceitos fundamentais de verdade: 1º a verdade como correspondência; 2º a

---

ou atestado (art. 301, §1º), documento público ou particular (art. 305).

verdade como revelação; 3º a verdade como conformidade a uma regra; 4º a verdade como coerência; 5º a verdade como utilidade” (ABBAGNANO, 2003, p. 1182).

O primeiro sentido é o da verdade como correspondência à realidade, ou seja, ao que existe, de fato, no mundo. O segundo é o da verdade como revelação ou manifestação, é verdade o que se manifesta para o homem, seja por uma visão empirista ou uma visão metafísica. O terceiro usa a verdade como correspondência a uma regra ou conceito, ou seja, é verdadeiro tudo que estiver em conformidade com um conceito estabelecido como parâmetro ou critério. O quarto sentido é o da verdade como coerência, não havendo verdade no que é contraditório. Por fim, o quinto sentido é o da verdade como utilidade, ou seja, uma proposição verdadeira é apenas aquela que possui alguma utilidade para a expansão do conhecimento de determinado campo do saber (ABBAGNANO, 2003).

Voltando às normas processuais, observamos que o sentido da expressão *verdade* adotado é o da primeira forma, ou seja, verdade enquanto correspondência com a realidade, com os fatos concretos e reais que efetivamente aconteceram. A finalidade do processo, portanto, é conhecer os fatos, sendo a *verdade* sempre referida sob esse prisma.

Essa busca pela verdade, colocada pela norma processual como uma verdadeira reconstituição dos fatos, sofre, no entanto, limitações quanto ao *que* pode ser dito<sup>11</sup>, a *quem* pode dizer, a *quando* se pode dizer e aos *ritos* pelos quais se pode dizer. Esses limites estão explícitos ou implícitos na norma, sujeitos ainda às variações inter-

---

<sup>11</sup> O “dito” aqui é utilizado não no sentido puramente verbal ou escrito do dizer algo, mas no sentido amplo da prática de todo e qualquer ato, dentro do processo judicial, voltado à reconstrução dos fatos para a resolução da causa, ou seja, do que pode ser levado em consideração no momento da decisão conforme as normas aplicáveis.

pretativas ampliativas ou restritivas pelos responsáveis por sua aplicação, e podem chegar ao extremo de impedir completamente o conhecimento dos fatos.

Sobre as limitações ao que pode ser dito, vemos que há no Código de Processo Civil (1973) uma aparente abertura, pois admite todos os meios legais e moralmente legítimos hábeis a provar a verdade dos fatos<sup>12</sup>. A aparente abertura, no entanto, muito mais restringe do que expande as possibilidades de esclarecimento dos acontecimentos, pois ao tempo em que o termo “todos” causa a impressão de amplitude, a expressão “meios legais e moralmente legítimos” impede que a prova ultrapasse os rígidos limites da legalidade. Nesse sentido, não serão consideradas no processo, por exemplo, as provas obtidas por meio de gravações telefônicas não autorizadas, documentos obtidos por meio de invasão de domicílio, elementos de prova adquiridos por meio de violação de correspondência ou de sigilo, entre diversas outras formas de provas ilícitas. Essas provas não serão aceitas mesmo que sejam as únicas aptas a conduzir ao esclarecimento dos fatos. Semelhantes limitações encontram-se no Código de Processo Penal (1941), sendo que neste há uma limitação não apenas às provas ilícitas, mas também às provas derivadas das ilícitas.

A par das regras sobre o que se pode dizer no processo, há as que admitem a omissão sobre fatos, mesmo que relevantes, como por exemplo o art. 347 do CPC, que dispensa a parte de depor sobre fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados, e sobre aqueles a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. No procedimento de exibição de documento ou coisa, da mesma forma, a parte ou terceiro pode se negar alegando algum dos motivos listados no art. 363, incisos I a V, do CPC.

Importante esclarecer que este trabalho não se propõe a fazer um juízo valorativo

sobre as restrições impostas pela norma à investigação e esclarecimento dos fatos, mas pretende simplesmente expor diversos mecanismos que limitam esse acesso. O debate acerca da justiça, adequação ou utilidade de tais restrições constitui objeto de estudo diferente do aqui proposto.

Há ainda as regras sobre *quem* pode dizer o que no processo, limitando o conjunto de elementos que será considerado para a reconstrução da *verdade dos fatos* no momento de ser proferida a decisão final do processo, que constituirá a premissa menor do raciocínio jurídico. Entre essas regras, destacam-se as que tratam da admissão de testemunhas, que vedam expressamente as incapazes, as impedidas e as suspeitas. Assim, mesmo que determinado fato seja presenciado somente por um indivíduo com idade de 15 anos, ou vários abaixo de 16 anos, não serão admitidos seus testemunhos em juízo, dada a sua condição de incapaz.

Como já dito, existem também limites claros quanto aos *momentos* nos quais se pode dizer algo no processo, o que representa mais uma forma de dificultar o conhecimento da *verdade*. Sob esse aspecto, o Código de Processo Civil (1973) determina que os fatos devem ser afirmados no momento da petição inicial<sup>13</sup>, não se admitindo a alegação posterior, salvo em condições excepcionais. Da mesma forma, a contestação do réu constitui o momento único no qual pode ele apresentar suas alegações, salvo as restritas possibilidades do art. 303. Caso o réu não conteste a ação no prazo previsto, ou não apresente impugnação a todas as alegações da petição inicial, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, configurando-se a situação de revelia<sup>14</sup>. A consequência é a mesma se o réu não comparecer à audiência de conciliação<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 332 do Código de Processo Civil (1973).

<sup>13</sup> Art. 282 do Código de Processo Civil (1973).

<sup>14</sup> Art. 319 do Código de Processo Civil (1973).

<sup>15</sup> Art. 277 do Código de Processo Civil (1973).

Por fim, há as limitações impostas pelos ritos a serem seguidos para a validade do procedimento. De início, somente tem acesso ao processo aquele que possui um advogado, que o *representará* em juízo, salvo raras exceções<sup>16</sup>. Somente se admitem documentos escritos no vernáculo, sendo que os em língua estrangeira que não estejam traduzidos por um tradutor juramentado não serão considerados.

De outro lado, diversas são as regras, escritas e não escritas, de comportamento do advogado e das partes em um processo judicial, desde a forma de se vestir até o vocabulário a ser usado. Nesse sentido, é esclarecedora a observação de Baptista (2008, p. 115) ao estudar o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reflete a realidade prevalecente em toda a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro:

“Normalmente, em 1ª instância, não se exige vestimenta específica para partes ou testemunhas comparecerem às audiências. Os Juízes, nem sempre, mas muitas vezes, usam a toga. E, quanto aos advogados e estagiários de Direito, há a obrigatoriedade de trajarem roupa social, quando mulheres, ou terno e gravata, quando homens. Há, inclusive, magistrados que não recebem advogados ou estagiários, mesmo fora de ocasiões formais, se não estiverem vestidos de tal maneira”.

A busca da verdade, no sentido de correspondência com a realidade, de esclarecimento e conhecimento dos fatos ocorridos, parece ser a finalidade primordial das regras que regem o processo judicial no Brasil. Entretanto, mesmo diante das limitações impostas pela norma na busca pela verdade dos fatos, o Direito, sob seu aspecto normativo, não admite expressamente que o processo possa chegar a uma

verdade meramente parcial, ou mesmo a uma não verdade. Pelo contrário, demonstra uma forte confiança de que pode atingir a verdade plena, e até mesmo uma ideia de *obrigação* do processo, como forma de legitimação da própria ordem normativa. Uma decisão verdadeira, nesse sentido, é aquela que parte de um conhecimento total dos fatos (conhecidos por meio do processo) e da norma (conhecida pela interpretação), para, por meio de um silogismo, aplicar o direito e resolver o conflito. Porém, na *prática* jurídica, a concepção de verdade e do papel dos fatos no processo já sofre severas modificações.

#### *A busca da verdade como finalidade do processo: ponto de vista prático*

Voltando os olhos para a prática jurídica, especialmente para o processo judicial e a forma pela qual ele se inicia, desenvolve-se e tem seu desfecho final, é possível identificar que os preceitos normativos passam pelo filtro da cultura jurídica existente, sofrendo alterações significativas em sua passagem do abstrato para o concreto. A forma como os operadores do direito concebem o fenômeno jurídico, e principalmente de seu compromisso com a verdade, é bem diferente da forma concebida pela legislação.

Enquanto a norma processual enfatiza a finalidade do processo de esclarecer (descobrir, reconstruir, reestabelecer) a verdade dos fatos, a prática do Direito mostra uma tendência de aceitar que essa possibilidade é remota, de improvável concretização, e contenta-se com a concepção de processo enquanto *construção* de uma verdade própria, por meio do diálogo entre as partes e do profundo respeito às limitações processuais ao esclarecimento da realidade.

O maior compromisso que se observa na prática jurídica não é com a busca da verdade enquanto realidade, mas da verdade como coerência<sup>17</sup>. Nesse sentido,

<sup>16</sup> Destacando-se o acesso permitido sem advogado nos Juizados Especiais, quando o valor da causa não ultrapassar 20 salários mínimos, conforme Lei nº 9.099/95.

<sup>17</sup> Sobre a importância da análise da coerência interna do discurso jurídico, como instrumento de crítica das práticas do Direito, ver Freitas Filho (2007).



uma decisão será considerada verdadeira na medida em que for o resultado de um processo coerente, com a observância das regras vigentes e a participação dos interessados em um resultado adequado. Essa noção de verdade parece satisfazer o operador do direito, deixando esvaziada a importância da busca da *verdade dos fatos*, colocada em destaque pela norma abstrata.

Essa afirmação pode ser observada em um caso prático, que ilustra a forma que o Direito, quando da sua aplicação, flexibiliza a busca pela *verdade* como correspondência com a realidade. O caso consiste em um processo criminal, em que o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul acusou Rosalino Gonsales Valdez da prática do crime de homicídio qualificado<sup>18</sup> contra Daniel Miranda da Silva, vulgo “Conan”. O caso foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, obedecendo à disposição constitucional do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, por se tratar de crime doloso contra a vida<sup>19</sup>.

Nesses casos, o processo não é decidido pelo juiz, mas por um corpo de sete jurados sorteados momentos antes do julgamento, entre pessoas maiores de 18 anos e de notória idoneidade<sup>20</sup>, componentes de uma lista previamente elaborada. Antes de iniciarem suas funções, esses jurados devem submeter-se a um rito muito específico, no qual o juiz, que conduz a cerimônia, fará aos jurados a seguinte exortação: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”<sup>21</sup>. Em seguida os

jurados, chamados individualmente, respondem: “Assim o prometo.”

Aqui cabe uma observação importante acerca do julgamento pelo Tribunal do Júri: enquanto nas causas julgadas pelo Juiz há o dever de motivação das decisões<sup>22</sup>, nas questões submetidas ao Tribunal do Júri esse dever não existe, ou seja, os jurados apenas votam, secretamente, sim ou não às questões que são postas pelo Juiz, e daí se tem o resultado do julgamento, condenando ou absolvendo o acusado. Uma outra diferença de grande importância é a referência da lei aos critérios a serem utilizados para o julgamento: enquanto o magistrado tem o dever de fundamentar sua decisão nas normas positivadas vigentes, o Tribunal do Júri deve proferir decisão apenas de acordo com a sua *consciência* e com os *ditames da justiça*, sem o mesmo compromisso com as normas.

Ademais, a Constituição Federal (1988) garante ao Júri a soberania dos veredictos, ou seja, suas decisões são soberanas e não podem ser modificadas, embora haja lei ordinária prevendo uma hipótese de alteração. De acordo com essa previsão, uma decisão do Tribunal do Júri apenas pode ser analisada pelo Tribunal de Justiça quando “manifestamente contrária à prova dos autos”. Mesmo nesse caso não há modificação da decisão, mas a determinação de realização de um novo Júri.

Retornando ao caso tratado, o acusado foi submetido ao Tribunal do Júri, e foi absolvido. O Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça utilizando o argumento da decisão manifestamente contrária às provas dos autos, pedindo a realização de um novo Júri. A defesa alegou que a decisão foi correta e está protegida pela “soberania dos veredictos”. O Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente ao Ministério Público, entendendo que os jurados foram manifestamente contra as provas dos autos.

<sup>18</sup> Definido no art. 121 do Código Penal como “matar alguém”, com as qualificadoras descritas no parágrafo segundo, incisos I e IV (I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido).

<sup>19</sup> Processo HC 58295/MS - HABEAS CORPUS - 2006/0091312-8 - Superior Tribunal de Justiça

<sup>20</sup> Art. 436 do Código de Processo Penal (1941).

<sup>21</sup> Art. 472 do Código de Processo Penal (1941).

<sup>22</sup> Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (1988).

Para isso, o Tribunal fundamentou sua decisão na análise das provas, resgatando depoimentos prestados pelo réu na polícia, momento em que houve confissão do crime, em detalhes, pelo acusado. Trouxe ainda outros depoimentos que confirmam o ocorrido, incluindo o depoimento de um comparsa do acusado, que afirmou ter também atirado na vítima. Outras testemunhas confirmaram na polícia os mesmos fatos. Na polícia o acusado disse

“que o interrogando portava o revólver, seguiram por aquela rua rumo a Lagoa da Cruz, ou seja, afastaram-se do bairro, como já disse, não havia ninguém além dos três no local, oportunidade em que o interrogando, sem que a vítima tivesse tido tempo de reagir, sacou o revólver e efetuou cinco disparos na direção da vítima, isso a uma distância aproximada de apenas um metro e meio; que a vítima, ao receber o primeiro tiro, caiu, ficou se mexendo no chão, no que o interrogando efetuou os demais disparos, em seguida recarregou a arma com mais cinco munições e passou a arma a João Dias para que este efetuasse mais disparos no corpo da vítima, o que aconteceu”.

A confissão foi posteriormente, em júri-zo, retirada, tendo o acusado afirmado ter confessado sob tortura, assim como o seu comparsa. Passaram, então, a acusar um ao outro e a afirmar a si próprios como inocentes. As testemunhas também mudaram seus depoimentos em audiência judicial. Ao Tribunal do Júri, portanto, foi sustentada pela defesa a tese da negativa de autoria, acolhida, ao final, pelos jurados.

Contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul a defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, alegando violação ao princípio da soberania dos veredictos. Ao final, o STJ julgou o caso por unanimidade, favoravelmente ao acusado, reconhecendo a soberania dos veredictos e admitindo a

existência de “vertentes alternativas dos fatos”, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. SOBERANIA DE VEREDICTOS. VERTENTES ALTERNATIVAS DA VERDADE DOS FATOS. PROVA. INDEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA

1. À instituição do júri, por força do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição da República, é assegurada a soberania de seus veredictos.

2. O artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal autoriza que, em sendo a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando os jurados decidam arbitrariamente, dissociando-se de toda e qualquer evidência probatória, seja o réu submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

3. Oferecidas aos jurados vertentes alternativas da verdade dos fatos, fundadas pelo conjunto da prova, mostra-se inadmissível que o Tribunal de Justiça, quer em sede de apelação, quer em sede de revisão criminal, desconstitua a opção do Tribunal do Júri – porque manifestamente contrária à prova dos autos – sufragando, para tanto, tese contrária.

4. Não basta, todavia, a evitar seja o réu submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular, a alegação simples da existência de vertentes alternativas da prova da verdade dos fatos, impondo-se que se a demonstre objetivamente nos autos, particularizando as provas de que exsurge a versão outra que permitiu a convicção diversa dos jurados.

5. Ordem denegada.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Tribunal de Justiça Estadual, nesse caso, admitem expressamente a ideia da existência de verdades alternativas dos

fatos, conferindo aos jurados a opção de escolher entre mais de uma possibilidade de verdade. Nota-se que a garantia da prevalência da soberania dos veredictos proporciona uma *verdade suficiente* para o Direito, tornando periférica a discussão sobre o que efetivamente aconteceu (a verdade como correspondência com a realidade), pela inserção da noção de “verdades alternativas de verdade dos fatos”. Podemos identificar aqui a concepção de verdade tanto como coerência (do processo) quanto como conformidade com uma regra ou conceito. Assim, desde que observado o princípio da soberania dos veredictos, a decisão proferida situa-se *no verdadeiro*.

Em inúmeros outros casos<sup>23</sup>, é possível perceber que a aplicação do direito na prática está mais voltado para a construção de um processo judicial obediente às regras do que comprometido com a busca do que

chama de *verdade dos fatos*. Não que essa busca seja desprezada no processo, mas, sim, no sentido de que o compromisso com essa espécie de *verdade* parece ser muito menos importante do que a observância das limitações impostas pelo próprio sistema.

### Conclusão

O fenômeno jurídico ocorre, como visto, no centro de uma relação entre fatos e normas, por meio de um processo de conhecimento da realidade para a aplicação da norma adequada. Porém, tanto a compreensão do fato quanto a compreensão da norma apresentam limitações à sua busca por objetividade.

A interpretação da norma depende, invariavelmente, dos preconceitos do intérprete, da consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica (LARENZ, 1997). Na interpretação, a norma é aplicada à situação atual do intérprete (GADAMER, 1997), no interior de uma determinada tradição jurídica que fornecerá os elementos indispensáveis à sua compreensão. A compreensão da norma revela um processo de emancipação do seu texto em relação ao seu autor, e de criação de um mundo do texto (RICOEUR, 1991), que admite uma multiplicidade de sentidos possíveis e amplia as relações entre signifiicante e significado.

De outro lado, a compreensão dos fatos está sujeita às limitações inerentes ao estudo da história, da necessidade de provas e da sua sempre parcialidade. Um relato é sempre um recorte dos acontecimentos, e esse recorte deve fornecer elementos suficientes para a aplicação da norma. Além das limitações naturais, outras há de grande destaque: as limitações impostas pelas próprias normas de direito, implícitas ou explícitas, controlando o que se pode dizer em um processo, quando se pode dizer, quem pode dizer e como pode dizer. Essas limitações são por vezes mais significativas que as primeiras.

<sup>23</sup> Podemos citar como exemplos a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que cria uma presunção inexistente na norma, afirmando que, em um processo de reconhecimento de paternidade, a negativa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA leva à presunção de que ele é pai. Nesse caso não há prova de que o réu é mesmo pai, mas se extrai da sua negativa ao exame uma consequência que substitui a prova necessária, sacrificando-se a verdade dos fatos pela defesa de uma verdade mais formal. Outro exemplo interessante é a forma pela qual o Direito separa as instâncias penal, civil e administrativa, inserindo-se na cultura jurídica a ideia de que essas instâncias são independentes, e que uma decisão em uma delas não influencia nas demais, salvo raras exceções. Admite-se, nesse caso, que o próprio Poder Judiciário, em dois processos judiciais, possa chegar a conclusões completamente diferentes sobre a verdade dos fatos, não havendo uma preocupação em uniformizar essas constatações. Por fim, um terceiro exemplo que merece ser citado é o referente à coisa julgada. Como afirma o Código de Processo Civil, art. 467, coisa julgada é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, ou seja, é o que marca o fim do processo, quando não mais existem recursos cabíveis. Sobre a coisa julgada, o art. 469 do CPC excepciona dos efeitos da coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Esse dispositivo permite, portanto, que os mesmos fatos que foram apurados e esclarecidos em um processo judicial, que chegou ao seu fim, possam ser novamente discutidos em um novo processo, que por sua vez não estará vinculado às constatações fáticas do primeiro.

A partir da análise dos principais diplomas normativos do Brasil, e de um caso concreto julgado por um Tribunal, foi possível observar que a forma com que o Direito se coloca diante dos fatos é bastante diferente em sua versão abstrata e em sua forma concreta. A norma abstrata utiliza o conceito de verdade como correspondência com a realidade, e direciona o processo judicial para o esclarecimento dessa realidade, como premissa para a aplicação da norma. Para a lei, descobrir o que aconteceu é importante e tem o papel de legitimar o próprio Direito.

Por outro lado, a prática jurídica demonstra um apreço menor pela descoberta dos fatos e, diferentemente da norma, utiliza os conceitos de verdade no sentido de coerência ou como conformidade a uma regra. Para o operador do Direito, não é fundamental a verdade como correspondência com a realidade, esta pode ser mesmo inacessível, ou seja, os fatos podem não ser esclarecidos. Fundamental é que o processo construa sua própria verdade com a obediência rigorosa às regras e princípios do Direito, construindo uma narrativa coerente e que, ao final, possibilite ser compreendida pelo sistema jurídico e permita a aplicação da norma.

Nessa diferença marcante entre a busca da verdade dos fatos, colocada como fundamental pela norma abstrata, e a construção de uma verdade própria, por meio de uma narrativa constituída pelo processo, observada na prática jurídica, consiste a conclusão deste trabalho.

### Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=230723>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=221601&norma=234240>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584&norma=10237>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995. Seção 1, p. 15033. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75709&norma=10246>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus nº 58295/MS (2006/0091312-8)*. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 29 de abril de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3900127&sReg=200600913128&sData=20080526&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3900127&sReg=200600913128&sData=20080526&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 15 mar. 2011.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set. 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>>. Acesso em 2 de mar. 2011.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Lisboa: Rés, 1991.

\_\_\_\_\_. A função hermenêutica do distanciamento. In: \_\_\_\_\_ *Interpretação e ideologias*. Traduzido por Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

STORER, Aline. *As cláusulas gerais do código civil e a renovação dos princípios contratuais*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Eurípides de Marília, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.fundanet.br/servico/aplicativos/mestrado\\_dir/dissertacoes/As\\_C1%C3%A1usulas\\_Gerais\\_do\\_C%C3%B3digo\\_Civil\\_e\\_a\\_Renova%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Prin\\_1136\\_pt.pdf](http://www.fundanet.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/As_C1%C3%A1usulas_Gerais_do_C%C3%B3digo_Civil_e_a_Renova%C3%A7%C3%A3o_dos_Prin_1136_pt.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2011.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e de direito para fins de recurso especial. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 74, p. 253-278, 1998.

# A influência internacional na construção do direito de acesso à informação no Brasil

Eneida Bastos Paes

## Sumário

1. Introdução. 2. Transparência e direito de acesso à informação: diferenças e complementaridades. 3. Direito à informação no contexto internacional. 4. Quando o muito é pouco: as (muitas) legislações sobre transparência no Brasil. 5. O Projeto De Lei de Acesso à Informação brasileiro: as discussões no governo e sua redação final. 6. A influência internacional. 7. A tramitação do projeto no Congresso Nacional. 8. Conclusões.

## 1. Introdução

O Governo Federal, em matéria de prestação de contas, vem liderando iniciativas internacionais relacionadas ao acesso a informações orçamentárias<sup>1</sup>. Atualmente, é possível saber, por exemplo, quanto gastou e em que gastou o agente público com o Cartão de Pagamentos do Governo Federal, vulgo “cartão corporativo” do Governo<sup>2</sup>. Entretanto, documentos históricos ou mesmo processos administrativos mais

Eneida Bastos Paes é Coordenadora do Núcleo de Elaboração Normativa e Acordos da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União. Mestre em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Vigilância Sanitária e Monitoramento de Mercado pela Universidade de Brasília (UNB). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

<sup>1</sup> Em 2011, Brasil e EUA lançaram iniciativa global de *Open Government Partnership* (OGP, ou Parceria sobre Transparência Governamental, em tradução livre), iniciativa que tem entre seus objetivos a transparência pública e o combate à corrupção (Corrêa, 2011).

<sup>2</sup> A respeito da transparência com uso dos cartões sugere-se a leitura do artigo “Sobre cartões e jornalismo” de Pedro Formigli (2008). Esse artigo trás um bom retrato sobre as dificuldades do governo e da mídia em se adaptar às recentes iniciativas de transparência pública.

recentes, importantes para a formação de opinião sobre políticas públicas ou questões fiscais e de tributação são de difícil acesso. Nosso entendimento é que o mandamento constitucional do art. 5º, XXXIII, gerou uma normatização incerta que produz um choque entre burocracia estatal e os cidadãos, já que os agentes estatais ficam presos entre o dever de informar e o dever de preservar a informação sigilosa.

Sem uma legislação apropriada sobre acesso à informação, torna-se impossível uma política pública clara sobre o tema, aumentando as tensões entre Estado e Sociedade, pois não existe resposta uníssona da legislação – como seria desejável num sistema pautado pela legalidade. Por outro lado, experiências internacionais mostram que a existência da legislação pode não ser suficiente para garantir a transparência em todos os níveis da federação.

O Brasil está discutindo no Congresso Nacional, pela primeira vez, uma lei de acesso à informação elaborada com base em modelos internacionais e princípios aceitos por organizações e organismos especializados no assunto. O referido projeto de lei tem por objetivo regulamentar dispositivos constitucionais de garantia do direito de acesso e dos princípios de publicidade e transparência nos gastos públicos.

O presente artigo tenta evidenciar a influência internacional na construção do Projeto de Lei de Acesso à Informação brasileiro, com destaque para a legislação mexicana sobre o mesmo tema. Busca-se na experiência internacional o ponto de comparação para entender a gênese e o possível futuro do direito de acesso a informação no Brasil.

Especificamente com relação ao direito de acesso à informação, importa mencionar que a comparação é instrumento indicado pelos especialistas no tema como uma das diretrizes políticas para o desenvolvimento e a promoção da informação governamental. Nesse sentido, a comparação entre leis de acesso à informação governamental exis-

tentes em outros países é um instrumento essencial não só para a elaboração de novas leis, mas também para a revisão das leis já existentes (UHLIR, 2006).

Nosso trabalho busca, inicialmente, delimitar conceitualmente o assunto. Na sequência, apresentamos suas especificidades na legislação comparada, seguindo, então, para a análise do assunto no âmbito nacional.

Como procuraremos mostrar, a análise das leis nacionais e internacionais e da doutrina sobre o tema permite supor que existem grandes chances de a legislação final, que será aprovada pelo parlamento, seguir a experiência mexicana. Em outras palavras, a aprovação da nova lei será seguida por reformas visando a adaptar a legislação e por outros esforços com o fim de mudar a cultura administrativa no país.

## *2. Transparência e direito de acesso à informação: diferenças e complementaridades*

Bovens (2002) faz uma distinção entre transparência e direito à informação. Para esse autor, transparência é uma questão de “higiene pública”, enquanto direito à informação seria um assunto relacionado à cidadania. Nas palavras de Bovens (2002):

“Information rights are concerned with much more than the description of open government set down in the current freedom of information legislation. The current rules on open government are for the most part mainly a question of public hygiene. This regulation is intended to increase the transparency of public administration, with a view to better democratic control and social accountability of government. By contrast, the information rights are most of all an element of citizenship. They concern first and foremost the social functioning of citizens, not only in relation to the public authorities, but also in their mutual relations with

private legal entities. Information rights should be part of the civil rights chapter of constitutions, together with the other individual rights”.

Em consonância com o conceito de higiene pública proposto por Bovens (2002), podemos definir transparência como o oposto da obscuridade e da invisibilidade, e como algo essencial para manutenção da “saúde” das instituições públicas.

O direito de acesso à informação, por sua vez, quando garantido aos cidadãos, pode ser um contrapeso para a delegação de poderes aos governantes. Manter a população informada sobre os atos que são praticados pelos governantes e dar a ela o poder de requisitar informações que não são espontaneamente publicadas é uma forma de minimizar a prática de atos obscuros, invisíveis, ilegais ou amorais.

Assim, os dois conceitos estão fortemente ligados e são as bases fundamentais do exercício democrático do poder nas sociedades modernas. A transparência nas ações do Estado e o direito de requisitar informações são alicerces de uma sociedade democrática.

### 3. Direito à informação no contexto internacional

O interesse da comunidade internacional sobre o assunto, direito de acesso à informação, gerou, nas últimas duas décadas, um crescente movimento de criação, revisão e atualização das leis de acesso à informação em países das Américas, da Europa, da África e da Ásia (ACKERMAN; SANDOVAL, 2007).

Segundo Ackerman e Sandoval (2007), há vinte anos somente dez nações no mundo contavam com leis que garantiam aos cidadãos o direito de acesso à informação pública governamental. Hoje são cerca de 90 os países com leis de acesso em vigor (MARTINS, 2011).

Nesse contexto, o caso mexicano, com a edição da *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*

(MÉXICO, 2002), é exemplar no sentido de mostrar as dificuldades na implementação do direito de acesso à informação e a distância que pode existir entre uma legislação sobre o tema e a realidade social do país. Além disso, julgamos relevante para a matéria essa análise, especialmente por ser a experiência mexicana mais próxima da realidade brasileira que os casos europeus ou asiáticos.

No México, a legislação sobre acesso à informação estava positivada nas constituições, leis e decretos, mas ainda havia dificuldades com o exercício desse direito. Nesse sentido, Fox et al. (2007) lembram que a lei de transparência pública daquele país apresenta alguns limites claros:

“What difference does transparency make? Many who are committed to democracy and good government have high expectations of the Power of the right to know. Yet it is not an all-powerful magic bullet. By itself, transparency cannot substitute for weakness in the rule of Law or representative democracy. [...] Transparent government reveals whether representatives really represent, whether functionaries actually function, and whether the system of justice is truly just”.

Para melhor compreender o problema levantado por Fox et al. (2007) devemos repassar brevemente a história constitucional mexicana e os avanços do país em matéria de acesso à informação.

A Norma Fundamental do México (Constituição de Querétaro) retrata o reconhecimento e a positivação das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana. A Constituição Mexicana foi reconhecida como a primeira constituição social do século XX (GONZÁLEZ, 2001). Entretanto, existiam, até o início do século XXI, diferenças bastante significativas no acesso à informação naquele país, principalmente nas diferentes leis estaduais de acesso à informação.



Até o ano de 2002, a Constituição Mexicana contemplava uma simples garantia do direito de acesso à informação. Conforme o art. 6º daquela Constituição: “a liberdade de informação será garantida pelo Estado” (MÉXICO, 1917). Contudo, esse artigo foi alterado por uma emenda, aprovada por unanimidade pelas duas Câmaras do Congresso e pela legislatura de 16 Estados. As alterações introduzidas pela emenda ampliaram substancialmente a proteção constitucional ao direito de acesso à informação e podem ter colaborado para reverter o quadro de “heterogeneidade” das leis estaduais sobre acesso à informação (LÓPEZ-AYLLÓN, 2006).

A emenda constitucional determinou, entre outras coisas, que todas as informações deveriam ser públicas, com restrições apenas temporárias ou para informações pessoais e, ainda, que deveriam ser implementados sistemas que garantissem o acesso imediato à informação em todas as esferas e poderes do governo. Como relata Mendel (2009), a garantia constitucional aprovada por essas emendas à Constituição do México, fez com que o país aparecesse no cenário mundial somente atrás da Suécia. Em outras palavras, a legislação colocava o México como o segundo país no mundo com mais garantias de acesso à informação.

Entretanto, mesmo antes das alterações introduzidas pela emenda, o México já contava com uma lei de direito de acesso à informação que figura entre as mais progressistas do mundo (MENDEL, 2009). Ainda assim, a formação de uma cultura de acesso à informação ainda está sendo criada com treinamento de servidores públicos e informação à população sobre os procedimentos de requisição de informação nos termos da lei (PÉREZ-JAÉN ZERMEÑO, 2011).

A norma escrita certamente ajudou o país a melhorar alguns indicadores internacionais de transparência. Estudos da *Open Society Justice Initiative*, por exemplo, apontam que o índice de recusas de acesso no México é o menor em 13 países avalia-

dos. Entretanto, isso não coibiu outras práticas de recusa ao acesso, como as recusas silenciosas, as morosidades, as negativas infundadas, etc. (MENDEL, 2009).

#### 4. Quando o muito é pouco: as (muitas) legislações sobre transparência no Brasil

*Ce qui domine le paysage juridique, en ce début du XXIe siècle, c'est l'imprécis, l'incertain, l'instable, ou encore, en termes plus provocateurs, le flou, le doux et le mou, dont nous avons précédemment observé les principales manifestations* (DELMAS-MARTY, 2006).

No caso brasileiro, o tema ganhou relevância quando da criação de um órgão com poderes específicos para tratar do assunto “transparência”, no ano de 2003, por meio da Lei nº 10.683 de 2003. Essa lei criou o cargo de Ministro de Estado do Controle e da Transparência<sup>3</sup> e, vinculado a ele, o Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção. No âmbito desse órgão foi elaborado o primeiro esboço de uma lei de acesso à informação, com características próximas às das modernas leis de acesso. Essa iniciativa buscava organizar o cenário da legislação interna sobre o tema, caracterizado pela multiplicidade de normas e pela interpretação jurídica que muitas vezes limita o direito de acesso àquelas informações de cunho pessoal que estejam em poder do Estado.

O Brasil não estava, à época da formulação do anteprojeto de lei de acesso à informação, totalmente desamparado de norma legal que falasse de acesso à informação pública, pessoal ou sigilosa. O que existia, e ainda existe – visto que o PL ainda não foi sancionado –, é uma dispersão da matéria em ordenamentos múltiplos e distintos.

O fundamento último dessas legislações é o art. 5º da Constituição de 1988:

<sup>3</sup> Recentemente foi modificado o nome, mas não as atribuições desse cargo, por meio da Lei nº 12.314, de 2010, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência passa a ser Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

“Art. 5º XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988).

Apesar de o dispositivo constitucional também se referir a informações de interesse coletivo ou geral, parte da doutrina pátria ainda trata o direito expresso no art. 5º, XXXIII, como “norma de cunho material, que irá materializar-se com a aplicação do *habeas data*” (1294 Bulos CF anotada /f, p. 215). Assim, segundo Bulos (1294 /a), vinculando o direito de acesso à informação a um instrumento processual, a um “remédio” judicial, visando ao direito de obter informações apenas sobre si mesmo.

É certo que as informações pessoais são uma parte importante das informações detidas pelo governo. Esse direito já está presente no ordenamento jurídico nacional, que desde a Constituição de 1934 já proclamava a proteção legal do direito de “obter informações relativas à pessoa a que elas se referissem (art. 113, n. 35). Esse direito foi mantido também na Constituição de 1946 (art. 141, § 36, II)” (FRANÇA, 1977).

Comentando o direito de acesso à informação na Constituição Federal, encontramos definição vaga de José Afonso da Silva (2004, p. 259), que, sobre o referido dispositivo constitucional, afirma: “como se vê, do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual”. Alexandre de Moraes (2005), por sua vez, também limita o direito de acesso à informação, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, ao “Direito de Certidão” e assevera que:

“Tradicional previsão constitucional, o chamado direito de certidão, novamente, foi consagrado como o direito líquido e certo de qualquer pessoa à

obtenção de certidão para defesa de um direito (RTJ 18/77), desde que demonstrado seu legítimo interesse (RTJ 109/1200). A esse direito corresponde a obrigatoriedade do Estado, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo, em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal”

É claro que essa posição não é unânime. Celso Ribeiro Bastos (2004), por exemplo, embora não defina o direito expresso na Constituição federal como direito de acesso à informação, mas sim como “direito de informar”, já enquadra esse direito entre os direitos fundamentais com “dupla fundamentação”: transparência e democracia participativa.

Entretanto, a visão predominante a respeito do que constitui direito de acesso à informação, além de limitar esse direito apenas às informações privadas, também vincula o direito de acesso à informação ao arbítrio exclusivo do Judiciário. Vincular o exercício do direito de acesso à informação, mesmo que somente às informações sobre si mesmo, ao julgamento dos tribunais é um dos entraves mais conhecidos ao exercício desse direito. Especialistas no assunto relatam que criar a necessidade de recorrer ao Judiciário para obter informações detidas pelos outros poderes é um erro comum em muitas legislações sobre acesso à informação<sup>4</sup>. O modelo de lei de acesso à informação da OEA pretende que a revisão judicial seja somente uma última instância, ou seja, “O tribunal deverá tomar uma decisão *final* tanto na parte processual como substantiva o mais rápido possível” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, grifo nosso).

<sup>4</sup> Adverte o autor que “Sin embargo, en la práctica este modelo tiene una serie de desventajas tales como el costo, la duración, y la dificultad para los ciudadanos en el acceso a los tribunales” (CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, 2011).

Em matéria de transparência<sup>5</sup> relativa a gastos, já existe um corpo legislativo bem definido para órgãos do Governo Federal, quais sejam: o Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005 (BRASIL, 2005b) e a Lei Complementar nº 131 (BRASIL, 2009a). O Decreto nº 5.482 dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da rede mundial de computadores – a Internet. A Lei Complementar nº 131 altera a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000), criando a exigência de que todos os entes da Federação disponibilizem *online* e em tempo real o detalhamento dos gastos públicos.

Em relação aos demais documentos e informações públicas, que não aqueles relacionados diretamente com os gastos públicos, está em vigor a mencionada Lei nº 11.111, de 2005 (BRASIL, 2005a), com a finalidade de regulamentar o disposto na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal. Essa lei foi fruto da conversão da Medida Provisória nº 228, de 2004, que pretendia justificar a relevância de sua matéria e a urgência de sua publicação pela necessidade de alterar a sistemática criada pelo Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002 (BRASIL, 2002), e permitir o retorno do prazo de sigilo anteriormente fixado na Lei nº 8.159, de 1991 (BRASIL, 1991).

As referidas leis, entretanto, têm sido questionadas por diversos setores da sociedade, inclusive com ação judicial perante o Supremo Tribunal Federal.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou no Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2007, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 3987 (BRASIL, 2007). Na ADI, a OAB requer que sejam declarados inconstitucionais o art. 23, com seus parágrafos 2º e 3º,

<sup>5</sup> Transparência de gastos, como já elucidado, não se confunde com direito de acesso. A referência aos normativos sobre transparência de gastos servem apenas para elucidar e exemplificar a dispersão das normas em instrumentos distintos.

da Lei nº 8.159, de 1991, e a íntegra da Lei nº 11.111, de 2005. Esses dispositivos criam limitações ao acesso aos documentos públicos e delegam a possibilidade de aposição de prazo de sigilo a documentos públicos por meio de decretos, regulamentos e ato de agentes públicos. A OAB entende que somente a lei pode regular o acesso aos documentos públicos.

Apesar de questionada em sua constitucionalidade, a Lei 11.111 ainda está em vigor e teve como desdobramentos o Decreto nº 5.301, de 9 de dezembro de 2004 – que institui, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, com a finalidade de decidir pela aplicação da ressalva prevista na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição – e a alteração dos prazos de classificação de documentos sigilosos do Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.

Além das legislações mencionadas, existe ainda a Lei de Arquivos Públicos, ou Lei nº 8.159, de 1991 (BRASIL, 1991), que, ao dispor sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, regulamentou também o direito de acesso aos documentos públicos, fixando prazo de restrição à consulta quando a informação nele contida for considerada informação pessoal ou privada ou imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Também no campo do direito de privacidade, vale notar o controverso dispositivo da Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, que no inciso VIII do art. 2º faz referência à proteção da privacidade das pessoas jurídicas, privadas e públicas (BRASIL, 1984).

A tudo isso, soma-se a Lei de Processos Administrativos, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999), que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. Essa lei cria algumas regras que dificultam o acesso aos processos em trâmite, embora não se refira àqueles já arquivados.

Assim, não é difícil concordar com a comparação feita entre o “mundo jurídico” e “Babel” quando afirma o autor que a “multidão de leis afoga o jurista, esmaga o advogado, estonteia o cidadão, desnorteia o juiz. A fronteira entre o lícito e o ilícito fica incerta” (FERREIRA FILHO, 2001). De fato, a profusão de leis sobre o tema faz com que os textos publicados gerem reações que vão da perplexidade ao descaso da sociedade.

Nesse contexto, inscreve-se a iniciativa do executivo federal que introduz uma nova legislação sobre o assunto.

### *5. O Projeto de Lei de Acesso à Informação brasileiro: as discussões no governo e sua redação final*

A criação da proposta de legislação sobre acesso à informação foi produto de uma discussão travada na burocracia do Estado por mais de dois anos consecutivos. Estavam envolvidos nessa discussão especialmente a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Arquivo Nacional, o Gabinete de Segurança Institucional, o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

Por decisão da Casa Civil foi então constituído, informalmente, grupo de trabalho com coordenação da Subchefia para Assuntos Jurídicos (SAJ) e da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) com a finalidade de criar um Projeto de Lei de acesso que atendesse às expectativas do Executivo sobre o assunto.

As propostas discutidas de forma isolada no Ministério da Justiça e na Controladoria-Geral da União, dentro do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), eram muito mais modestas que a redação final que o grupo apresentou à Casa Civil.

A proposta da CGU tinha como características principais a abrangência, a imposi-

ção de publicação na internet de uma lista extensa de documentos e informações, além de estabelecer breve limite temporal para a guarda de documentos sigilosos, sem a possibilidade de renovação perpétua.

O Anteprojeto da Controladoria-Geral da União, contudo, ainda era bastante tímido ao tratar do assunto sigilo. Trazia normas com conceitos extremamente abertos deixando ainda muita margem à discricionariedade e regulamentação pela legislação inferior ao estabelecer que alguns assuntos seriam tratados em legislação própria, o que não facilitava o entendimento do texto e o esgotamento do assunto.

No Ministério da Justiça, por sua vez, foi elaborado um anteprojeto de consolidação de leis, motivado por recomendação feita pela Organização dos Estados Americanos (OEA), que na 9ª reunião da Comissão de Peritos, realizada entre os dias 27 de março e 1º de abril de 2006, nos Estados Unidos da América, recomendou que o Brasil “avaliasse a conveniência de integrar e sistematizar em um só diploma normativo as disposições que garantem o acesso à informação pública<sup>6</sup>”.

A consolidação feita pelo Ministério da Justiça resultou em um texto com 102 artigos divididos em 14 capítulos que se somaram a 2 anexos contendo modelos de formulários.

O trabalho do Ministério da Justiça foi útil para facilitar a visualização das normas vigentes e a extensão do problema a ser enfrentado. Contudo, a ideia de modernização da legislação e a possibilidade que se apresentava de inovar com a redução dos prazos de sigilo afastou, desde a primeira reunião, o modelo de consolidação proposto.

Essa opção, por uma norma nova, sem dúvida corrobora uma visão mais moderna em matéria de elaboração de atos normativos. Tal é o caso, por exemplo, da nova

<sup>6</sup> Essa recomendação constou da seção 4.2 do capítulo II do relatório da Comissão (BRASIL, 2006).

doutrina francesa, expressa por Mireille Delmas-Marty (2004), que entende não haver mais sentido em se fazer consolidação de lei nos tempos atuais, já que a estabilidade democrática e a velocidade de transformação da sociedade, seus conceitos e composição, fazem com que as novas normas sejam mais acertadas e mais bem aceitas pelas pessoas.

Após muitas reuniões, a forma final do Projeto de Lei foi estruturada em seis capítulos: das disposições gerais; do acesso a informações e da sua divulgação; do procedimento de acesso à informação; das restrições de acesso à informação; das responsabilidades; e das disposições finais e transitórias.

No texto do Projeto, o acesso à informação pode ser visto sob dois aspectos – num primeiro momento, a norma mostra quais os direitos do cidadão em matéria de acesso à informação e, no momento seguinte, quais os deveres da Administração Pública para com o cidadão.

Nos procedimentos de acesso à informação, o Projeto inova no âmbito do direito nacional, ao não exigir do requerente a apresentação de justificativa para a formulação do requerimento de informação, ou seja, evitou-se ao máximo a criação de barreiras para o acesso do requerente. Dada a preocupação com as barreiras financeiras, também foi estabelecido que deveria ser fornecida cópia gratuita dos documentos requeridos por pessoas que não têm capacidade de arcar com os custos, nos termos do art. 10 do Projeto.

Em relação aos documentos protegidos por sigilo, foi criado o Capítulo IV sobre restrições de acesso à informação. O capítulo de restrições está dividido em cinco seções que, além de disposições gerais, versam sobre classificação de informação sigilosa, prazos de sigilo, proteção e controle de informações sigilosas, procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação e informações pessoais. Nesse item, foi mantida uma regra geral, proposta

pela CGU, de inspiração na lei de acesso mexicana, que estabelece que as informações ou documentos sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso.

Também considerando a necessidade de atualização da legislação nacional em matéria de sigilo e os prazos e critérios de classificação de documentos sigilosos, o Projeto propôs não só a redução dos atuais quatro níveis de sigilo para três níveis, como também a redução do prazos máximos de guarda dessas informações. Assim, no nível mais alto de sigilo, pelo novo texto, a informação somente poderia ser guardada por até 25 anos. Aqui o projeto avançou em relação ao prazo máximo de guarda, mas, em relação ao Anteprojeto da CGU, retrocedeu no que se refere à renovação<sup>7</sup> desse prazo, possibilidade que não existia no projeto original da CGU.

O projeto da Casa Civil também foi ampliado em relação aos projetos iniciais com a criação de seção sobre dados pessoais, embora tenha sido mantido o prazo atualmente previsto para a guarda desse tipo de informação. Foi feita importante ressalva que prevê que, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que ela estiver envolvida ou ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

## 6. A influência internacional

A redação final do Projeto de Lei de Acesso atendeu praticamente a todos os requisitos apontados por especialistas

<sup>7</sup> Esse ponto, ao final, foi o único em que não houve consenso dentro do corpo técnico tendo sido levada a decisão para a esfera ministerial.

internacionais no tema como essenciais para a construção de uma moderna lei de acesso à informação. Requisitos tais como os apontados por Mendel (2009):

1. máxima divulgação: tanto em relação ao número de órgãos envolvidos quanto ao de indivíduos que podem reivindicar o direito de acesso;

2. obrigação de publicar: as informações essenciais devem ser publicadas pelos órgãos governamentais;

3. promoção de um governo aberto: deve haver promoção da abertura e desestímulo à cultura do sigilo;

4. limitação da abrangência das exceções: o sigilo só deve existir após as informações passarem por “rigorosos testes de dano e interesse público”;

5. procedimentos que facilitem o acesso: os pedidos devem ser processados com rapidez e deve haver previsão de recurso em caso de negativa de acesso;

6. custos: o custo de taxas e reproduções não pode ser um fator limitador do direito de acesso;

7. reuniões abertas: as reuniões dos órgãos públicos devem ser abertas<sup>8</sup>;

8. a divulgação tem precedência: “as leis que não estejam de acordo com o princípio da máxima divulgação devem ser revisadas ou revogadas”; e

9. proteção para os denunciantes: devem ser protegidos pelo Estado os indivíduos que trazem a público informações sobre atos ilícitos<sup>9</sup>.

Os requisitos acima, assim como a influência de organismos internacionais e da legislação do México, Estados Unidos e Suécia na elaboração do texto do Projeto de Lei de acesso à informação do Executivo federal, podem ser verificados por meio de leitura

<sup>8</sup> Esse requisito não está presente no projeto de lei de acesso do Executivo Federal e, até o momento, não foi incorporado ao texto que tramita no Congresso Nacional.

<sup>9</sup> Esse requisito está presente no projeto de lei por meio de dispositivo que modifica a Lei nº 8.112, de 1990.

da Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto ao ser ele enviado à Câmara de Deputados em 2009 (BRASIL, 2009b).

Pelo texto da Exposição de Motivos, é possível concluir que, em termos de direito de acesso à informação, o Governo Federal foi fortemente influenciado pelas experiências internacionais e argumentos das organizações não governamentais internacionais que militam na área. Por diversas vezes, a Exposição de Motivos faz referência a outros países para justificar inclusões de importantes dispositivos no texto apresentado. Essa influência aparece no dispositivo que dispensa a necessidade de justificativa nos pedidos de acesso, como já ocorre na Suécia, no México e nos Estados Unidos da América, ou, ainda, para se referir ao exemplo dos Estados Unidos, “o anteprojeto determina que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade publique, anualmente e pela rede mundial de computadores, o rol das informações desclassificadas” (BRASIL, 2009b).

Nesse ponto, com relação à frequente menção à legislação internacional na Exposição de Motivos do Projeto de Lei, vale lembrar que na elaboração dos textos legais escritos sempre se tem recorrido a uma forma mais ou menos sistemática de comparação. Vergottini (2004) chama esse recurso de função de auxílio para a preparação de textos normativos. De fato, nos textos constitucionais e legislativos podem-se observar, às vezes, verdadeiras reproduções de institutos consagrados em outros ordenamentos – a propósito disso se fala de “recepção” e de “transplante”. A adoção de algumas regras estrangeiras no ordenamento pátrio com verdadeiros “modelos de referência” pode ter razões de imposição de poder, de prestígio ou um misto de imposição e prestígio.

Não é correto afirmar, contudo, que a comparação é sinônimo de “transplante” de normas; pelo contrário, é correto afirmar que a comparação tende a levantar propostas ou a comprovar aquelas que te-

nham sido amadurecidas no ordenamento em estudo, e que mais do que os textos considerados em si mesmos, interessam ao legislador nacional as ideias que estão por trás das normas ou as soluções encontradas para os problemas que são vivenciados (VERGOTTINI, 2004).

Entende-se que, no caso da elaboração do Projeto de Lei de Acesso, as ideias e soluções apontadas nas legislações estrangeiras foram fontes de inspiração e não um mero transplante de outra legislação. Tanto mais se considerarmos que a versão atual do Projeto foi modificada na Câmara dos Deputados, após a realização de audiências públicas que resultaram na elaboração de um substitutivo, diferente da versão original nos pontos que são destacados em seguida.

### *7. A tramitação do projeto no Congresso Nacional*

O Projeto de Lei de Acesso à Informação, de iniciativa do Poder Executivo Federal, encontra-se em tramitação desde 13 de maio de 2009 no Congresso Nacional. No dia 24 de Fevereiro de 2010, a Comissão Especial de Acesso a Informações da Câmara dos Deputados aprovou Substitutivo apresentado pelo relator do projeto, deputado Mendes Júnior. De modo geral, as principais inovações do Substitutivo dizem respeito à abrangência e à prorrogação do prazo de sigilo.

O Projeto de Lei original, encaminhado pelo Executivo ao Congresso, estabelecia, por sua vez, obrigações genéricas a todos os órgãos e entidades públicas, mas obrigava diretamente apenas órgãos do Executivo Federal<sup>10</sup>. O Substitutivo amplia o rol de

entidades e Poderes atingidos pelas obrigações e detalha, em seu artigo 1º, que estão sujeitos à aplicação da Lei os três Poderes, o Tribunais de Contas, o Ministério Público e até mesmo entidades privadas, desde que recebam recursos públicos (BRASIL, 2009b).

O Substitutivo deixa claro que a Lei estipula normais gerais a serem observadas pela União, Estados e Municípios, dispondo, no art. 44, sobre a necessidade dos Estados, Distrito Federal e Municípios disciplinarem em legislação própria o funcionamento do serviço de informações ao cidadão (Art. 9º) e o procedimento de recurso no caso de negativas de acesso (Seção II do Capítulo III) (BRASIL, 2009b).

Outra alteração significativa proposta pelo Substitutivo é a restrição imposta à atribuição da Comissão de Reavaliação de prorrogar o prazo de sigilo de informações classificadas como ultrassecreta, nos casos de ameaça externa à soberania nacional ou à integridade do território nacional ou grave risco às relações internacionais do País.

O Projeto de Lei original deixava em aberto essa possibilidade de prorrogação, ou seja, não fixava um número mínimo de prorrogações. O Substitutivo, por sua vez, determina que a prerrogativa da Comissão de Reavaliação esteja limitada a uma única renovação, evitando, assim, prorrogações sucessivas que valorizariam o segredo em detrimento do princípio da ampla publicidade.

Terminada a tramitação na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei seguiu para o Senado Federal, onde tramita como PLC 41/2010 (BRASIL, 2010). No Senado, depois de passar por diversas Comissões, veio à tona a discussão a respeito das informações sigilosas e a possibilidade de renovação dos seus prazos máximos de guarda. Essa discussão também foi causa de demora na elaboração do anteprojeto do Executivo e tudo indica que será também a causa de

<sup>10</sup> Trato como "original" o Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo Federal porque foi esse o projeto utilizado como base para elaboração do substitutivo. No Congresso Nacional, por haver um projeto do Deputado Reginaldo Lopes sobre o mesmo tema, mais antigo e em tramitação, foi o Projeto do Executivo apensado ao do Deputado, recebendo o Deputado

formalmente a autoria do Projeto que, de fato, é do Poder Executivo

retardamento na apreciação da matéria no Congresso Nacional. Essa demora pode significar positivamente um maior tempo de maturação do texto normativo, mas o importante é que exista de fato uma análise e um debate democrático sobre o acesso à informação. Que as ideias sejam postas e os pontos de vista amplamente debatidos.

### 8. Conclusões

A elaboração de projeto de lei no Brasil é só um passo de todo um processo de formação de uma política de acesso à informação que começa a se desenhar no cenário nacional, por clara influência da comunidade internacional. Mas entende-se que a criação de uma legislação é “apenas” o início de uma política de transparência no país. A norma deve ser transformada em ações e fatos pelo Executivo no âmbito interno da administração pública para sua efetivação.

Como foi mostrado, embora a legislação seja condição necessária, não é suficiente para que exista uma política de transparência num país. Para que todos tenham acesso igual às informações, é necessário uniformizar as leis sobre o assunto evitando a heterogeneidade em matéria de acesso à informação, como aconteceu no México. A formação de uma “cultura de transparência” é passo importante na realização do direito e só é possível fazê-lo se houver um entendimento claro sobre os textos legais.

Isso nos conduz ao caso brasileiro. Nosso entendimento foi o de que a legislação esparsa dificultava a compreensão do tema por estudiosos, pelos agentes da administração e pelos cidadãos. A nova legislação, se aprovada, servirá para fortalecer uma política de transparência no Estado brasileiro. Entretanto, será necessário o treinamento intensivo de servidores para lidar com os novos conceitos trazidos pela futura lei de acesso à informação e também será necessária a revisão das normas vigentes para evitar o conflito entre elas.

Considerando também a multiplicidade de entendimentos da doutrina nacional sobre o tema e a variedade de leis e decretos que possivelmente serão criados em decorrência do disposto no art. 44 do Substitutivo – que determina que Estados, Distrito Federal e Municípios devem disciplinar, em legislação própria, o funcionamento do serviço de informações ao cidadão e o procedimento de recurso no caso de negativas de acesso (BRASIL, 2009b) –, talvez seja necessário repetir a experiência mexicana, alterando o texto constitucional, para estabelecer os princípios gerais do direito de acesso à informação no Brasil.

Até a data de conclusão deste artigo, o Projeto de Lei de Acesso à Informação estava aguardando designação de relator na CRE – Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional Senado Federal –, no qual se espera haver grande debate a respeito dos dispositivos sobre prazos de classificação e desclassificação de informações sigilosas, conforme noticiado na mídia (MELLO, 2011).

A classificação e a desclassificação de informações sigilosas é, de fato, questão sensível e deve também ser analisada sob o ponto de vista político. A Lei de Acesso à informação, contudo, traz apenas normas gerais sobre o sigilo. Entendo que a classificação de informações sigilosas deve merecer mais atenção, em normativo ainda mais específico que aquele sobre procedimentos de acesso à informação. Em outros países, a análise das normas de acesso à informação é feita levando-se em consideração também leis vigentes sobre privacidade e sobre atos secretos. Já avançamos com relação à proposição de uma lei de acesso; agora, na sequência, entendo que devemos trabalhar para a aprovação de uma lei sobre privacidade e outra sobre atos secretos. Sobre privacidade já existe uma minuta elaborada pelo Ministério da Justiça; sobre os atos secretos, se existe, ainda não foi posta em debate público.



## Referências

- ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma Eréndira. *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México: Instituto Federal de Acceso a La Información Pública, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- BOVENS, M. Information Rights: Citizenship in the Information Society. *Journal of Political Philosophy*, n. 10, p. 317-341, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2011
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 out. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7232.htm#art45](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm#art45)>. Acesso em: 28 jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jan. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8159.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 maio 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm)>. Acesso em: 15 de julho 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 4.553, de 30 dezembro de 2002. Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4553.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4553.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e da outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 maio 2005a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2005/Lei/L11111.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2005/Lei/L11111.htm)>. Acesso em: 29 de junho de 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 jul. 2005b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 maio 2009a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.228, de 5 de maio de 2009. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília, 2009b. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/prop\\_detalhe.asp?id=434566](http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=434566)>. Acesso em: 13 de junho de 2011.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. *Processo nº 00190.031025/2006-69, de 11 de dezembro de 2006*. Memorando sobre o anteprojeto de lei sobre acesso a informação detidas pelos órgãos da administração pública. Brasília, 11 dez. 2006.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 41, de 30 de abril de 2010*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivo. Brasília, 30 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96674](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96674)>. Acesso em: 01 de junho de 2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3987, de 19 de novembro de 2007*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil solicita que sejam declarados inconstitucionais o artigo 23, com seus parágrafos 2º e 3º, da Lei federal 8.159, e a íntegra da também federal Lei 11.111. Brasília, 19 nov. 2007.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (CAInfo). *Venciendo la Cultura del Secreto*. Montevideo: CAInfo, 2011. Disponível em: <<http://www.cainfo.org.uy/images/LIBRO%20-%20Venciendo%20la%20Cultura%20del%20Secreto.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

CORRÊA, Alessandra. Ações de transparência nos gastos do Brasil são exemplo, diz Hillary. *BBC Brasil*, 12 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/07/110712\\_patriota\\_washington\\_rc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/07/110712_patriota_washington_rc.shtml)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

DELMAS-MARTY, M. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions du Seuil, 2006. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FORMIGLI, Pedro. Sobre cartões e jornalismo. *Revista da CGU*, Brasília, v. 3, n. 4, p. 10-18, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/RevistaCgu/index.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

FOX, Jonathan et al. *Mexico's Right-to-know reforms: civil society perspectives*. México: Fundar, 2007. Disponível em: <[www.fundar.org.mx/boletines2007/indice\\_derecho\\_a\\_saber\\_english.htm](http://www.fundar.org.mx/boletines2007/indice_derecho_a_saber_english.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

FRANÇA, Limongi (Coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GONZÁLEZ, Luis Gerardo. Historia de las Constituciones Mexicanas. *Diário de Yucatán*, México, 2001. Disponível em: <<http://v6.yucatan.com.mx/especiales/constitucion/historia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sérgio (Coord.). Democracia, transparencia y constitución: propuestas para un debate necesario. México: Instituto Federal de Acceso a La Información, 2006. (Serie Doctrina Jurídica, n. 350). Disponível em: <<http://www.ifai.org.mx/Eventos/articulo6>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

MARTINS, Paula. O Direito a Informação no Brasil: uma visão da sociedade civil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE TRANSPARÊNCIA E ACESSO A INFORMAÇÃO: DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO, 2011, Brasília. *Anais...* Brasília: CGU, 2011. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/arquivos/Paula-Martins-Expectativas-da-sociedade-](http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/arquivos/Paula-Martins-Expectativas-da-sociedade)

[civil-em-relacao-a-transparencia-ativa.pdf](http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/arquivos/Paula-Martins-Expectativas-da-sociedade-civil-em-relacao-a-transparencia-ativa.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

MELLO, Fernando Collor de. Deve ser abolido o sigilo eterno de documentos oficiais do governo? Não: acesso à informação é questão de Estado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 jun. 2011.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MÉXICO. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). México, 1917. Disponível em: <<http://www.constitucion.gob.mx/>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. *Diario Oficial*, México, 11 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lftaipg.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Lei Modelo Interamericana sobre o acesso à informação pública. [S.l.]: OEA, 2010. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/AG-RES\\_2607-2010\\_por.pdf](http://www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_por.pdf)>. Acesso em: 20 de julho de 2011.

PÉREZ-JAÉN ZERMEÑO, Maria Helena. A implementação da Lei de Acesso a Informação no México. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE TRANSPARÊNCIA e ACESSO a INFORMAÇÃO: DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO, 2011, Brasília. *Anais...* Brasília: CGU, 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/arquivos/Paula-Martins-Expectativas-da-sociedade-civil-em-relacao-a-transparencia-ativa.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

UHLIR, Paul F. *Diretrizes políticas para o desenvolvimento e a promoção da informação governamental de domínio público*. Tradução de Héli de Souza Chaves Ramos. Brasília: Unesco, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137363por.pdf>>.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.



# Educação ambiental e desenvolvimento

Lidiany Angélica Marques Silva De Souza

## Sumário

Introdução. Desenvolvimento. I – Os Fatos. II – Valores expressos e implícitos nos princípios básicos que fundamentam o tema desta exposição. III – Legislação básica no Brasil a propósito da educação ambiental. IV – Estratégias a serem observadas para efetivação da educação ambiental voltada para o desenvolvimento. Conclusão.

*“A Carta Mundial da Natureza, proclamada pela Assembléia Geral da ONU, reconhece, em seu Preâmbulo, a consciência de que a espécie humana é parte da Natureza e a Vida depende do funcionamento ininterrupto dos sistemas naturais que são fonte de energia e de matérias nutritivas. Reconhece, também, que a civilização tem suas raízes na Natureza, que moldou a cultura humana e influenciou todas as obras artísticas e científicas e que a Vida, em harmonia com a Natureza, oferece ao Homem possibilidades ótimas para desenvolver sua capacidade criativa, descansar e ocupar seu tempo livre” (CARVALHO, 2005, p. 446).*

## Introdução

O termo Educação Ambiental (REIGOTA, 1994) surge com a Conferência de Estocolmo realizada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas em 1972 – ONU, em Estocolmo, na Suécia. Esta Conferência foi o primeiro grande evento sobre meio ambiente humano e contou com a participação de 113 países. Ressalta-se também a importância dessa Conferência ao estabelecer uma visão holística da realidade e princípios comuns que servissem

Lidiany Angélica Marques Silva De Souza é Bacharel em Direito pela Escola de Estudos Superiores de Viçosa e Professora na Escola Técnica de Viçosa.

como orientação para a conservação da humanidade<sup>1</sup>.

Como já bastante divulgado, o grande mérito dessa Conferência foi o de chamar a atenção do mundo para os problemas que o homem estava causando ao ambiente com o consumo exagerado de recursos naturais, principalmente aqueles bens não renováveis. As deliberações tomadas durante a Conferência atraíram a crítica de muitos, sobretudo dos países mais pobres, que acusavam os mais ricos de impedirem o seu crescimento, usando as políticas ambientais como forma de inibir a sua capacidade de competir no mercado internacional com os seus produtos. As críticas, no entanto, não retiraram da Conferência o mérito de ter criado o conceito de educação ambiental e a necessidade de se promover essa educação.

Como relata Reigota (1994, p.10), “uma resolução importante da Conferência de Estocolmo foi a de que se deve educar o cidadão para a solução dos problemas ambientais”. Podemos então considerar que aí surge o que se convencionou chamar de Educação Ambiental.

A “educação ambiental” passou, assim, a fazer parte de um dever do Estado – responsabilidade internacional advinda da participação na Conferência diplomática, ao assumir o compromisso de participar da proteção ambiental em nível planetário.

A efetivação dessas políticas públicas de desenvolvimento social, econômico, cultural, de forma sustentável, passa necessariamente pela observância de certos fatos, princípios, valores e normas<sup>2</sup>.

De acordo com o Relatório Brundtland (GRANZIERA, 2009, p. 54),

“o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual

a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.”

Segundo Granziera (2009), a Conferência de Estocolmo de 1972, realizada sob os auspícios da ONU, “deflagrou o alerta, pois mostrou ao mundo os efeitos do desenvolvimento e da industrialização sem um planejamento e uma cautela especial na preservação dos recursos naturais” (COMISSÃO MUNDIAL..., 1991, p. 49 apud GRANZIERA, 2009, p.54).

Por desenvolvimento, deve-se entender (ONU, 1986 apud CARDIA, 2005, p. 53-54)

“[...] um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes.”

Ressaltando o desenvolvimento econômico, deve-se incluir a proteção ao meio ambiente com finalidade de garantir o seu equilíbrio ecológico, qualidade de vida humana, para presentes e futuras gerações.

E, em última análise, destaca-se a necessidade de participação de todos, atuando no desenvolvimento sustentável, quando da dependência de apoio político na atuação conjunta com a comunidade. Deve-se observar que a ideia de planejamento e de cautela especial, como preconizado na Conferência de Estocolmo, implica necessariamente o processo de educação ambiental.

Nesta exposição, serão analisados os fatos – necessidade de preservação do meio ambiente como dever de todos, o que implica a educação do cidadão; os valores – implícitos ou expressos nos princípios; e as normas atinentes ao processo educacional em matéria ambiental. Acrescentem-se ainda algumas estratégias a serem seguidas

<sup>1</sup> Como realça Dias (1991, p. 5).

<sup>2</sup> Tal como preconizado no Brasil por Miguel Reale (2003), na sua teoria tridimensional do Direito, o direito passa necessariamente pela análise do fato, do valor e da norma, tanto no seu processo de elaboração quanto de aplicação.

para o estabelecimento de diretrizes à promoção da educação ambiental.

## *Desenvolvimento*

### *I – Os fatos*

A necessidade de manter-se o equilíbrio do meio ambiente apresentou-se, nas últimas décadas, como um imperativo categórico.

A defesa desse equilíbrio e a preservação do meio ambiente com vistas à manutenção de vida no Planeta e a transferência da diversidade biológica são, nos termos da Conferência de Estocolmo (1972), nos termos da Conferência do Rio (1992) e nos termos preconizados nas diferentes Constituições da maioria dos países na atualidade, um dever do Estado e um dever atribuído a cada cidadão.

### *II – Valores expressos e implícitos nos princípios básicos que fundamentam o tema desta exposição*

O termo princípio deriva do latim *principium*, que significa, na linguagem comum, início, começo, origem de algo; significa também preceito, regra, lei. Segundo Paulo Bonavides (1998 apud BARROS, 2008, p. 55-56), a noção “deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras”.

No sentido jurídico, “princípios são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do Direito” (ROLIM, 2002 apud BARROS, 2008, p. 56).

Os *princípios jurídicos* normalmente comportam valores ou diretrizes a serem seguidas pelo legislador, pelo intérprete e pelo juiz de Direito.

Em relação à educação ambiental e ao desenvolvimento, podem-se extrair diferentes princípios potencialmente aplicáveis. Destacam-se, no entanto, cinco princípios considerados aqui como prioritários

para o entendimento da nossa proposição: o princípio da universalidade, o princípio da função social, o princípio da educação ambiental, o princípio do desenvolvimento sustentável, assim como o princípio da participação de todos na tutela do ambiente.

### *Princípio da universalidade*

Para BARROS (2008, p. 64), é possível catalogar a *universalidade* como um princípio de direito ambiental quando a finalidade de suas regras for a de pautar o meio ambiente como um bem das gerações presentes e daquelas que vierem a sucedê-las.

No Direito brasileiro, o *princípio da universalidade* é consagrado de forma expressa no art. 225, que preconiza o meio ambiente como sendo bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, em todas as suas manifestações.

### *Princípio da função social*

O princípio da função social foi aplicado na Alemanha no entreguerras, pela Constituição de Weimar, que entrou em vigor em 31 de julho de 1919, com a prescrição contida em seu artigo 153, segunda alínea: “A propriedade obriga”. A ideia ressurgiu no Código Civil italiano de 1942, com a consagração do princípio da função social do contrato.

No Brasil, temos com o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964, a consagração do princípio da função social da terra.

Os incisos XXII e XXIII do artigo 5º da constituição de 1988 determinam, respectivamente, que “é garantido o direito de propriedade” e que “a propriedade cumprirá sua função social”.

No Brasil, a função social do contrato constitui inovação do Código Civil de 2002, prevista no artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Segundo esse princípio, a liberdade contratual deve ser abordada em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não

somente no campo das relações entre as partes contratantes.

O artigo 186 da Constituição Federal, por sua vez, une o princípio da função social do direito – nas suas diferentes modalidades: função social da terra, função social da propriedade e função social do contrato – ao desenvolvimento sustentável, *verbis*:

“Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado [ da terra e dos seus recursos];

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

O artigo 186 da Constituição Federal nos remete a diferentes questões ambientais e sociais advindas da exploração da terra como fator de produção, incluindo o comércio equitável – baseado em relações trabalhistas justas – e a utilização racional e adequada dos recursos naturais.

#### *Princípio da educação ambiental*

Além das normas efetivamente positivadas no Brasil, tem-se o princípio específico sobre a educação ambiental, consagrado como Princípio 19 da Conferência de Estocolmo de 1972:

“É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, visando tanto às gerações jovens como aos adultos, dispensando a devida atenção ao setor das populações menos privilegiadas, para assentar as bases de uma opinião pública, bem informada e de uma conduta responsável dos indivíduos, das empresas e das comunidades, inspirada no sentido de sua responsabilidade,

relativamente à proteção e melhoria do meio ambiente, em toda a sua dimensão humana” (BARROS, 2008, p. 65).

Dessa forma, a educação ambiental é um pressuposto necessário ao desenvolvimento do conceito de ambiente ecologicamente equilibrado. Essa educação deve ser promovida a partir dos primeiros anos de vida dos indivíduos e, além da família, a escola é socialmente considerada o local de continuidade natural dessas noções. O ambiente ecologicamente equilibrado por sua vez constitui pressuposto e resultado de um *desenvolvimento sustentável*, o que implica ações humanas conscientemente direcionadas.

#### *Princípio do desenvolvimento sustentável*

Trata-se de princípio exclusivo do direito ambiental cuja origem encontra-se na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada em 1992, no Rio de Janeiro (BARROS, 2008, p. 66). Esse princípio, que polariza a visão antropocêntrica de meio ambiente, pode ser assim sintetizado:

“a) os seres humanos de cada país estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável porque eles têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza;

b) mas, desde que isso seja resguardado, tem o país o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento desde que assumam a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas dos limites da jurisdição nacional” (BARROS, 2008, p. 66).

No Brasil, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se consagrado no *caput* do artigo 225 da Constituição Fe-

deral de 1988 – preconizando a preservação do meio ambiente como bem a ser legado às futuras gerações:

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

*Princípio da participação da tutela do meio ambiente*

Também preconizado no art. 225 da CF/1988, a proteção do meio ambiente se impõe tanto ao Poder Público como à coletividade.

Para Édis Milaré (2007), o planejamento e o gerenciamento do meio ambiente são assim compartilhados entre Poder Público e sociedade, já que o meio ambiente, como fonte de recursos para o desenvolvimento da humanidade, é, por suposto, uma das expressões máximas do “bem comum”. O autor cita Álvaro Mirra (apud MILARÉ, 2007, p. 187), que aponta três meios básicos pelos quais o grupo social pode atuar:

- participando nos processos de criação do Direito Ambiental;
- participando na formulação e na execução de políticas ambientais;
- atuando por intermédio do Poder Judiciário”.

Entre esses meios apontados por Mirra (apud MILARÉ, 2007, p.187), ressalta-se o importante papel atribuído ao Ministério Público, legitimado ativo à promoção da Ação Civil Pública, tal como previsto pela CF/88, em seu artigo 129, III c/c o § 1º. A Ação Civil Pública constitui um dos mecanismos capazes de assegurar aos cidadãos a defesa judicial do meio ambiente (MILARÉ, 2007, p. 187).

Ressalta-se ainda que, tal como atribuído pelo art. 225 da CF/88, todas as instâncias de governo possuem a atribuição de zelar pela preservação do meio ambiente;

tal como preconizado também por Mirra (apud MILARÉ, 2007), a execução de políticas ambientais passa necessariamente pela promoção da educação ambiental.

Essa educação ambiental, além de contribuir para a formação da cidadania e da consciência dos direitos e deveres de cada indivíduo perante a sociedade, e, portanto, perante o meio ambiente, deve necessariamente incluir estudos relativos ao Direito Ambiental.

De fato, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 3º, dispõe que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Portanto, os processos de criação do Direito Ambiental comportam também o ensinamento e a divulgação das normas relativas à proteção do meio ambiente.

*III – Legislação básica no Brasil a propósito da educação ambiental*

A educação como política pública a ser exercida pelo Estado é fenômeno recente e tem sido objeto de normatização constitucional na maior parte dos países. Destaca-se a relevância atribuída à educação como função do Estado nas Constituições italiana, portuguesa, alemã e espanhola.

No Brasil, país novo, todas as Constituições atribuíram papel relevante à educação, a começar pela Constituição Imperial de 1824 (art. 179, inc. XXXII). Na Constituição em vigor, tem-se os artigos 205 a 208, que, segundo Dilmanoel de Araújo Soares (2010, p. 293), integram o agrupamento dos direitos fundamentais, seja materialmente, seja formalmente constitucionais. Para o autor, as demais normas constitucionais relativas à educação – artigos 209 ao 214 – são “classificadas como organizacionais e procedimentais”.

Do rol dos artigos constitucionais relativos ao direito à educação citados, destaca-se o princípio de igualdade de condições extraído do art. 206, inciso I, e “o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e pri-



vadas de ensino”, preconizado pelo inciso III do mesmo artigo, que também não foge do princípio da igualdade.

Em matéria de educação ambiental, há necessariamente que se voltar para o conceito de proteção ambiental como dever de todos, tal como preconizado pelo *caput* do art. 225 da Constituição Federal, já citado anteriormente. O § 1º, inciso VI, desse artigo estabelece, por sua vez, que constitui obrigação do Estado a promoção da educação ambiental: “§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder Público: (...) VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Com efeito, “a educação ambiental decorre do princípio da participação da tutela do meio ambiente” (FIORILLO, 2010, p. 120) e constitui mesmo o principal pressuposto dessa tutela: educando-se os homens, impede-se a produção de efeitos nefastos sobre a natureza, sobre o meio ambiente.

A Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, mesmo sendo anterior à Constituição Federal, já consagrava a necessidade de promoção da educação ambiental no País:

“Art 2º – A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

(...)

X – educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.”

Como vimos, no Brasil, a base legal do desenvolvimento sustentável encontra-se no *caput* do art. 225 da Constituição Fede-

ral de 1988, citado anteriormente, como também nos artigos 170, inciso VI, e 186, inciso II.

No Brasil, embora prevaleça a liberdade de iniciativa econômica, as atividades econômicas estão, por sua vez, também limitadas ao respeito ao meio ambiente; com efeito, o inciso VI do art. 170 da Constituição Federal<sup>3</sup>, que dispõe:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Conforme expõe Fiorillo (2010), é inadmissível que as atividades econômicas se desenvolvam alheias ao fato de que os recursos ambientais não são inesgotáveis, devendo ser buscada a coexistência entre a economia e o meio ambiente. Segundo o autor, “permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos” (FIORILLO, 2010, p. 79).

O desenvolvimento sustentável não se produz sem a participação de todos, o que implica um processo simultâneo de conscientização e de educação do povo.

A Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, institui a *Política Nacional de Educação Ambiental* e dá outras providências, regulamentada pelo Decreto nº 4.281, de 25 de junho de 2002. De acordo com o art. 1º da Lei 9.795/99, deve-se entender por educação ambiental

“os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constro-

<sup>3</sup> Redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.

em valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.”

Verifica-se, assim, que a lei de educação ambiental privilegia um conceito amplo de educação, abrangendo não somente os aspectos individuais como sociais do fenômeno. Trata-se, enfim, de uma responsabilidade social que abrange a todos.

Sabe-se que muitos projetos têm sido desenvolvidos nas Escolas do Ensino Fundamental e do Ensino Médio com esses objetivos. Em Viçosa, destacam-se projetos no âmbito do BIC-Junior e outros projetos de pesquisa e de extensão, desenvolvidos pela Universidade Federal de Viçosa, englobando educação ambiental<sup>4</sup>.

Ressalta-se também a Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional, nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996:

“Art. 32 – O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade (...).”

Observa-se do conceito de desenvolvimento apresentado uma íntima conexão com a proposição do artigo 225 da CF do Brasil: a melhoria constante do bem-estar

<sup>4</sup> Citamos, por exemplo, o Projeto “Iniciação ao Estudo do Direito Ambiental na Escola Fundamental como instrumento de formação da Cidadania”, sob a coordenação da Professora Sylvania Maria Machado Vendramini, do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, desenvolvido nos anos de 2004 e 2005, envolvendo três bolsistas do Ensino Médio, no Programa Bic-Junior – UFV; os projetos desenvolvidos pela Professora Iacyr de Aguiar Vieira, no Programa Bic-Junior – UFV, como também o Projeto Athenas – Educação Jurídica do Futuro, nos quais tem sido dedicada uma unidade ao estudo do Direito Ambiental.

de toda a população e de todos indivíduos na base de sua participação ativa. Tanto o conceito de desenvolvimento apresentado pela Resolução da ONU quanto a ideia contida no artigo 225 da CF/88 sugerem a obrigação e o dever de todos no que concerne à promoção do desenvolvimento e à conservação/preservação dos recursos ambientais, ou seja, do ambiente socialmente e ecologicamente sadio. Responsabilidade de todos que pressupõe, por sua vez, conhecimento.

Como ressalta Amaral Cardia (2005, p. 63),

“O direito ao desenvolvimento como direito humano se insere na chamada 3ª geração de direitos, caracterizada pela titularidade coletiva, como direito à paz e a um meio ambiente sadio. Ao ser colocado na temática dos direitos humanos, o desenvolvimento sai do campo exclusivo das relações econômicas, para adentrar outras: sociais, culturais e políticas.”

Essa ligação com outras áreas das ciências humanas tem que existir; trata-se de uma visão antropológica, inclusive preconizada pela Constituição Federal, ao conceituar o direito ambiental em sua visão antropocêntrica, o que nos remete à própria antropologia; visão holística tanto do desenvolvimento quanto do ambiental, que os torna inseparáveis.

A complementação desses saberes e apreensão da educação ambiental como uma necessidade e uma solução para o desenvolvimento humano em todas suas dimensões requerem a construção de estratégias.

#### *IV – Estratégias a serem observadas para efetivação da educação ambiental voltada para o desenvolvimento*

Os aspectos educacionais, como apresentados por Milaré (2007, p. 502), podem ser classificados em formais e não formais; esses aspectos são importantes e devem ser aqui enfatizados, visto que constituem

diretrizes a serem seguidas pelo educador. Segundo o autor, a difusão desses valores deve ser feita da forma mais ampla possível, com utilização de métodos e de metodologia capazes de conscientizar os cidadãos e levá-los a ações concretas. Esses valores podem ser apresentados aqui, sob a forma de estratégias a serem adotadas, sem retirar a essência dos aspectos apresentados pelo autor.

Assim, pode-se pensar, com base em Milaré (2007, p. 502), na Lei nº 9.795/1999 e no Decreto 4.281 de 25 de junho de 2002, na “responsabilidade educativa envolvendo todos os agentes ambientais, públicos e privados, do SISNAMA [Sistema Nacional do Meio Ambiente] às organizações não-governamentais que atuam em educação ambiental. É uma incumbência partida entre Poder Público e sociedade; no que concerne a esta última, são contemplados principalmente os seus seguimentos organizados e as entidades que podem ter atuação de efeito multiplicador (art. 7º)”.

Além da educação geral, direito e prerrogativa de todos, devem também ser consideradas, na Política Nacional, as atividades “reconhecidas e incentivadas com a mesma força, em igualdade de importância (art. 13º)”, que podem ser apresentadas sob formas especiais de pesquisa, experimentação e divulgação em feiras de ciências, simpósios de iniciação científica e outras manifestações de cunho educacional. Essa ideia engloba o pensamento do autor, que preconiza:

“c) A produção e a divulgação de material educativo, notadamente as produções de qualidade superior e de maior alcance, são inculcadas pela Lei 9.795/1999. Por outro lado, o bom-senso administrativo e técnico aconselha a concentrar esforços e recursos em projetos e ações de amplo alcance, capazes de levar a mensagem ecológica ou ambiental ao maior número possível de pessoas, visando a sensibilizá-las para a problemática

do meio ambiente (arts. 8º, inc. III, e 3º, inc. II)” (MILARÉ, 2007, p. 502).

Com efeito, a educação formal, ministrada segundo os parâmetros fixados nos programas de ensino das Escolas, a partir da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e os PCNs (Parâmetros Curriculares Nacionais), que facultam às Escolas proporem e aplicarem seus currículos levando em conta as peculiaridades locais e regionais, assim como as características dos estabelecimentos de ensino e as diferenças individuais dos alunos, leva em conta, como já vimos, a necessidade de promover a educação ambiental.

Além dessa educação formal, tem-se que levar em conta os processos e ações de educação desenvolvidos fora do contexto escolar, que podem ser denominados educação permanente ou formação continuada. Essas ações podem ser desenvolvidas por casas de cultura, associações civis e entidades socioprofissionais (MILARÉ, 2007, p. 504).

Como destaca o autor,

“o aprofundamento da consciência individual e o resultante comprometimento da pessoa com o meio ambiente, no exercício dos direitos e deveres da cidadania ambiental, podem nascer de um clima favorável criado pelos meios de comunicação social (art. 5º)” (MILARÉ, 2007, p. 502).

Segundo a linha de pensamento de Milaré (2007, p. 502), devem ser adotadas “ações de estudos, pesquisas e experimentações” que levem em conta

“metodologias, tecnologias, instrumentos e canais de informações e conhecimentos consentâneos com o moderno mundo da multimídia e das redes. Este novo mundo que nasce não pode ser subestimado, é o mundo da realidade cotidiana (arts. 8º, 3º).”

Como a preservação ambiental impõe-se a todos, devem ser favorecidas e incen-

tivadas tanto “as iniciativas locais e regionais” como aquelas iniciativas “de maior alcance”. A preocupação com o “ecossistema planetário” impõe ser “necessário ‘pensar globalmente e agir localmente’”. O autor propõe também que “é mister pensar localmente e agir globalmente, na medida em que as idéias e acontecimentos locais bem pensados podem repercutir (e, de algum modo, repercutem) em ecossistemas e ambientes distantes, pois o meio ambiente não tem fronteiras definidas (art. 8º, 3º, V)” (MILARÉ, 2007, p. 502).

Essas estratégias podem contribuir de forma eficiente na construção da consciência cidadã e ambiental, visando o fortalecimento do corpo social com vistas à manutenção de ecossistemas naturais e culturais que possam favorecer a vida das futuras gerações.

### Conclusão

A educação ambiental tornou-se, por lei, um componente essencial e permanente da educação nacional, tendo por finalidade proporcionar a todas as pessoas a possibilidade de adquirir conhecimentos, as atitudes para proteger e melhorar a qualidade ambiental e, por consequência, melhorar a qualidade de vida.

Somente por meio de processos educativos poderemos ter uma sociedade mais justa e humana.

### Referências

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARDIA, Fernando Antonio Amaral. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de Direito Internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito Internacional e Desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio Ambiente e Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2005.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. São Paulo: Gaia, 1991.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIGOTA, Marcos. *O que é educação ambiental*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 186, p.291-301, abr./jun. 2010.



# O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes

Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa

Raoni Bielschowsky

## Sumário

Delimitação do plano de estudo. 1. Evolução histórica. 1.1. Realidade inglesa de Constituição mista. 1.2. A separação dos poderes em Montesquieu. 1.3. Separação dos poderes na Revolução Francesa. 1.4. Separação dos poderes na América. 1.5. Doutrina da separação dos poderes e atual estágio do Estado de Direito. 2. Papel do Poder Judiciário no esquema constitucional. 2.1. Princípio da separação dos poderes nas Constituições do Brasil. 2.2. Princípio da separação dos poderes nas Constituições de Portugal. 2.3. Princípios regentes do Poder Judiciário. 2.4. Particulares diferenças entre o tratamento constitucional do Poder Judiciário no Brasil e em Portugal. 3. Influência dos Poderes Legislativo e Executivo na estrutura do Poder Judiciário. 3.1. Influência do Poder Legislativo. 3.2. Influência do Poder Executivo. 4. Poder Judiciário e atuação sobre os demais poderes. 4.1. Eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias. 4.2. Efetivação de direitos sociais. 4.3. Sentenças de caráter normativo. Conclusão.

## *Delimitação do plano de estudo*

A história do desenvolvimento da forma do Estado em muito se confunde com a história do controle do poder na sociedade. A necessidade de limitação das forças estatais tanto do ponto de vista interno, como do ponto de vista externo, sempre foi uma questão de extrema relevância para a formulação do modelo de Estado moderno.

Raoni Bielschowsky é Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Advogado.

Nessa esteira, o princípio da separação de poderes, junto ao Constitucionalismo e à prescrição de direitos fundamentais do cidadão, foi uma das formulações liberais que mais prestígio obteve ao longo da história do Estado moderno. Seu escopo de limitar o poder por meio da distinção entre as funções estatais e sua repartição em diversos órgãos/instituições encontra ainda hoje caríssimo apreço e proteção constitucional.

Sem prejuízo de várias outras formulações teóricas, a concepção consolidada por Montesquieu (2007) no décimo primeiro livro, capítulo VI do *Espírito das Leis*, baseada em uma divisão tríptica do poder estatal – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – foi aquela que encontrou maior difusão, aceitação e aplicação constitucional nos ordenamentos contemporâneos.

É bem verdade que a separação dos poderes é apenas um dos critérios possíveis da divisão do poder estatal, suscetível de ser feita por diversas formas e critérios. A identificação de várias funções inerentes ao Estado é tema recorrente desde a Antiguidade. Mas a grande peculiaridade que diferencia a separação dos poderes dos modelos de divisão do poder que o antecedeu é o fato de que a separação dos poderes em Locke (2008) e Montesquieu (2007) não propõe apenas a distinção de diferentes funções estatais, mas também a separação dessas funções entre distintas instituições. Destarte, é a ideia de especialização orgânico-funcional que faz especial a fórmula da separação dos poderes.

Além disso, apenas com a concepção da separação dos poderes é que surge a conexão desse sistema organizativo do Estado com a proteção aos direitos fundamentais. Assim sendo, a materialização desse esquema só ocorre no constitucionalismo, enquanto modelo organizatório do Estado de Direito (MIRANDA, 2008a, p. 374-375). Desse modo é imperativo reconhecer o quão indissociáveis são essas três estruturas do Estado liberal, e como elas só podem ser

analisadas e realmente entendidas conjuntamente<sup>1</sup>.

Assim, uma das vertentes mais importantes da ideia de separação dos poderes é a de que só o poder pode limitar o poder, “pour qu’on ne puisse abuser du *pouvoir*, il faut que, par la disposition des choses, le *pouvoir arrête le pouvoir*”, e por isso, dividi-lo entre diferentes instituições é a forma mais adequada de impedir abusos.

Estabelecida essa divisão e separação do poder, gerou-se muita discussão acerca de quais as funções exatas a serem desempenhadas por cada um dos poderes do Estado, quais os limites de atuação de cada poder. Inicialmente, as maiores questões travaram-se no sentido de delimitar as fronteiras de competência e atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por estarem primordialmente ligados à atividade política do Estado. Todavia, com o avanço do Estado de Direito, com o sistema de controle de constitucionalidade e, de forma ainda mais acentuada, após o reconhecimento dos direitos sociais (que, via de regra, exigem uma prestação positiva do Estado para sua efetivação), o Poder Judiciário ganha cada vez mais projeção no controle da atividade estatal, muitas vezes acabando por delinear os contornos do próprio modelo de Estado de Direito contemporâneo. Assim, a discussão quanto à colocação e papel do Poder Judiciário no clássico modelo de separação dos poderes ganha cada dia maiores dimensões.

Por isso, é necessária uma visão histórica, política e constitucional da construção do modelo de separação dos poderes para se entender seu real sentido, e, por conseguinte, entender qual o verdadeiro papel que o Poder Judiciário pode e deve assumir na atuação estatal. Além disso, é necessário dispor sobre a atual confi-

<sup>1</sup> Veja-se no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como são tratados correlatamente estes três fenômenos: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

guração constitucional dada ao princípio da separação dos poderes, e ao Poder Judiciário, tendo em conta a evolução e as transformações que sofreu o Estado em sua forma e fins, desde o momento liberal até hoje.

Para uma melhor configuração do papel do Poder Judiciário na separação dos poderes, é necessária uma análise histórica desse postulado. Para tanto, neste trabalho, parte-se de uma análise da realidade do *rule of law* britânico e das formulações de separação do poder estatal feitas por Locke – momento imediatamente anterior à autonomização do Poder Judiciário no *Espírito das Leis*; a seguir trabalha-se a clássica formulação de separação de poderes de Montesquieu; e em seguida investigam-se as duas principais experiências históricas do conceito: a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Neste último ponto, cabe uma ressalva quanto à ordem cronológica seguida. Sem prejuízo do fato de que a Independência Americana (1776) tenha ocorrido treze anos antes da Revolução Francesa (1789), o principal marco histórico para a consolidação e configuração do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América foi a criação/reconhecimento do controle de constitucionalidade que só viria a ocorrer em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, julgado pelo *Chief Justice* John Marshall. Esse fato justifica que aqui seja antes tratada a Revolução Francesa e apenas depois se parta para o tratamento da realidade americana. E por fim, delineando essencialmente o papel do Poder Judiciário no atual estágio do Estado de Direito.

Em seguida abordar-se-á o tratamento constitucional dado ao Poder Judiciário nas Cartas de Brasil e Portugal ao longo da história, seguindo-se para uma abordagem da influência que o Poder Legislativo e o Poder Executivo exercem no Poder Judiciário. E por fim, tratar-se-á das principais projeções do Poder Judiciário sobre esses outros dois poderes do Estado.

## 1. Evolução histórica

### 1.1. Realidade inglesa de Constituição mista

Apesar de já na antiguidade, seja em Aristóteles<sup>2</sup>, seja em Cícero, se encontrarem destacadas as funções do Estado, a história da separação dos poderes na modernidade tem seu berço na sociedade inglesa, especialmente nos séculos XVI e XVII. Mesmo que antes da modernidade, já com alguma recorrência, tenha sido identificada e destacada na atividade estatal uma série de funções<sup>3</sup>, foi no momento da construção do Estado liberal que ganhou força a ideia de distinção das funções do Estado e, mais que isso, da distribuição dessas tarefas nas mãos de mais de um titular/instituição, com o intuito de assim limitar o poder.

Na Inglaterra, o passado distante da separação dos poderes remonta à *Magna Carta* e tem seu ponto de chegada na *Glorious Revolution* e no *Bill of Rights* de 1688.

<sup>2</sup> “Hay teóricos de la política que pretenden haber encontrado en la *Política* de Aristóteles el núcleo de la moderna separación de poderes. El Estagirita distinguió tres partes o segmentos – el término griego es μοῖραι – en las funciones estatales – (...) (‘las deliberaciones sobre asuntos de interés común’); (...) (‘la organización de cargos o magistraturas’); y (...) (‘la función judicial’). No se puede dejar de admirar la modernidad del padre de la ciencia política, cuando AL principio de esta exposición declara que la diferencia entre las diversas constituciones – es decir, en expresión aristotélica de la diferencia entre estas categorías no puede equipararse con la exigencia actual de separación de funciones tal como se ha pretendido deducir Del texto en cuestión. De la exposición que sigue a las citas mencionadas, resulta que Aristóteles intento – lo cual ya es en sí mérito considerable – un análisis de las funciones estatales según su substancia. Nada permite deducir que Aristóteles obsebase empíricamente o desease teóricamente la atribución de estas tres funciones a diferentes órganos o personas. Y justamente en este punto yace la importancia ideológica de la doctrina de la separación de poderes Del liberalismo constitucional de la primera época. El constitucionalismo de la Antigüedad no se adscribió a la teoría de la separación de poderes” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 56, 57).

<sup>3</sup> Comumente três, como se segue no modelo de Montesquieu (2007).



A *Magna Carta* imposta ao rei João sem Terra estabeleceu direitos e deveres recíprocos entre o rei e os barões. Esse documento previu um Grande Conselho que, composto pelos barões mais influentes, tinha a função de dirimir os litígios existentes entre o rei e seus vassalos, bem como autorizar a cobrança de tributos aos nobres e ao clero. Desse modo, apesar de não se poder afirmar que o Grande Conselho desempenhasse funções propriamente legislativas, seguramente o intuito de sua criação foi o de limitar o poder real.

Assim, especificamente na história inglesa, muito mais do que a necessidade de equilibrar o poder dentro do Estado, a divisão entre Rei e Parlamento objetivava o equilíbrio e estabilidade social entre as forças que compunham a sociedade estamental da época, ainda formada nos moldes medievais. Na história político-constitucional britânica, a origem do princípio da separação dos poderes relacionou-se à necessidade de limitação dos poderes da coroa, impondo barreiras ao arbítrio e o respeito às liberdades individuais.

Na ilha da Bretanha, diferentemente do que ocorreu no continente europeu, houve uma transição quase que direta do Estado estamental medieval para o Estado constitucional-representativo, sendo praticamente – mas não inteiramente – desconhecida uma fase de Estado absolutista. A monarquia constitucional inglesa formou-se a partir de um gradativo processo de transformação dos estamentos em órgãos do Estado (PIÇARRA, 1989, p. 42). E, por isso, já no século XV, a Constituição mista da Inglaterra repartia o poder entre rei, lordes e comuns, baseando-se em um sistema de *rule of law*, que *de per se*, já se apresentava como um instrumento limitativo do poder absolutista<sup>4</sup>. Consequentemente, a função

---

<sup>4</sup> “Com a expressão *rule of law* designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito

legiferante era atribuída a uma assembleia composta pelos três estratos da sociedade: o rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. Diferentemente, à mesma época, a Europa continental via o avanço do regime absolutista e a concentração cada vez mais intensa do poder estatal nas mãos do monarca e seus subordinados.

A separação dos poderes na história político-constitucional britânica foi consequência direta da necessidade de cumprimento do *rule of law*, e essa, por sua vez, uma das questões fundamentais em jogo durante a Guerra Civil Inglesa (1642-1649). Para a concretização desse sistema jurídico, era imprescindível não se acumularem nas mãos de apenas um órgão, ou do monarca, as funções de criação e de execução das leis (na qual se incluía a função jurisdicional). Isso porque, apesar de no direito anglo-saxão viger o regime de *common law* – e por isso ser seu sistema jurídico primordialmente baseado em precedentes jurisprudenciais –, os atos normativos do Parlamento passaram a ganhar cada vez mais importância a partir do século XVII; e nesse tempo, ganharam caráter inovador de direito, deixando de ser considerados como atos meramente reconhecedores de um direito natural preexistente. Com isso, na Inglaterra, a lei solidificou sua condição de fonte do Direito (MIRANDA, 2003, p. 44).

A solidez da monarquia mista inglesa fica clara quando o rei Jaime I resiste em reconhecer sua sujeição à lei, intentando, como monarca abalizado por um direito divino, permanecer para além e acima da norma legal. Todavia, o sistema de *rule of law* e os juristas seiscentistas ingleses fundamentaram uma sólida construção jurídica de que todos, inclusive o rei, estariam sujeitos às prescrições legais. Essas, por sua vez, só poderiam ser criadas ou alteradas por um específico processo legislativo.

---

deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder” (MIRANDA, 2003, p. 76, 77).

No entanto, com o reinado de Carlos I, a Inglaterra sofreu seus “Eleven years of Tyranny”, e assim, seu momento mais próximo de um modelo absolutista de Estado. Houve a dissolução do terceiro Parlamento, e dessa forma, ao menos momentaneamente, o princípio representativo ficou minimizado na sociedade inglesa. Sem prejuízo dessa constatação, houve – em razão da necessidade de lançamento de impostos – a convocação de um “Curto Parlamento” e, posteriormente, de um “Longo Parlamento”.

Foi justamente o “Longo Parlamento” que marcou severa oposição ao reinado de Carlos I e reavivou o confronto entre o poder do rei e o poder das assembleias. A partir de então, o abuso de poder, normalmente vinculado à figura do monarca, passou a ser também vinculado a atos abusivos dos órgãos parlamentares, conhecidos como *bill of attainder*, em que a assembleia impunha, por meio de atos legislativos, pena de morte sem a necessária observância do *due process*. É nessa época, por exemplo, que se intensificou o uso do instrumento do *impeachment* contra titulares de cargos públicos<sup>5</sup>. Ou seja, a realidade inglesa da separação dos poderes enquanto separação orgânico-pessoal das funções do Estado para a efetivação de um modelo de *rule of law* surgiu também, em grande parte, em razão dos abusos de uma assembleia onipotente, acumuladora dos poderes de legislar e de julgar. Ao contrário do que acontecerá na França, em cuja revolução liberal a importância da separação dos poderes se destaca primordialmente como forma de controlar o poder do monarca absoluto.

<sup>5</sup> Esse instrumento já é a origem do instrumento republicano homônimo, cuja origem remonta a 1376. À época, tratava-se de processo proposto pela Câmara dos Comuns e julgado pela Câmara dos Lordes. Esse poder da assembleia de ao mesmo tempo editar as leis e julgar os casos foi, já na Inglaterra do século XVI, um dos fatores de maior importância para o reconhecimento da necessidade de separação dos poderes e sua posterior concretização (PIÇARRA, 1989, p. 48).

O que une ambas as realidades é a busca de um modelo que consagre a lei enquanto base da liberdade do indivíduo. Seja na Inglaterra, seja na França, a separação dos poderes e as tentativas de limitação do poder estatal vêm ao encontro do argumento liberal defendido por Locke – o da proteção da liberdade e esfera particular de cada indivíduo (COMPARATO, 2006, p. 70).

Diante dessa conjuntura, Locke (2008) identificou quatro funções do Estado e propôs uma divisão do poder entre duas instituições. Por isso, deve-se analisar sob três níveis o modelo de separação lockeano. São eles o aspecto funcional, o institucional e o socioestrutural. O autor inglês identificou quatro poderes/funções no Estado: a legislativa; a executiva (responsável pela execução das regras dentro de espaço nacional); a federativa (que abarcava as relações externas); e a prerrogativa (que consistia na tomada de decisões em casos de exceção à Constituição) (LOCKE, 2008, p. 163 et seq). Do ponto de vista institucional, havia de um lado o Parlamento, repartido em Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, que juntas ao rei exerciam as funções legislativas; e, por outro lado, a Coroa, que exercia as outras três funções, inclusive o poder de julgamento (pois os tribunais eram vinculados ao rei). E na esfera socioestrutural, dividia-se o Povo, os Lordes e a Casa Real (CANOTILHO, 2003, p. 580).

Dessa forma, no modelo proposto por Locke, o Poder Judiciário não recebera tratamento autônomo, e sim fora vinculado ao Poder Executivo e, conseqüentemente, ao rei. Possivelmente esta, entre todas, era a mais significativa diferença entre o modelo de Montesquieu (2007) e o de Locke (2008).

### 1.2. A separação dos poderes em Montesquieu

É no Décimo-Primeiro Capítulo, mais especificamente no Livro VI, nomeado *Da constituição da Inglaterra*, que Montesquieu descreve seu modelo tripartidite de separação dos poderes. Pouco importa se esse

modelo de separação apresentado foi realmente original ou se apenas representou uma mera descrição da realidade inglesa, ou ainda, se ele já fora mais bem ou mais mal descrito por autores pretéritos – o fato é que a construção da separação dos poderes ali descrita é até hoje a base daquela adotada pelos Estados ocidentais. Como já foi dito, desde a antiguidade já se reconhecia a existência de diversas funções estatais, mas a não acumulação dessas funções na mão de apenas um governante/instituição não era preocupação recorrente na formação do Estado até a Guerra Civil Inglesa.

Nessa esteira, na formulação de Montesquieu (2007), também se identificam os três níveis – funcional, institucional e socioestrutural – encontrados no modelo de divisão do poder apresentado por Locke (2008). Todavia, a organização e critério de separação dentro desses três níveis apresentou significativas diferenças.

Do ponto de vista funcional, na separação do autor francês, há a identificação das clássicas funções legislativa, executiva e judiciária; portanto, há a ideia de uma divisão tripartite do poder estatal que até hoje perdura como aquela mais difundida. No plano institucional, identificaram-se também três órgãos: o parlamento, o governo, e agora, autonomamente, os tribunais. Desse modo, Montesquieu (2007) descreveu um modelo em que as três funções essenciais do Estado estavam distribuídas em três instituições distintas e separadas. Diferentemente do que formulara Locke (2008), que, apesar de identificar quatro funções estatais, apenas as distribuiu entre duas instituições, o Parlamento e a Coroa. E ainda, do ponto de vista socioestrutural, continuou-se o mesmo substrato composto por povo, nobreza e Coroa, já base da Constituição mista inglesa e da formulação de separação dos poderes lockeana.

Desse modo, foi na formulação de Montesquieu que primeiro se reconheceu um Poder Judiciário funcional e institucionalmente autônomo, destacado do Poder

Executivo, incumbido então de julgar os crimes e conflitos entre os particulares (MIRANDA, 2004)<sup>6</sup>.

Para além disso, o Capítulo da VI do Décimo Primeiro Livro do *Espírito das leis* ainda apresenta outra importante formulação referente às formas de controle interpoderes, traduzindo a concepção dos *checks and balances*. É bem verdade que não se vê, no modelo de tripartição descrito no *Espírito das leis*, uma imiscuição de um poder sobre as funções do outro, tal qual é aquela exigida pelo atual estágio do Estado de Direito. Contudo, Montesquieu já previra a necessidade de mecanismos de controle interpoderes ao descrever a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)<sup>7</sup>.

Desse modo, a concepção de uma forma de Estado dividido funcional e institucionalmente em três poderes – um com a competência de legislar, outro com a competência de administrar e outro encarregado de dirimir conflitos – foi consolidada. Igualmente, a ideia de interdependência ou harmonia entre esses poderes também ficara inicialmente delineada, com as ideias de faculdade de estatuir e faculdade de impedir<sup>8</sup> – sem prejuízo, todavia, das profundas alterações que essa estrutura sofreria nos Estados Unidos da América em

<sup>6</sup> “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2007, p. 168).

<sup>7</sup> “Chamo *faculdade de estatuir* ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por outrem” (MONTESQUIEU, 2007, p. 172, 173).

<sup>8</sup> Concepção essa mais profundamente trabalhada por Bolingbroke em diversos estudos esparsos, em que esse autor previa uma ideia de equilíbrio e controle recíproco dos poderes, empregando expressões como: freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas, entre outras (SCHMITT, 2001, p. 187).

1803 com a implementação do controle de constitucionalidade.

### 1.3. *Separação dos poderes na Revolução Francesa*

A separação dos poderes em Montesquieu (2007) é peça importantíssima no ideário revolucionário francês. Isso porque a nova ordem a ser instaurada, o Estado de Direito liberal, contrapunha-se à ordem anterior, o Estado absolutista, e, portanto, a desconcentração do poder e sua consequente limitação foi um dos objetivos primordiais do movimento revolucionário.

No estágio despótico do Estado francês, o poder estava basicamente concentrado nas mãos do monarca e de seus funcionários delegados. A liberdade dos indivíduos estava à mercê de leis que correspondiam à própria vontade de quem as executava, ou seja, à vontade do rei. Essa fase é expressa maximamente pela famosa frase de Luís XIV, o Rei Sol: “L’État c’est moi”. O monarca era o soberano, o poder estatal estava em suas mãos e era exercido conforme sua consciência, já que a lei, na verdade, representava tão somente a vontade do rei formalizada. Enquanto isso, do ponto de vista da produção, o sistema de produção feudal evolui para o capitalismo comercial. E enquanto o poder político se mantivera nas mãos da nobreza, o poder econômico passou a ser detido pela burguesia.

Essa é a atmosfera da Revolução Francesa, que tem por base a questão da liberdade individual do cidadão sobre o poder estatal. Com Rousseau (2006), o soberano do poder nacional não mais é o seu agente (o príncipe), e sim o povo que o exerce por meio de seus representantes. Assim, a liberdade do príncipe enquanto ser escolhido para governar o povo cede lugar à vontade da lei, e o Estado, em vez de obedecer à vontade do agente do príncipe, deve executar normas jurídicas<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> “Em vez de tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei

Nesse ambiente, ascende a separação dos poderes como princípio caríssimo do Estado de Direito liberal. Isso porque é indissociável o sistema ambicionado pelos ideais revolucionários, baseado na legalidade e na segurança jurídica, do esquema de separação dos poderes.

Todavia, há de se ter em conta, que, se uma das principais razões do surgimento da separação dos poderes para a concretização do *rule of law* na Inglaterra fora limitar tanto o poder da Coroa, como também um poder por vezes abusivo das assembleias, na França a principal força a ser limitada era a do rei absolutista. Enquanto na Grã-Bretanha se vivia uma monarquia mista, representativa, na França a revolução liberal teve por objetivo justamente acabar com o sistema monárquico, que em seu caso não admitia a representatividade das demais camadas sociais em ascensão, nomeadamente a burguesia.

Além disso, a Revolução Francesa, em muito marcada pela obra de Rousseau (2006), que identificava no poder legislador um papel de primariedade, instituiu um regime parlamentar. Assim, o papel judiciário na estrutura estatal fora em boa medida diminuído e absorvido pelo poder do Parlamento. Mais ainda com o entendimento da exegese como método primordial de interpretação legal.

Por essa mesma razão, há de se identificar que na França houve uma separação menos rígida do que aquela ocorrida na Revolução Americana que adotara o sistema presidencialista.

---

como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política” (MIRANDA, 2003, p. 45).

#### 1.4. Separação dos poderes na América

Já na América, a separação de poderes ocorre de forma diversa daquela vista na Europa. As diferenças principais podem ser explicadas por basicamente dois fatores preponderantes. Primeiramente, as razões que motivaram a Revolução Francesa e aquelas que resultaram na independência das colônias inglesas na América do Norte foram distintas, em que pesem as raízes iluministas de ambas. E em segundo lugar, o sistema jurisdicional baseado em precedentes judiciais (*stare decisis*) típico do modelo de *common law*, adotado pelos anglo-americanos, em oposição ao sistema de *civil law* vigente em quase toda Europa continental, foi responsável em grande medida pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Primeiramente, um dos objetivos políticos principais da Revolução Francesa foi a dissolução e contraposição ao antigo regime. Ou seja, a derrubada de um modelo em que o rei concentrava praticamente todo o poder estatal, e em resposta a isso, a revolução na França propunha que fosse instalada uma nova ordem, a do Estado liberal. Na América do Norte, por outro lado, o objetivo político primordial foi a emancipação das colônias inglesas americanas, até então massacradas política e, sobretudo, tributariamente pelo Parlamento da metrópole. Ou seja, enquanto os revolucionários franceses tinham como principal adversário o Rei da França, os colonos americanos tinham por oposição principal a política do Parlamento inglês. Assim, a separação dos poderes na Revolução Americana deu-se de forma mais acentuada, derivando para um modelo presidencialista que não coincidia com a responsabilidade política de um órgão perante os outros.

Ainda assim, não há que se falar em absoluto isolamento entre os três poderes na democracia americana. Isso fica claro na presença de institutos como o veto presidencial, ou a possibilidade de *impeachment*

do Presidente. Todavia, enquanto na França se viu, ao menos *a priori*, a força estranguladora do parlamento, nos EUA a figura executiva do Presidente sempre teve papel privilegiado dotado de grande autonomia e independência no desempenho das funções executivas e grande liberdade política.

O segundo ponto fundamental que diferencia o modelo americano de separação dos poderes é o sistema de *common law*, que, por ser baseado sobretudo em precedentes jurisprudenciais (*stare decisis*) – ainda que não exclusivamente –, deu maior possibilidade para o surgimento do controle de constitucionalidade.

Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário<sup>10</sup>, a verificação de adequação dos

---

<sup>10</sup> Inicialmente consagrado no caso *Marbury v. Madison*, decidido pelo *Chief Justice* Marshall na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que de forma lapidar decidiu pela possibilidade do controle de constitucionalidade. Ao menos um trecho da decisão vale ser transcrito: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [5 U.S. 137, 178] So if a law be in opposition to the Constitution: if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law: the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the Constitution; and the Constitution is superior to any ordinary Act of the Legislature; the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those then who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in Court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act, which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare, that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence with the same breath

atos públicos deixou de ser meramente política, e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica.

Esse foi o primeiro modelo de controle de constitucionalidade surgido em 1803 com o caso *Marbury v. Madison*, em que o *Chief Justice* Marshall reconheceu a cada tribunal ou juiz dos Estados Unidos da América o dever e o poder de julgar os casos diretamente de acordo com a Constituição americana, inclusive, se necessário para isso fosse, afastar a aplicação de uma lei que se mostrasse incoerente com a norma constitucional. Assim, desde então se vê que o Poder Judiciário, mais que vinculado à lei, encontra-se vinculado à norma hierarquicamente superior que se impõe ao legislador e ao administrador do Estado no exercício do poder.

Desse modo, o papel do Poder Judiciário, antes considerado praticamente nulo e limitado a ser simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2007, p. 172,175), passou a ter preponderante papel para a efetivação da ordem constitucional.

#### 1.5. Doutrina da separação dos poderes e atual estágio do Estado de Direito

Em fins do século XIX e início do século XX, o Estado de Direito sofreu profundas alterações. O modelo liberal, com sua marca individualista, mostrava-se insuficiente para atender às demandas da sociedade e, por isso, a configuração do Estado de Direito e seus fins foi alvo de uma grande renovação.

Sobretudo após a Primeira Grande Guerra, várias alternativas surgiram em

---

which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure. That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions – a written constitution – would of itself be sufficient, in America where written constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the Constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection”.

resposta ao fracasso do Estado liberal. Elas variaram desde modelos fora do Estado de Direito, como o fascismo e o nacional-socialismo na extrema direita, ou ainda o regime socialista marxista-leninista na extrema esquerda, até a reformulação desse modelo por meio do Estado Social.

Foi, primeiramente, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, e, posteriormente, em uma série de Constituições subsequentes à Segunda Guerra Mundial, que se foi incorporando esse novo modelo do Estado Democrático de Direito. A partir de então é reconhecido ao Estado o dever de estruturar, planejar e modificar a sociedade em vista da promoção da justiça social e da persecução do interesse comum. Nesse passo, identifica-se a reconciliação entre sociedade e Estado, marcadamente divididos durante a época liberal. Assim, nas palavras do Professor Jorge Reis Novais (2004, p. 30 et seq.), “A expressão Estado social procura sintetizar o sentido desse processo concertado de estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado”.

Com o Estado social, para além das garantias individuais e da limitação do poder – valores presentes já no ideário do Estado liberal –, cabe agora também ao aparato estatal garantir a igualdade material e assegurar os direitos sociais, que passam por um processo de reconhecimento de sua jusfundamentalidade. Esses “novos direitos fundamentais” não podem ser concretizados mediante uma abstenção do Estado; ao contrário, exigem da máquina estatal prestações positivas em favor do cidadão.

Todas essas alterações projetam particulares transformações na própria concepção da divisão dos poderes. Isso porque para além da segurança jurídica, princípio tão caro ao Estado liberal, ganha muita força a ideia de provimento de condições materiais para o adequado e livre desenvolvimento do indivíduo e da proteção de sua dignidade humana.

Assim, as relações entre os poderes do Estado sofrem profunda revisão. Vê-se, pois, uma relativização das fronteiras entre Legislativo e Executivo. A atividade normativa da Administração passa a ser cada vez mais comum, como, por exemplo, na ampliação de sua competência para iniciativa de leis – ainda que estejam sempre sujeitas à aprovação pelo Parlamento; e na esfera de competência do Poder Legislativo surge a figura de atos desvinculados do tradicional conceito de lei, geral e abstrata, como é o caso das leis-medidas.

No que diz respeito ao papel do Poder Judiciário, este ganha muito maior independência e projeção para o triunfo do Estado Democrático e Social de Direito. É também no início do século XX que começa a surgir o modelo europeu de controle de constitucionalidade<sup>11</sup>, e, portanto, a difusão, para além da América, de mecanismos de controle da superioridade hierárquica da Constituição sobre as leis.

Com o Estado social, na atividade de fiscalização do adequado cumprimento constitucional, o controle dos atos da Administração ganha destaque no que diz respeito ao cumprimento de prestações essenciais à efetivação de direitos fundamentais (sobretudo dos direitos sociais). Além disso, hodiernamente, não apenas o controle sobre o Poder Executivo é presente na esfera de competência do Poder Judiciário, como também, o controle das ações e até mesmo omissões do Poder Legislativo, por intermédio de instrumentos como as sentenças aditivas e o mandado de injunção.

---

<sup>11</sup> O controle jurisdicional das leis firma-se em dois modelos historicamente reconhecidos no Estado de Direito ocidental. O primeiro é o americano, surgido no caso *Marbury v. Madison*. O segundo sistema surge em inícios do século XX, a partir da Constituição austríaca de 1920, sob os argumentos desenvolvidos por Hans Kelsen. Esse modelo fundamenta-se basicamente em um controle abstrato e concentrado das normas, feito por uma corte constitucional. Para esse controle, não há a necessidade de haver um caso concreto a se analisar, mas tão somente a viabilidade e conformidade da lei aos preceitos constitucionais.

## 2. Papel do Poder Judiciário no esquema constitucional

### 2.1. Princípio da separação dos poderes nas Constituições do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz expressamente no artigo 2º a concretização de um modelo de tripartição do Poder, tal qual o traçado por Montesquieu (2007)<sup>12</sup>. Adota-se assim, uma classificação orgânico-formal, em que cada função do Estado se identifica propriamente com um órgão específico: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Para José Afonso da Silva (2007, 2008), a nomenclatura utilizada no artigo 2º da CRFB/1988 (“São Poderes da União independentes e harmônicos entre si”) é própria da divisão de poderes no Presidencialismo. Isso porque, segundo o doutrinador brasileiro, no regime Parlamentarista, tal cláusula não teria sentido com essa redação, por prevalecer o princípio da colaboração entre os poderes<sup>13</sup>.

Assim, por independência deve-se entender: a) uma maior rigidez entre a separação e individualização de competências de cada órgão; b) significa ainda que, após a investidura de determinado titular no órgão, sua permanência ocorre independentemente da confiança ou vontade de outro; c) que, no exercício das atribuições que sejam próprias dos órgãos que representam, seus titulares não necessitam de autorização, ou mesmo de consultar outros órgãos; d) e ainda, que na organização de seus respectivos serviços, cada um é livre, estando vinculado apenas às disposições legais e constitucionais (SILVA, 2007, p. 44).

---

<sup>12</sup> CRFB/1988 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>13</sup> Aqui deve-se fazer a ressalva de que a constituição portuguesa de 1911 trazia esta mesma “Independentes e harmônicos entre si”, ainda que não seguisse um regime presidencial.

E por “harmonia entre os poderes” compreendem-se as “normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”. Por mais rígida que possa ser a distinção das funções do poder e sua separação em diferentes órgãos no Presidencialismo, não há como se dizer que essa individualização e independência sejam absolutas. Sempre serão necessárias áreas de interferência e controle mútuos entre os Poderes, seja em consequência do modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*), em nome do equilíbrio do poder dentro do Estado, ou ainda em decorrência da realidade de unicidade do Poder do Estado.

Essa linha de redação – “independentes e harmônicos entre si” – já fora adotada nas Constituições de 1896, 1946, 1964 e 1988.

Sem prejuízo de outros dispositivos que tratem especificamente de cada um dos poderes, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 o artigo 36 trazia: “Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. Em redação semelhante, também na Carta de 1967, que teve seu texto mantido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969: “Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Nos textos constitucionais de 1891 e de 1934, havia prescrição similar, mas com texto um pouco diferente: “Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (1891), e “Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (1934). Observe-se nesses dois artigos a utilização da expressão órgãos de soberania, ainda hoje utilizada na Constituição da República Portuguesa, mas desde 1934 abandonado na cultura constitucional brasileira.

É interessante notar que na Carta ditatorial de 1937, criada pelo Estado Novo

brasileiro, o texto constitucional, apenas esparsamente fazer alusão expressa aos termos Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, já que não traz qualquer artigo específico a respeito das relações entre os poderes do Estado, como sempre foi, e ainda é, praxe na história constitucional brasileira. Isso decorre essencialmente do momento ditatorial então vigente, seguindo uma linha semelhante à Constituição portuguesa de 1933.

Para fechar o ciclo de Constituições brasileiras, resta a Constituição imperial outorgada em 1824, que, seguindo a formulação de Benjamin Constant, excepcionalmente trazia um quarto poder do Estado, também confiado ao imperador, o poder moderador: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

## 2.2. Princípio da separação dos poderes nas Constituições de Portugal

Enquanto isso, historicamente as Constituições portuguesas, à exceção da Constituição ditatorial de 1933, sempre trouxeram expressamente dispositivos referentes à separação dos poderes no Estado (MIRANDA, 2004, p. 17 et seq.).

Também sem detrimento de demais dispositivos constitucionais a respeito dos contidos nas cartas históricas, no texto da Constituição de 1822 vê-se: “artigo 29. O Governo da Nação Portuguesa é a Monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulem o exercício dos três poderes políticos”; “artigo 30. Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”.



Já na Constituição de 1826, vê-se a mesma estrutura elaborada por Benjamin Constant, com a presença do Poder Moderador. Assim como a Constituição de 1824 do Brasil, essa carta portuguesa também fora outorgada por Dom Pedro IV (Pedro I, do Brasil): “Artigo 10. A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece”; “Artigo 11. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Na Constituição portuguesa de 1838 delineou-se da seguinte forma: “Artigo 33. A Soberania reside essencialmente em a Nação, da qual emanam todos os poderes políticos”; “Artigo 34. Os poderes políticos são o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário. § 1º - O Poder Legislativo compete às Cortes com a Sanção do Rei. § 2º - O Executivo ao Rei, que o exerce pelos Ministros e Secretários de Estado. § 3º - O Judiciário aos Juizes e Jurados na conformidade da Lei”; “Artigo 35. Os poderes políticos são essencialmente independentes: nenhum pode arrogar as atribuições do outro”.

E ainda na Constituição de 1911: “Artigo 6º São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmônicos entre si”. Nessa passagem é interessante observar a utilização da terminologia independentes e hamônicos entre si, assim como até hoje, via de regra, ocorreu nas Constituições brasileiras (ARQNET, [s.d.]).

Inicialmente, a Constituição da República Portuguesa de 1976 optou por não utilizar terminologia “poderes do Estado”, encontrando-se em seu lugar a identificação dos órgãos de soberania (nos artigos 110º e 111º, n. 1<sup>4</sup>). A opção em boa parte

foi tida em apreço à ideia de unicidade do Poder estatal. Todavia, desde a reforma constitucional de 1997, a redação do artigo 2º dispõe:

“Artigo 2º (Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na *separação e interdependência de poderes*, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” [grifo acrescido]

Portanto, não há como negar que a Constituição portuguesa também preze o modelo de separação dos poderes, ainda que prefira tratar das relações entre os órgãos de soberania, em vez de, utilizar a nomenclatura “poderes do Estado”.

### 2.3. Princípios regentes do Poder Judiciário

Ao Poder Judiciário é confiada a função jurisdicional do Estado exercida pelos tribunais e juizes singulares. Portanto, sua atividade, muito mais que política, tem caráter essencialmente técnico. Nesse sentido, o Professor Gomes Canotilho chega a expor que “organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, ‘separado’ dos outros poderes” (CANOTILHO, 2003, p. 657).

Essa separação dos tribunais tem por finalidade, basicamente, garantir a independência dos agentes que desempenham essa função, e ainda garantir a liberdade na sociedade e para os cidadãos.

A característica de não ter esse poder um caráter de representatividade, no sentido de seus membros não serem eleitos pelo

<sup>14</sup> Artigo 110º (Órgãos de soberania) 1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais. 2. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos

órgãos de soberania são os definidos na Constituição. Artigo 111º (Separação e interdependência) 1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição.

povo – ao menos na imensa maioria dos Estados de Direito ocidentais – não o reduz a uma posição de subordinação aos demais Poderes (órgãos de soberania) do Estado. Assim, os tribunais não exercem direção política no Estado, e no desempenho da função jurisdicional, seu papel, por muitas das vezes, consiste em tomar decisões de caráter contramajoritário, para somente assim poderem efetivamente garantir a concretização da Constituição, da lei e dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p. 220 et seq).

Diante disso, é possível estabelecer como princípios estruturantes do Poder Judiciário, de modo que todos guardem íntima relação com o modelo de separação dos poderes: o princípio da independência (o qual pode ser desmembrado em outros princípios); o princípio da exclusividade da função de julgar; o princípio da imparcialidade; o princípio da irresponsabilidade dos magistrados; o princípio da autoadministração; e o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

O princípio da independência dos tribunais e magistrados é constitucionalmente consagrado tanto na Constituição de Portugal (artigo 203º) como na do Brasil (sobretudo, arts. 2º, 96 e 99). Este princípio se apresenta em diversas dimensões. A primeira delas a ser elencada é independência funcional, que em muito abarca o conteúdo central do princípio da independência, pois consiste na vinculação do juiz unicamente às fontes de direito constitucionalmente asseguradas. Em um segundo momento, há que se falar na independência pessoal dos juízes, que para tanto é conexa a determinadas garantias naturais a esses agentes, tais como a inamovibilidade e a de autonomia no exercício da função jurisdicional. Há ainda uma dimensão referente a uma independência coletiva dos magistrados enquanto corporação. Por fim, há uma dimensão de independência interna e externa. Externamente, os juízes são independentes frente a qualquer órgão externo ao Poder Judiciário,

e ainda internamente, são autônomos, não estando subordinados a qualquer comando hierárquico quando no exercício da função jurisdicional.

Quanto ao princípio da exclusividade da função de julgar, é também inerente à separação dos poderes a especificidade orgânico-institucional do Poder Judiciário de exercê-la. Essa reserva de jurisdição é importante, sobretudo para estabelecer limites à atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Princípio caríssimo também é o da imparcialidade dos juízes, do qual se desmembram os institutos do impedimento e da suspeição processual, além de algumas vedações constitucionais aos agentes do Poder Judiciário (artigo 216º da CRP e art. 95, parágrafo único da CRFB). A título exemplificativo, pode-se levantar, como vedações constantes de forma semelhante nos ordenamentos constitucionais de Portugal e Brasil, o fato de os juízes em exercício não poderem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo a de magistério. Constante no ordenamento constitucional português no artigo 216º, 2, e na Constituição brasileira sob a insígnia do art. 95, I (ao tratar da vitaliciedade), confere-se aos juízes irresponsabilidade por suas decisões tomadas no desempenho da função jurisdicional. O fato de no Brasil ser possível o *impeachment* de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal não compromete a consagração desse princípio pelo ordenamento brasileiro. Isso porque esse instrumento republicano só poderá ser utilizado quando do cometimento de crime de responsabilidade, e jamais em razão de sua atuação como magistrado.

O Poder Judiciário ainda é regido pelo princípio da autoadministração. Isso quer dizer que ele tem autonomia de gestão interna. A principal forma pela qual se realiza essa autoadministração é por meio dos órgãos colegiados basicamente formados por próprios juízes. No Brasil, com a Emenda Constitucional nº 45, foi criado o

Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B), e em Portugal existe com esse fim o Conselho Superior da Magistratura (artigo 218<sup>o</sup>), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (artigo 217<sup>o</sup>), o Conselho Superior do Ministério Público (artigo 220<sup>o</sup>/2). Esses Conselhos, tanto no Brasil como em Portugal, são majoritariamente compostos por juízes (variando a forma de composição, naturalmente) e compete-lhes basicamente o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Por fim, há ainda o princípio da fundamentação das decisões. Esse princípio adquire grande relevância dentro do Estado Democrático de Direito, principalmente pelo fato de os membros do Poder Judiciário não gozarem de representatividade, por não serem eleitos diretamente pelo povo. Assim, é por intermédio da fundamentação que se pode aferir a legalidade, imparcialidade e correição das decisões.

#### *2.4. Particulares diferenças entre o tratamento constitucional do Poder Judiciário no Brasil e em Portugal*

Algumas diferenças têm de ser tratadas quando se fala nos poderes Judiciário de Portugal e Brasil. Primeiramente, o Brasil segue o princípio de unidade de jurisdição, visto que a função de julgar está concentrada em apenas uma organização judiciária. Em contrapartida, em Portugal as funções judiciais são divididas entre a magistratura ordinária, a magistratura administrativa e fiscal e a magistratura constitucional. Por isso mesmo, enquanto no Brasil há quatro tribunais superiores<sup>15</sup>, e apenas um tribunal supremo (Supremo Tribunal Federal), em Portugal há quatro tribunais supremos<sup>16</sup>,

<sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar.

<sup>16</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal Constitucional e Tribunal de Contas.

por haver ao lado da magistratura ordinária uma magistratura administrativa e fiscal e uma magistratura constitucional independentes, dado o aspecto *sui generis* do Tribunal Constitucional e sua posição na estrutura no Estado português. Entende-se assim, em Portugal, Poder Judiciário como aquele correlato tão somente à magistratura ordinária, em face de sua competência geral para julgamento (CANOTILHO, 2003, p. 661 et seq.).

No Brasil, o Ministério Público é considerado instituição essencial à função jurisdicional, mas autônomo e apartado do Poder Judiciário, ao passo que em Portugal, o Ministério Público é considerado órgão do poder Judicial, ainda assim, é instituição dotada de autonomia, estando seus membros vinculados apenas a critérios de legalidade. O Ministério Público não exerce propriamente a função jurisdicional, mas auxilia os tribunais e juízes para o seu desempenho.

### *3. Influência dos Poderes Legislativo e Executivo na estrutura do Poder Judiciário*

Como dito, é próprio do princípio da separação de poderes uma ideia de interdependência e harmonia entre os órgãos de soberania. Seja quando determinado órgão exerce função que não lhe é própria, seja quando um órgão desempenha determinada competência para atos de controle de determinadas atividades de um dos outros poderes do Estado.

#### *3.1. Influência do Poder Legislativo*

##### *3.1.1. Brasil*

No Brasil, a CRFB identifica, entre outras competências do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário as de: a) aprovar a nomeação de Ministros dos Tribunais Superiores e de juízes, nos casos estabelecidos na Constituição, nomeados pelo Presidente da República (art. 52, III, a e b); b) legislar sobre

organização judiciária (arts. 48, IV, 93, I, d, II, 124, parágrafo único, 121, 113); c) processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (arts. 51, I, 52, I e II); d) conceder anistia, apesar de decisão judicial com trânsito em julgado (art. 48, VIII); e) criar Comissões Parlamentares de Inquéritos com “poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (art. 58, § 3º); f) indicar um cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada para compor o Conselho Nacional de Justiça (103-B, XIII).

Há ainda na CRFB uma particularidade referente ao artigo 52, X, que prevê competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo é alvo de grandes discussões quanto a sua eficácia e sentido. Se, por um lado, há quem defenda que o Senado Federal tem discricionariedade para alargar os efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por outro, há quem identifique absoluta vinculação daquela Câmara à decisão do Tribunal; e, ainda, há uma corrente que entende, sob o argumento de mutação constitucional, que esse artigo teria perdido sua eficácia (BROSSARD, 1976; JACQUES, 1976; MELLO FILHO, 1984; MENDES, 1999a, 1999b; MORAES, 2007b; TAVARES, 2001; VELOSO, 2000).

### 3.1.2. Portugal

Em Portugal, a influência exercida pelo Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário se observa, sobretudo, na competência da Assembleia da República de: a) eleger dez

dos treze juízes do Tribunal Constitucional; b) escolher o Provedor de Justiça; c) escolher sete vogais do Conselho Superior da Magistratura; c) promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e decidir sobre a suspensão de membros do Governo, no caso de crime de responsabilidade; d) eleger os membros do Conselho Superior do Ministério Público que lhe competir designar; e) em competência absoluta, legislar sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional; f) existe ainda a previsão concernente aos inquéritos legislativos, em que as Comissões Parlamentares de Inquérito “gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, apesar de que “o valor jurídico das *conclusões* do inquérito não é o mesmo da sentença judicial” (CANOTILHO, 2003, p. 636).

Além dessas prescrições constitucionais quanto à influência do Poder Legislativo na alçada do Poder Judiciário, há a proibição de ingerência do legislador na reserva de jurisdição, problema comum não apenas a Portugal e Brasil, mas também a todos os Estados Democráticos de Direito. Esse fenômeno consiste justamente em vedar ao Poder Legislativo o exercício da função jurisdicional e a prática dos atos reservados aos órgãos do Poder Judiciário. Essa preocupação tem origem justamente nos *bill attainder* ingleses já mencionados. Os maiores exemplos desse fenômeno são as leis interpretativas, leis-medida, as convalidações legislativas e as leis retroativas.

O que é comum a todas essas espécies legislativas é o fato de elas não apresentarem formalmente as características tradicionais de lei, abstração e generalidade<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> .... “o declínio do conceito clássico de lei: o legislador não se limita mais a editar comandos gerais e abstratos; a aparência da generalidade de uma lei é só uma questão de formulação lingüística – com isso, um comando concreto reveste a forma de norma geral” (GRAU, 2005, p. 255).

Quanto às leis interpretativas, a função de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico está inserida na função jurisdicional. Portanto, cabe aos tribunais e aos magistrados a interpretação legítima das leis e da Constituição. Quando leis interpretativas têm o intuito de induzir, ou mesmo, forçar os agentes do Poder Judiciário a um sentido da lei, e assim, “julgar por outros meios”, não há como admitir esses atos no esquema constitucional de Separação dos Poderes, por estarem eivados de inconstitucionalidade.

Apesar de o tema das leis-medidas estar muito relacionado à relação entre Poderes Legislativo e Executivo, há algumas situações em que ele se relaciona com a ingerência do Poder Legislativo na reserva da função jurisdicional. Isso ocorre, sobretudo, em dois casos: o de leis individuais expropriatórias e o de leis de anistia. Independentemente da situação, qualquer desses atos legislativos deve ter caráter de excepcionalidade estrita, para só assim não ferirem o princípio da reserva de jurisdição.

E, por fim, pode-se falar nas convalidações legislativas e nas leis retroativas. As primeiras têm o escopo de tornar válidos atos originalmente viciados, durante ou mesmo findos os processos que assim o declararam; as segundas o de alterar retroativamente a diligência da reserva jurisdicional, modificando “as regras do jogo” já durante o processo. Em todos esses casos, deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade tendo por objetivo manter o equilíbrio entre os Poderes no Estado de Direito (CANOTILHO, 2003, p. 674,675).

### 3.2. *Influência do Poder Executivo*

#### 3.2.1. *Brasil*

O Poder Executivo também exerce sua influência sobre o Poder Judiciário. Entre as atividades mais importantes dessa ordem trazidas na CRFB, pode-se elencar: a) a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101); b) a escolha e a nomeação

de Ministros dos Tribunais Superiores (art. 104); c) a escolha de magistrados nos termos da Constituição (art.107, 111-A); d) a concessão de indulto e a comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (art. 84, XII); e) a nomeação dos membros do Conselho Nacional de Justiça, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 103-B §2º).

#### 3.2.2. *Portugal*

Considerando-se o sistema semi-presidencial português, aqui se tratará conjuntamente dos papéis do Presidente da República e do Governo, como Poder Executivo<sup>18</sup>. Assim, podem-se enumerar como principais influências desse poder no Poder Judiciário as competências do Presidente da República de: a) nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Presidente do Tribunal de Contas e o Procurador-Geral; b) nomear dois vogais do Conselho Superior da Magistratura; c) ouvido o Governo, indultar e comutar penas; d) requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais; e) requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas ou, ainda, a da inconstitucionalidade por omissão.

### 4. *Poder Judiciário e atuação sobre demais poderes*

Hodiernamente, a atuação do Poder Judiciário sobre os demais poderes tem papel preponderante para a manutenção do equilíbrio no Estado Democrático de Direito. Mais que isso, por suas característi-

<sup>18</sup> Sem desconsiderar a identidade dos órgãos de soberania, que são distintos em quatro, baseado em um formato de separação “funcional” e “competencial” do poder estatal. Todavia, essa opção do constituinte português de forma alguma poderia significar seu desprezo às dimensões fundamentais da clássica “divisão dos poderes” (MIRANDA, 2004, p. 19 et seq; CANOTILHO, 2003, p. 657).

cas de imparcialidade, e de relativo caráter apolítico, o Poder Judiciário adquiriu função imprescindível no controle dos abusos do poder estatal, seja aqueles cometidos por ações/omissões do Poder Executivo, seja os cometidos pelo Poder Legislativo.

Muitos são os campos em que se pode identificar essa influência dos tribunais na atuação dos demais Poderes, e por vezes esse fenômeno também é conhecido como “Judicialização da Política”. Todavia, isso se dá em grande parte justamente pelo fato de a própria Constituição ter forte carga política, e desse modo, o controle de constitucionalidade de atos praticados pelos Poderes do Estado, inevitavelmente, terá alguma carga semelhantemente política. Ainda que os Poderes Executivo e Legislativo sejam peculiares em virtude de sua legitimidade fundamentada na representatividade, os tribunais têm sua legitimidade argumentativamente abalizada (GARCIA, 2005, p. 979). Assim, deve o Poder Judiciário fiscalizar a correta aplicação do ordenamento jurídico, das normas constitucionais e infraconstitucionais. Contudo, há uma margem de liberdade valorativa reservada ao exercício do poder político pelos agentes do Poder Executivo e Legislativo para a concretização dos dispositivos constitucionais que, portanto, não podem ser controlados pelos tribunais. Nessa linha limítrofe, travam-se as maiores discussões quanto ao campo de atuação do Poder Judiciário para a manutenção do equilíbrio no Estado de Direito.

Nessa esteira, a própria separação dos poderes deve ser encarada como um princípio do Estado de Direito, e por essa condição, sua aplicação não pode ser feita de forma negativa ou positiva. Não há que se falar em observância ou inobservância do princípio da separação dos poderes, e sim numa relativização de sua aplicação. Em alguns momentos estarão mais claros os limites de sua vinculação; em outros, distintos valores sobressair-se-ão quando da aplicação no caso concreto.

A própria possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei em controle abstrato por si só já demonstra essa assertiva. Nesse caso, o Poder Judiciário está invalidando um ato normativo típico do Poder Legislativo em nome de um direito insculpido na Carta Magna. Isso, sem detrimento de a lei eivada de inconstitucionalidade ter sido editada por legítimos representantes escolhidos pelo povo. Essa é a lógica no atual Estado Democrático de Direito, caracterizado em grande parte pela questão da Lógica Democrática vs. Lógica Constitucional.

Entre as situações em que se tem visto maior e mais marcante atuação judiciária, vale destacar: a situação da eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias; a efetivação de Direitos Sociais que, via de regra, exige uma prestação positiva da Administração Pública; e o caso das sentenças de caráter normativo, tais como o mandado de injunção, as sentenças intermédias ou mesmo o instituto da súmula vinculante, em que a decisão jurisdicional revela peculiar característica normativa.

#### *4.1. Eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias*

Os direitos fundamentais, principalmente os direitos, liberdades e garantias, são as maiores armas constitucionais contra o abuso das maiorias. Eles funcionam como trunfos contra o próprio poder do Estado e contra a própria comunidade que não pode restringi-los indiscriminadamente.

Assim, os direitos fundamentais consistem em limites ao próprio poder político, incluindo o legislador, que não pode dispor de seu núcleo irreduzível nem mesmo quando tal restrição poderia representar um benefício para a maioria da população. São interesses individuais oponíveis, inclusive ao interesse coletivo. De outro modo, se fossem os direitos fundamentais que tivessem de se adequar aos interesses das maiorias, sua prescrição constitucional seria inócua (NOVAIS, 2004, p. 602 et seq).

Nesse contexto, é imprescindível o papel do Poder Judiciário ao controlar o respeito a essa limitação pelo poder político. Esse balanceamento é intrínseco à própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

#### 4.2. *Efetivação de direitos sociais*

Sobretudo no início do século XX, ocorreu uma mudança essencial do papel do Estado. Houve uma passagem de um momento liberal, em que Estado e sociedade se encontravam apartados, para um modelo de Estado de Direito Social, em que o coletivo ganha força sobre o particular. Ocorre nesse momento o reconhecimento de direitos sociais e o Poder Judiciário tem sua atuação sobre o Poder Executivo marcadamente alargado.

O modelo de Estado de Direito Liberal foi vastamente difundido desde as revoluções do século XVIII, principalmente, de forma mais genérica, durante todo o século XX. Principal questão na defesa dos direitos do cidadão era a contraposição entre Estado e sociedade, e por isso, era de grandíssima relevância o resguardo a direitos intimamente ligados às liberdades individuais, que, por sua vez, exigiam do Estado um dever muito mais de abstenção que um dever de prestação<sup>19</sup>. No início do século XX, muda-se o paradigma de atuação estatal, ocorrendo a conciliação entre Estado e Sociedade, e assim o reconhecimento dos ditos Direitos Sociais (PIÇARRA, 1989, p. 171 et seq). Nesse estágio do Estado Constitucional, a efetivação de Direitos Fundamentais não mais se resume a uma abstenção estatal, mas exige também prestações positivas. Nesse sentido, surge importante questão referente a definir quais as margens de discricionariedade do agente do Poder Executivo na opção pelos melhores caminhos

para a efetivação desses direitos, e em que passo a Constituição e a lei são impositivas de determinadas condutas judicialmente exigíveis.

Para uma melhor delimitação do espaço de atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, é interessante a diferenciação entre os atos de governo e atos administrativos. Enquanto aos primeiros se vincula a ideia de manifestação do poder político, e por isso têm seu controle pelos tribunais reduzido, sendo mais intensamente alvo de controle político (basicamente controle parlamentar e eleitoral); os segundos estão adstritos essencialmente pela legalidade, e, assim mesmo, sujeitos a um controle jurisdicional mais intenso. Tal caracterização não exclui, absolutamente, a apreciação dos atos de governo pelos tribunais, no que diz respeito às suas formas e adequação constitucional, mas tão somente destaca que, na prática desses, a diferença da prática dos atos administrativos apresenta maior campo de liberdade política do agente, mas não pode jamais se desvirtuar de seu sentido e finalidade constitucional, ou seja, a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana e a persecução do bem comum.

#### 4.3. *Sentenças de caráter normativo*

Para além da questão a respeito da influência do Poder Judicial no Poder Executivo no que concerne a efetivação de direitos sociais via sindicalização judicial, há de se destacar a questão referente a sentenças de caráter normativo, tais quais as sentenças aditivas (também nomeadas manipulativas e modificativas em Portugal) e o mandado de injunção no Brasil.

O juiz inequivocamente exerce uma “missão legislativa” (RIGAUX, 2000, p. 322), que é acentuada quanto mais alta é sua hierarquia jurisdicional. Isso porque, ao tentar superar os entraves da hermenêutica constitucional para deduzir uma liberdade não explicitada pelo agente legiferante, o julgador está a “preencher o silêncio do

<sup>19</sup> Ainda que essa regra de forma alguma seja absoluta, pois por muitas vezes, é comum à defesa dessas liberdades a necessidade de uma conduta positiva Estatal.

legislador”. O mesmo ocorre quando o juiz está a confrontar normas de mesmo nível hierárquico.

Essa característica é ainda mais marcante quando da necessidade de a resposta judicial ampliar e, por vezes, até mesmo criar norma diante de uma inconstitucional inércia legislativa. Não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão; mais que isso, as sentenças de caráter normativo têm o intuito de contornar determinadas omissões do Parlamento mediante sentenças que ou “criam norma”, ou estendem os efeitos de determinado preceito normativo.

Considere-se o caso das sentenças aditivas em Portugal. No seu julgamento, o tribunal não avalia propriamente a constitucionalidade do texto normativo em tela quanto aos preceitos por ela prescritos, mas sim, quanto aos pontos em que a lei foi omissa de forma a não cumprir o imperativo constitucional. Desse modo, a sentença tem por escopo estender ou acrescentar o elemento que falta. Fundamentalmente, a argumentação basilar para essa prática está justamente no princípio da igualdade. Isso porque a intenção das sentenças aditivas é justamente de nivelar os indivíduos quando uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem, ou adstringir um dever ou um ônus, o faz sem fundamentar-se em um *discrímen* constitucional juridicamente relevante. Assim, invocando valores e interesses constitucionais que se projetam nessa situação, restabelecer a igualdade (MIRANDA, 2008b, p. 88 et seq). A legitimidade dessas sentenças é vinculada ao fato delas limitarem-se a “revelar ou a indicar um princípio, ou uma norma constitucional vocacionadas para o preenchimento de um vazio jurídico carente de integração imediata” (MORAIS, 2005, p. 241).

No Brasil, em sentido semelhante, há o instituto do mandado de injunção que terá lugar sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, pode o Poder Judiciário emanar decisão com o caráter de determinar qual conduta deve regulamentar o exercício desses direitos enquanto permanecer omissivo o legislador<sup>20</sup>.

Em ambos os casos, o que é comum nesse tipo de atuação do Poder Judiciário é o caráter normativo dessas sentenças e, por sua vez, o desempenho da função de elaboração de normas que é tipicamente exercida pelo Poder Legislativo. No entanto, tem de se ter em conta que, enquanto a separação dos poderes é a forma difundida de organização do poder estatal no Estado de Direito, ela não pode ser entendida fora do constitucionalismo.

Passado um momento liberal em que se depositava na lei – de forma quase absoluta – o poder inovador do ordenamento jurídico, estando o poder das assembleias limitado apenas por instrumentos de controle político como o veto presidencial na América, tem-se hoje que o maior e mais eficiente mecanismo de controle do poder dentro do Estado é a Constituição<sup>21</sup>.

Sendo a Constituição escrita o documento básico de ordenação do Estado e, ainda, o quadro dos direitos fundamentais de uma sociedade, não há que se falar em outro instrumento mais limitador de possíveis abusos do poder Estatal. O princípio

<sup>20</sup> Sem prejuízo de este instituto já ter sido alvo de diferentes formulações doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito a sua forma e efeitos, variando entre uma Teoria não concretista, uma Teoria concretista geral, concretista intermediária e concretista individual. Hodiernamente o Supremo Tribunal Federal tem o compreendido no sentido de uma concretista geral, MI-670, 708 e 712. Para um apanhado da história dos efeitos do Mandado de Injunção e o entendimento no STF brasileiro (MORAES, 2007b, p. 169 et seq).

<sup>21</sup> “con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar frenos que la sociedad desea imponer a los detentores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – ‘la constitución’ – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 149).



da separação dos poderes, consagrado nos textos constitucionais, acaba por ser mais um artifício para a garantia dessa ordem.

Pouco há a se acrescentar a respeito da superioridade hierárquica das normas constitucionais sobre lei e demais atos do Estado. Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário, a verificação de adequação dos atos públicos deixou de ser meramente política e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica.

Assim, o Poder Judiciário, antes considerado praticamente nulo e limitado a ser simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2007, p. 172, 175), hoje tem, para além de qualquer outro, o papel de fazer efetiva a ordem constitucional. Isso porque qualquer lei só pode existir conforme a Constituição, e qualquer omissão que funcione como empecilho para a efetivação da norma constitucional deverá também ser contornada.

### Conclusão

Em face disso, conclui-se que a separação dos poderes surge no momento liberal como uma das alternativas de divisão do poder, e que junto com o constitucionalismo e com o reconhecimento dos direitos fundamentais, representa o maior e mais firme contributo para o modelo de Estado de Direito hoje existente.

Sem prejuízo de outras formulações da separação dos poderes, foi na Inglaterra, na separação proposta por Locke (2008), que primeiramente se viu a divisão do poder Estatal não somente sob uma ótica meramente funcional, mas também sob uma perspectiva orgânico-institucional, dividindo o poder entre o Parlamento e a Coroa. Entretanto, ainda não se vislumbrava a autonomização orgânica de um Poder Judiciário.

Todavia, a formulação nesse sentido que historicamente marcou e influenciou fortemente o formato atual da estrutura

da separação dos poderes do Estado, foi aquela descrita por Montesquieu (2007) em *O Espírito das leis*, que identificou a separação orgânico-funcional em três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Além da adoção de uma concepção tripartite, com o Poder Judiciário autonomamente solidificado, em *O Espírito das leis* vem a consolidar-se uma concepção que já ganhava força desde as revoluções inglesas, a do *checks and balances*, que em Montesquieu (2007) ganhou formas na faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e na faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*).

Em seguida, na França, em razão da luta contra o antigo regime maximamente exposto pelo poder absoluto do rei, conjugado com o papel desempenhado pelos juízes na manutenção do antigo regime e da forte influência rousseauana sobre os revolucionários, o papel do Judiciário na estrutura estatal foi diminuído e em boa parte absorvido pelo poder do Parlamento e, mais ainda, com o entendimento da exegese como método primordial de interpretação legal.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, a independência foi marcada primordialmente por uma separação do poder muito mais rígida, vista na implementação do modelo presidencialista. Mais que isso, o sistema jurisdicional baseado em precedentes judiciais, típico do modelo de *Common Law*, fomentou naquela cultura jurídica o desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário em 1803, a verificação de adequação dos atos públicos deixou de ser meramente política, e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica. Desse modo, o papel do Poder Judiciário passou a ter preponderante papel para a efetivação da ordem constitucional.

Em inícios do século XX, o modelo liberal de Estado mostra-se ineficiente

para atender às demandas dos cidadãos e da comunidade. Em resposta, surge uma série de modelos alternativos, entre eles o Estado Democrático e Social de Direito. Esse modelo reconhece direitos sociais, que são direitos fundamentais que, via de regra, exigem uma prestação estatal positiva. É também no início do século XX que surge na Áustria, o modelo europeu de controle de constitucionalidade de natureza abstrata e concentrada.

Tanto em Portugal quanto no Brasil, a histórica constitucional consagrou a separação dos poderes em seus textos constitucionais como um princípio estrutural da organização de seus Estados.

Assim, no desempenho de suas funções constitucionais, reconhece-se ao Poder Judiciário os seguintes princípios: o princípio da independência, o da exclusividade da função de julgar, o da imparcialidade, o da irresponsabilidade dos magistrados, o da autoadministração e o da fundamentação das decisões judiciais.

Por muito tempo, as principais questões sobre os conflitos referentes à separação dos poderes circularam entre as fronteiras dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, diante das novas realidades e demandas da comunidade e do Estado, o papel do Poder Judiciário ganha mais destaque a cada dia, oferecendo inescusável contributo para o triunfo do modelo de Estado Democrático de Direito.

Os Poderes Legislativo e Executivo, justamente no sentido da teoria do *checks and balances*, exercem algumas influências sobre o Poder Judiciário, principalmente (ainda que não exclusivamente) no que diz respeito à nomeação e à responsabilização de seus membros.

Do mesmo modo, o Poder Judiciário também se projeta sobre os demais poderes constituídos. Essa atuação é absolutamente indispensável para a manutenção do equilíbrio do Estado Democrático de Direito, bem como para a efetivação e a eficácia normativa da Constituição.

É inevitável, portanto, reconhecer a evolução da importância do Poder Judiciário, concebido inicialmente por Montesquieu como um poder nulo, hoje projetado inequívoco papel na Estrutura do Estado, desempenhando importante papel no controle das atividades estatais, e no respeito à Constituição, e assim, tornando-se imprescindível para o triunfo do Estado Democrático de Direito.

### Referências

ARQNET. Portal da história. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Separação de Poderes e garantia de direitos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 fev. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008

\_\_\_\_\_. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n. 2, p. 955-1003, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Champaign: Project Gutenberg, 1998. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>> Acesso em: 20 jul. 2009.
- JACQUES, Paulino. O Senado como poder moderador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 75-82, abr./jun. 1976.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu*. Revista Virtual da AGU, Brasília, ano VII, n. 63, abr. 2007. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80131&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80131&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- LOCKE, Jonh. *Segundo tratado do governo*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. reimp. Barcelona: Ariel, 1976.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999a.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional tomo III: estrutura constitucional do Estado*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2008a.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional tomo V: atividade constitucional do Estado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008b.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007b.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo da suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: lei no. 9,868/99 e Lei nº 9,882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

## *Bail out*

### Quem será o último a saltar? O Direito ou a Economia?

Germano André Doederlein Schwartz  
Jônatas Prates da Silva

#### Sumário

Introdução. 1. A semântica do contrato social no Estado contemporâneo. 1.1. Das teorias. 1.2. A influência das teorias. 2. A fragmentação do Direito (e do Estado): a sobreposição da economia ao sistema jurídico. 2.1. A ascensão da economia. 2.2. Globalização. 2.3. Do Direito e do Estado. 3. As leis *above*, *below* e *beyond* ao Estado: a (re)configuração do Direito. 3.1. Influência *from above*. 3.2. Influência *from below*. 3.3. Influência *from beyond*. 4. A crise da economia e a função do Direito. Considerações finais.

#### *Introdução*

Em perspectiva ampla e, ao mesmo tempo, vital, situa-se o Direito como determinante na sociedade, não apenas por sua atuação pontual, como, por exemplo, em matéria civil ou penal, entre outras. Mas é justamente por cobrir esses aspectos da sociedade, gerindo e administrando as relações dos que a compõem, que o Direito exhibe estreita ligação com o Estado, com o corpo social como um todo.

Por outro ângulo, o Direito igualmente é caracterizado pela temporalidade, não somente a temporalidade específica, como também a legislativa, por exemplo, pela influência que impõem às épocas, bem como pelos efeitos que o Direito sofre em função das mudanças de pensamentos e ideias no decorrer das eras. Dessa forma, em qual-

Germano André Doederlein Schwartz possui Pós-Doutorado em Direito (University of Reading). É professor do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais do Unilassalle e dos cursos de graduação em Direito da ESADE e da FSG.

Jônatas Prates da Silva é graduado em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha (FSG).

quer período, por meio de análises mais acuradas do que meras observações, é possível extrair-se da sociedade manifestações de vontade, atitudes, expressões ideológicas e de pensamento que imprimam íntima relação com o Direito. E a todo o momento esse fato ocorre, seja pela imposição ou pela violação, seja pelo triunfo da justiça, pela exaltação do Direito, como garantidor da vivência humana.

Tomando-se, portanto, essas duas premissas, posiciona-se o Direito como um dos fatores determinantes na formação social, bem como no convívio dos indivíduos que a compõem. E é sobre esse foco que pretende tratar o presente trabalho, mormente pautando-se na economia e na globalização atuais e, em destaque, como fenômenos dignos de análise sociojurídica, dados os seus efeitos sobre as nações e as suas relações, sobre as suas estruturas e a sociedade, precipuamente.

E é por essa ótica que são observados acontecimentos econômicos, como os do ano de 2008, acompanhados da crise gerada pelo mercado imobiliário norte-americano, assim como outros episódios anteriores. A crise, em verdade, é a ignição para a reflexão sobre o quanto o sistema econômico tem desfrutado de liberdade, para fazer valer as suas orientações, sobretudo na proeminência da globalização. Os acontecimentos referidos impõem volver-se a atenção para temas, como formação da sociedade, macroeconomia, neoliberalismo, globalização, assim como a necessidade de submeter essas matérias ao Direito.

Importa, então, perpassar quatro temas relevantes. Primeiramente, faz-se uma abordagem temporal, buscando entender as origens sociais, estruturais e do sistema econômico contemporâneo. Complementando essa abordagem, coloca-se o Direito diante do sistema econômico, intentando compreender as origens e os motivos do domínio deste último. A globalização é matéria intrínseca ao texto, de maneira que o terceiro tema busca identificar de onde

surgem as influências jurídicas geradas por ela. Por fim, analisa-se a crise econômica juntamente com o Direito.

Os temas tratados trazem à tona observações e fatos importantes que identificam a posição do Direito no Estado e na sociedade, como ligado a todos os acontecimentos, envolvendo esses dois grandes entes. A reflexão central, consequentemente, intenta conduzir a pesquisa, reconhecendo, no Estado e nas sociedades, a figura extremamente necessária e primordial do Direito, e questionar a validade e a coerência dos discursos liberais, sobretudo o neoliberal, que estende a sua hegemonia nas últimas décadas, principalmente no que tange à forçosa não intervenção do Estado na economia. Questionam-se, por conseguinte, os resultados, percebidos pelas sociedades, sujeitas aos ditames econômicos; o espaço do Direito na sociedade e no Estado; e se esse espaço fora reduzido.

### *1. A semântica do contrato social no Estado contemporâneo*

O entendimento a respeito da sociedade matizada, do complexo corpo político e dos seus desafios no pleito globalizado, da dinâmica da economia mundial – sintomas da atualidade – não se dá apenas por um exercício de análise da própria atualidade, mas também por um estudo que detecte origens que auxiliem na compreensão das mudanças durante as épocas e que indiquem as características presentes hodiernamente.

As teorias contratualistas são um marco do pensamento contemporâneo. O alcance das teorias é perceptível atualmente, e a influência exercida provocou significativas mudanças na sociedade e no mundo.

#### *1.1. Das teorias*

Desde que o homem se reúne em sociedade, interessou-se e preocupou-se com a organização dos grupos para que pudessem sobreviver pacificamente. Neste sentido, criaram-se leis, normas, métodos

de procedimento, enfim, cristalizou-se a idealização de sistemas, os quais eram postos em prática e obedecidos, com vistas a garantir que o convívio e a preservação da vida fossem possíveis. Esses comportamentos e essas normas, posteriormente, passaram a ser objeto de reflexão e exame, com a investigação das relações sociais e de autoridade, do desenvolvimento dos povos, enfim.

A contribuição à sociedade estendida pelos filósofos contratualistas modificou a maneira de conceber o pacto dos homens para a organização social, para a formação do Estado. Mas sobretudo, na contemporaneidade, permitiu ao homem encontrar o seu espaço na sociedade, a qual constituía e lhe deu perspectiva para maior participação na tomada de decisões, pois reconheceu ao homem a sua originalidade na escolha e definição de governo. Buscaram-se, então, como referência, os estudos de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, que tratam das sociedades como organismos políticos e desenvolvem modelos de Estados, buscando respostas e justificativas para as ações dos homens tanto individualmente, quanto em conjunto no âmbito social.

A obra de Thomas Hobbes (2000), *Leviatã*, tem como primeira parte o estudo do homem, abrangendo diversas características sobre o seu gênero. Para o autor, os homens iguais “encontram como limite e obstáculo ao seu direito absoluto o direito absoluto e o poder de cada um” (CHEVALLIER, 1982, p. 360), e é isso que posiciona o homem em estado “virtual” de guerra – em uma expressão utilizada por Chevallier (1982, p. 360) –, fazendo surgir, conseqüentemente, a necessidade da existência de um poder coercitivo, capaz de impor-se aos impulsos e desejos humanos.

Assim, o autor de *Leviatã* idealiza um contrato [social] e institui, em sua obra, a representação. Nas palavras de Chevallier (1982, p. 361), referindo-se aos elementos propostos,

“É sob esse duplo impulso que, para sua defesa e proteção, os homens naturais acabam por colocar no mundo esse Homem artificial, de estatura e poder infinitamente superior aos seus, esse *grande Leviatã* (cujo nome deriva de um monstro marinho de que fala o Livro de Jó) que é o Estado ou a República [...]. Ele é uma multidão de homens unidos numa só *Pessoa* que os representa a *todos*. Cada um deles o *autorizou* a usar da força e dos recursos de todos, ‘como o julgar oportuno’, tendo em vista a sua paz interior e a defesa comum contra os inimigos externos. Nenhuma outra força pode ser comparada à desse ‘deus mortal’, detentor do poder soberano: o terror que inspira permite-lhe modelar, para o bem de todos, as vontades de todos.”

Cada um, por conseguinte, submete a sua vontade à vontade do representante ou dos representantes, os quais simbolizam a soberania do Estado criado, posto que nele ou neles, a quem o poder foi conferido, é que se encerra o querer dos demais, de tal maneira que as decisões do representante ou da assembleia serão, por corolário, havidas como tomadas por todo o corpo social. Dessa forma, compete a este indivíduo ou assembleia promover e defender a paz dos súditos. Em contrapartida, como estes transferiram os seus direitos e as suas vontades àqueles, atribuíram-lhes, pois, um poder absoluto e ilimitado (CHEVALLIER, 1982, p. 366).

Contudo, apesar de se observar aqui que o poder absoluto concedido ao soberano é escolhido como alternativa eficaz e necessária, não se pode olvidar que se está tratando de um contrato, e este pressupõe cláusulas. Se, portanto, o fim maior da reunião dos homens em sociedade é preservar as suas vidas e garantir a paz, como sendo um objetivo comum, a formação do Estado exigirá a observação de tais preceitos, de tal forma que estes figurem como cristalizados

nas referidas cláusulas. Ocorre, no entanto, que estas são cláusulas objetivas do contrato e que, assim, se não observadas, o que caracteriza o não cumprimento, por conseguinte, põem o contrato em contrariedade, negando-lhe a efetividade e a eficiência, tornando-o passível de rompimento. Não é essa uma afirmação direta no *Leviatã*, mas se interpreta por subjetiva.

Com respeito a Rousseau – filósofo que, para Sahid Maluf (1999, p.72), deu à teoria contratualista a sua máxima expressão com a obra *Do Contrato Social* –, advertiu ele que um grupo submetido a um indivíduo apenas, em determinadas circunstâncias, é incompatível com um contrato social; porém, ao contrato social Rousseau une a expressão *convenção* e *associação*, buscando demonstrar ser a união dos homens em sociedade um ato próprio de vontade, mesmo sendo para se submeter à vontade de outrem (ROUSSEAU, [19--?], p. 25-26), ao qual denomina “soberano”.

Consequentemente, neste contrato social, no ato de formação da sociedade, cada indivíduo se doa à comunidade criada, inclusive doando as suas posses. Assim, perde a liberdade natural que tinha no estado anterior, ganhando, por sua vez, a liberdade civil, a qual é limitada pela vontade geral e a propriedade de tudo o que possui.

No ensinamento de Sahid Maluf (1999, p.72),

“O Estado é convencional, afirmou Rousseau. Resulta da vontade geral, que é uma soma da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos. A nação (povo organizado) é superior ao rei. Não há direito divino da Coroa, mas, sim, direito legal decorrente da soberania nacional. A soberania nacional é ilimitada, ilimitável, total e inconstrangível. O governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo. Não correspondendo ele com os anseios populares que determinaram a sua

organização, o povo tem o direito de substituí-lo, refazendo o contrato...”  
(sustenta, pois, o *direito de revolução*).

Sendo, pois, o contrato a concretização do compromisso de todos os membros submeterem as suas vontades em proveito do coletivo, o conceito estabelecido para soberania é o de que esta é inalienável e indivisível. O primeiro termo refere-se ao fato de que a vontade não pode ser transmitida, visto que é uma vontade geral. O segundo, pelo mesmo motivo de ser a vontade geral, não pode a soberania ser dividida, posto que deva estar, no mínimo, o mais próximo possível da homogeneidade.

O contrato social, assim, em Jean-Jacques Rousseau, tem como fundamento essencial a vontade geral dos homens que firmaram o pacto. Essa vontade geral, sendo soberana, está elevada acima dos interesses particulares, sendo que a inobservância a esse princípio ocasionará a insegurança à associação. Essa máxima vem diametralmente oposta ao que sustenta Adam Smith (1983), para quem o interesse individual é que, em detrimento do interesse coletivo, traria vantagens à sociedade.

John Locke (1998), tratando da organização social e de governo na segunda parte da sua obra *Dois Tratados sobre o Governo*, discorre sobre o estado de natureza do homem. Pactua da mesma tese de Hobbes (2000) ao dizer que o homem, agindo pelas leis da natureza, encontra-se em constante estado de guerra com os outros e completa afirmando que a razão pela qual os homens se unem em sociedade civil é justamente a busca por evitar esse estado de guerra (LOCKE, 1998, p. 400). No entanto, considera que as liberdades fundamentais, o direito à vida, assim como os direitos inerentes à personalidade humana, são anteriores e, por conseguinte, superiores ao Estado e à sua formação (MALUF, 1999, p. 69).

Estendendo este assunto, procurando aprofundar os motivos e as causas da união do homem em sociedades, reconhece que o faz para conservação de suas vidas,

liberdade e bens e elabora a sentença que estabelece que “o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade” (LOCKE, 1998, p. 495). E conseqüentemente é dever do Estado preservar a propriedade.

A questão da propriedade é amplamente discutida por Locke (1998), que aborda o trabalho como um gerador de progresso em vários trechos e atribui ao trabalho o poder de aumento da propriedade. Não obstante ele considerar que a cada indivíduo não deva pertencer mais do que o necessário para sua subsistência, reflete que a causa da desigualdade em posses entre os homens se dá em virtude de uns dispensarem mais esforços que os outros, e amplia essa ideia alegando que a invenção do dinheiro, convencionada pelos homens, abriu oportunidade ainda maior de se aumentar tal desigualdade.

Locke, portanto, eleva a propriedade e a coloca como peça essencial para o homem e para a organização social, bem como para o seu desenvolvimento. Porém, a sua noção de propriedade não remete apenas aos bens, às posses; vai além, abrange a acepção de vida, liberdade, bens. Assim, é justamente essa inclinação para a propriedade, como exposto acima, que estabelece a distinção entre ele e os dois primeiros autores estudados. Esse pensamento o posiciona como um contratualista, porém, focado no liberalismo humano.

### 1.2. A influência das teorias

Com o fim do Império Romano (ALVES, 1997, p. 1, 42)<sup>1</sup>, o que marcou o início da

<sup>1</sup> O Estado romano teve sua origem na família, que vivia sob a soberania do *pater* e nas *gentes* (gens). Estes formaram o núcleo do Estado. Posteriormente, com a queda da realeza primitiva e a conquista da liberdade pelos *clientes*, houve uma transformação tal que se chegou a denominar revolução social da Roma republicana. Até então, perdurava a monarquia como sistema de governo, considerado como período real (das origens de Roma até 510 a.C.). O período Republicano foi de 510 a.C. até 27 d.C. e, ao findar, inicia-se o período do Principado, que vai de 27 d.C. até 285 d.C. O

Idade Média, uma profunda mudança foi registrada na história, com o advento da cultura bárbara germânica e a decadência da cultura romana. A partir deste instante, a Europa mergulhou no sistema feudal e adotou a monarquia como forma de governo. Em nova transição de eras, ou seja, da Idade Média para a Idade Moderna – o que ocorreu cerca de um milênio depois –, há uma reestruturação do sistema de governo, o qual passa de monarquia medieval à monarquia absolutista (MALUF, 1999, p. 101-107).

É esse o contexto embrionário do contrato social. O absolutismo surge e é estimulado pela busca de alternativas que aliviassem ou extinguissem o jugo religioso, na tentativa de se desvincular o Estado desse predomínio. É, assim, uma reação que, no entanto, conduz os soberanos, em busca de uma solução extremada, a vincularem a sua soberania à natureza e autoridade divinas, as quais os revestem de um direito divino para governar.

O contrato social surge, então, como resposta a esse poder divino dos soberanos, analisando e sugerindo que os homens, em estado de natureza, na necessidade de preservarem as suas vidas, tanto do estrangeiro quanto de seus vizinhos, escolhem e submetem-se, por convenção, a um governo por eles estabelecido, o qual é, por eles mesmos, limitado. Dessa forma, Bobbio tem as teorias de Hobbes, Locke, Rousseau, entre outros, como difusoras de uma obediência ou não obediência – conforme o caso – ao poder político firmado (BOBBIO, 2000, p. 68). Essas duas premissas, entre outras não menos importantes, exprimem negação à natureza divina autoproclamada pelos governantes.

Hobbes, em sua teoria, apesar de traçar uma lógica do absolutismo monárquico, se-

quarto e último período foi o Dominato, que é de 285 d.C. a 565 d.C. O fim do Império Romano, além da divisão em Império do Oriente e Império do Ocidente, tem como uma das características marcantes as invasões bárbaras, as quais foram determinantes na disseminação da cultura germânica.



gundo Sahid Maluf (1999, p. 67) e Norberto Bobbio (2000, p. 248), deixa aberta a interpretação de que outros tipos de governo são possíveis. Como não invoca a natureza divina aos soberanos, antes considera a organização social e política e o governo como sendo resultante das decisões dos homens em associação, imputa racionalidade à formação do Estado. Sendo assim, Hobbes mina uma das bases do absolutismo de seu tempo e atribui uma força ao Estado, sobremaneira grande, independente de poder e controle, tanto para preservar e conservar a vida, quanto para julgar e punir. Esse pensamento, cujo mentor é figurado em Hobbes, foi amplamente difundido na Europa, exercendo forte influência.

John Locke, por seu turno, por meio de sua teoria, sugere a separação de poderes (CHEVALLIER, 1982, p. 148), Legislativo e Executivo, sendo que a sua influência alcançou o governo inglês, servindo de fundamento para o sistema parlamentarista que passou a vigorar na Inglaterra em 1695, e que perdura até a atualidade. Ainda, com alcance mais extenso, exerceu influência no pensamento para a Revolução Francesa.

Com respeito a Jean-Jacques Rousseau, por considerar que cada cidadão, componente individual do Estado, tem participação nas decisões deste por ter previamente, por meio de convenção, entregue a sua vontade e decisão ao governo conjuntamente estabelecido, fez com que a sua teoria exercesse influência nas constituições posteriores à sua época, bem como abriu caminho para a instituição do sufrágio universal, como pleno direito do cidadão de escolher e decidir sobre o governo de sua nação. Esses aspectos propiciaram o crescimento do ideal democrático, ganhando espaço entre os movimentos sociais da época (BONAVIDES, 1983, p. 140).

Com efeito, Rousseau foi um dos grandes adeptos e incentivadores da democracia. Como, para ele, a soberania popular era formada pela soma de um poder soberano fragmentado, ou seja, frações de poder per-

tinentes a cada indivíduo, estes têm pleno direito de participar ativamente na escolha de seus governantes. Fundou, então, o processo democrático pautado na igualdade política compartilhada pelos cidadãos, como também no sufrágio universal, já mencionado (BONAVIDES, 1983, p. 140).

Toda essa gama de ideias, provindas das teorias, viria por alterar a composição do pensamento, não apenas político ou acadêmico, mas também do povo. Nas palavras de Sahid Maluf (1999, p. 121),

“As pregações racionalistas, porém, incutiram no espírito das populações sofredoras e escravizadas uma clara consciência da noção de liberdade, dos direitos intangíveis dos indivíduos, abalando profundamente a estrutura do monarquismo absolutista.”

Por fim, a ideia de que, no estado primitivo, a lei natural abrangia todos e de que ninguém deixaria o seu estado de natureza para passar a ser regido por uma lei negativamente diferente para si em relação ao semelhante inseriu o conceito de igualdade entre os homens, reconhecendo direitos comuns e imprescindíveis, e influenciou na elaboração de documentos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida pela Constituinte Francesa de 1789 (MALUF, 1999, p. 213). Esses fundamentos se erigiram no decorrer daquela transição de eras históricas, armando o cenário político e social da Idade Contemporânea dos séculos XIX e XX. Obviamente que não se devem esquecer outras teorias importantes, como, por exemplo, em Montesquieu, em Voltaire, entre outros, mas salienta-se que as bases foram lançadas pelas teorias contratualistas.

## *2. A fragmentação do Direito (e do Estado): a sobreposição da economia ao sistema jurídico*

É oportuno para o estudo da fragmentação do Direito o que se foca na fragmentação do Estado e, ainda antes, a análise e a

verificação dos fatores econômicos e de seu histórico de evolução, como influenciador e determinante no processo fracional. Assim como surgiram teorias contratualistas, também as teorias sobre economia, as quais foram determinantes, e ainda o são, para as nações e os governos, bem como para toda a dinâmica social.

### 2.1. *A ascensão da economia*

O economista escocês Adam Smith sustenta o homem livre por natureza, ansioso por produzir, desenvolver e aumentar a sua propriedade, empenhado em descobrir a aplicação mais vantajosa para o seu capital (SMITH, 1983, p. 377). Alude ao fato de que esse homem, empenhado em seus interesses próprios, é levado, como que por uma mão invisível (SMITH, 1983, p. 379), a proporcionar o bem coletivo. Todavia, o termo “mão invisível” não esclarece como se dá essa efetivação da vantagem percebida pela sociedade, provinda de aplicações estritamente privadas. Pode-se interpretar isso como um ponto obscuro da teoria.

Adam Smith, portanto, é adepto do individualismo e pondera que o Estado não deve ser muito atuante, defende o Estado mínimo. De outra forma, enaltece o mercado e lhe atribui uma característica autorreguladora; funciona por mecanismos próprios, capazes de corrigirem erros ou desvios no sistema com independência. As suas ideias ganharam espaço e repercussão, sendo amplamente aceitas e desenvolvidas por muitos outros teóricos e adeptos.

Em consequência, com o advento daquelas teorias contratualistas e racionalistas, as quais influenciaram o pensamento da população de sua época, servindo também como forte sustentação para a Revolução Francesa, a doutrina liberal obteve espaço para ser aplicada e praticada. Mas alerta Gastaldi que o Estado liberal, deixando-se levar pela liberdade de câmbio e pelo racionalismo econômico, cometeu erros e excessos. As grandes indústrias e os grandes grupos, sejam industriais, comerciais e

financeiros, induzidos pela ânsia incontida de lucros (GASTALDI, 1999, p. 450), abriram um grande abismo entre o capital e o trabalho, reduzindo a grande massa de trabalhadores, assalariados, a condições humilhantes e desoladoras. No século XIX, eram comuns jornadas de trabalho de dez horas, até mesmo quatorze horas diárias, incluindo trabalho infantil. Para esses trabalhadores, sequer havia garantias trabalhistas, como férias e aposentadoria. Essa situação elevou o grau de desânimo e de insatisfação, causando revoltas de massas.

A esses erros e exageros, cometidos pelo liberalismo econômico, Maluf estende crítica ainda mais incisiva, afirmando que a política estatal, orientada pelo liberalismo econômico, falhou completamente. Lembra que o domínio econômico aproveitou-se da “liberdade desenfreada” e, por consequência, levou as massas de trabalhadores à escravidão e à miséria. Citando o jornalista francês Thierry Maulnier, assevera que, referindo-se àqueles séculos anteriores, “todos os cidadãos são teoricamente livres e materialmente escravizados” e completa com Louis Blanc, para quem a todos era dado o direito, mas não o poder, de serem livres (MALUF, 1999, p. 329).

As consequências foram extremas e dolorosas, ocasionando miséria, acumulação de muito capital por uma minoria, enfim. Tratando historicamente o tema, os ideais liberais tiveram o seu espaço e demonstraram vulnerabilidade. É neste momento, embora não imediatamente, que surge a figura de John Maynard Keynes.

De naturalidade inglesa, foi acostumado, por formação, com as teorias liberais correntes à sua época. Assim, após questionar a validade daqueles preceitos, Keynes (1982) se empenha em analisar o sistema econômico como um conjunto, diferentemente dos neoclássicos (liberais), que focalizavam fenômenos parciais, como uma empresa ou um mercado apenas. Keynes distingue que o estudo de uma empresa somente não poderá trazer conclusões

seguras na aplicação do todo (BARRÈRE, 1961, p. 38-39).

Traz, também, uma nova visão a respeito da tendência de consumo, denominada por ele “propensão ao consumo”. Keynes ponderou o fator de variação na política fiscal, analisando que o indivíduo depende tanto da taxa de juros quanto da política fiscal exercida pelo governo. Certifica, ainda, que, “se a política fiscal for usada como um instrumento deliberado para conseguir maior igualdade na distribuição das rendas, seu efeito sobre o aumento da propensão a consumir será, naturalmente, tanto maior” (KEYNES, 1982, p. 87). Desta forma, e sustentado ainda por outros fatores, Keynes afeiçoava a sua teoria com o intervencionismo estatal, atribuindo maior responsabilidade ao Estado soberano, em oposição aos liberais de sua época e predecessores.

Entretanto, embora, em muitos momentos de seu tratado, sinalize a intervenção estatal como solução para a organização econômica e, por consequência, uma solução para a organização da sociedade, aponta que o governo deve exercer influência orientadora nessas questões acima estudadas, como a propensão para o consumo, a política fiscal e a taxa de juros. Contudo, procura ser cauteloso, mantendo o capitalismo e o espaço para a livre iniciativa. É o que se observa nas palavras seguintes:

“Por outro lado, parece improvável que a influência da política bancária sobre a taxa de juros seja suficiente por si mesma para determinar um volume de investimento ótimo. Eu entendo, portanto, que uma socialização algo ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não se vê nenhuma razão evidente

que justifique um Socialismo do Estado abrangendo a maior parte da vida econômica da nação. Não é a propriedade dos meios de produção que convém ao Estado assumir. Se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete. Ademais, as medidas necessárias de socialização podem ser introduzidas gradualmente sem afetar as tradições generalizadas da sociedade” (KEYNES, 1982, p. 288).

Com relação à época, os Estados Unidos começaram a perceber a recuperação por volta de 1933, após a eleição de Franklin Delano Roosevelt, em 1932. Houve, nesse tempo, uma expansão extraordinária do estoque nominal de moeda, ou seja, uma manobra desempenhada por uma política monetária (BLANCHARD, 2001, p. 471). Porém, Blanchard chama a atenção para o fato de que as medidas econômicas que compunham o *New Deal* de Roosevelt baseavam-se mais em instinto do que em teoria econômica. E argumenta que *A Teoria Geral* de John Maynard Keynes (1982) é que “ofereceu uma interpretação dos fatos, uma estrutura intelectual e um claro argumento para a intervenção governamental” (BLANCHARD, 2001, p. 596).

Em contrapartida, Hunt (1981, p. 443-444) alega que, diante da desconfiança e de uma difícil aceitação inicial em relação à polêmica gerada pelas ideias do economista inglês, pouca influência exerceram essas ideias nas políticas econômicas da década de 1930. Tais ideias começaram a obter respaldo no início da Segunda Grande Guerra, devido ao alto investimento do governo com assuntos militares, os quais se projetavam no incentivo ao armamento. Dessa forma, mediante iniciativa estatal, muitos empregos foram gerados, levando a uma diminuição da taxa de desemprego, indo ao encontro dos postulados de Keynes

e contribuindo para reacender a crença no capitalismo, outrora abalada.

No entanto, esse capitalismo que recebia, de certa forma, novamente a confiança do público geral, além dos economistas, fora forçado a encarar uma nova era, dividindo espaço com uma socialização iminente, sob a forma de um “compromisso do bem-estar” keynesiano (GIDDENS, 1996, p. 16). Destarte, o keynesianismo, amparando a intervenção estatal, ensejou excelente oportunidade para o fortalecimento do *Welfare State* (GIDDENS, 1996, p. 155, 156). Após a ocorrência de duas Grandes Guerras, a sociedade e os governos perceberam que os riscos são aleatórios. A partir dessa reflexão, as instituições de seguridade social, previdência, amparo ao desempregado, entre outras, tomaram vigor. O *Welfare State* mostrou-se também como uma promoção a uma solidariedade nacional, patrocinado pela administração estatal e por uma política social, voltada para a melhoria nas condições de vida dos trabalhadores, bem como, e principalmente, para uma proteção dos indivíduos fora do mercado.

Embora o período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial tenha desfrutado da era áurea do keynesianismo, combinado com o *Welfare State*, foi precisamente esse período que se apresentou como embrionário das ideias que, a partir deste momento, combateriam a economia orientada e fundamentada no tratado de Keynes. É isso que relata Perry Anderson (1995, p. 9-10), quando trata do surgimento de um neoliberalismo. O autor alude à obra *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrita no ano de 1944, como um marco na origem do ideal neoliberal.

O neoliberalismo, ou a Nova Direita (GIDDENS, 1996, p. 32), como Anthony Giddens sugere, atacou justamente o que considerou como ausência de liberdade. Para os seus idealizadores, o sistema que vigia até então, aquele que se servia de uma intervenção estatal presente e atu-

ante, promovendo também o bem-estar social, privava a liberdade tanto individual quanto de mercado, e isso, segundo eles, é altamente prejudicial à economia e ao desenvolvimento. Logo, qualquer fator que impedisse a liberdade na economia e na política deveria ser extirpado, não sendo poupado, precipuamente, o solidarismo estatal. Novamente, então, entra em cena o individualismo, tão difundido outrora, sob a égide do liberalismo clássico, mas agora um individualismo mais agressivo (GIDDENS, 1996, p. 17).

O Estado, portanto, deveria ser mínimo, e as suas funções deveriam ser reduzidas. Contudo, os neoliberais sustentam que o Estado deve ser, não obstante, forte (SADER; GENTILI, 1995, p. 11), tendo como função essencial a de cuidar e garantir o bom funcionamento do mecanismo regulador da produção de mercadorias e dos serviços (GIDDENS, 1996, p. 45). Com um Estado mínimo e suficiente, quem deve ditar o ritmo, então, é o mercado, que, segundo essa corrente, é o que melhor exerce a função de gerir e promover a liberdade individual. É ele que tem o poder de elevar ao máximo a eficiência econômica e, também, como consequência, é capaz de proporcionar a solidariedade social.

O neoliberalismo sustentava igualmente a desigualdade como uma naturalidade entre os homens, em outras palavras, nenhum ser humano nasce igual ao próximo. Dessa forma, argumentavam os neoliberais pioneiros que tachar todos em um mesmo patamar de igualdade é prejudicial e que, por sua vez, a desigualdade é positiva, de tal forma que deveria ser promovida e respeitada.

Inicialmente, o neoliberalismo não teve expressão suficiente, mas a oportunidade surgiu quando eclodiram as crises que abalaram a década de 1970, combinadas, entre outros fatores, com o enfraquecimento da eficiência keynesiana e do *Welfare State* (SADER; GENTILI, 1995, p. 10-11). A sugestão oferecida, assim, foi a aplicação

das técnicas neoliberais, ou seja, guiar-se o Estado para o fortalecimento, no sentido de exercer controle sobre o dinheiro e poder para enfrentar e enfraquecer os sindicatos. Contudo, esse mesmo Estado devia destituir-se dos gastos sociais e abdicar da intervenção na economia, como vinha agindo (SADER; GENTILI, 1995, p. 10-11).

A meta proposta subtrai-se da seguinte afirmação:

“A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção de gastos com bem-estar, e a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. Em outras palavras, isso significava reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. Desta forma, uma nova e saudável desigualdade iria voltar a dinamizar as economias avançadas, então às voltas com uma estagflação, resultado direto dos legados combinados de Keynes e de Beveridge, ou seja, a intervenção anticíclica e a redistribuição social, as quais haviam tão desastrosamente deformado o curso normal da acumulação e do livre mercado. O crescimento retornaria quando a estabilidade monetária e os incentivos essenciais houvessem sido restituídos” (SADER; GENTILI, 1995, p. 11).

Efetivamente, o início da década de 1980 presenciou uma grande propagação do neoliberalismo e, em consequência, uma mudança brusca no tratamento com a política econômica na esfera nacional e internacional. Em pouco tempo, muitos países se viram forçados pelos mercados financeiros internacionais a reverem a sua posição e alinharem o seu regime ao curso que o

neoliberalismo impunha, e as experiências demonstravam a hegemonia alcançada pelo neoliberalismo como ideologia, de maneira que até mesmo os governos mais resistentes acabaram mostrando-se como os mais resolutos em aplicar as políticas neoliberais (SADER; GENTILI, 1995, p. 12, 14).

As consequências foram perceptíveis, mudando o cenário mundial, e os efeitos, praticamente imediatos. Entre os anos 1970 e 1980, alguns países perceberam a queda de 3,0% da taxa de inflação, e o lucro, por conseguinte, começava a elevar-se novamente, após a crise de 1970. O mercado financeiro observou crescimento em detrimento do desemprego, provocado propositalmente, exercendo pressão e enfraquecimento sobre os sindicatos e a contenção de salários e de greves. Descontos fiscais sobre os salários mais altos foram reduzidos, aumentando e contribuindo para a desigualdade de renda.

As soluções sugeridas, conseqüentemente, apresentavam os seus efeitos positivos em relação às expectativas criadas, provocando grande alvoroço e alimentando debates, e todas essas medidas de sucesso eram elementos para se chegar a um objetivo: a retomada do crescimento. Todavia, mesmo com a recuperação dos lucros, a recuperação dos investimentos não se concretizou como era esperado, apontando, até mesmo, índices mais baixos que as décadas anteriores (de regime keynesiano). A explicação, segundo Anderson (1995, p. 16), está no fato de que a desregulamentação financeira, elemento tão importante do programa neoliberal, criou condições muito mais propícias para a especulação do que para a produção. Realmente, o que se sucedeu, a partir da década de 1980, foi uma explosão do mercado de câmbio, cujas transações eram puramente monetárias, o que provocou, por conseguinte, a diminuição do comércio de mercadorias reais. Ainda, a elevação das taxas de desemprego forçou o Estado a arcar com gastos sociais, para amparar os desempregados, exatamente

no momento em que o mesmo Estado era reduzido a um mínimo funcional.

É oportuno, igualmente, mencionar o que Moritz Renner apresenta como *the concept of liability*. Esse conceito, conforme o autor, refere-se a uma responsabilidade no âmbito normativo, a qual abrange promessas de contratos, aceita aumento de riscos e envolve pagamento ao promitente ou ao portador dos riscos. No entanto, Renner (2011, p. 100) alerta:

*"The collapse of major banks from 2007 onwards has shown that the growing and increasingly unchecked complexity of the economic system had, in the preceding decades, gradually, but severely, undermined this basic conception of liability. Even before the collapse, it was clear to market actors that certain players in the banking sector had become 'too big to fail'."*

Assim, o sistema, apoiado na responsabilidade, ficou prejudicado, de tal modo que o sistema legal não mais era respeitado pelo sistema econômico e político, e a intervenção estatal, quando aplicada, era apenas efêmera (RENNER, 2011, p. 100-101).

## 2.2. Globalização

A globalização é um tema atual e latente; encerra em si uma imensa gama de assuntos e áreas, assim como possui abordagem ampla. Ela se caracteriza pela presença de aspectos culturais em sociedades distintas de sua origem. Não é a superposição de uma cultura em outra (embora isso ocorra), ou uma supressão, mas a presença e a alteração nos hábitos individuais e locais que ocorre em diversas regiões do globo. Hans-Peter Martin e Harald Schumann citam, por exemplo: propagandas em estilo ocidental na China, seriados e filmes norte-americanos nas telas de lares amazonenses (MARTIN; SCHUMANN, 1999, p. 23-24).

Acresce-se a essa reflexão a unicidade das técnicas e a convergência dos momentos em Milton Santos (2009, p. 26-29). A primeira ideia sugere que "cada lugar tem

acesso ao acontecer dos outros", no sentido de que as técnicas atuais proporcionam e garantem interação entre diversas partes do mundo, entre as culturas, países, continentes, localidades. A segunda ideia, por sua parte, complementa a primeira, tanto por permitir, por exemplo, o funcionamento do mercado financeiro em um mesmo momento em diversos países, quanto por tornar possível a percepção e o compartilhar de acontecimentos pelos indivíduos em quaisquer partes.

Também, o terreno de investimentos e especulações é fértil para a propagação da globalização. Com a abertura do mercado, os investidores podem escolher a nação na qual aplicarão seu capital, de forma a observar melhor rentabilidade. "Negociantes de títulos cambiais e ações movimentam um fluxo crescente de capitais de investimento, em escala global, e, com isso, podem decidir sobre o destino de nações inteiras" (MARTIN; SCHUMANN, 1999, p. 69). Sustentando essa afirmativa, recorda-se o episódio protagonizado por muitos diretores de bancos e fundos que, seguindo o exemplo da atitude do megainvestidor George Soros, apostaram na desvalorização das moedas inglesa e italiana, de modo que tanto Inglaterra quanto Itália não conseguiram evitar a sua desvalorização, mesmo utilizando-se de medidas extremas (MARTIN; SCHUMANN, 1999, p. 69).

Na ótica do sociólogo alemão Ulrich Beck (1999, p. 46), a globalização estaria definida como sendo

*"A experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar, mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão, mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas."*

Existem muitos aspectos, dessa forma, presentes e participantes da globalização. Recordar-se a expansão tecnológica de *softwares* de comunicação gratuita, tais como ICQ, MSN, *e-mail* e, obviamente, a própria *Internet* (que vai muito além da comunicação). Na mesma esfera, estão os computadores pessoais (PCs), os *notebooks*, os celulares e, mais atualmente, os *tablets*; todos aparelhos de tecnologia avançada que permitem o acesso remoto (ou não) a acontecimentos e a locais diversos. Outro meio saliente é a informação televisiva via satélite, a qual, muitas vezes, unifica o momento externo e distante – basta lembrar os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 ou também o tsunami que assolou o Japão no início de 2011.

Por outro ângulo, um dos objetivos do neoliberalismo, como já mencionado, era o enfraquecimento dos sindicatos como meio para garantir-se o melhor funcionamento dos mercados. Essa premissa serve não apenas ao neoliberalismo, como também à globalização dos moldes atuais. Como as empresas têm facilidade de se instalar em outras nações, que não as suas de origem, serve essa realidade como forte argumento em negociações com os sindicatos. Esse fato é identificado e relatado por Hans-Peter Martin e Harald Schumann. Os dois autores descrevem manobras das empresas alemãs para aumento de lucro, nas quais desrespeitavam os acordos coletivos e os direitos dos trabalhadores, já consolidados para alcançar os seus objetivos (MARTIN; SCHUMANN, 1999, p. 181-186). Citam, no livro, um momento em que uma empresa, fabricante de caldeiras de aquecimento, chamada Viessmann, apenas emitiu uma declaração, na qual sugeria que o sistema de produção poderia ser transferido para a Checoslováquia, ao que, “sem resistência, 96% do pessoal da empresa concordou com a proposta de trabalhar de graça três horas a mais por semana, em vez de arriscar o fechamento de mais uma indústria alemã” (MARTIN; SCHUMANN, 1999, p. 184).

Essas manobras permitem, literalmente, dobrar os sindicalistas e enfraquecer, sobremaneira, o poder de reação dos trabalhadores. E, se se fizer uma reflexão um pouco mais profunda, dependendo do grau de necessidade de um Estado, este poderá até deixar de estender direitos que antes traziam garantias fundamentais à sociedade com relação ao trabalho em prol do emprego fatalmente necessário que as grandes empresas transnacionais podem gerar.

De outra sorte, muitas empresas aproveitam o atrativo do baixo custo oferecido por países ditos em desenvolvimento e deixam os seus países-sede, diminuindo a oferta de emprego nos locais de origem, transportando essas vagas para outros países, mas com salários e condições menos favoráveis aos trabalhadores. Dessa forma, a desigualdade, que é um fato presente e latente, perdura e até evolui, ao invés de retroceder.

Anthony Giddens ventila que a renda média da população de países ricos é em muito superior em relação à renda média da população de países pobres (GIDDENS, 2005, p.74). Aponta, ainda, que os países em vias desenvolvimento observaram um aumento substancial na população, porém o mesmo não ocorreu com a economia e a produção, ao contrário dos países desenvolvidos. Assim, Giddens (2005, p. 75) assevera que:

“A globalização parece estar exacerbando essas tendências ao concentrar mais renda, riqueza e recursos em um pequeno núcleo de países. [...] A economia global está crescendo e se integrando extremamente rápido e a expansão do comércio global foi central para esse processo – entre 1990 e 1997, o comércio internacional cresceu cerca de 6,5%. No entanto, somente um grupo de países desenvolvidos tem se beneficiado com esse crescimento e o processo de integração da economia global tem sido desigual.”

Por fim, como existe pouca regulação a ser respeitada pelos mercados, os investidores e os especuladores desfrutam de liberdade para agir em todo o globo, posto que hoje não seja mais necessária a locomoção nem tempo para se efetuar investimento no outro lado do mundo. Como as redes financeiras interligam as várias nações, os efeitos sentidos atingem não só os pólos envolvidos nas negociações, mas também os que constituem a rede.

Foi dessa forma que a crise do mercado imobiliário americano se alastrou. Um fato determinante para esse fenômeno “foi o avanço do setor financeiro não bancário [...], que não era regulado pelo Banco Central nem coberto pela rede de segurança do sistema financeiro tradicional” (BARBOSA; BARCELLOS NETO; PORTUGAL, 2009, p. 30). Esse setor financeiro não bancário mantinha capital inferior ao dos bancos comerciais, o que configura uma tendência de risco em seus investimentos. Os investimentos de risco tiveram êxito em um momento no qual os EUA percebiam taxa básica de juros baixa. Essa combinação proporcionou ao governo americano a expansão de programas de aquisição de casa própria. Os investimentos eram, então, comprados por outros bancos, inclusive no exterior, atraídos por uma suposta liquidez, garantida pelo alto índice de adimplência. No entanto, quando a taxa básica de juros sofreu aumento, a inadimplência tornou-se alta, registrando-se, conseqüentemente, falta de liquidez nos bancos e nas outras instituições financeiras e espalhando os efeitos por todo o sistema financeiro global. A globalização, portanto, como oportunamente descreve Anthony Giddens (2005, p. 74),

“está procedendo de uma maneira irregular. Seu impacto é experienciado diferentemente, e algumas de suas conseqüências estão longe de ser benignas. [...] a expansão das desigualdades dentro e entre as sociedades é um dos mais sérios desafios

com que se defronta o mundo no raiar do segundo milênio.”

Por fim, nas palavras de Milton Santos (2009, p. 19-20),

“De fato, para a [...] maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidade. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos, e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção.

A perversidade sistêmica que está na raiz dessa evolução negativa da humanidade tem relação com a adesão desenfreada aos comportamentos competitivos que atualmente caracterizam as ações hegemônicas. Todas essas mazelas são direta ou indiretamente imputáveis ao presente processo de globalização.”

Em suma, são muitos os aspectos que caracterizam a globalização, e não se pode ignorá-la. A globalização, propriamente dita, não é uma mazela para a humanidade, apesar de ser inevitável e irredutível, porém as características e aspectos atuais que a compõem impõem à sociedade um rumo turvo, nebuloso e, manifestamente, negativo.

Por outro ângulo, Urs Stäheli (2011, p. 113-130) relaciona a crise financeira a uma epidemia, somada a política. Stäheli sustenta que um dos fatores que contribuíram para o contágio dessa epidemia é a comunicação da Era da Globalização. Exemplifica,



citando dois países distantes entre si, como Brasil e China:

*“Traditional geography has lost its explanatory power: for the topology of contagion, Brazil and China may suddenly become close neighbours, although, geographically, they still literally exist on different continents”* (STÄHELI, 2011, p. 117).

Ademais, a diminuição dos espaços físicos e o encurtamento das distâncias (físicas, também), devido ao espantoso aumento da população, são inegáveis e configuram indicativos de que a globalização é inevitável (novamente) – a globalização, salienta-se, não, o neoliberalismo. O processo sofreu visível aceleração após a abertura dos mercados, os quais fomentaram o desenvolvimento tecnológico já analisado.

### 2.3. Do Direito e do Estado

Nas teorias acima abordadas, está presente a figura do contrato, um contrato social porque envolvido todo um corpo de indivíduos, corpo o qual constitui uma sociedade que se identifica em si. Mas, antes de constituírem-se em um corpo social, os homens desfrutavam de uma liberdade, quando os seus pensamentos e ideias poderiam ser transformados em empreendimentos, sem a interferência de outro, ou outros, ou quando o seu direito inato era facilmente imposto sobre o próximo ou sobre um grupo, simplesmente por não haver quem – ou um corpo de regras – limitasse as suas ações, intenções e impulsos.

O direito natural sempre é ativo e está continuamente buscando ocasião para fazer-se prevalecer. Essa característica humana se manifesta subjetivamente e lhe dá a sensação de liberdade (BERGEL, 2001, p. 30); quando esta não está satisfeita, exigisse-lhe a sua retomada. Porém, o contrato é o pacto entre as partes contraentes, no qual os envolvidos consentem em restringir os seus direitos, conforme cláusulas expressas, em prol de uma finalidade aceitável.

E assemelha-se à relação jurídica (NADER, 1996, p. 347-348), a qual pressupõe a operação de um vínculo entre os sujeitos e uma norma jurídica. Em uma primeira impressão, essa afirmação pode parecer estranha ao censo jurídico, pois, para homens livres, em seu estado primitivo, no qual obedecem às suas vontades unicamente, não existe nenhum ordenamento de regras e normas positivado ou tacitamente convencionado. O que ocorre, contudo, é que, no momento em que se reconhece ao homem um direito natural, o qual lhe garante o poder de dispor dele e dele se utiliza para chegar a determinados fins, está-se reconhecendo, em verdade, um ordenamento jurídico autêntico, ainda que abstrato, mas que tem a força para ser o ponto de origem de um ordenamento mais sofisticado e metucioso.

Dessas afirmações, é aceito, então, que os homens não se unem conjuntamente e pactuam entre si senão para organizarem-se como grupo [social] e estabelecerem acordos e convenções, aos quais todos deverão respeitar de uma ou de outra maneira. Nessa observação simplista, o objetivo é a preservação, mas ainda não a busca (explícita) pelo desenvolvimento social e das técnicas como relevantes. Aqui, é possível vislumbrar a formação do Estado, ainda que na sua forma primitiva, depositando no Direito o poder, a confiança e a responsabilidade de gerir a vida em sociedade. Dessa maneira, como sabiamente coloca Louis Assier-Andrieu (2000, p.20), o Direito supõe o Estado, e o Estado supõe o Direito.

Essa concepção enseja o surgimento e a criação da Constituição. José Afonso da Silva ensina que “todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado”. E, na seara do Direito, o jurista brasileiro declara que

*“A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a*

*forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (SILVA, 1997, p. 42).*

O termo em tela é atual e remonta aos últimos quatro séculos, contudo a essência que se extrai dessas descrições é perfeitamente aplicável ao que já vinha sendo analisado com relação ao Direito como determinante na formação do Estado. A constituição de uma sociedade, portanto – não importando no momento a sua forma, estrutura ou composição –, congrega, em si, os desejos e os anseios dos homens que compõem determinada sociedade, na forma de ordenamentos e regramentos que irão auxiliar na organização, na manutenção e no funcionamento do Estado. Dessa forma, os indivíduos encerram e declaram o seu contrato firmado entre si. Estabelecem as cláusulas que lhes conduzirão e às quais poderão recorrer. Dito de outra forma, materializam a sua vontade e as suas esperanças como sociedade. O pacto, assim, está firmado.

Ademais, formado o Estado, existe ainda um antagonismo, composto pela coletividade e pelo individualismo, o qual é muito presente nas manifestações teóricas e discussões filosóficas. Hobbes e Rousseau, de certa forma, inclinavam-se para o coletivismo, ao passo que Locke, Smith e os economistas clássicos (bem como os neoliberais atualmente), para o individualismo.

Nesse sentido, o capitalismo e o liberalismo estão para o individualismo assim como o socialismo e o dirigismo (intervencionismo estatal) para o coletivismo. E nesse diapasão se entra em terreno político (BERGEL, 2001, p. 29). É aqui que reside o cerne das discussões sobre as estruturações políticas e econômicas dos séculos XX e XXI. Sendo assim, a Guerra Fria marcou o embate silencioso entre o capitalismo e o

socialismo. E o que se percebe é que normalmente os sistemas apresentam-se em sua forma com a predominância de um ou de outro. A exceção mais significativa que se encontra é o período keynesiano, o qual é identificado por um capitalismo voltado para as políticas sociais. Por seu turno, o neoliberalismo, mais uma vez, está extremamente fundamentado no individualismo e produz os seus efeitos, envolvendo-os em torno dessa característica predominante.

Além disso, como bem leciona Jean-Louis Bergel (2001, p. 31-32),

*“Em última análise, a doutrina individualista prega a supremacia dos direitos inatos da pessoa humana e dá ao direito a missão de protegê-los. As doutrinas sociais afirmam a superioridade da sociedade sobre o homem e confiam ao direito a organização da disciplina à qual os indivíduos devem conformar-se em nome do interesse geral.*

*Mas, assim como não parece muito possível abandonar as relações sociais à total liberdade dos particulares, o que conduz a ignorar os deveres dos homens para com a sociedade e a permitir insuportáveis abusos e trágicos sacrifícios, o coletivismo tem aspectos irrealistas e opressores inadmissíveis. A sujeição do indivíduo, o absolutismo de um poder central concentrado demais, apoiado em meios de coerção às vezes abusivos, não levam a enriquecer o corpo social: por falta de motivações individuais, o estímulo da produção e da atividade é insuficiente e a economia deficiente.”*

O individualismo, sob a égide liberal, aspira sempre dimensões maiores para as suas pretensões e acumulações voluptuosas de riquezas, incluindo também prestígio e regalo. Em um universo onde a competição é altamente estimulada e promovida, nem todos saem vencedores. Não se olvidando que a competição requer vencedores e perdedores (ou fracassados) e serve de terreno propício para o desenvolvimento

da desigualdade. E, à maneira como o ideal individualista é concebido, não há espaço para solidariedade; em outras palavras, não há ocasião para a pretensão social.

O convívio diário da sociedade revela as consequências desse individualismo, e estas se mostram cruéis, mas, aparentemente, sem explicação. Pierre Bourdieu (1998, p. 58-59) tece crítica a respeito dessa questão, asseverando que

“Efetivamente, a força da ideologia neoliberal se apóia em uma espécie de neodarwinismo social: são ‘os melhores e os mais brilhantes’, como se diz em Harvard, que triunfam (Becker, prêmio Nobel de economia, desenvolveu a ideia de que o darwinismo é o fundamento da aptidão para o cálculo racional, que ele atribui aos agentes econômicos). Por trás da visão mundialista da internacional dos dominantes, há uma filosofia da competência, segundo a qual são os mais competentes que governam, e que têm trabalho, o que implica que aqueles que não têm trabalho não são competentes. Há os *winner*s (vencedores) e os *losers* (perdedores) [...]. A ideologia da competência convém muito bem para justificar uma oposição que se assemelha um pouco à dos senhores e dos escravos: de um lado, os cidadãos de primeira classe, que possuem capacidades e atividades muito raras e regiadamente pagas, que podem escolher o seu empregador [...], e depois, do outro lado, uma massa de pessoas destinadas aos empregos precários ou ao desemprego.”

A composição do Estado está apoiada em uma coletividade necessária e manifesta, afinal os homens se reúnem com um objetivo, e isso caracteriza a coletividade. De maneira muito sucinta, considerar um contrato social – ou seja, a constituição e composição do Estado – no qual cada cidadão poderá fazer o que bem entender (em uma concepção individualista) equivale,

ao mesmo, à não existência de contrato algum, isto é, equipara-se ao estado de natureza primitivo do homem. Por outro lado, ater-se apenas ao coletivismo também é insensato, pois inibe a expressão individual de cada ser humano, reduzindo-o a um repetidor e imitador de processos e suprimindo a sua capacidade de produção.

A sociedade e o corpo político, bem como o corpo jurídico, devem ponderar por um equilíbrio entre o coletivismo e o individualismo. Esse equilíbrio é que deve gerir as políticas sociais e as econômicas, de tal maneira que não se iniba o poder e o benefício que se pode extrair do indivíduo, mas que também não o desperte e lhe dê liberdade, tal que prejudique o âmbito social envolvido. Por outro ângulo, o Estado deve ser presente e garantidor, promovendo a sociabilidade e amparando a todos os que estão debaixo de sua jurisdição.

Neste ponto, é oportuno citar novamente Moritz Renner, redirecionando ao ponto sobre *the concept of liability*, abordado anteriormente. Ainda, discorrendo sobre o assunto, o autor alemão faz crítica ao sistema jurídico/normativo:

“[...] *the legal system has failed to uphold a sufficient degree of internal complexity to make the formation of stable normative expectations possible, and has, instead, surrendered to the exigencies of the ever more complex cognitive expectation structures of the economic system [...]*” (RENNER. 2011, p. 101).

Ou seja, houve falha, e o que se percebeu foi uma situação sem expressivo controle.

Destarte, o debate não comporta apenas o enfraquecimento e a minimização do Estado nas últimas décadas e a controvérsia da intervenção, como também o questionamento com respeito à hegemonia do pensamento econômico liberal em detrimento do Direito, e este como apoiador e fomentador de um Estado comprometido com a sociedade como um todo.

Os homens, quando se lançam para um acordo mútuo, tal qual se idealiza no

contrato social, visando a, juntos, garantir e alcançar um objetivo que lhes seja favorável, inevitavelmente estarão restringindo os seus direitos, uns perante os outros, de maneira que o Direito não tem uma função simplória de ignição da organização social, para posteriormente quedar fadado a um segundo plano. No entanto, deve configurar como essência, como fundamento sólido, no qual se irão erigir as estruturas econômicas, sociológicas, políticas, para uma sociedade saudável. O Direito congrega, em si, o individual e o coletivo (BERGEL, 2001, p. 6), administra ambos e não permite que um sobressaia em prejuízo ao outro.

O homem, assim, vivendo em sociedade, não pode esquivar-se de reconhecer direitos ao próximo, ao vizinho, bem como de reconhecer que o seu próprio direito é limitado. Nesses termos, não há espaço para um discurso, pautado na competência humana, como fator de dominação e governo, ou poder para escolha e tomada de decisões.

### 3. As leis *above*, *below* e *beyond* o Estado: a (re)configuração do Direito

John Locke (1998) aborda as relações dos Estados uns para com os outros, mas de acordo com o que se podia observar à época. Sentenciou que os Estados e os governos, quando ponderados em relação aos seus semelhantes, agem semelhantemente ao homem no seu estado de natureza, ou seja, antes de unir-se a outros em um fim comum. De outra forma, na concepção de Locke, os Estados encontravam-se em seu estado primitivo, não havendo regras que os limitassem, porém os colocava em situação semelhante ao estado “virtual” de guerra em Hobbes.

Realmente, há de se admitir que esse ponto de vista é propício àquele período. Mas o quadro sofreu mudanças, e as relações entre os Estados, assim como as entre governos, experimentaram novos rumos. A ideia consumada de que apenas o Estado

era gestor e produtor do Direito e soberano sobre todas as decisões que dissessem respeito a si foi minada. André-Jean Arnaud (2007, p. 152-220) destaca as formas *from below* e *from above* como diversificadoras na influência sobre o Estado e não apenas no que tange ao Direito. Essas duas expressões, segundo o autor, são atribuídas a Richard Falk (ARNAUD, 2007, p. 151), porém o jurista sugere ainda, além de outras formas, a *from beyond*.

#### 3.1. Influência *from above*

Esse tipo de influência é bem figurada pelos acordos internacionais ou por blocos regionais ou também por organizações de alcance global, nos quais os Estados-membros buscam soluções para as suas relações externas. São exemplos: ONU, Mercosul, NAFTA, União Europeia, OMC, OMT, entre outros. É perfeitamente compreensível que houve um longo processo para a criação dessas instituições ou para o estabelecimento de acordos entre governos. Entretanto, o que caracteriza essa tendência é o fato de haver uma instância superior aos Estados, a qual se pronuncia a respeito das ações destes ou é consultada ou procurada por eles.

Tecnicamente, essa forma não é imposta, mas requer adesão do Estado que está interessado em se vincular. Essa forma de influência, forma de globalização, apresenta, portanto, uma outra característica, qual seja, o reconhecimento que o Estado faz de sua legitimidade. No entanto, a simples anuência de um Estado, ou de seus governantes, não exime de conflitos a situação que envolve o pacto, nem tampouco o que é abrangido por ela. A relação entre Estados envolve encontro ou choque de culturas e de interesses (ARNAUD, 2007, p. 156-159). Essas circunstâncias acabam, muitas vezes, por atrapalhar ou impedir o progresso de um acordo entre nações para um objetivo comum.

Apesar desses entraves, os quais pesam como argumentos desfavoráveis, Arnaud

(2007, p. 160-161) destaca “as decisões dos Tribunais de Justiça, quando um processo de resolução específico de conflitos é previsto no âmbito de um acordo ou de um bloco regional”. Isso pode ser ilustrado pelo caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os países se submetem a uma corte, mas mantêm a sua soberania para decidir internamente, estando sujeitos a intervenções apenas quando as instâncias de seu sistema jurídico interno falharem.

O Estado não está mais solitário e sereno na produção do seu Direito interno. Normas superiores vêm sendo criadas e aplicadas compulsoriamente aos países-membros das respectivas organizações ou blocos que as emitem. Essa influência, essa globalização vem de cima, e exerce pressão no Estado e na sociedade. A legitimidade normativa e jurídica, assim, não se limita mais àquele contrato social idealizado anteriormente.

### 3.2. Influência *from below*

André-Jean Arnaud (2007, p. 174) identifica a deslocalização, a desconcentração e a descentralização como características fundamentais na produção de normas jurídicas ou na globalização que vêm de baixo. Esses elementos indicam a desvinculação de alguns fatores determinantes na sociedade em relação ao Estado. Outros órgãos ou setores, que não sejam vinculados a acordos ou blocos, tomam iniciativas e responsabilidades diante das necessidades ou expectativas sociais.

Esses órgãos ou setores podem até mesmo ser governos, como prefeituras, províncias, entre outros, os quais compreendem a localidade e o anseio, muitas vezes, dessas instâncias em não depender estritamente da soberania estatal para criar e produzir o Direito ou para selar acordos regionais, mesmo que venha a estar presente nestes uma ou mais comunidades estrangeiras. Quanto a essa abordagem, Arnaud (2007, p. 178) relata sobre o acordo Saar-Lor-Lux, o

qual abrange regiões da Alemanha, França e Luxemburgo e para o qual um dos lemas era “agirem segundo os interesses locais”. Por meio da identificação histórica, cultural e econômica que envolvia os povos do acordo, buscou-se a criação de vínculos extrínsecos ao poder estatal convencional, e que mais bem expressavam as necessidades da localidade, desde aspectos econômicos, como até mesmo questões acadêmicas. É válido reparar que se fala em localidade, pois não abrange inteiramente as nações envolvidas no pacto.

Arnaud reflete que esse tipo de influência *from below* traz mais complexidade ao sistema jurídico. Diferentemente do que ocorre *from above*, o Estado, propriamente dito, não está inteiramente envolvido no acordo, mas, sim, uma parte dele, uma localidade. O Estado, portanto, não está firmando pacto acerca de normas ou regras que serão determinantes e superiores na relação com outras nações. Dessa forma, torna-se incerto o modo como serão acolhidos os acordos e as suas regras pelas Constituições dos respectivos países pactuantes. Assim, não existe nisso uma estreita ligação com a hierarquização legislativa padrão (ARNAUD, 2007, p. 180).

Em um paralelo lógico com respeito à globalização *from below*, Milton Santos (2009, p. 144) invoca uma espécie de revanche por parte da cultura popular contra a cultura de massas, a qual é promovida pela globalização. Para o intelectual, a primeira vem absorvendo as técnicas utilizadas justamente pela segunda. E é dispendo precipuamente dessas ferramentas, que ora são utilizadas para transmitir de cima para baixo, que a cultura popular poderá fazer uma espécie de reviravolta. Não é apenas uma forma de expressão, como também uma forma de poder exercer pressão, de poder ser ativo e participante na tomada de decisões.

Outra abordagem feita por Arnaud diz respeito à sociedade civil, com suas formações em grupos, na figura de atores,

os quais podem e têm desejo de exercer influência. Estão incluídas, igualmente, as ONGs, que se constituem e se proliferam, envoltas em um dado interesse específico, que representam parcelas fragmentadas da sociedade e podem alcançar notoriedade. Não necessariamente estão elas envolvidas diretamente nos processos legislativos do poder público, porém a sociedade civil (parcelas específicas e comuns a um determinado assunto), as ONGs, entre outros setores, conseguem condensar os anseios e as necessidades de regiões e localidades específicas, bem como as opções e as oportunidades de desenvolvimento que, pela complexidade do Estado contemporâneo, passam despercebidos pelo poder público legítimo.

Todas essas expressões que partem de baixo desafiam o Estado contemporâneo e tornam o sistema jurídico mais complexo. Outras formas de dizer o Direito são reivindicadas e/ou criadas que não a forma convencional. A estrutura estatal possui paralelos na produção de normas e busca meios alternativos ao Estado que foge à noção de sociedade até então consagrada.

### 3.3. *Influência from beyond*

Uma tendência das últimas décadas, outrora tênue, mas que agora já figura distinta, é o fato de se reconhecerem para toda a humanidade princípios básicos e fundamentais que abranjam tanto o próprio indivíduo como o coletivo, e até mesmo o ambiente, o meio no qual o ser humano está inserido e pelo qual vive. Norberto Bobbio (1992, p. 32) pontua três estágios na evolução dos direitos do homem:

“[...] num primeiro momento, afirmam-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os

quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no Estado*); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através ou por meio do Estado*.”

É nesse sentido a ideia transmitida por André-Jean Arnaud (2007, p. 212-220) com respeito à globalização *from beyond*. São direitos fundamentais muito debatidos e difundidos, cuja aplicação se busca seja efetivada e consolidada. Com respeito aos Direitos Humanos, estes já têm alcançado definições mais objetivas, mas, quanto aos direitos fundamentais sociais, os quais abrangem o bem-estar, é crescente a discussão e a preocupação com o fator meio ambiente.

Todavia, os debates e os grupos, interessados nesses assuntos, são variados e não se limitam apenas aos entes supraestatais (ou seja, organizações legitimadas por acordos ou blocos internacionais ou globais); nem tampouco estão restritos a diminutos grupos preocupados com a natureza do planeta Terra. A proporção desse tema engloba toda a sociedade, culturas e nações, intimamente ligada à globalização. Mas, visto de outra maneira, tratar e produzir normas de direitos humanos e cuidar do meio ambiente não está reservado apenas para os Estados separadamente, ou não está limitado à influência *from above*, nem somente à *from below*, e sim, a todas as instâncias da sociedade e dos governos.

Arnaud coloca os Direitos Humanos como importante conquista para a sociedade e, para figurar o meio ambiente e a

natureza, utiliza a expressão “patrimônio comum da humanidade”. Essas espécies de direitos não estão adstritas a uma cultura, mas a toda a humanidade. Além dos governos, Arnaud salienta o papel das ONGs na promoção desses assuntos, entre outros setores da sociedade, de tal forma que, somando-se o que fora ventilado no parágrafo anterior, é uma forma de tratar o sistema jurídico e a globalização que vai além do Estado. Segundo o autor, as ONGs, tanto as que se ocupam de questões de Direitos Humanos quanto as que cuidam dos variados aspectos do meio ambiente, exercem papel fundamental na elaboração de políticas públicas (ARNAUD, 2007, p. 218) e têm caráter essencial também pelo fato de estarem, por consequência da globalização, presentes em muitas nações. Assim, elas têm a capacidade de comunicar e pulverizar informações aos vários lugares.

Transcender a compreensão ordinária de Estado não diz respeito a todas as questões da sociedade ou do globo *a priori*. Entretanto, o Direito *from beyond* é real, pois a evolução jurídica proporcionou, concomitante ao avanço da tecnologia e da informação – da globalização, enfim –, pensar os direitos fundamentais abrangendo todos os povos, posto que são fundamentais para todos os homens. Por outro lado, quebra a lógica da estrutura estatal e social convencional e conclama um novo espaço no ordenamento jurídico global, desafiando a hierarquia, imposta até então, ou até mesmo iniciando uma nova hierarquia a partir de si.

#### 4. A crise da Economia e a função do Direito

Uma crise abre um estado de alerta, e este incita à reflexão para as causas, as soluções para o momento, as falhas e o futuro pós-crise. Quando uma crise financeira eclode, como no caso da crise de 2008, os seus reflexos se alastram. Considerando estar esta última crise inserida em um ce-

nário globalizado, os seus efeitos não ficam adstritos ao país de origem, ou melhor, o colapso mesmo pode ter disparo efetivado em mais de um país. O alcance da crise surpreende aqueles que não têm relação direta com a sua origem. Ou seja, não somente existem responsáveis (ainda que seja impossível apontá-los), danos e prejuízos, como também prejudicados.

Tendo em vista que essas ponderações, juntamente com o fato de uma crise financeira global envolver os Estados (e suas estruturas), direcionam a problemática para as regras e as normas, o Direito está, dessa forma, diretamente relacionado. Arnaud (2007, p. 17), no prólogo de seu livro, já salientava que

“[...] a economia, os mercados financeiros, as relações internacionais não são as únicas a serem afetadas. Estamos diante de um processo que vem perturbar inteiramente o conjunto de nossas certezas. E isto vale também para os juristas. Toda a regulação se encontra afetada, a começar pela própria regulação jurídica e, com ela, o instrumento tradicionalmente considerado como capaz de garanti-la prioritariamente: o direito.”

Vive-se, hodiernamente, a ideia proclamada do Estado mínimo neoliberal, e o Estado atual age diferentemente de décadas atrás. Alberto Febbrajo (2011, p. 269) observa isto:

“[...] *As a matter of fact, the traditional role of the state and its theoretical representations as the ultimate level of coordination of social actions have dramatically reduced their concrete relevance.*

*This process was clearly determined by several widely-discussed factors, such as the emergence of supranational institutions which were able to impose their authority on national states, the increasing differentiation of regional institutions which actually absorb much of the state regulative power, and, last but not least, the substantial weakening of many of the*

*coercive tools which, through positive or negative sanctions, were exclusively used by the state in the past."*

Febbraio complementa que, em vista do enfraquecimento do Estado e de suas funções e características, os sistemas político e jurídico tornam-se vulneráveis às pressões de novos sistemas de regulação que se impõem à sociedade. Esse enfraquecimento do Estado é um contraposto ao Estado mínimo [mas forte] do neoliberalismo. Acaba por não dar consistência ao intervencionismo, quando o sistema econômico, sem mais alternativa, solicita "auxílio" da iniciativa pública. A intervenção, praticada pelo Estado, resgata o setor econômico, porém impede que este crie alternativas por si mesmo (KJAER; TEUBNER; FEBBRAJO; 2011, p. 100-103). O Estado fica na posição de emprestador, ou interventor, de última instância, e o sistema jurídico-legislativo, reduzido à reação e gestão de crises, permite que tanto o sistema político quanto o sistema econômico não tomem conhecimento ou respeito ao sistema jurídico.

Marc Amstutz (2011, p. 258), por sua vez, considera que as análises em torno do sistema de regulação, tomando-se por base crises anteriores e experiências de colapsos econômicos, permitem uma evolução na construção de estrutura mais eficaz desse sistema. Para ele

*"[...] regulatory strategies must be evolutive in nature. In other words, an effective regulatory model cannot be constructed upon the basis of a linear conception of the way in which financial markets develop. It must be conceived in such a way as to be able to react to highly variegated, unpredictable changes in the structure of potential crisis fields, to interruptions and discontinuities in the evolution of the market. More specifically, as was seen in the most recent global financial crisis, regulatory rules cannot work if they take into account only the momentary financial condition of the individual financial institutions at fixed intervals [...]."*

O fato de uma intervenção estatal atualmente ser requisitada apenas no momento crítico, dadas as circunstâncias mencionadas acima, faz com que também o Direito [e os juristas] seja consultado em períodos complicados. A estrutura social, que a globalização faz mudar continuamente, não apenas provocada pela(s) crise(s) econômica(s), assim como muitas vezes não é compreendida pelo sistema econômico que se autorregula, ou, mesmo compreendida, é ignorada pelos supostos benefícios que os riscos oferecem. O Direito, por seu turno, é capaz de identificar a dinâmica social, mesmo globalizada. Contudo, se ficar limitado à função de dar suporte à estrutura estatal convencional, continuará sendo requisitado nos momentos sensíveis da economia (e da sociedade). O sistema regulatório é válido, consultado e subsidiado pelo sistema jurídico, como ação conjunta e multidisciplinar, aliando o Direito ao sistema econômico, continuamente, com intuito de evitar e conter os colapsos.

André-Jean Arnaud, em outra abordagem, encara as circunstâncias, geradas pela globalização no cotidiano dos governantes, como desorientadoras. Estes parecem não conseguir acompanhar a rapidez das mudanças ocorridas e se deparam com questionamentos como: de que forma encarar um inimigo sem rosto, como o mercado? "Como acompanhar os seus movimentos? Como prevenir as ameaças?" (ARNAUD, 2007, p. 17-18). Arnaud reconhece, contudo, que "a época contemporânea está dividida entre a nostalgia de um Estado de Bem-Estar, em que a energia individual é freada em proveito da proteção do grupo, e a excitação que oferece a perspectiva de uma liberdade sem freios" (ARNAUD, 2007, p. 22). Em outras palavras, a sociedade e os governantes presenciam transações entremeadas a novos aspectos e características sociais, culturais, econômicas, jurídicas, mas não têm conseguido interpretar nem tampouco determinar o rumo adequado para a sociedade (congregando aspectos



de Direito, economia, política, estrutura estatal, entre outros).

A sociedade está desorientada em relação ao seu próprio papel perante a estrutura gerada pela globalização, a qual evoluiu muito rapidamente. Há, todavia, a necessidade de se encarar os fatos com disposição de mudança, reconhecendo os conflitos, gerados pelo livre mercado, e a complexidade por meio das mutações, pelos progressos tecnológicos, pelo fenômeno da globalização. Busca, outrossim, voltar a atenção para a dinâmica econômica e comercial, para os fatos jurídicos que ela produz, para o costume com o qual ela se molda e movimenta. É certo, contudo, que os alicerces do sistema jurídico estão fundamentados e baseados em aspectos filosóficos, sociais, de governo, políticos, entre outros, os quais estendem ao Direito os instrumentos necessários, para dissecar a nova concepção estatal, desenvolvida nas últimas décadas e observada no século XXI.

No entanto, assim como Pierre Bourdieu alerta para a necessidade do comprometimento dos pesquisadores em desempenhar função importante contra a produção e a divulgação do discurso neoliberal (BOURDIEU, 1998, p. 42, 43), ou seja, contra a difusão de ideias distorcidas, Arnaud imputa ao pesquisador e ao especialista a responsabilidade e o dever de estar engajado nessas transformações sociais, como canal entre a sociedade e a autoridade. Segundo o autor, esses profissionais possuem a habilidade e a capacidade de agir como norteadores, tanto para a sociedade quanto para os governantes (ARNAUD, 2007, p. 327-328).

### *Considerações finais*

A herança deixada pelos filósofos políticos é indiscutível. É perceptível a influência que seus estudos e teorias provocaram na produção de novos estudos, como também na estruturação dos novos Estados e na reconfiguração da sociedade. O ideal contratualista abriu outros horizontes para os

homens pensarem em termos de direitos. As novas perspectivas jurídicas alteraram drasticamente a dinâmica social, estendendo os seus efeitos até hoje.

O desenvolvimento da economia como ciência também foi fundamental, e o sistema industrial percebeu desenvolvimento depois disso. Os estudos de Adam Smith serviram para justificar o investimento e os tratamentos com a política econômica das nações, das empresas e da indústria emergente à época e também inspiraram muitos outros teóricos. Contudo, os efeitos, percebidos no âmbito social, não foram positivos: aumento da desigualdade, ausência de direitos aos trabalhadores, entre outros fatores. Esses resultados geraram críticas e fizeram do liberalismo alvo de dúvidas.

O século XX iniciou com um liberalismo enfraquecido, substituído quase na metade pelo intervencionismo de Keynes. O sistema keynesiano foi muito importante na estruturação dos Estados no pós-guerra e na tratativa com a economia, porém o liberalismo entraria em cena novamente por meio do neoliberalismo, o qual veio com muita força. Durante o século XX, foi possível perceber também o fortalecimento da globalização.

O neoliberalismo, agregado à globalização, emergente à época de seu surgimento, desbancou o sistema keynesiano, o qual supostamente entrava em colapso. A partir daí, o neoliberalismo, com as suas políticas de minimização do Estado e tentativa de maximização de lucros, com a diminuição de custos sociais e enfraquecimento do poder dos sindicatos, providenciou para o sistema econômico o grau máximo de importância na gerência da sociedade. Por consequência, o sistema jurídico e de Direito ficou relegado ao segundo plano. Logo, não é o interesse social ou são as orientações fundamentadas no Direito que ditam a organização e a dinâmica da sociedade e do Estado, mas o individualismo e a economia que exercem o controle e o poder sobre as decisões e as escolhas, e não apenas sobre as

políticas dos governos, mas também sobre cada indivíduo.

Somados a essa situação, os avanços tecnológicos imprimiram aceleração no processo de globalização na sociedade internacional. E, de tão rápida tal transformação, torna-se difícil o acompanhamento e a compreensão dos efeitos gerados pelo fenômeno na estrutura social atual. As influências *from above*, *from below* e *from beyond* foram expostas na tentativa de concentrar informações, com o objetivo de se esclarecer a composição dos Estados sob a globalização.

O sistema jurídico *from above* é mais fácil de ser identificado e de mais fácil aceitação o seu conceito. A experiência da Segunda Guerra Mundial impulsionou os países não somente a estabelecerem acordos para evitar a guerra novamente, como também para ampliar as relações e delimitar os seus vários aspectos. A partir de uma iniciativa consciente, portanto, começaram a surgir as instâncias jurídicas supraestatais. O Direito *from below*, por sua vez, traz uma nova concepção, assim como o Direito *from beyond*. O certo é que estes são indicativos de que não mais se concebe o Direito como dantes. Isso não só pode gerar insegurança na sociedade, como também é um desafio novo para o jurista, exigindo deste atenção para novas perspectivas. Além disso, é exigida uma nova estruturação, ou melhor, a compreensão e sistematização da nova estrutura estatal, social e global, imposta pela globalização.

Pode-se observar no texto, outrossim, que a estrutura desenvolvida e construída pelo sistema econômico analisado ficou vulnerável em confronto a situações de crise, tais como a de 2008 e, agora, mais recentemente, a de 2011, que assolou a Europa. Nesses momentos, a economia do setor privado sempre solicita a injeção de liquidez, provinda do setor público. No caso do colapso no setor público, as alternativas dizem respeito sempre à diminuição de gastos com programas sociais e diminuição de

impostos para setores de grande circulação de capital, o que, mais adiante, provoca novas desestabilizações na economia.

Com uma estrutura global desestabilizada, perante as novas características da globalização, a economia é a primeira a abrigar-se sob a ajuda do Estado. Sobram ao sistema jurídico e regulador e às políticas estatais, voltadas para o setor econômico, as críticas quanto à condução de todas as circunstâncias envolvidas, as precedentes e as contemporâneas.

Ao sistema jurídico não lhe resta sustentar a crise, mas produzir meios alternativos, não à economia propriamente dita, que identifiquem as novas fontes de Direito, as novas origens normativas, introduzindo-as (ou destinando-as à posição certa) no processo legislativo e de tomada de decisões; estabeleçam e delimitem a nova estrutura social e global; e encontrem a função do Estado no novo cenário mundial. Destarte, cabe ao Direito – muito mais do que encontrar alternativas à crise econômica – desenhar uma nova composição, a qual, além de sanar e conter a crise, inclua os novos atores e as diversas expressões que compõem a sociedade, identificando também a função da economia na sociedade globalizada.

### Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMSTUTZ, Marc. Eroding boundaries: on financial crisis and an evolutionary concept of regulatory reform. In: KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Portland: Hart, 2011.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARBOSA, Alexandre Englert; BARCELLOS NETO, Paulo Chananeco Fontoura de; PORTUGAL, Marcelo Savino. A crise financeira e econômica atual: origens e desdobramentos. In: MORAIS, Igor Alexandre Clemente de; HINGEL, Ricardo Richiniti (Org.). *A crise econômica internacional e os impactos no Rio Grande do Sul*. Viamão: Entremeios, 2009.
- BARNET, Richard J.; MÜLLER, Ronald E. *Poder global*. São Paulo: Círculo do Livro, [199?].
- BARRÈRE, Alain. *Teoria econômica e impulso keynesiano*. Tradução de Pierre Santos. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívoco do globalismo: repostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BLANCHARD, Olivier Jean. *Macroeconomia: teoria e política econômica*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo G. Fagundes (Org.). *Globalização, neoliberalismo, privatizações: quem decide este jogo?* Porto alegre: UFRGS, 1997.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político: da cidade-estado ao apogeu do estado-nação monárquico*. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas?: neoliberalismo e ordem global*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução de Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- GASTALDI, José Petrelli. *Elementos de economia política*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical*. Tradução de Álvaro Hattnher. São Paulo: UNESP, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.
- HOLANDA, Francisco Uribam Xavier de. *Do liberalismo ao neoliberalismo: o itinerário de uma cosmovisão impenitente*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.
- HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981.
- KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Portland: Hart, 2011.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.
- LIMA, Gilberto Tadeu. *Em busca do tempo perdido: a recuperação pós-keynesiana da economia do emprego de Keynes*. Rio de Janeiro: BNDES, 1992.
- \_\_\_\_\_; PAULA, Luiz Fernando de; SICSÚ, João (Org.). *Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização*. Tradução de Waldtraut U. E. Rose. 6. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RENNER, Mortiz. *Death by complexity: the financial crisis and the crisis of law in world society*. In: KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Portland: Hart, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, [19--?].

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

STÄHELI, Urs. Political epidemiology and the financial crisis. In: KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Portland: Hart, 2011.

STANLAKE, George Frederick. *Macroeconomia: uma introdução*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1985.



**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**



# Instituições e registro de empresas

Leonardo Garcia Barbosa

## Sumário

1. Introdução. 2. As instituições de registro de empresas no Brasil. 2.1. Fundamento constitucional. 2.2. Empresário. 2.3. Juntas comerciais. 3. Imperfeições de mercado no registro de empresas. 3.1. Monopólio estatal. 3.2. Assimetria de informações. 4. Soluções privadas para o registro de empresas. 4.1. Natureza econômica de bem privado. 4.2. Formas privadas de prestação do serviço. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

Os economistas e os juristas tentam responder por que poucos países ao longo da história conseguiram prosperidade econômica enquanto os demais ficaram pobres e atrasados. Golpes de Estado e guerras civis são comuns em boa parte dos países africanos, gerando instabilidade política e econômica e lançando os países no caos<sup>1</sup>. Conhecer por que os países falham é um dos objetivos dos economistas<sup>2</sup>.

A qualidade das instituições é uma das causas da desigualdade de renda entre os países. Elas são o arcabouço da economia e da sociedade, constituindo as regras do jogo: o sistema legal, o sistema político e as

<sup>1</sup> A metade da população africana vive abaixo da linha da pobreza, a mortalidade infantil naquela região é alta e a renda *per capita* é baixa.

<sup>2</sup> O escocês Adam Smith (1999) foi quem começou a desenvolver a ciência econômica e a explicar os motivos do desenvolvimento.

Leonardo Garcia Barbosa é Consultor Legislativo do Senado Federal.



convenções sociais<sup>3</sup>. As organizações são os grupos que implementam as regras, entre eles os órgãos de registro de empresas.

Em países onde não há governança do setor público, não se consegue obter crescimento econômico. O desenvolvimento exige a manutenção de mecanismos que gerem incentivos ao investimento, à produção e às trocas, coibindo condutas oportunistas. Nos países africanos, a inexistência de governança econômica resulta em menor desenvolvimento. Nos países liberais-estatistas, a governança econômica prestada pelo Estado gera um desenvolvimento de médio porte. Nos países liberais, em que a governança econômica é fornecida em parte pelo setor privado, observa-se um maior desenvolvimento. Na verdade, o fornecimento pelo Estado de instituições legais de governança econômica não é estritamente necessário, pois há instituições alternativas.

Ainda que parte da governança econômica seja prestada pelo setor privado nos países desenvolvidos, o Estado é capaz de prover instituições legais que operam a baixo custo. Nos países subdesenvolvidos, o aparato estatal é caro, demorado, inseguro, tendencioso, corrupto, fraco ou simplesmente inexistente. Os processos judiciais na Índia, por exemplo, levariam trezentos e vinte e quatro anos para serem julgados, ainda que não fossem criados novos processos (DIXIT, 2004, p. 3). As instituições e as organizações estatais são capazes de diminuir custos de transação, mas falham ao otimizá-las, principalmente quando muda a tecnologia<sup>4</sup>.

Os Estados não democráticos, em regra geral, são instituições extrativas, pois o objetivo deles é atuar de forma predató-

<sup>3</sup> A linha de pesquisa denominada Nova Economia Institucional, cujo principal fundador foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia Douglass North, dá ênfase às instituições políticas desenvolvidas pelas sociedades ao longo da história. Alguns arranjos políticos propiciam desenvolvimento; outros não.

<sup>4</sup> Os custos de transação são os custos de obtenção de informação, de negociação e de execução dos contratos (COASE, 1960).

ria sobre a sociedade, canalizando renda para determinado grupo<sup>5</sup>. As instituições inclusivas, por sua vez, garantem o direito de propriedade, reforçam os contratos, criam um ambiente de competição justa e estimulam investimentos em inovação, propiciando crescimento econômico.

As elites predadoras podem até encorajar o crescimento, para terem mais recursos a apropriar, mas esse crescimento não se sustenta ao longo do tempo. No longo prazo, o desenvolvimento depende da inovação, muitas vezes pela substituição de empresas defasadas por outras mais modernas<sup>6</sup>. O risco para as elites dominantes pela mudança de ambiente faz com que elas se oponham às novas tecnologias, prejudicando a ruptura com o passado.

A discussão sobre a qualidade do ambiente institucional passa pelo exame do papel do Estado e pelo equilíbrio dos poderes dos setores público e privado. O excesso de regulamentação e de atividade estatal pode sufocar a iniciativa empresarial, assim como a ausência de regras pode resultar em crises econômicas causadas pela falta de regulamentação.

Examinaremos no item 2 as instituições de registro de empresas no Brasil, seu fundamento constitucional, os contornos jurídicos do empresário individual e do empresário pessoa jurídica, e o desenho normativo das juntas comerciais. No item 3, apresentamos algumas imperfeições de mercado no registro de empresas, no que concerne ao monopólio estatal do serviço e à assimetria de informações entre pessoas interessadas em celebrar um negócio jurídico. No item 4, sugerimos algumas formas privadas de prestação do serviço, após esclarecermos que o serviço de registro de empresas tem a natureza de bem econômico privado. No item 5, tecemos algumas considerações finais.

<sup>5</sup> As regras obsoletas que permanecem no ordenamento jurídico muitas vezes têm caráter extrativo.

<sup>6</sup> O economista Joseph Schumpeter (1961) denominou esse processo destruição criadora.

## 2. As instituições de registro de empresas no Brasil

### 2.1. Fundamento constitucional

A Constituição da República de 1988 diferencia o registro civil do registro de empresa<sup>7</sup>, justificando, entre outros motivos relevantes, a edição de um Código Empresarial ou Comercial, distinto do Código Civil.

No âmbito do registro civil, a Constituição prevê que compete à União legislar privativamente sobre registros públicos (art. 22, XXV), coloca sob a competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o recebimento e conhecimento de reclamações contra órgãos prestadores de serviços de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado (art. 103-B, III) e dispõe que os serviços de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público (art. 236)<sup>8</sup>.

No que se refere ao registro empresarial, a Constituição diz que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal<sup>9</sup> legislar concorrentemente sobre juntas comerciais (art. 24, III). O texto constitucional é detalhista e, a nosso ver, não foi uma boa opção ter elevado ao nível constitucional a referência às juntas comerciais. O desenvolvimento da disciplina empresarial levou a mudança na sua denominação, de comercial para empresarial. Além disso, como veremos

neste artigo, mudanças sociais estruturais reclamam a prestação do serviço por pessoa ou entidade que não tenha o perfil jurídico de uma junta, colaborando para a rápida desatualização do texto constitucional.

O registro de empresas no Brasil é atualmente regido pela Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994<sup>10</sup>. O denominado Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) é composto pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), com função supervisora, orientadora, coordenadora e normativa, no plano técnico; e supletiva, no plano administrativo, e pelas juntas comerciais, com função executora e administradora dos serviços de registro. A regulação exercida pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio esbarra muitas vezes na questão da autonomia dos Estados, sendo considerada mais fraca, por exemplo, que a regulação estatal exercida sobre empresas privadas em setores regulados.

Antes de examinarmos a organização do registro de empresas no Brasil, é importante compreendermos os fundamentos da atividade empresarial, principalmente quanto à definição das pessoas que são registradas nas juntas comerciais.

### 2.2. Empresário

A definição do empresário implica considerar os requisitos previstos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para sua caracterização, assim considerado aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966).

O exercício profissional da atividade econômica significa o seu exercício habitual, em nome próprio e mediante assunção dos riscos do negócio, no mercado e com adequado conhecimento. O requisito da habitualidade afasta os que exercem uma atividade

<sup>7</sup> A palavra empresa, de acordo com a doutrina majoritária brasileira, é considerada um sinônimo de atividade empresária. É justificável, contudo, o seu uso como sujeito de direito, se levarmos em conta os quatro perfis da empresa descritos pelo jurista italiano Alberto Asquini (1996, p. 114), em obra clássica do direito empresarial, segundo o qual, em um dos perfis, a empresa é considerada sujeito de direito. Assim, ao nos referirmos a registro de empresas, é importante que o leitor considere implícita a referência ao registro do empresário individual e do empresário pessoa jurídica.

<sup>8</sup> Há alguns problemas econômicos no desenho institucional do registro civil, mas eles não serão examinados neste artigo.

<sup>9</sup> A Junta Comercial do Distrito Federal não possui autonomia administrativa, sendo administrada pela União.

<sup>10</sup> O nome do registro de empresas é Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

econômica de forma isolada e esporádica. O exercício em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. Assim, o empresário deve contratar os empregados que produzem ou circulam bens ou serviços em nome do empregador. O empresário produz os bens para serem ofertados no mercado, ou seja, ele não produz para suprir suas necessidades em âmbito familiar. Além disso, a detenção de informações detalhadas sobre os bens e serviços que são por ele oferecidos no mercado é obrigação do empresário.

O requisito do exercício de atividade econômica significa que o empresário tem finalidade lucrativa, não se confundindo com atividades que são meio para fins não lucrativos, como, por exemplo, uma escola sem fins lucrativos.

O elemento organização é a reunião pelo empresário dos fatores de produção. Compete a ele articular capital, trabalho, insumos e tecnologia. Com base no critério da organização, faz-se a distinção entre o trabalhador autônomo, para o qual prevalece o trabalho pessoal como núcleo da atividade produtiva, e o empresário, que atua de forma principal como dirigente da atividade empresarial.

A atividade empresarial pode ser exercida tanto por um empresário individual quanto por um empresário pessoa jurídica. É o que veremos nos próximos itens.

#### – *Empresário individual*

O empresário individual exerce atividade econômica como pessoa física e, em regra, não tem grande expressão econômica. No ano de 2005, foram registrados, nas juntas comerciais de todo o País, 240.306 empresários individuais, aproximadamente a metade dos registros de empresas procedidos no Brasil (DEPARTAMENTO..., [20-?]). O número total de empresas constituídas no ano de 2011 é de 608.510, montante que dividido por dois resulta *grossa modo*

no número aproximado de 300.000 empresários individuais registrados em 2011<sup>11</sup>.

A inscrição do empresário antes do início da sua atividade no registro de empresas da sua sede é obrigatória (art. 967 do Código Civil). Não há qualquer separação do patrimônio pessoal do empresário ou limitação da responsabilidade pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial. Ausente a separação do patrimônio, a inscrição do empresário tem caráter meramente cadastral.

#### – *Empresário individual irregular*

A falta da inscrição do empresário no registro de empresas torna-o irregular, acarretando algumas consequências<sup>12</sup>.

O empresário individual irregular não tem legitimidade ativa para requerer a falência de empresário devedor dele. O § 1º do art. 97 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências), exige, para o seguimento do pedido de falência, que o credor empresário apresente certidão do registro de empresas que comprove a regularidade de suas atividades. Essa exigência nos parece exagerada, haja vista que é permitido a qualquer credor requerer a falência de empresário.

O empresário individual irregular não tem legitimidade para pedir a sua recuperação judicial, pois o inciso V do art. 51 da Lei de Falências obriga a instrução da petição inicial com a certidão de regularidade do devedor no registro de empresas. Os livros do empresário individual irregular tampouco podem ser autenticados na junta comercial<sup>13</sup>, não se valendo da eficácia probatória

<sup>11</sup> Os dados discriminados por tipo jurídico referentes ao ano de 2011 não estão disponíveis na página eletrônica do Departamento Nacional de Registro do Comércio.

<sup>12</sup> A informação de que o registro no órgão próprio não é da essência do conceito de empresário, mas se aplica ao empresário irregular um regime mais rigoroso, choca-se com a disposição literal do art. 967 do Código Civil.

<sup>13</sup> Essa consequência não se aplica ao empresário individual enquadrado como microempresa, cuja

prevista na lei processual<sup>14</sup>. Esses efeitos são desfavoráveis ao empresário individual, não se justificando a obrigatoriedade de registro empresarial por esses motivos.

A falência do empresário individual irregular implica sua incursão automática em crime falimentar<sup>15</sup>. O dispositivo é excessivo em relação ao empresário individual, não havendo motivos para incriminar a conduta de deixar de autenticar na junta comercial os documentos de escrituração<sup>16</sup>. Além disso, caso o empresário individual incorra no tipo penal, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo, sem aplicação de qualquer pena (art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).

Quanto ao cadastramento do empresário individual irregular em cadastros fiscais e assemelhados, não vislumbramos razões de ordem técnica para condicionar o registro do empresário individual no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica ou no Instituto Nacional do Seguro Social, por exemplo, ao seu cadastramento prévio no registro mercantil.

#### *– Empresário pessoa jurídica*

O empresário pessoa jurídica não se confunde com o titular ou com os sócios que

---

receita bruta anual não ultrapasse trezentos e sessenta mil reais, já que ele é dispensado de escrituração, conforme art. 68 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.

<sup>14</sup> Os livros comerciais regulares provam a favor do titular no litígio entre comerciantes, conforme art. 379 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

<sup>15</sup> A conduta criminosa é deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, os documentos de escrituração contábil obrigatórios. A pena é de detenção, de um a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave, de acordo com o art. 178 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências).

<sup>16</sup> A autenticação dos instrumentos de escrituração do empresário individual na Junta Comercial do Estado de São Paulo, uma das mais baratas do país, custa entre treze e dezenove reais, conforme Deliberação JUCESP nº 1, de 5 de janeiro de 2012. A autenticação no Estado de Rondônia custa entre cinquenta e cinco e setenta e cinco reais.

o compõem, tendo personalidade jurídica própria, inclusive patrimônio distinto e nome empresarial. Na sociedade limitada, por exemplo, os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais. A limitação da responsabilidade favorece o empreendedorismo, gerando um benefício maior à sociedade em geral que eventual custo suportado por credores de determinada sociedade falida.

A existência legal do empresário pessoa jurídica tem início com a inscrição do ato constitutivo no registro de empresas, averbando-se todas as suas alterações (art. 45 do Código Civil). Nesse caso, consideramos imprescindível o registro em virtude de seus efeitos perante terceiros. Além das consequências previstas para o empresário individual irregular, a irregularidade do empresário pessoa jurídica implica a responsabilidade ilimitada do titular ou dos sócios pelas obrigações da pessoa jurídica<sup>17</sup>.

É preferível em muitos casos a exploração da atividade econômica por meio de uma pessoa jurídica do que por meio de um empresário individual. A constituição de uma sociedade empresária permite a redução dos custos de transação decorrentes da celebração caso a caso de um contrato no mercado para determinar o preço, a quantidade, a qualidade, a data da entrega, o crédito e as garantias (POSNER, 2003, p. 407 et seq).

#### *2.3. Juntas comerciais*

O registro de empresas é executado e administrado pelas juntas comerciais. Existe uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e competência na circunscrição territorial do Estado. A junta comercial é subordinada administrativamente ao respectivo Estado, a quem compete mantê-la<sup>18</sup>. Como dito an-

---

<sup>17</sup> Na forma do art. 990 do Código Civil, que trata da sociedade em comum.

<sup>18</sup> São cobrados dos empresários determinados valores pelo serviço de registro, competindo aos Esta-

teriormente, a Junta Comercial do Distrito Federal não tem autonomia, pois é órgão federal subordinado administrativamente ao Departamento Nacional de Registro do Comércio.

O movimento total nas juntas comerciais no período de janeiro a dezembro de 2011 indica que a Junta Comercial de São Paulo é responsável por quase metade de todo o movimento registrado nas juntas comerciais brasileiras (42,33% – representando a quantidade de 982.145 atos) (DEPARTAMENTO..., [s.d.]). O movimento total nas juntas comerciais brasileiras no ano de 2011 foi de 2.320.297 atos.

A junta comercial é composta por um presidente, um vice-presidente e determinado número de vogais em múltiplos de três, correspondente ao número de onze até o número de vinte e três<sup>19</sup>. O número atual de vogais integrantes de cada uma das juntas comerciais é apresentado no quadro a seguir (DEPARTAMENTO..., [20--?]):

ESTADO	Nº DE VOGAIS
Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul	23
Minas Gerais e São Paulo	20
Bahia e Paraná	19
Santa Catarina	17
Acre, Amapá e Piauí	15
Espírito Santo, Maranhão, Paraíba e Sergipe	14
Amazonas, Distrito Federal e Tocantins	13
Pernambuco e Roraima	12
Ceará, Goiás, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará e Rondônia	11
Alagoas	10
Rio Grande do Norte	8

A composição da junta comercial é formada por pessoas originárias do governo

dos eventual complementação orçamentária caso não sejam suficientes os valores arrecadados.

<sup>19</sup> O número de vogais de determinada junta comercial não tem grande importância, haja vista que o art. 42 da Lei nº 8.934, de 1994, permite que quantidade expressiva dos atos da junta sejam praticados por servidor com conhecimentos de Direito Comercial e de registro de empresas.

e das organizações empresariais e profissionais. A metade do número de vogais é indicada por entidades patronais e pela associação comercial, um vogal é indicado pela União, quatro vogais são indicados pelo órgão de classe dos advogados, economistas, contadores e administradores, e o restante dos vogais é indicado pelo Governador. A participação na junta comercial de pessoas indicadas pelas organizações empresariais está em consonância com as origens do direito comercial, caracterizado por ser um direito especial elaborado pelos próprios comerciantes para regular suas relações negociais.

A Lei nº 8.934, de 1994, prevê um procedimento revisional dos atos de registro de empresas. A última instância administrativa das decisões da junta comercial é o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Vale lembrar que o cargo de Ministro é um cargo político e seu ocupante é escolhido pelo Presidente da

República e destituível a qualquer tempo. Um mecanismo que poderia ser previsto em substituição ao processo revisional é a instituição de um procedimento semelhante à consulta ao juiz competente para solucionar as dúvidas levantadas pelos oficiais de registros públicos<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Conforme processo de dúvida previsto na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre

### 3. Imperfeições de mercado no registro de empresas

#### 3.1. Monopólio estatal

As juntas comerciais exercem no País o monopólio legal da atividade de registro de empresas. A atividade estatal de prestação de serviços em regra geral é pouco eficiente por algumas razões. Primeiro porque o Estado não compete com alguém e não visa ao lucro. Segundo porque, em virtude de dificuldades orçamentárias, o Estado tem dificuldade em realizar investimentos e expandir o serviço<sup>21</sup>. O serviço de registro de empresas é concentrado nas cidades de maior porte, enquanto o serviço de registro civil, por exemplo, é descentralizado, existindo uma serventia em cidades com reduzido número de habitantes.

As reformas legais visando transformar a administração pública de burocrática para gerencial não foram suficientes para otimizar a prestação dos serviços. O desenvolvimento econômico depende em grande parte de soluções inovadoras para os problemas, haja vista que vivemos em uma sociedade do conhecimento. O serviço prestado pelo Estado não propicia autonomia decisória, bem como implica perdas decorrentes da ausência de mecanismos motivacionais. A diferença de eficiência entre o serviço estatal e o privado é causada muitas vezes por fatores não diretamente mensuráveis, simbolizada pela diferença nos modos de fazer.

A dificuldade no registro de empresas constitui o que os economistas chamam de barreira à entrada de novos competidores, reforçando eventual poder de mercado das empresas já atuantes. O próprio registro de empresas nasceu como forma de impedir o ingresso de pessoas no comércio, já que a

primeira fase do desenvolvimento do Direito Comercial foi conhecida como subjetiva e corporativa: era considerada comerciante a pessoa matriculada em uma corporação de ofício, afastando do seu exercício todas as demais.

#### 3.2. Assimetria de informações

O registro de empresas, cujo objetivo é anotar os atos mais importantes da atividade empresarial, cumpre importante função de reduzir a assimetria de informações entre os interessados em celebrar determinado negócio jurídico.

O registro do empresário tem a função de dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos dos empresários individuais e dos empresários pessoa jurídica (inciso I do art. 1º da Lei nº 8.934, de 1994). A garantia e a segurança são a diminuição do risco dos negócios jurídicos pelo conhecimento do arquivamento de informações no registro. A publicidade significa que os atos registrados estão disponíveis a todos os interessados. A autenticidade quer dizer que o ato de registro cria a presunção de verdade do documento levado ao registro. É uma qualidade relativa porque o documento é retificável e os critérios do exame são predominantemente formais. A eficácia é a capacidade que o ato registrado tem de produzir efeitos jurídicos.

Há possibilidade de se consultar se determinada empresa com a qual se estabelece relações negociais está registrada na junta comercial<sup>22</sup>. A Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG), por exemplo, disponibiliza um serviço de venda de informações sobre empresas. O interessado tem acesso aos dados de clientes e fornecedores de determinado ramo de atividade, assim como informações sobre os concorrentes. A classificação do ramo de atividade tem por

os Registros Públicos.

<sup>21</sup> O § 2º do art. 9º da Lei nº 8.934, de 1994, permite a criação de delegacias da junta comercial, na forma da legislação estadual. As juntas podem ainda desconcentrar os seus serviços, mediante convênio com órgãos públicos ou entidades privadas sem fins lucrativos (art. 7º).

<sup>22</sup> O art. 29 da Lei nº 8.934, de 1994, prevê que qualquer pessoa pode consultar os assentamentos existentes na junta comercial, mediante pagamento do preço devido.

base a Classificação Nacional de Atividades (CNAE) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (COMISSÃO..., [2004?]), fornecida pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA)<sup>23</sup>.

#### – Cadastro Nacional de Empresas

O Cadastro Nacional de Empresas está previsto no art. 4º, IX, da Lei nº 8.934, de 1994, competindo ao Departamento Nacional de Registro do Comércio organizar e manter atualizado o cadastro nacional das empresas em funcionamento no País, com a cooperação das juntas comerciais.

As juntas comerciais são responsáveis por fornecer a estrutura necessária para a prestação ao órgão federal das informações necessárias à organização, formação e atualização do cadastro nacional. Os atos sujeitos ao arquivamento na junta comercial, entre eles o ato de constituição das empresas, são acompanhados de ficha do cadastro nacional, segundo modelo aprovado pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio<sup>24</sup>.

A finalidade do cadastro nacional de empresas é subsidiar a formulação de políticas públicas e facilitar o planejamento empresarial. Lembramos que a movimentação de constituição, alteração e extinção de empresas no ano de 2011 totalizou cerca de dois milhões e trezentas mil empresas. Acreditamos ser o caso de avaliar o custo-benefício da permanência do cadastro nacional de empresas, haja vista que as informações podem ser obtidas de forma regional e o custo anual para as empresas

<sup>23</sup> A Comissão Nacional de Classificação é um órgão colegiado subordinado diretamente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), nos termos do Decreto nº 3.500, de 9 de junho de 2000.

<sup>24</sup> A Portaria nº 178, de 23 de setembro de 2009, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, fixou os preços dos serviços referentes ao Cadastro Nacional de Empresas em dez reais para o registro do empresário individual e em vinte e um reais para o empresário pessoa jurídica. O recolhimento é procedido por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF).

com o cadastro nacional pode chegar a mais de três milhões de reais<sup>25</sup>.

## 4. Soluções privadas para o registro de empresas

### 4.1. Natureza econômica de bem privado

A natureza econômica do serviço de registro de empresas é de bem privado, pois ele é exclusivo e rival. O serviço é um bem exclusivo, pois há a possibilidade de excluir o uso do serviço por um terceiro que não se disponha a pagar um preço determinado<sup>26</sup>. O serviço também tem a característica econômica da rivalidade, porque o consumo de recursos do serviço no registro de determinada empresa impede o consumo dos mesmos recursos por outra empresa.

A literatura econômica indica que a prestação de serviços de natureza privada é mais eficiente se sujeita às regras de mercado, ou seja, se houver uma interação entre compradores e vendedores, sujeitos à lei da oferta e da procura e gerando uma espécie de equilíbrio entre quantidades ofertadas e demandadas e preço do bem. Assim, não há razões de natureza econômica que justifiquem a prestação do serviço de registro de empresas diretamente pelo Estado.

### 4.2. Formas privadas de prestação do serviço

Uma forma privada de prestação do serviço é a delegação da função de registrar as empresas no Brasil a pessoas naturais habilitadas em concurso público, nos moldes do registro civil. A pessoa habilitada no concurso se encarregaria de contratar funcionários, implantar fisicamente o espaço destinado ao registro, bem como arcar

<sup>25</sup> O acesso às informações depende da assinatura de um Acordo de Cooperação Técnica, de acordo com dados disponibilizados no endereço eletrônico do cadastro nacional de empresas (CADASTRO..., [s. d.]).

<sup>26</sup> Atualmente, compete ao Departamento Nacional de Registro do Comércio especificar os serviços prestados pelas juntas comerciais, com base nos quais são elaboradas as tabelas de preço estaduais (art. 55 da Lei nº 8.934, de 1994).

com todos os custos gerados pela prestação dos serviços.

Outra forma privada de prestação do serviço é a sua concessão, mediante licitação, a determinada empresa que se encarregaria, na forma da lei e do contrato de concessão, da função de registrar as empresas. O Projeto de Lei nº 1.572, de 2011, que propõe a criação de um novo Código Comercial, contém dispositivos que permitem a concessão dos serviços de registro de empresas por meio de lei estadual. O Estado que manifestasse interesse poderia optar por prestar o serviço diretamente, ou por meio de autarquia, ou realizar licitação, pela modalidade de concorrência, para conceder o serviço a uma sociedade de propósito específico (COELHO, 2011, p. 9). Um grupo ligado à Associação Nacional de Presidentes de Juntas Comerciais (ANPREJ) manifestou posição contrária à aprovação dos dispositivos<sup>27</sup>.

No bojo das discussões sobre o novo Código Comercial, foi prevista ainda a possibilidade de lei estadual autorizar a constituição de uma empresa pública estadual, que adotaria a forma de uma sociedade anônima, para prestar o serviço de registro de empresas, substituindo a prestação direta do serviço pelo Estado ou por autarquia estadual.

#### *– Regulação de preço e área de atuação*

A prestação do serviço por entidades privadas implica a discussão sobre questões regulatórias como a regulação do preço e da área geográfica de atuação.

Quanto ao preço do serviço, poderia ser utilizado o sistema de regulação do preço denominado “teto-preço”, pelo qual o ente regulador impõe um valor máximo para o preço e seu reajuste por determinado índice de correção. A existência do teto implica-

<sup>27</sup> Título da notícia: *Juntas Comerciais debatem projeto de lei do novo Código Comercial*: discussão foi pautada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio, que solicitou sugestões para aprimorar o projeto (JUNTAS..., 2012).

ria diminuição dos custos das empresas que explorariam o serviço de registro de empresas, pois teriam que minimizar seus custos para garantir os lucros.

Duas importantes questões dizem respeito à área de atuação das empresas registradoras, especificamente no que tange ao desenvolvimento regional e ao âmbito de proteção do nome empresarial.

Em relação à primeira questão, é importante destacar que os preços atualmente cobrados nas juntas comerciais variam fortemente conforme a região do País em que se encontra o órgão de registro. O preço do registro do empresário individual na Junta Comercial do Estado de São Paulo, por exemplo, é atualmente de vinte e quatro reais, enquanto o preço do mesmo serviço no Estado de Rondônia é de duzentos e nove reais. A concessão do serviço de registro de empresas deveria levar em conta as desigualdades regionais no seu desenho regulatório. O preço do registro do empresário individual nas juntas comerciais, por exemplo, é apresentado na tabela a seguir (DEPARTAMENTO..., [s. d.]).

Quanto à segunda questão, cumpre assinalar que a proteção do nome empresarial atualmente se dá dentro do limite estadual da junta comercial onde a empresa foi registrada<sup>28</sup>. Caso o empresário queira dar proteção ao nome empresarial em algum outro Estado ou em todo o território nacional, é necessário que requeira a extensão da proteção a cada um dos Estados envolvidos.

Os §§ 1º e 2º do art. 33 da Lei nº 8.934, de 1994, que estendem a proteção do nome empresarial a todo o território nacional, mediante comunicação de ofício da junta comercial originária às demais, foram vetados. Argumentou-se, nas razões do veto, que a proteção ampliada ao âmbito nacio-

<sup>28</sup> O nome empresarial é a firma ou denominação adotada para o exercício de empresa, obedecendo-se aos princípios da veracidade e da novidade. O requisito da novidade significa que o nome empresarial deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.



Junta Comercial	Preço (reais)	Junta Comercial	Preço (reais)	Junta Comercial	Preço (reais)
Rondônia	209	Amapá	99	Minas Gerais	72,11
Rio de Janeiro	172	Espírito Santo	90,36	Bahia	70
Acre	170	Paraíba	90	Rio Grande do Norte	65
Pará	149	Tocantins	90	Ceará	59
Amazonas	148,5	Pernambuco	85	Santa Catarina	45,5
Mato Grosso do Sul	138	Maranhão	80	Rio Grande do Sul	35
Piauí	135	Mato Grosso	75	São Paulo	24
Roraima	130	Sergipe	75	Paraná	23
Goiás	108	Alagoas	75	Distrito Federal	20

nal criaria enorme dificuldade na instituição de nomes diferentes, multiplicando-se os casos de colidência.

No âmbito do novo Código Comercial, foi sugerida a extensão da proteção do nome empresarial a todo o território nacional, mediante um cadastro nacional de nomes empresariais, organizado pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (COELHO, 2011, p. 10).

Assim, eventual critério de concessão do serviço de registro de empresas também deveria levar em conta o âmbito de proteção do nome empresarial, para fins de delimitação da área de atuação da concessionária.

### 5. Considerações finais

A qualidade das instituições é uma das causas da desigualdade de renda entre os países. As instituições extrativas atuam de forma predatória sobre a sociedade, canalizando renda para determinado grupo. As instituições inclusivas, por outro lado, garantem o direito de propriedade, reforçam os contratos, criam um ambiente de competição justa, estimulando investimentos em inovação, o que gera desenvolvimento econômico.

As instituições de registro de empresas no Brasil estão atualmente sedimentadas em bases estatais. O monopólio do serviço é exclusividade das juntas comerciais, a quem compete registrar os empresários individuais e os empresários pessoas jurídicas, assim considerados aqueles que exercem profissionalmente atividade eco-

nômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

A natureza econômica do serviço de registro de empresas é de bem privado, pois ele é exclusivo e rival. O serviço é exclusivo porque há possibilidade de excluir seu uso por pessoa não pagante e rival porque o seu uso consome recursos que não podem ser utilizados concomitantemente por outra pessoa.

Entre as soluções privadas para o registro de empresas, podemos citar a delegação do serviço para pessoa habilitada em concurso público, nos moldes do serviço de registro civil, a concessão do serviço a empresa vencedora de certame licitatório, mediante contrato de concessão, e a substituição da prestação direta do serviço pelo Estado mediante a constituição de empresas públicas concessionárias.

### Referências

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglas North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul./set. 2011.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

CADASTRO Nacional de Empresas. Brasília: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, [s.d.]. Disponível em: <<http://cne.mdic.gov.br/>>. Acesso em: 16 maio 2012.

- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economic*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMISSÃO Nacional de Classificação. *Pesquisa CNAE*. São Paulo: IBGE, [2004?]. Disponível em: <<http://www.cnae.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 3 maio 2012.
- DEPARTAMENTO Nacional de Registro do Comércio. *Registro mercantil*. Brasília: [s.n.], [20--?]. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 8 maio 2012.
- \_\_\_\_\_. *Juntas comerciais*. Brasília: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 2 maio 2012.
- DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and economics: alternative modes of governance*. New Jersey: Princeton University, 2004.
- ESPINO, José Ayala. El Neoinstitucionalismo, una revolución del pensamiento econômico. *Comercio Exterior*, México, v. 51, n. 1, p. 44-57, jan. 2001.
- JUNTAS comerciais debatem projeto de lei do novo código comercial. *Junta Comercial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.jucesp.fazenda.sp.gov.br/institucional\\_noticias\\_projeto\\_de\\_lei.php](http://www.jucesp.fazenda.sp.gov.br/institucional_noticias_projeto_de_lei.php)>. Acesso em: 3 maio 2012.
- NORTH, Douglass Cecil. Para um país enriquecer. *Veja*, São Paulo, v. 36, n. 47, p. 11-15, nov. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University, 1990.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.
- PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.
- SCHUMPETER, Joseph. *Teoria do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Instituições e desenvolvimento econômico: uma análise crítica das idéias de Douglas North. *Estudos econômicos*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 95-112, jan./mar. 1999.
- VERA, Flávia Santinoni. Conseqüências do direito brasileiro para o empreendedorismo. In: ROCHA, C. Alexandre A. et al. *Agenda legislativa para o desenvolvimento nacional*. Brasília: Senado Federal, 2011.
- WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. 8 v.
- WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free, 1985.



## 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.