

---

# crítica jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

ISSN 0188-3968

24  
2005



Fundación Iberoamericana  
de Derechos Humanos



Ensino por ideal | FACULDADES  
DO CENTRO DO  
PARANÁ



UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR VILLE DO IGUAÇU







CRÍTICA JURÍDICA pertence a CRÍTICA JURÍDICA A.C., sociedade civil sem fins lucrativos constituída de acordo com a legislação mexicana. A partir da 17ª edição, a revista passou a ser publicado em Curitiba-Brasil, representando o órgão científico oficial de publicação das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, tendo a colaboração de Crítica Jurídica A.C. (México), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades da Universidad Autónoma de México (UNAM- México), Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (FIDH - Espanha). Este número também teve a colaboração da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA - Argentina), das Faculdades do Centro do Paraná – UCP, Pitanga-Paraná-Brasil, do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e da Unidade do Ensino Superior Vale do Iguaçu (UNIGUAÇU).

Todos os artigos são submetidos à arbitragem dos membros do conselho editorial e do conselho internacional de assessores. Pelas opiniões sustentadas nos trabalhos respondem unicamente seus autores, não representando, a publicação dos mesmos, a opinião de CRÍTICA JURÍDICA. O material publicado nesta Revista somente pode ser utilizado citando sua fonte bibliográfica. A reedição de trabalhos somente será autorizada por CRÍTICA JURÍDICA em caso de haver autorização expressa dos respectivos autores.

**COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL**

**Mantenedora:**

Dr. Clémerson Merlin Clève

Dr. Wilson Ramos Filho

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL**

**Diretor Geral:**

Dr. José Henrique de Faria

**CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS EN CIENCIAS Y HUMANIDADES-UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**Diretor:**

Dr. Daniel Cazés

**FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Presidente:**

Dr. Joaquín Herrera Flores

**DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**Directora:**

Dra. Mary Beloff

**COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DE SANTA CATARINA**

**Presidente da Mantenedora:**

Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr.

**Diretor Geral:**

Dr. Nilo Kaway Jr.



**Crítica jurídica**

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

---

Nº 24

2005

---



Primeira impressão desta edição: 2005

Editada por Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Endereço da Faculdades do Brasil Ltda.

Rua Konrad Adenauer, 442, Taramã

CEP. 82.820-540

Curitiba - Paraná - BRASIL

Tel : 55(41)3361.4200

[criticajuridica@unibrasil.com.br](mailto:criticajuridica@unibrasil.com.br)

Crítica Jurídica A.C.

Santa Úrsula 38, 6-102

Santa Úrsula Xitla

14420, México D.F.

Tel: xx - 52 - 55 - 5655.407

Impresso no Brasil

Por: Gráfica CESUSC

Rod. SC 401 - Km 10 - Trevo Santo Antônio de Lisboa. Florianópolis - SC

Diagramação: Eduardo Lima de Almeida Machado

[eduardolima13@yahoo.com.br](mailto:eduardolima13@yahoo.com.br)

Distribuidor en México:

Distribuciones Fontamara

Avenida Hidalgo, 47 B

Colonia del Carmen, Coyoacán

04100 México D.F.

Tel: xx - 52 - 55 - 5659.79788/7117

ISSN: 0188-3968

## **Diretor**

- Oscar Correias

## **Secretaria Geral**

- Carol Proner (Complexo de Ensino Superior do Brasil – UniBrasil – Brasil)

## **Secretarias Regionais**

- Antonio Franco (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Pablo Perel (Universidad Nacional de Buenos Aires – Argentina)

## **Conselho Editorial**

- Clèmerson Merlin Clève (Complexo de Ensino Superior do Brasil – Unibrasil – Brasil)
- Daniel Cazés (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- David Sanchez Rubio (Universidad de Sevilla – España)
- Edmundo Lima de Arruda Jr. (Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesus – Brasil)
- Eros Roberto Grau (Universidade de São Paulo – Brasil)
- Fernando Tenorio Tagle (Universidad Autónoma Metropolitana – México)
- Héctor Cuadra (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide – España)
- Jorge Witker (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- José Rolando Emilio Ordóñez (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Rogério Viola Coelho (Centro de Pesquisa Democracia e Mundo do Trabalho – Brasil)
- Wilson Ramos Filho (Complexo de Ensino Superior do Brasil – Unibrasil – Brasil)

## **Conselho Assessor**

- Adolfo Sánchez Pereira (Universidad Autónoma Benito Juárez, Oaxaca – México)
- Antoine Jeammaud (Université de Lyon – Francia)
- Antonio Azuela (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Arturo Berumen Campos (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Augusto Sánchez Sandoval (Universidad Nacional Autónoma de México – DF)
- Boaventura de Sousa Santos (Universidad de Coimbra – Portugal)
- Carlos Cárcova (Universidad Nacional de Buenos Aires – Argentina)
- Carlos Herrera (Université de Cergy – Francia)
- Carlos Rivera Lugo (Facultad de Derecho “Eugenio María de Hostos”, Mayagüez – Puerto Rico)
- Célio Horst Waldraff (Universidade Federal do Paraná – Brasil)
- Graciela Bensusan (Universidad Autónoma Metropolitana – México)
- Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná – Brasil)
- Jesús Antonio de la Torre Rangel (Universidad de Aguascalientes – México)

- Jorge Luis Ibarra Mendivil (Universidad de Sonora – México)
- José Ignacio Lacasta Zabalza (Universidad de Zaragoza – España)
- Juan–Ramón Capella (Universidad de Barcelona – España)
- Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná – Brasil)
- Manuel Jacques Parraguez (Universidad Bolivariana – Chile)
- Marco Navas Alvear (Universidad Católica del Ecuador – Ecuador)
- María Eugenia Padua (Universidad Autónoma de Guerrero – México)
- Paulo Ricardo Schier (Complexo de Ensino Superior do Brasil – Unibrasil – Brasil)
- Peter Fitzpatrick (University of London – Inglaterra)
- Regina Macedo Ferrari (Universidade Federal do Paraná – Brasil)
- Roberto Bergalli (Universiudad de Barcelona – España)
- Roque Carrión Wam (Universidad de Carabobo – España)
- Víctor Moncayo (Universidad Nacional de Colombia – Colombia)



## ÍNDICE

<b>Carta de la Dirección .....</b>	<b>09</b>
<b>Apresentação do Coordenador .....</b>	<b>11</b>
 <b>TEORIA</b>	
<b>Pensamento Jurídico .....</b>	<b>15</b>
Por Paolo Grossi	
<b>Da Administração Pública Burocrática à Gerencial - A Influência de Max Weber .....</b>	<b>21</b>
Por Adriana da Costa Ricardo Schier	
<b>A Verdade do Constitucionalismo Clássico está Superada? .....</b>	<b>51</b>
Por Alexandre Coutinho Pagliarini	
<b>O Incidente de Deslocamento de Competência e o Princípio do Juiz Natural .....</b>	<b>63</b>
Por Clara Maria Roman Borges	
<b>Hermenêutica e Argumentação Ético-Material na Aplicação do Direito .....</b>	<b>91</b>
Por Marco Aurélio Marrafon	
<b>Hegel, Idealismo e Nacionalismo .....</b>	<b>121</b>
Por Marcos Augusto Maliska	
<b>Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo .....</b>	<b>131</b>
Por Paulo Ricardo Schier	
 <b>DIREITOS HUMANOS</b>	
<b>Filiação e Homossexualidade .....</b>	<b>153</b>
Por Ana Carla Harmatiuk Matos	
<b>Sistema Penal, Controle Social e Direitos Fundamentais - Reflexões sobre as Penas e Medidas Processual-Penais Alternativas .....</b>	<b>177</b>
Por Eliezer Gomes da Silva	

<b>A Boa-Fé como “Um Mar sem Fronteiras” e a Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais</b> .....	199
Por Rosalice Fidalgo Pinheiro	

## **ANALISES**

<b>A Constituição e a Democracia Portuguesa</b> .....	229
Por Jorge Miranda	

<b>Constituição Européia e Direitos Fundamentais</b> .....	239
Por Eduardo Biacchi Gomes	

<b>Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial</b> .....	257
Clémerson Merlin Clève	

<b>Organização Mundial do Comércio e Propriedade Intelectual. Um “Direito Global” Substituindo Legitimidades</b> .....	301
Por Carol Proner	

<b>Solidariedade Fiscal e a Substancial Inconstitucionalidade da Contribuição dos Inativos: Para uma Justa e Necessária Revisão da Adin N° 3.128/Df</b> .....	329
Por Octávio Campos Ficher	

## Carta de la Dirección

Estimados amigos:

**CRÍTICA JURÍDICA** cumple en 2006 veinticuatro años de insistencia en **aparecer**. Siempre hemos tenido dificultades, principalmente de financiamiento, pero **siempre** hemos conseguido estar, aunque no con la regularidad que caracteriza a las **revistas oficiales**.

En esta ocasión, en primavera de 2006 - en el norte, pues en el sur es **otoño**-, el número 24 es especial por dos circunstancias. La primera, tiene el rasgo **especialísimo**, de ser, éste un número, casi totalmente escrito en portugués -pero el **portugués** musical de los hermanos brasileños. La segunda, porque en estos meses **los latinoamericanos** estamos asistiendo a un cambio político que, si bien es de **reducida magnitud**, no deja por ello de ser un atisbo a un futuro que no está guiado **por el monótono** y monocorde pensamiento liberal -burgués, más bien- que nos ha **conducido a ser el continente más desigual del planeta**.

Tal vez no sea una coincidencia esta irrupción, fuerte, masiva, del **pensamiento brasileño**, jurídico y de izquierda. Tal vez está conectado con la presencia **de Lula** en el panorama de ese país: si bien puede ser discutido, y lo es, ampliamente, **el de este presidente** es un gobierno que levantó esperanzas en el pueblo pobre y en **la izquierda política**. Y en el resto de continente: el hermano mayor, por la vía electoral, **se vistió de expectativas** que continúan vivas. Es posible que el entusiasmo por las **posibilidades** de cambio haya atizado la reflexión jurídico política, que se ha hecho **presente** en este número de **CRÍTICA JURÍDICA**. No es tan casual, entonces, la **característica** de este número.

Y la segunda faceta de este número, tiene el color de un fantasma -no tan **negro**, cierto- que recorre América Latina: la izquierda parece avanzar llenando **ciertos huecos** que se abrieron en nuestros corazones con la terrible derrota de los años **setenta**, con la victoria del imperialismo y las burguesías autóctonas, que **llenaron de sangre** el continente.

El panorama está dominado hoy por Lula, Tabaré, Evo, Cháves, Kirschner, **una presidenta socialista** en el Pacífico, y dos apuntes, uno en Perú y otro en México. **Aunque el imperialismo** no está durmiendo, y sus soldados han hecho pie en Paraguay, **muy cerca** de las nacionalizaciones prometidas por el gobierno de Morales. Y tampoco **duerme en Venezuela**: Colombia es el otro pie de las fuerzas yanquis en América Latina. **Pies firmes**, de botas y metralla. Porque hay otro pie, no menos peligroso, que responde **al amo imperial**, que ataca a Cuba y a Venezuela, aunque no está disfrazado de *marine*:



el gobierno mexicano, el cachorro del imperialismo, Fox y sus secuaces, hace su trabajo, un trabajo torpe, pero sostenido. Y exactamente en este puesto de avanzada hacia el sur, apunta un personaje no muy transparente, pero que ha conseguido desesperar a la derecha: Andrés Manuel López Obrador se anota en primer lugar para ganar la presidencia en las puertas mismas del monstruo. Allí mismo donde los zapatistas, de gira por el país en “la otra campaña”, proponen un movimiento netamente de izquierda y anticapitalista, con una nueva constitución como divisa.

Un fantasma recorre América Latina. Asusta a muchos. Llena de esperanza a muchos más. Pero no se puede negar, también, que las reticencias agrandadas por las derrotas, pone cautela en al pensamiento de izquierda que está a la izquierda de la izquierda que está recorriendo el continente. Se oye de los gobiernos la promesa del cambio. Pero se hace poco por ese cambio. Romper con el imperialismo es difícil. La democracia vigilada en que suceden estos ensayos gubernamentales, no es libre del peso del capital y los capitalistas. Controlan todo: los recursos naturales y las empresas que les regalaron, todavía mandan los mismos generales -o los que eran tenientes cuando llenaron de sangre el continente-, y los pueblos pagan onerosas deudas que contrajeron los poderosos. Desde Chile llega la voz antipinochetista que, ha dicho, no va a mover ninguna pieza del programa liberal pinochetista. Como no parece haberlas movido Lula, aunque se apresta a ganar nuevamente las elecciones. Tabaré amenaza con firmar acuerdos con el imperio por separado. López Obrador promete trabajar con los empresarios, y se sabe que con ellos no habrá cambio del rumbo en el capitalismo salvaje. El fantasma, en realidad, parece fantasma, y grande, porque corre de noche. Pero la verdad es que tiene distintos colores, y ninguno es el rojo rojo. Mete miedo, pero en realidad tiene la mitad de los dientes limados.

Los juristas, los jóvenes que han decidido jugar al cambio social, tienen ahora una tarea importante. Si el rumbo seguirá siendo de izquierda, pero encerrado en una democracia cuyas llaves posee la derecha, cabría esperar que el pensamiento jurídico político se convierta en una defensa de los conseguido, pero al mismo tiempo una lucha sin cuartel por una democracia radical, ni controlada, ni dominada por las fuerzas del capital, especialmente el mediático, ni rehén de las voces que gritan “cuidado que viene el lobo”, es decir, la dictadura. Una democracia radical, que permita el avance de la izquierda, puede ser uno de los rumbos plausibles para el pensamiento jurídico de izquierda. CRÍTICA JURÍDICA invita, como siempre lo ha hecho, a los jóvenes abogados, a participar, con sus experiencias, en la construcción del pensamiento de izquierda, respecto del cual tiene vocación y voluntad de acompañar.

## **Apresentação do coordenador**

No início de 2003 nascia, na UniBrasil, o NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, formado por um grupo de Professores Doutores preocupados com a construção de uma dogmática constitucional crítica e emancipatória e a compreensão dos mecanismos de relação que se fundam entre a Constituição e os direitos infraconstitucional e supranacional. Sempre com a tônica central voltada para os direitos humanos e fundamentais, este grupo de professores vem produzindo inúmeros artigos, estudos, ensaios e livros que, aos poucos, projetam o Núcleo no cenário brasileiro e internacional.

O NUPECONST ampliou-se e é formado, hoje, por 24 docentes pesquisadores (14 doutores, 6 doutorandos e 4 mestres). Na caminhada verticalizou sua linha de pesquisa, que agora está centrada no tema “Direitos fundamentais e democracia – correlações e interdependências nos contextos do Estado Nacional e Supranacional”.

Este volume da Crítica Jurídica, além da participação dos grandes autores que notabilizam a Revista como uma das mais importantes no cenário mundial, também conta com a contribuição de 15 pesquisadores do NUPECONST: (i) os doutores Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Coutinho Pagliarini, Ana Carla Harmatiuk Matos, Clara Maria Roman Borges, Eduardo Biacchi Gomes, Eliezer Gomes da Silva, Marcos Augusto Maliska, Octavio Campos Fischer, Paulo Ricardo Schier e Rosalice Fidalgo Pinheiro e (ii) os doutorandos Marco Aurélio Marrafon, Adriana da Costa Ricardo Schier e Carol Proner.

Convém registrar, ainda, em especial, a contribuição do Professor Jorge Miranda, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, instituição com a qual a UniBrasil, através do NUPECONST, firmou recente e importante convênio de cooperação acadêmica e também do professor Paolo Grossi, emerito professor de história da Universidade de Firenza.

Assim o NUPECONST vai fortalecendo os seus passos rumo à internacionalização do grupo e de sua produção científica.

Paulo Ricardo Schier  
Coordenador do NUPECONST  
e Membro do Conselho Assessor da Crítica Jurídica

## **Pensamento Jurídico\***

**Paolo Grossi\*\***

**Resumo:** o presente artigo busca resgatar a noção de 'pensamento jurídico' enquanto dimensão que dispõe de autonomia diante da tipicidade do jurídico com relação às outras realidades culturais. Tal tipicidade radica-se nas conexões que o direito tem com a própria realidade histórica (que é o substrato natural da produção e da reflexão jurídicas), malgrado nos últimos duzentos anos um processo redutivo, que foi secundado pela reflexão 'cientificista' e positivista, tenha buscado vincular o nascimento e a vida do direito somente à política e ao Estado.

**Abstract:** The present article seeks to get back the notion of "judicial thought" as dimension that disposes of autonomy in the view of the representation of the judicial in relation to the other cultural realities. Such representation is consolidated in the connections that the right has with its own historical reality (which is a natural substratum of the judicial produce and reflexion) although in the last two hundred years, a reducing process that was reinforced by the "scientific(ist)" and positivist reflexion has tried to link the birth and the life of the right only to the politics and to the State.

**Palavras chave:** pensamento jurídico; autonomia; história do direito; absolutismo jurídico; positivismo.

**Key-words:** judicial thought; autonomy; history of the Right; judicial absolutism; positivism.

### 1

Pode não ser inócua a conjunção do adjetivo 'jurídico' com o substantivo 'pensamento'. Ela pode assinalar, de fato, algumas escolhas fundamentais em relação à concepção de direito, ao seu erigir-se em ciência e ao seu nexos com os valores da civilização circundante; e pressupor em quem a usa um complexo de soluções positivas a muitos dos problemas que tem majoritariamente perseguido e atormentado a epistemologia jurídica moderna. A conjunção 'pensamento jurídico', quando não for usada numa acepção genérica ou ocasional, pretende de fato sublinhar não somente que a dimensão jurídica pode ser objeto autônomo de

\* Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca (Doutor em direito, professor do departamento direito privado e do programa de pós-graduação em direito da UFPR. Pesquisador do CNPq).

\*\* Professor Ordinário de História do Direito Medieval e Moderno da Università degli Studi di Firenze e Acadêmico dos Lincei. Piazza Indipendenza, n. 9, CEP 50.129, Firenze, Itália. E-mail: [centro@tsd.unifi.it](mailto:centro@tsd.unifi.it).



pensamento, quanto que o 'jurídico' – quando é objeto de pensamento – tem uma tal autonomia e uma tal força incisiva sobre a estrutura especulativa que lhe está em torno a ponto de provocar a própria autonomia desta estrutura, de erigi-la em discurso autônomo relativamente à outras formas de abordagem da realidade.

As escolhas de fundo, que se pressupõem, aparecem sobretudo como as seguintes:

- a) a dimensão jurídica é uma dimensão autônoma da realidade, porque o 'jurídico' é um seu valor típico e específico;
- b) como tal, o 'jurídico' não é somente um mecanismo de organização da realidade, mas é pensado e construído em um nível menos empobrecedor; é aliás expressivo não da quotidianidade mas de raízes profundas, sendo ligado aos valores essenciais de uma sociedade; é, enfim, essa mesma civilização pulsante de uma comunidade histórica;
- c) como tal, o jurídico não pode ser somente objeto de conhecimento técnico e científico, mas daquele mais alto grau de compreensão que os filósofos chamam de pensamento; o 'jurídico' pode se tornar esse mesmo pensamento com um vulto que traz em si uma intensa tipicidade.

É claro que quem fala de pensamento jurídico, não por mera ocasião retórica, mas conscientemente, afirma implicitamente que não tem nada a partilhar nem com uma visão redutiva do direito, nem com uma concepção positivista da ciência jurídica e do jurista. O direito não pode, sob essa ótica, ser reduzido a instrumento do poder político ou a um acúmulo normativo mais ou menos ordenado sistematicamente; e a ciência jurídica, alforriada de toda servidão exegética, liberada do condicionamento necessário da vontade do legislador, é individuada como intérprete no significado mais intenso do termo, não como tecedeira de argumentações lógicas no interior de um sistema fechado que ela não contribuiu a construir e do qual ela simplesmente sofreu a incidência, mas sim como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração de arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento. Falar de 'pensamento jurídico' significa de fato acreditar que o nível do direito não é nem aquele da mera execução passiva de forças inerentes a outras dimensões, nem aquele do discurso simplesmente técnico; testemunha a convicção que, ao contrário, o direito, na sua essência, fisiologicamente, é expressão fiel de uma civilização.

Somente nestas condições é que se pode falar de modo consciente e coerente de 'pensamento jurídico'. Se a ciência (e portanto também a ciência jurídica) é um conjunto de abordagens e de instrumentos cognitivos com uma eficaz capacidade para analisar objetos particulares (na qual a ação cognitiva é ajudada por apropriados subsídios técnicos), o pensamento em todas as suas manifestações (e portanto também no jurídico) é alguma coisa a mais e é qualitativamente diverso, é a ciência que se ergue para perceber o universal. Somente se o direito está no centro de uma civilização em

movimento e dela constitui um tecido fundamental, é que se pode afirmar correta e plenamente sobre a existência de um ‘pensamento jurídico’.

## 2

Entende-se então porque a história ocidental tenha sido o nicho conveniente para o emergir, o desenvolver e o consolidar de um pensamento jurídico: porque aquela história, nas suas manifestações romana e medieval, sempre relegou ao direito um papel de nervura recôndita, secreta mas determinante, de uma sociedade civil. Digamos mais: porque o Ocidente teve o singular privilégio de ter construído a própria civilização como direito, a sua é antes de tudo uma civilização jurídica, no sentido de que cabe ao direito um papel decisivo no seu projeto arquitetônico.

Para limitar o olhar ao que está logo às nossas costas, no mundo medieval e pós-medieval, à *scientia iuris* (termo a ser compreendido com a mente liberada da noção positivista moderna de ciência) é reservado um indubitoso primado epistemológico, e ela é olhada com atenção e respeito da parte de todo intelectual; o jurista é o homem dos projetos, está no centro da cidade que o nutre e o sustenta como célula relevante; senta-se no palácio como natural depositário do poder e estabelece colóquios com os doutos, ele em primeiro lugar entre os doutos, como interlocutor privilegiado que é.

Quando, no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político, enquanto deforma-se sensivelmente e revolve-se também a velha relação entre direito e mundo que o circunda. O absolutismo jurídico da era liberal percebe o enorme valor – político *stricto sensu* – do direito, liga-o ao poder e à classe que lhe é detentora como precioso *instrumentum regni* de um modo maior de como se havia feito no passado, mortifica o jurista como simples repetidor da voz do legislador. Toda função de elaboração de projetos é afastada; aos *admicula iuris* deixa-se o papel infinitamente menor de fazer as vezes de aparelho ortopédico para as claudicâncias do próprio legislador e aos juristas o não-papel de sugestor de expedientes gramaticais. O direito, capturado no laço mortal de invenções e artificios imobilizantes (antes de tudo a assim chamada hierarquia das fontes), inseriu-se bem profundamente nos mecanismos de poder e foi eliminado o quanto possível da sociedade civil e da cultura. É a operação muito lúcida e inteligente da burguesia vitoriosa, impregnada de vigilante atenção pelo ‘jurídico’ e de desconfiança com relação à ordem dos juristas. A estes, ao longo do século XIX, nos países de direito codificado (que são a maioria) é reservada a dimensão passiva da exegese, da qual não é impossível mas é difícil readquirir o céu aberto e vivo do pensamento.

A grande tradição da análise jurídica medieval e pós-medieval continua na Alemanha, terra do direito comum; e, em certa medida e com posições muito particulares,

nos países do *common law*. Mas será penoso para os juristas sair do pequeno canto a eles reservado e recuperar um papel de engenharia construtiva. A separação entre jurista e sociedade, a representação do jurista como gramático do poder e a condição simplesmente executiva e conservadora do direito circulam como alicerces numa estruturação rigidamente monista do Estado marcada pelo princípio constitucional da subtração de toda a liberdade criativa à ordem dos juristas, enquanto se continua a recitar de modo sempre mais inconsciente mitos, fórmulas e temores provenientes dos eventos de 1789.

São esses os nós ainda não resolvidos do século XX, no seu devir ambíguo e atormentado, no qual porém o historiador não pode deixar de individuar um fio condutor recente que leva a um resgate crescente do jurista às grandes escolhas, um espaço que sempre se amplia mais à dimensão jurídica como força que forja projetos produtores de história. Ao lado, re-emerge da parte do jurista o resgate psicológico do próprio papel, da sua própria libertação da condição servil da *exegese*. É o momento incandescente que estamos vivendo.

### 3

O pensamento jurídico não é escrito sobre tábuas sagradas; é escrito prevalentemente sobre as coisas; aliás, mais ainda, sobre coisas mutáveis da história humana, e traz em si algumas conotações típicas:

a) nasce de baixo, das coisas, dos fatos, e sobre estes torna a voltar-se revelando o seu íntimo caráter ordenador; a tensão co-natural que o domina e o caracteriza é encarnar-se, é não flutuar sobre as experiências, mas ordená-las. O pensamento jurídico não pode prescindir do mundo da ação, onde está sempre sepultado o germen que o desperta: ações singulares, ações coletivas mas ações particulares que são, no momento ordenador, recuperadas dos seus particularismos e subtraídas da miséria do cotidiano. E aqui o pensamento jurídico desvela a sua natureza complexa: a dimensão especulativa se insere sempre na capilar vida cotidiana, que constitui uma espécie de ineliminável dimensão submersa. Ele não pode nunca prescindir da laboriosa oficina onde, ao lado de elaboradíssimos princípios, fala-se e opera-se em leis e atos administrativos, contratos e testamentos, citações em juízo e tipificações de crimes, contratos de trabalho e sociedades comerciais, uma diáspora de fatos saídos de suas próprias cascas e inseridos, num nível mais elevado, em uma sociedade e em uma cultura, como objetos de pensamento. 'Pensamento jurídico' é sem dúvida uma filosofia, mas muito freqüentemente uma filosofia subtraída do filósofo profissional: o



balbucio, que se tornará sucessivamente discurso mas que já é um embrião de discurso, toma início no canteiro de obras dos advogados, dos juizes, dos notários, dos *doctores iuris*, todos participantes da fundação de um pensamento jurídico não menos do que o sapientíssimo *speculator* ou do que o legislador. O pensamento jurídico é também uma ‘mentalidade’, uma vez que é sempre fruto dessa realidade plural exatamente porque síntese de ação e conhecimento, de com-preensão dos tantos institutos e tipificações legais individuais – cada um pesadamente impregnado de lugar, de tempo, de motivos, de interesses dentro do tecido dos modelos gerais sobre os quais se ordena uma civilização histórica;

b) indissolavelmente ligado à mutabilidade dos fatos o ‘pensamento jurídico’, como locução absoluta, é muito freqüentemente uma abstração. Ainda que seja dado aos juristas tomar e individuar as permanências que superam intactas as mais diversas rupturas (e que se aprecia chamar não incorretamente ‘conceitos jurídicos’ ou mais discutivelmente ‘dogmática jurídica’), o pensamento jurídico, expressão do vulto interior de uma civilização em movimento e manifestação das suas mais profundas raízes históricas, é ligado àquele determinado modo muito particular de sentir, viver, conceber o direito que nos acostumamos a expressar com a noção sintética de experiência jurídica. Existem, claro, articulações relevantes entre experiências subseqüentes no tempo (pense-se no tecido conectivo do pensamento jurídico romano com relação às ordens culturais sucessivas), existem – como se dizia pouco antes – algumas permanências inegáveis (que permitiram um florescer não edificante mas repetido até recentemente como ‘história dos dogmas’), mas o ligame expressivo do pensamento jurídico se dá com uma ação historicamente típica, com a vida do direito tal como sincronicamente acontece dentro de limites temporais historicamente legítimos, onde a legitimidade é medida não a partir dos limites temporais da artificiosa história política mas nas consolidações da longa duração e das escolhas profundas com as quais o direito ordena e enrobustece idéias, ideologias e costumes. Assim, enquanto seria imprudente ou simplesmente vulgar discorrer sobre pensamento jurídico francês, espanhol, italiano e assim por diante, seria correto falar de pensamento jurídico do *common law* diante daquele do *civil law*, ou daquele dos países socialistas; ou então, sob o plano histórico, de um pensamento jurídico romano, medieval ou moderno, cujas diversidades não sejam nem formais, nem meramente terminológicas ou instrumentais, mas fundadas sobre uma visão do direito que reclama a sua tipicidade daquele conjunto das mais secretas visões e construções do homem e da comunidade no real, que chamamos civilização.

## 4

‘Pensamento jurídico’ não é uma conjunção muito afortunada.

Por um lado, quem mantém o culto do pensamento como algo absoluto tem uma natural aversão a aceitar que este absoluto seja confiado às tramas de um mundo relativo como o direito. As características de eternidade e de imutabilidade enquanto atributos essenciais ao pensamento são herança, difíceis de abater, de uma imagem que nasceu e cresceu sob o molde das ciências exatas, uma imagem que obstaculiza concepções mais amplas e mais livres.

Por um outro lado, quem, vinculado ao positivo, liga depreciativamente o termo e a noção com as sistematizações do idealismo refuta este e aquele, cala-se sobre um e sobre o outro, pretendendo com o silêncio exorcizar uma realidade repugnante. É por isso que, em vista dos seus fundamentos, que de diversos modos (mas seguramente o são) positivistas, a reflexão jurídica até hoje prefere deter-se sobre o terreno mais concreto e menos comprometedor de ‘ciência jurídica’. Assim ocorre com quem separa rigorosamente o direito positivo da comparação, da história e da sociologia jurídica, constituindo-as como ciências auxiliares e não as tomando como riquezas internas e intrínsecas à dimensão jurídica (Carbonnier); assim ocorre com quem empobrece a ciência como uma insossa sombra da norma (Kelsen). É emblemático que a conjunção não se encontre nem uma vez sequer – ou porque cuidadosamente evitada, ou porque ignorada – entre os títulos da vastíssima produção do maior cultor italiano de teoria geral do direito, Norberto Bobbio, cuja obra se coloca, ainda que não rigidamente, numa ótica filosófica neopositivista. Por outro lado, dessa conjunção pode legitimamente falar Gény, sempre preocupado em colocar o jurista em meio à história e a torná-lo produtor de história, todo amarrado à tarefa de chegar a entender “le centre du grand mystère du droit”.

## **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber\***

**Adriana da Costa Ricardo Schier\*\***

**Resumo:** O presente texto analisa os principais modelos de gestão administrativa, a partir do contexto de reformulação das funções estatais, desencadeado a partir da crise de estrutura dos estados sociais, ocorrida principalmente a partir da década dos 70. Voltando-se a análise para a realidade Brasileira, trata-se do estudo sobre o novo desenho do Estado e de Administração Pública: um Estado neoliberal, que opta por deixar à iniciativa privada o trato das questões sociais, e uma Administração Pública estruturada de forma gerencial, preocupada com o alcance de bons resultados, independente dos meios utilizados para alcançá-los, o que teve incidência de forma mais preponderante a partir da edição da Emenda Constitucional nº 19/98. Toma-se por referencial teórico o modelo burocrático de organização administrativa, nos moldes desenvolvidos por Max Weber, procurando-se demonstrar a necessidade de manutenção de tal modelo como garantia de um Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** The present text analyses the principal models of the administrative management, starting from the context of reformulation of nationalized functions, provoked by the crisis of structure of social states, occurred mainly from the seventh decade of the 20th century, in the 1970s. Turning the analysis to the Brazilian reality, it is about the study of the new design of the State and of the Public Administration: a neoliberal State, that opts for leaving to the private initiative the dealing of the social matters, and a Public Administration structured in a management form, worried about the reach of good results, independent of the means utilized to reach them, which had an incidence of a more predominant form, starting from the edition of the Constitutional Amendment no. 19/98. It is taken as a theoretical reference the bureaucratic model of administrative organization, in the molds developed by Max Weber, trying to demonstrate the need for a maintenance of such a model as a guarantee of a Democratic State of Right.

**Palavras-chave:** Estado de Direito Liberal; Estado de Direito Social; Administração Pública Burocrática; Crise do Estado Social; Neoliberalismo; Administração Pública Gerencial; Estado Democrático de Direito.

**Key-words:** Liberal State of Right; Social State of Right; Bureaucratic Public Administration; Crises of the Social State; Neoliberalism; Management Public Administration; Democratic State of Right.

\* As idéias do presente texto foram aprofundadas e desenvolvidas em nosso *Participação popular na administração pública*, publicado pela Editora Renovar, em 2002.

\*\* Doutoranda pela UFPR. Mestre em Direito Administrativo pela UFPR. Professora de Direito Administrativo da Faculdades Integradas do Brasil e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito da Unibrasil (NUPECONST). [adrianaschier@uol.com.br](mailto:adrianaschier@uol.com.br)

*"As idéias nos chegam quando lhes apraz, e não quando queremos."*  
Max Weber, *A ciência como vocação*

### Introdução

A necessidade de adoção de novas perspectivas e funções para os Estados, e o seu redimensionamento através de reformas, têm sido temas invocados quotidianamente desde o final do século passado.

Freqüentemente apontam-se as mazelas das estruturas políticas nacionais e a urgência em se implantar um novo modelo de organização social e econômica.

A resposta dada a tal situação não raras vezes tem sido o desmonte do Estado - um aparelho criado para garantir os mecanismos de dominação burguesa, mas apropriado, em parte, pela sociedade, para atuar como instrumento de realização da justiça social.

Com efeito, a estrutura deficitária dos estados sociais, desenhada a partir da década dos 70, possibilitou a emergência de doutrinas neoliberais que visam, em última análise, o redimensionamento dos estados no sentido de enfraquecê-los no que se refere à prestação de serviços públicos e atendimento das demandas sociais, para que se tornem instituições estritamente voltadas ao incremento do sistema econômico.

Tal contexto foi recepcionado, atualmente, no Brasil. A partir daí busca-se implementar um novo desenho do Estado e de Administração Pública: um Estado neoliberal, que opta por deixar à iniciativa privada o trato das questões sociais, e uma Administração Pública estruturada de forma gerencial, preocupada com o alcance de bons resultados, independente dos meios utilizados para alcançá-los.

Destarte, esta é a mentalidade na qual estão sendo pautadas as reformas introduzidas no país. É neste contexto que se insere o tema do presente trabalho: a leitura da Reforma da Administração Pública (implementada através da Emenda Constitucional nº 19/98, e das demais leis que tratam do tema), que representa, na esfera administrativa, a transição para um novo modelo de Estado brasileiro, com a superação do modelo social-burocrático, tudo a partir de algumas categorias da sociologia jurídica de Max Weber.

Para isto, o texto encontra-se estruturado da seguinte forma: em uma primeira parte, apresentar-se-á, em linhas gerais, a estrutura da Administração Pública Burocrática, típica dos estados modernos, recepcionada pela organização do Estado Social, utilizando-se, basicamente, dos conceitos weberianos de burocracia, racionalidade formal e legitimação legal. Em um segundo momento, buscar-se-á esboçar a passagem do Estado Social para o Estado Neoliberal, e, concomitantemente, a passagem da Administração Pública Burocrática para a Gerencial, com a evidente tentativa de superação das concepções de Max Weber.

Por fim, em síntese conclusiva, procurar-se-á demonstrar as dificuldades de se manter um Estado Democrático de Direito sem uma estrutura racional-formal, ainda que seja possível, desde logo, identificar a necessidade de se repensar o direito formal, a partir de novos pressupostos, tais como aqueles do pós-positivismo.

## 1 O Estado de Direito Liberal e o Surgimento da Administração Pública Burocrática

Até determinado momento da idade moderna os homens não eram iguais e, tampouco livres. O Estado, absoluto, era o rei. Os demais (os outros), eram simples súditos que buscavam construir sua trajetória de sobrevivência.<sup>1</sup> Mas, ao contrário do que poderia querer (ou pensar) o rei - ser real e sem limites -, não estavam os súditos excluídos da história.<sup>2</sup>

Veio a revolução e os homens tornaram-se “livres” e, em certa medida, “iguais”.<sup>3</sup> Neste momento, o direito, até então instrumento de mera opressão ou legitimação de um estado sem limites, viabiliza-se como um canal de libertação.<sup>4</sup> O Estado não é mais o rei. É o povo no parlamento, é a busca de uma finalidade comum. O Estado, que era “tudo”, inclusive absoluto, passa a ser o mínimo - aquele que, exceto em campos bem determinados - no exercício do poder de polícia e na execução de atividades que não eram rentáveis para a iniciativa privada -<sup>5</sup>, não interfere na esfera dos indivíduos (princípio liberal).

Certamente, as mudanças ocorridas na passagem do Estado absolutista para o Estado Liberal<sup>6</sup> tipicamente, Estado de Direito - não ocorreram desligadas de lutas sociais, políticas, jurídicas, econômicas e mesmo filosóficas.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Sobre este contexto, consultar: GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com maquiavel*, trad. Dario Canali, 12ª ed., Porto Alegre: L&PM, 1980.

<sup>2</sup> POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*, trad. Rita Lima, 2ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1985. No mesmo sentido: MARX, Karl e ENGELS, F.. *Manifesto do partido comunista*, trad. Edgard Carone, São Paulo: Novos Rumos, 1986.

<sup>3</sup> GRUPPI, Luciano. *Tudo começou ...*, *op.cit.*, pp. 34-40.

<sup>4</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos*, São Paulo: Acadêmica, 1988.

<sup>5</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*, Coimbra: Coimbra, 1987 e, no mesmo sentido, MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra: Centelha, 1978.

<sup>6</sup> Fundamental para a compreensão da evolução do direito em relação aos períodos históricos, tanto no liberalismo, quanto no Estado Social, é o texto de SCHIER, Paulo Ricardo. *Notas para uma introdução à racionalidade do direito constitucional*, in Verba Iuris nº 1, nº 08, Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1999, pp. 63-96.

<sup>7</sup> O que bem demonstra LEVY, M. R. & TIGAR, M. E.. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, pp. 227 e ss..

Assim, observa-se que a construção desse Estado decorre de múltiplas lutas históricas e políticas contra o Estado Absolutista e contra o Estado de Polícia.<sup>8</sup> E é neste contexto que o Estado de Direito surge com uma marca pela qual se pode adjetivá-lo de essencialmente liberal.

Max WEBER analisa o advento do Estado Liberal como uma consequência da racionalização da sociedade. Neste sentido, Katie Silene Cáceres ARGÜELLO argumenta que

“A racionalização é vista como fenômeno não exclusivo, mas predominante na época moderna. Ela está vinculada ao desenvolvimento cumulativo das civilizações, na medida em que, com o tempo, estas conseguem dominar com maior habilidade e técnica. É a submissão do homem ao previsível, ao calculável, ao cognoscível, passando a dominar a realidade, a partir da própria razão, num enfrentamento com a mistificação religiosa, com o mágico.”<sup>9</sup>

Como se sabe, para WEBER a crescente racionalização, concebida como a dominação através do conhecimento técnico, leva ao desencantamento do mundo, categoria cara ao pensamento do autor. Segundo ele,

“A crescente intelectualização da sociedade e racionalização não indicam, portanto, um conhecimento maior e geral das condições sob as quais vivemos. Significa mais alguma coisa, ou seja, o conhecimento ou crença em que, se quiséssemos, poderíamos ter esse conhecimento a qualquer momento. Significa principalmente, portanto, que não há forças misteriosas incalculáveis, mas que podemos, em princípio, dominar todas as coisas pelo cálculo. Isto significa que o mundo foi desencantado. Já não precisamos recorrer aos meios mágicos para dominar ou implorar aos espíritos, como fazia o selvagem, para quem esses poderes misteriosos existiam. Os meios técnicos e os cálculos realizam o serviço.”<sup>10</sup>

Essencial para a compreensão do advento do Estado Liberal é a verificação de que ele é uma exigência, também, dos setores que dominavam hegemonicamente a economia. Com efeito, a emergência e a consolidação do sistema capitalista, em superação ao mercantilismo, exigiam a segurança jurídica e autonomia nas relações privadas - possíveis em um mundo previsível, calculável, racionalizado. Afinal,

“A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções na esfera jurídico-

<sup>8</sup> Neste sentido, Fernando Garrido Falla sustenta que “Bajo este signo político se ha podido decir que la Administración era despótica y arbitraria, que no tenía límites. El monarca comenzó desde el siglo XVI a administrar por sí mismo, surgiendo la idea de una Administración unitaria para todo el Estado, dependiente de la voluntad general real, que, en cuanto función, tomó el nombre de *policia* y cuyo fin era el bienestar general del pueblo.” (FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*, 12ª ed., Madri: Tecnos, 1994, p. 25).

<sup>9</sup> ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O icaro da modernidade*, São Paulo: Editora Acadêmica, 1997, p. 147.

<sup>10</sup> WEBER, Max. *A ciência como vocação*, in *Ensaio de sociologia política*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963, pp. 154-185, p. 165.

patrimonial dos súbditos a que o príncipe se arrogava, e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção do constitucionalismo liberal tem em vista a certeza do direito. Na verdade, o laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.<sup>11</sup>

Por tudo isto, era preciso limitar o poder soberano e absoluto que detinham os reis. Daí nasce a ideologia que funda o Estado Liberal.<sup>12</sup>

Portanto, segundo Max WEBER, a racionalização do mundo foi uma das condições que possibilitaram o desenvolvimento do capitalismo,

“produto do ‘racionalismo’ da cultura ocidental; constitui sua manifestação decisiva, extremamente importante, mas não a única, porque não poderia ter se desenvolvido, em um outro contexto de sistema legal, no qual o juiz recorresse a revelações de oráculos para decidir, ou no plano de um sistema político patrimonial, em que as decisões administrativas fossem tomadas com base em alguma tradição completamente arbitrária.”<sup>13</sup>

Neste modelo, portanto, o Estado deveria ser mínimo, conforme antes afirmado, e ter por função a garantia dos direitos fundamentais do homem: liberdade, igualdade e propriedade, basicamente, através do poder de polícia e da prestação daqueles serviços públicos sem viabilidade econômica.

Para as teorias contratualistas, que fundaram a base filosófica deste modelo de Estado (HOBBS, ROSSEAU e, posteriormente, LOCKE) -, ele apresenta-se como

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 261. No mesmo sentido, RAMOS FILHO, Wilson. “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, in *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 94: “Do ponto de vista axiológico, embora com menor visibilidade inicial, pode-se dizer que para o Estado liberal o valor democrático fundamental seria a certeza jurídica, a segurança jurídica (dado um fato, o direito sempre decidiria daquela forma) no sentido de manter em funcionamento um mínimo de previsibilidade as regras do jogo dentro das quais se desenvolvia o capitalismo (daí porque os direitos fundamentais são os direitos humanos em face da arbitrariedade do Estado, ou seja, direitos humanos contra o despotismo estatal)...”.

<sup>12</sup> De acordo com Jorge Reis NOVAIS, “Ainda que beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de domesticar uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases econômicas em que assentava o emergente poder burguês. (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, p. 31).

<sup>13</sup> ARGÜELLO, Katie. “O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber”, in *Max Weber: direito e modernidade*, Org. Edmundo Lima de Arruda Jr., Florianópolis: Letras contemporâneas, 1996, pp. 73-108, p. 87. Além disso, Weber aponta outros fatores como fundamentais para o surgimento do capitalismo, demonstrando, inclusive, a importância do advento protestantismo, como superação aos dogmas da Igreja Católica. Segundo ele, a ética protestante personifica a racionalização da personalidade dos homens e, ao defender valores como o trabalho e o lucro, possibilita o fundamento ético do capitalismo. Ver, neste sentido, WEBER, Max. *Ética protestante e o espírito do capitalismo*.



produto da vontade de seus indivíduos, como o organismo que deve garantir a liberdade. Para tanto, o povo cede uma parcela de seus direitos, mas mantém, inalienável, um núcleo de direitos fundamentais. Tal estrutura impõe a transitoriedade da instituição 'Estado', a qual pode ser revogável caso deixe de ser um instrumento para que o homem possa, na sociedade, atingir seus fins.<sup>14</sup>

Jorge Reis NOVAIS<sup>15</sup> aponta como pressupostos teóricos do Estado Liberal aquilo que ele define como a ideologia das três separações: (i) a separação entre Estado e economia (SCHMITT) - o Estado deve limitar-se a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a economia entregue à auto-regulação do mercado -,<sup>16</sup> (ii) a separação entre Estado e moral (KANT) - a moralidade não é assunto que possa ser assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo. Assim, o Estado não deve prosseguir quaisquer fins morais, quaisquer tarefas de realização do interesse público: o seu único fim é o Direito e compete a ele exclusivamente assegurar a ordem jurídica -,<sup>17</sup> e (iv) a separação entre Estado e sociedade civil (HUMBOLDT) - a sociedade é o local em que coexistem as

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, pp. 40-1.

<sup>15</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., pp. 51-2).

<sup>16</sup> É interessante a crítica que o autor faz a esse posicionamento: "a separação de Estado-economia deve ser encarada de forma tanto mais relativa quanto se considerar a inserção do Estado liberal no conjunto do modo de produção. Pois se a fluidez dos limites entre as duas esferas dizia já bastante acerca do alcance do princípio 'quanto menos Estado melhor', se focalizarmos o Estado liberal do ponto de vista do papel global que desempenha na manutenção das relações de produção do capitalismo concorrencial mais claramente se desvanecerá o seu pretensu carácter neutral e se revelará a faceta de Estado-protector. Desde logo, na confrontação do modelo teórico com a realidade, o carácter empenhado e protector do Estado liberal transparece na sua intervenção no mercado de trabalho - onde reprime abertamente o direito à greve, o direito de associação sindical e, na generalidade, as acções colectivas dos trabalhadores - ou, num outro plano, no papel activo que o Estado desempenha na colonização e no aproveitamento dos territórios coloniais como fornecedores de matérias primas. Neste sentido, denunciando a 'neutralidade' do Estado liberal como cobertura de uma dominação de classe, cabe destacar a crítica das correntes marxistas, para as quais a relativa autonomia do aparelho de estado liberal está directamente relacionada com a forma particular de dominação burguesa. Ou seja: a natureza específica do modo de produção capitalista, enquanto único sistema de produção mercantil generalizada, leva até ao limite a separação das esferas privada e social. Como modo de produção de todos contra todos, o capitalismo não permite a representação dos interesses do conjunto através da simples reunião dos capitalistas individuais; neste sentido, a burguesia necessita de autonomizar uma instância de poder, suposta capaz de representar imparcialmente os interesses de classe globais, pelo que esta instância - o Estado - não pode, enquanto tal, envolver-se na cadeia de produção; como diria Karl Kautsky, 'a burguesia reina, mas não governa'. (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., pp. 56,57).

<sup>17</sup> Para o autor, contudo, também a separação entre estado e moral, feita por Kant, escamoteia uma visão classista de estado. Assim, "o Estado jurídico kantiano se propunha garantir a cada indivíduo a *liberdade* como homem, a *igualdade* como súbdito e a *independência* como cidadão; porém, estes atributos jurídicos, considerados em princípio como 'inseparáveis da natureza de cidadãos do Estado ('cives')', acabam por ser apenas extensíveis, na sua plenitude, ao cidadão burguês. Para Kant, o trabalhador, que enquanto homem tem direito àqueles atributos jurídicos, não os possui enquanto cidadão, já que só o direito de voto constitui a pessoa como cidadão; ora, o trabalhador, porque dependente do arbítrio de outros para a sua conservação, não pode reivindicar este direito. Portanto, e enquanto cidadão-passivo, o trabalhador

esferas morais e econômicas do indivíduo, nas quais não interfere o Estado, servindo apenas como referência e tendo como tarefa garantir a paz social, o que permite o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com suas próprias regras.

O bem comum, no Estado Liberal, é, portanto, atingido através dos fins individuais. É a somatória das finalidades perseguidas por cada cidadão. Cada um, alcançando a sua felicidade, através da auto-regulação social e econômica, colabora para a obtenção da felicidade geral.

Fundamental, deste modo, reconhecer que o processo de racionalização, imprescindível para a visão de mundo necessária para a arquitetura deste modelo de Estado, também decorre de uma alteração paradigmática: a concepção de homem deixa de ser aquela que o compreende como um ser determinado por condições a ele exteriores, divinas, para admiti-lo como um sujeito que define e determina o seu futuro a partir da sua razão. O centro do mundo passa a ser o homem, livre e autônomo. É, enfim, esta percepção iluminista e humanista que marca o contexto ético no qual se desenvolve o liberalismo.

Essencial, ainda, para a concretização de tal Estado, foi o advento de uma estrutura administrativa que não mais se confundia com a figura do soberano. Surge, assim, a Administração Pública personalizada, com o avanço da teoria do “fisco”, e com toda a sua atividade submetida à lei.<sup>18</sup>

De acordo com Renato ALESSI, esse é o momento no qual nasce o Direito Administrativo, disciplinando o exercício da função pública e constituindo-se como uma garantia dos interesses e dos direitos dos cidadãos.<sup>19</sup>

A partir daí é possível identificar o surgimento de alguns dos princípios que, até hoje, norteiam a atividade do poder público. Com efeito, como concretizador do Estado de Direito, tem-se o princípio da legalidade, despontando neste contexto histórico e determinando, desde a sua gênese, que toda ação administrativa deve ter por fundamento a autorização legislativa. Decorre, de tal princípio, a garantia máxima da autonomia da vontade dos particulares, que lhes assegura a liberdade de fazer tudo aquilo que não está proibido por lei. Assegura-se, igualmente, a possibilidade de controle dos atos administrativos. Também neste período, impõe-se à Administração Pública o respeito ao princípio da isonomia, o qual determina que todos são iguais perante a lei, constituindo-se a igualdade formal como um dos postulados básicos do liberalismo.<sup>20</sup>

só em potência possui aqueles atributos, ou seja, só os realizará através da possibilidade de metamorfose de ‘trabalhador’ em ‘burguês’.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, *op.cit.*, p. 62).

<sup>18</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, *op.cit.*

<sup>19</sup> ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1978, p. 25. Ainda no mesmo sentido, PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, refere que o Direito Administrativo “constitua a forma de concretização do campo constitucionalmente atribuído à actividade do Estado, assegurando as garantias dos cidadãos, fixando os limites do exercício dos poderes públicos e consubstanciando o fundamento da reacção contra o expandir daquela.”

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 573 e ss. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, *cit.*, pp. 355 e ss.

Tem-se, então, no contexto do Estado Liberal, a Administração Pública como uma estrutura voltada a satisfazer os interesses da burguesia - através dos atos emanados do Parlamento -, e não mais os desejos do rei. Começam a ser delineados, portanto, alguns aspectos da administração burocrática, em substituição ao patrimonialismo vigente no período absolutista.

Para Max WEBER, a racionalização do Estado Liberal caracteriza-se principalmente pela estrutura administrativa imposta aos poderes públicos, a qual determina a submissão do soberano a estatutos definidos pelo Parlamento. O fundamento da legitimação do poder político não mais decorre dos meios mágicos, das revelações do oráculo ou da tradição familiar. Passa a ser um fundamento legal, originado de leis formuladas pela razão dos homens. Tal mudança nas relações de domínio é analisada por WEBER através dos três tipos ideais<sup>21</sup> de legitimação que ele identifica nas sociedades.

Com efeito, para que o Estado exista, os indivíduos devem obedecer à autoridade daquele que detém o poder. Assim, identifica três formas de justificação, e portanto de legitimação, as quais levam os homens à tal obediência: a legitimação tradicional - que é:

"a autoridade do 'ontem eterno', isto é, dos mores santificados pelo reconhecimento inimaginavelmente antigo e da orientação habitual para o conformismo (...) domínio exercido pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial de outrora"-, <sup>22</sup> a legitimação carismática - autoridade decorrente "do dom da graça" (carisma) extraordinário e pessoal, a dedicação absolutamente pessoal e a confiança pessoal na revelação, heroísmo, ou outras qualidades de liderança individual (...) domínio exercido pelo profeta ou - no campo da política - pelo senhor de guerra eleito, pelo governante publicitário, o grande demagogo ou líder do partido político-, <sup>23</sup> e a legitimação legal - que se origina "da fé na validade do estatuto legal e da 'competência' funcional, baseada em regras racionalmente criadas (...) espera-se obediência no cumprimento das obrigações estatutárias. É o domínio exercido pelo moderno 'servidor do Estado' e por todos os portadores do poder que, sob esse aspecto, a êle se assemelham."<sup>24</sup>

<sup>21</sup> O "tipo ideal" é uma categoria do pensamento weberiano que o auxilia na explicação científica do mundo e a qual "designa o conjunto dos conceitos que o especialista das ciências humanas constrói unicamente para os fins de pesquisa. (...) O tipo ideal é um outro momento da seleção que fazem o historiador e o sociólogo, por abordarem necessariamente o real a partir de certos pontos de vista em função da relação com os valores. (...) É ele o modo de construção de conceitos peculiar ao método histórico ou individualizante, cujo objeto sabemos que é o estudo da realidade e dos fenômenos em singularidade. (...) esta noção pode tomar o sentido de um conjunto de traços comuns (o tipo médio), mas também o de uma estilização que põe em evidência os elementos característicos, distintivos ou 'típicos'."

<sup>22</sup> WEBER, Max. A política como vocação, in *Ensaio de sociologia política*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963, pp. 94-152, p. 99.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>24</sup> *Idem, ibidem.*

Nesta perspectiva, o modelo absolutista de Estado, anterior ao Liberal, possuía uma estrutura de legitimação tradicional, de viés patrimonialista, pois o Estado era visto como um dos bens do soberano.<sup>25</sup> Julien FREUND, analisando tal questão, afirma que:

“O patrimonialismo é a mais corrente forma de domínio tradicional. (...) Não é um código constitucional ou de outra espécie que faz sua unidade, mas sim a pessoa do soberano, que perpetua o ‘eterno ontem’. A obediência a suas ordens não é, pois, submissão a um princípio geral por disciplina e dever, mas sim, sujeição e obediência, isto é, fidelidade por piedade em relação ao chefe. A autoridade nesse caso é fundamentalmente pessoal, independentemente de qualquer fim objetivamente racional. O soberano é senhor, e não magistrado; o poder lhe pertence em virtude de atributos pessoais; não lhe é conferido com base em critérios exteriores e formais que definam a função por ele ocupada.”<sup>26</sup>

O Estado Liberal contrapõe-se a tal concepção, em face do estabelecimento de limites à atuação do poder soberano (teoria da tripartição de poderes, princípio da legalidade, estrutura administrativa) e pela alteração do fundamento de sua legitimação.

Cabe referir, ainda, em linhas gerais, a perspectiva assumida pelo Direito, com o advento do Estado Liberal, de acordo com Max WEBER.

Com efeito, o referido autor analisa o fenômeno jurídico a partir de quatro tipos ideais: (i) direito irracional-material - “ocorre quando não são observadas normas gerais pelo legislador ou juiz, mas sim apreciações arbitrárias, puramente emocionais e pessoais referidas ao caso concreto”;<sup>27</sup> (ii) direito irracional-formal - “corresponde historicamente ao tipo ideal de direito revelado, comum às civilizações mais primitivas. Faltam a ele a previsibilidade e calculabilidade das decisões, pois o legislador ou o juiz são guiados por normas que escapam à razão, pronunciadas com base em revelação ou oráculo”;<sup>28</sup> (iii) direito racional-material - “este tipo de direito se contrapõe à racionalização formal, que se baseia nas generalizações lógicas e na interpretação abstrata. (...) Trata-se de um direito calculável, mas que, não obstante, se utiliza de critérios de decisão externas ao sistema jurídico, sejam estes referências ao sistema religioso, ético, ou ainda a uma ideologia política”<sup>29</sup> e (iv) direito racional-formal, no qual “a lei e o julgamento são estabelecidos somente com base em conceitos abstratos, criados pelo próprio ordenamento jurídico”.<sup>30</sup>

Assim, de acordo com WEBER, o conceito de racionalidade formal relaciona-se ao grau de cálculo e previsibilidade de um determinado sistema. Já a racionalidade material é aquela determinada por exigências éticas, políticas, utilitaristas, hedonistas estamentais, igualitárias ou outras quaisquer.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, *op.cit.*

<sup>26</sup> FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 174.

<sup>27</sup> ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O icaro...*, *ob.cit.*, p. 130.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 133.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>31</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. V. I, 3ª ed., Brasília: UNB, 1994, p. 52.

Destarte,

“A distinção entre o direito formal e o direito material parece mais importante porque condiciona diretamente a racionalização do direito. Weber entende por lei formal a disposição jurídica que se deixa deduzir logicamente apenas dos pressupostos de um sistema determinado do direito. O direito formal é, pois, o conjunto do sistema do direito puro do qual todas as normas obedecem unicamente a lógica jurídica, sem intervenção de considerações externas ao direito. O direito material, ao contrário, leva em conta os elementos extrajurídicos e se refere no curso de seus julgamentos aos valores políticos, éticos, econômicos ou religiosos.”<sup>32</sup>

A consagração do direito racional ocorre no Estado Liberal. Ele representa, nesse contexto, a segurança jurídica requerida pelo sistema capitalista. Contudo, apresenta-se, também, como uma conquista frente aos desmandos do rei. Possibilita, portanto, aliado a outros aspectos já referidos, o advento do Estado de Direito.

Assim, acima das críticas que se pode tecer sobre a ideologia burguesa presente no Estado Liberal e sobre a sua importância para o capitalismo, é fundamental que se reconheça que foram as suas premissas que tornaram viável o advento do Estado de Direito,<sup>33</sup> sendo possível, a partir de tal contexto, buscar a valorização do homem e reconhecê-lo como sujeito da história.

## 2 O Advento do Estado Social e a Administração Pública Burocrática

O Estado Social, fenômeno histórico, no quadro das sociedades ocidentais, típico dos Estados organizados pela lógica do capitalismo, tem seu nascimento determinado exatamente para oferecer soluções a certa crise do capitalismo de cunho liberal que, indubitavelmente, gerou abalos nas estruturas de legitimação do Estado e nas suas formas de relacionamento com a sociedade civil.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> FREUND, Julien. *Sociologia...*, *op.cit.*, p. 184.

<sup>33</sup> “A doutrina constitucionalista do liberalismo inicial aproveitará o impulso filosófico para situar o Estado de direito como um Estado oposto ao Estado de Polícia, para o caracterizar como um Estado à medida da liberdade do indivíduo, na qual a lei e a administração não constituem um instrumento autoritário de *Policey*, mas o fundamento de uma *ordem* de liberdade. (...) Em síntese, poder-se-á dizer que o Estado de Direito Material era concebido como um Estado de Direito racional (*Vernunftrechtsstaat*), ou seja, um Estado que realiza e efetiva os princípios racionais (como eles eram formulados na tradição da doutrina jusracionalista), na comunidade dos homens e para esta mesma comunidade.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de...*, *cit.*, p. 356).

<sup>34</sup> FORSTHOFF, Ernst. “Problemas constitucionales del estado social”, in ABENDROTH, Wolfgang *et alii*. *El estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-67.

Com efeito, o capitalismo e o livre mercado não foram suficientes para assegurar uma real liberdade e igualdade aos indivíduos. O bem geral não foi atingido através da somatória dos bens individuais, conforme pretendido por Adam SMITH.

Ademais, o objetivo da burguesia efetivamente não era estender a todos os direitos fundamentais, mas somente àqueles que detinham poder econômico. Neste sentido, Paulo BONAVIDES<sup>35</sup> ensina que:

“a burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. (...) Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.”<sup>36</sup>

Não por outro motivo, tão logo a burguesia se consolidou no poder, aquele Estado de Direito material que pretendia, em última análise, garantir os direitos fundamentais a todos os indivíduos, passa a ser visto como um Estado de Direito formal. Conforme ressalta J. J. Gomes CANOTILHO, “pode afirmar-se ter o Estado de direito formal adquirido os contornos definitivos sob a influência decisiva do positivismo jurídico-estadual. O Estado de direito reduziu-se a um “sistema apolítico de defesa e distanciação perante o Estado”. Porém, esta apoliticidade formal não era mais que o acentuar da componente burguesa do Estado de direito.”<sup>37</sup>

As lutas sociais, então, são conseqüências diretas desta situação, pois a igualdade formal possibilitou a falta de condições decentes de trabalho. A liberdade passou a ser, para grande parte da população, a liberdade de morrer de fome.

Com efeito, a maioria dos homens não tinha qualquer possibilidade de uma existência digna, ou seja, “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual,

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal...*, cit., p. 42.

<sup>36</sup> Sustentando o mesmo posicionamento, Marilena Chauí, para demonstrar a existência de uma ideologia burguesa na Revolução Francesa, afirma: “No início do processo de ascensão é verdade que a nova classe representa um interesse coletivo: o interesse de todas as classes não dominantes. Porém, uma vez alcançada a vitória e a classe ascendente tornando-se classe dominante, seus interesses passa a ser particulares, isto é, são apenas seus interesses de classe. No entanto, agora, tais interesses precisam ser mantidos com a aparência de universais, porque precisam legitimar o domínio que exerce sobre o restante da sociedade. Em uma palavra: as idéias universais da ideologia não são uma invenção arbitrária ou diabólica, mas são a conservação de uma universalidade que já foi real num certo momento (quando a classe ascendente realmente representava os interesses de todos os não dominantes), mas agora é uma universalidade ilusória (pois a classe dominante tornou-se representante apenas de seus interesses particulares).” (CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*, 31ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1990, pp. 100,101).

<sup>37</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de...*, cit., p. 357. Grifos no original.

não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.”<sup>38</sup>

Surge aí a questão social, possibilitada, em seu início, pela conquista do sufrágio universal, na França, em 1848.

São muitas e justas as reivindicações feitas pelos trabalhadores e este contexto tem o seu auge após a 1ª Guerra Mundial com as Constituições Mexicana (1914) e de Weimar (1917)<sup>39</sup> e, posteriormente, com a crise de 1929.

Destarte, o sistema capitalista, ao se dar conta da necessidade de adotar novas políticas como forma de assegurar o próprio sistema, em face da demanda social, admite alguns dos direitos sociais até hoje existentes.<sup>40</sup>

Afinal, conforme ressalta Edmundo Lima de ARRUDA JÚNIOR,

“a democracia formal não se reduz a mero instrumento da burguesia, expressando também conquistas jurídico-político fundamentais. Negar tais conquistas significaria abstrair a luta de classes, condenando os trabalhadores a meros espectadores (agentes passivos) no processo social. Sem a presença das pugnas proletárias a regulação política e jurídica estaria ainda mais aquém da idealização moderna de direito, de estado e de democracia.”<sup>41</sup>

Contudo, era necessário que alguém dispusesse dos recursos para, sem qualquer possibilidade de auferir lucro, fornecer, àquela ampla gama de necessitados, as condições mínimas de sobrevivência, como saúde e educação, por exemplo. Então, convoca-se o Estado e atribui-se a ele tais funções.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal...*, cit., p. 188.

<sup>39</sup> Segundo Jorge Reis Novais, os antecedentes da atividade assistencial do Estado remontam ao século XIX. Além disso, em termos de legislação, afirma que já as Declarações de Direitos da Revolução Francesa estabeleciam obrigações positivas para o Estado. Contudo, para o autor, foi o impacto produzido pela 1ª Guerra que determinou a alteração radical na relação entre Estado e sociedade pois “A Guerra Mundial é, nessa altura, o produto natural de um sistema dilacerado pelas próprias contradições, no qual deixaram definitivamente de se verificar as duas condições indispensáveis (...) à viabilidade do Estado liberal: a possibilidade de continuar a produzir lucros que garantissem um fundo permanente de excedente social de riqueza e um consenso das forças intervenientes na vida política em torno das questões fundamentais. Por sua vez, as próprias necessidades da Guerra impeliem o Estado a um intervenção decisiva na vida econômica (...)” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., pp. 189-91).

<sup>40</sup> Por elementar, não se pode deixar de reconhecer a importância da luta política dos operários e assalariados na conquista dos direitos sociais. Ou seja, não é crível que se tenha tais direitos como simples concessões dos capitalistas. Para que seja dado a eles o seu devido valor, é fundamental encará-los como conquista dos cidadãos, mas sem perder a dimensão de que a sua concessão era fundamental para a manutenção do sistema capitalista. Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, cit., p. 189.

<sup>41</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito e século XXI: Conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*, Rio de Janeiro: LUAM, 1997, p. 27.

<sup>42</sup> Conferir, para uma análise interessantíssima desta questão, OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*, Trad. Bárbara Freitag, Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984, principalmente pp. 180 e ss.



A partir daí, tem-se o surgimento do Estado Social - um Estado preocupado com a construção de uma sociedade menos desigual.<sup>43</sup>

De acordo com Jorge Reis NOVAIS,

“o que a nova época exigia era não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade. Constatado o perecimento da crença na auto-suficiência da esfera social, tratava-se agora de proclamar um novo ‘ethos político’: a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objeto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social. É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade - e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção económica - que o Estado se revela como Estado social. (...) O Estado centra o essencial das suas preocupações em torno da distribuição e redistribuição do produto social, para o que se empenha decisivamente na direcção e controle do processo produtivo, convertendo-se no chamado ‘Estado Económico. Tal não significa apenas que ele se envolve directamente na produção (como ‘Estado empresário), mas, sobretudo, que encara a esfera económica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos.”<sup>44</sup>

Ademais, J. J. Gomes CANOTILHO faz importantes considerações acerca do modelo de Estado Social:

“A via é insistir não na defesa do ‘livre desenvolvimento da personalidade’, ancorado na propriedade, contra as intervenções estaduais, mas definir os contornos do ‘livre desenvolvimento da personalidade’, assente nas próprias prestações estaduais. (...) [há ainda autores que] consideram reflectir o Estado Social de Direito uma compreensão correcta das modernas sociedades. Estas exigem uma crescente intervenção, direcção e conformação através do Estado. Neste sentido, é uma alternativa aparente opor liberdade social e poder do Estado, pois, como atrás foi assinalado, um mínimo de Estado não corresponde a um máximo de liberdade. O princípio do Estado social e o princípio do Estado de direito obterão assim igual dignidade constitucional.”<sup>45</sup>

Foi esse o contexto político social no qual viveu Max WEBER (1864-1920), daí os principais traços de sua produção teórica que vê o Estado sem poder agir frente aos desmandos capitalistas - seja em relação à população, seja em relação ao próprio funcionamento interno do capitalismo que, com a formação de monopólios, punha por terra o seu postulado básico: a livre concorrência. Assim, assumiu uma análise pessimista em relação a tal realidade - talvez em face da influência que NIETZSCHE tem

<sup>43</sup> Segundo Manoel Eduardo Alves de Camargo e Gomes, “Foi no âmbito da permanente tensão entre legitimação democrática e acumulação privada, que as relações entre sociedade civil e política no Estado do Bem-Estar Social humanizaram-se, intensificando a pressão por uma atuação crescentemente interventiva e redistributiva do Poder Público.” (CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. *Apontamentos sobre alguns impactos...*, op.cit., p. 124).

<sup>44</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., p. 193.

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de...*, op.cit., p. 397. Grifos no original.

sobre sua obra. Assim, ao contrário de ver na racionalização do mundo, nas lutas sociais e no processo de democracia das massas algo de bom, via em tudo isso a perda da liberdade do homem (paradoxo das conseqüências). Destarte,

*"Nos seus escritos políticos de maturidade, Weber mostra-se, entretanto, consciente de que a orientação democrática seria o único acontecimento capaz de efetivar o 'casamento' entre liberalismo e nacionalismo que dominara o horizonte ideológico da burguesia europeia do século XIX. Destarte, a democratização das relações políticas poderia manter a crença na comunidade nacional através das afirmações da idéia de potência. Todavia, o avanço da democracia acentua, ao mesmo tempo, as contradições da sociedade liberal. A democracia de massas acelera, devido às organizações dos partidos políticos e do aumento significativo das funções estatais, o processo de burocratização, gerando, com isso, a perda de liberdade, a retração dos espaços de iniciativa individual."*<sup>46</sup>

De qualquer modo, a Constituição Federal de 1988 adotou, ao menos em alguns aspectos, essa concepção para o Estado Brasileiro: a concepção de Estado Social na qual, segundo NOVAIS, os direitos fundamentais deixam de ser somente garantias dos indivíduos contra o Poder Público, mas também se impõem, genericamente, a toda a sociedade, sendo assegurada a sua efetividade inclusive contra os poderes particulares.<sup>47</sup>

Ressalte-se, ainda, com NOVAIS,<sup>48</sup> que se deve ao Estado Social - além da tentativa de extensão a todos os indivíduos dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais -, o reforço da independência do Poder Judiciário, o aumento de seu papel de controle dos demais poderes e a generalização e o aprofundamento das regras de democracia política, tido como uma das principais condições de sua existência.<sup>49</sup>

Em termos de Administração Pública, no que se refere a esse modelo de estado, pode-se identificar uma estrutura comprometida em fornecer aos cidadãos uma grande gama de serviços - os chamados serviços públicos. É denominada de Administração Constitutiva ou de Prestações.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O icaro...*, op.cit., p. 35.

<sup>47</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., p. 214.

<sup>48</sup> Ademais, afirma o autor que "com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Desde logo porque sem o reconhecimento geral dos *direitos políticos* - só concebível numa situação democrática - a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também - e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos - porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual" NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., p. 221).

<sup>49</sup> Contudo, algumas das críticas feitas ao Estado Social são interessantes. Conferir, neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de...*, op.cit., pp. 395 e ss..

<sup>50</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., p. 215.

Adota-se, definitivamente, o modelo burocrático de Administração,<sup>51</sup> em substituição definitiva ao modelo patrimonialista que vigorava no absolutismo, como já mencionado.

Sérgio Roberto LEMA, comparando a administração patrimonial à burocrática, refere que:

*"A administração patrimonial se adapta às exigências pessoais do senhor, mas o poder político é exercido como domínio do soberano sobre os outros indivíduos não submetidos à autoridade doméstica. (...) A organização estatal patrimonial é uma estrutura constituída por funcionários do governo, hierarquicamente organizados e 'separados dos meios de administração'. (...) Mas na relação política patrimonial o cargo se alicerça em relações de dominação e não em deveres objetivos. O funcionário patrimonial vai depender por completo do senhor; na burocracia, o saber e a especialização profissional outorgam no cargo uma relativa autoridade. A estrutura política se fundamenta num aparelho administrativo, no qual o exercício do poder está disposto em função da aptidão individual do príncipe para se impor." - gn -.*<sup>52</sup>

A burocracia, sem dúvida, é a maneira pela qual se deu a racionalização na esfera institucional do poder público. É a forma que consiste na superioridade puramente técnica sobre todos os demais tipos de organização.<sup>53</sup>

Neste modelo predomina a forma de legitimação legal. Em Economia e Sociedade, WEBER faz a análise da dominação legal com quadro administrativo

<sup>51</sup> Note-se, porém, como já acima registrado, que alguns dos institutos do modelo burocrático de Administração Pública podem ser identificados desde o Estado Liberal, como decorrência da aplicação do princípio da legalidade. Contudo, segundo informa FREUND, o fenômeno burocrático, ainda que com outras características daquelas apresentadas no Estado Moderno, aparece desde o Egito Antigo, na Igreja Romana desde o Século XIII e na China desde a época de Shi-Hoang-Ti. Segundo ele, "A burocracia moderna desenvolveu-se sob a proteção do absolutismo real no começo da era moderna. As antigas burocracias tinham caráter essencialmente patrimonial, isto é, os funcionários não gozavam das garantias estatutárias atuais, nem de remuneração em espécies. A burocracia que conhecemos desenvolveu-se com a economia financeira moderna, sem que se possa, entretanto, estabelecer um vínculo unilateral de causalidade, pois outros fatores entram em jogo: a racionalização do direito, a importância do fenômeno de massas, a centralização crescente por causa das facilidades de comunicações e das concentrações das empresas, a extensão da intervenção estatal nos domínios mais diversos da atividade humana e sobretudo o desenvolvimento da racionalização técnica." FREUND, Julien. *Sociologia...*, op.cit., p. 172.

<sup>52</sup> LEMA, Sérgio Roberto. "O patrimonialismo na sociologia da dominação weberiana", in *Max Weber: direito e modernidade*, Org. Edmundo Lima de Arruda Jr., Florianópolis: Letras contemporâneas, 1996, pp. 147-156, pp. 151,152.

<sup>53</sup> MERQUIOR, José Guilherme. *Rosseau e Weber: dois estudos sobre a teoria da legitimidade*, Trad. de Margarida Salomão, Rio de Janeiro: Guanabara, 1980, p. 125.

burocrático. Segundo ele, as categorias fundamentais deste tipo de dominação traduzem-se em

*"1. um exercício contínuo, vinculado a determinadas regras, de funções oficiais, dentro de 2. determinada competência, o que significa: a) um âmbito objetivamente limitado, em virtude da distribuição dos serviços, de serviços obrigatórios, b) com atribuição dos poderes de mando eventualmente requeridos e c) com limitação fixa dos meios coercitivos eventualmente admissíveis e das condições de sua aplicação. (...) 3. o princípio da hierarquia oficial, (...) 4. as regras (...), 5. Aplica-se (em caso de racionalidade) o princípio da separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção (...) 6. Em caso de racionalidade plena, não há qualquer apropriação do cargo pelo detentor. (...) 7. Aplica-se o princípio da documentação dos processos administrativos (...)." <sup>54</sup>*

A estrutura administrativa, portanto, organizada nos moldes burocráticos, deve ser rigidamente estabelecida, com cargos - de competências definidas em leis -, distribuídos em carreiras, as quais, por sua vez, alocam-se em quadros. Uma Administração "baseada em regulamentos explícitos, desde a educação até à saúde, a economia e mesmo a cultura,"<sup>55</sup>

Além disso, vige o princípio da hierarquia, sendo possível o controle das atividades administrativas dentro da própria estrutura, pelos ocupantes dos cargos superiores. Segundo FREUND, a hierarquia é "o direito que tem a autoridade de controlar o trabalho de seus subordinados, eventualmente pela instituição de uma comissão de disciplina."<sup>56</sup>

O acesso aos cargos é feito mediante concurso público e, além disso, deve ser assegurado um rol de garantias aos servidores públicos, de modo que possam executar suas funções de forma livre e independente de pressões do governo ou de certos grupos da sociedade civil. Assim, os funcionários são pessoalmente livres, nomeados para ocupar um dos cargos da hierarquia, profissionalmente qualificados,<sup>57</sup> remunerados com salários fixos em dinheiro, cuja quantia é definida segundo a posição na hierarquia e a responsabilidade do cargo, têm a perspectiva de uma carreira, e estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço.<sup>58</sup> Enfim, "Administração burocrática significa: dominação em virtude de conhecimento; este é seu caráter fundamental especificamente racional."<sup>59</sup>

<sup>54</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 3ª ed., v. I, Brasília: UNB, 1994, pp. 142-3.

<sup>55</sup> FREUND, Julien. *Sociologia...*, *op.cit.*, p. 184.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 171.

<sup>57</sup> "O grau de qualificação profissional cresce continuamente na burocracia. Também os funcionários dos partidos e sindicatos precisam de conhecimento específico (empiricamente adquirido). A circunstância de os 'ministros' e 'presidentes do Estado' modernos serem os únicos 'funcionários' dos quais não se exige qualificação profissional alguma demonstra que eles são funcionários apenas no sentido formal da palavra, não material, do mesmo modo que o 'diretor geral' de uma grande sociedade autônoma privada." (WEBER, Max. *Economia...*, *op.cit.*, p. 145).

<sup>58</sup> *Idem*, p. 144.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 147.

Finalmente, elege-se um controle de meios, não só de resultados. Além do fim a ser alcançado pelo administrador público, lhe é traçado, mediante lei, um iter, um caminho a seguir, um procedimento rigoroso a observar, sem o qual o ato final, ainda que seja “bom”, não será válido, do ponto de vista jurídico.<sup>60</sup>

Portanto, para WEBER, a administração burocrática,

*“considerada do ponto de vista formal, é, segundo toda a experiência, a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade - isto é, calculabilidade tanto para o senhor quanto para os demais interessados -, intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas. (...) O desenvolvimento desta [administração burocrática] constitui, por exemplo, a célula germinativa do moderno Estado ocidental.”<sup>61</sup>*

E por que se adotou tal estrutura? Porque se entendia que qualquer um que detivesse o poder do Estado, o poder de agir por essa instituição que se pretende democrática, deveria ser rigidamente fiscalizado pela população, já que age em nome dela. Deveria agir, então, conforme a lei - posta democraticamente - e nos limites que a lei estabelecer.

Assim,

*“O espírito normal da burocracia racional é, em termos gerais, o seguinte:*

- 1. formalismo, reclamado por todos os interessados na proteção de oportunidades pessoais de vida, de qualquer espécie - porque, de outro modo, a consequência seria arbitrariedade e porque o formalismo é a tendência que exige menos esforço. Em contradição aparente - e parcialmente efetiva - a esta tendência desta classe de interesses está;*
- 2. a tendência dos funcionários a uma execução materialmente utilitarista de suas tarefas administrativas, a serviço dos dominados a serem satisfeitos. Esse utilitarismo material costuma manifestar-se na tendência a exigir os correspondentes regulamentos - de natureza formal, por sua vez, e na maioria dos casos aplicados de modo formalista. Essa tendência à racionalidade material encontra apoio em todos aqueles dominados que não pertencem à camada, mencionada no tópico 1, dos interessados em 'proteção' em relação a oportunidades apropriadas. A problemática daí derivada faz parte da teoria da democracia.”<sup>62</sup>*

<sup>60</sup> Contemporaneamente, a forma de controle de meios foi analisada por Niklas Luhmann a partir do viés da legitimação pelo procedimento. Para tal autor, “A adoção de resultados de uma seleção baseados apenas em decisões, é fato que carece de motivos mais especiais. A verdade de certas premissas de decisão, só por si, não é suficiente para isso. Portanto, tem de se partir da hipótese de que, no procedimento se criem essas razões adicionais para aprovação das decisões e de que, nesse sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente., pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade - quer com a ajuda da verdade, quer através do poder legítimo de decisão. (...) A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, Trad. De Maria da Conceição Côrte Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 26, 31).

<sup>61</sup> WEBER, Max. *Economia...*, ob.cit., p. 146.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 147.

Esta foi a modalidade de Administração Pública adotada no Brasil, a partir da década de 30,<sup>63</sup> a qual também foi mantida na Constituição Federal de 1988, sendo estendidos diversos de seus institutos para a Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

### **3 A Crise do Estado Social e do Sistema Burocrático e o Advento do Estado Neoliberal**

A partir da década dos 70, é possível identificar, no plano mundial, a crise do Estado Social-Burocrático.

No Brasil, o excesso de demandas sociais admitidas pelo poder público e a sua impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária incidente sobre os empresários nacionais e o acúmulo de poder no Executivo, são alguns dos aspectos que impediram a construção do Estado proclamado na Constituição da República de 1988.

Por outro lado, no cenário internacional, o fim da guerra fria, a formação de entidades transnacionais e as revoluções da tecnologia da informação e a dos mercados financeiros, dentre outros fatores, possibilitaram a emergência da globalização, que

<sup>63</sup> Segundo a equipe do governo brasileiro, A Administração Pública Burocrática “surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*. Parte-se de uma desconfiança essencial nos administradores públicos e os cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso, são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. (...) A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviços dos cidadãos como clientes. (...) No Brasil, o modelo de administração burocrática emerge a partir dos anos 30. Surge no quadro da aceleração da industrialização brasileira, em que o Estado assume papel decisivo, intervindo pesadamente no setor produtivo de bens e serviços. A partir da reforma empreendida no governo Vargas por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes, a administração pública sofre um processo de racionalização que se traduziu no surgimento das primeiras carreiras burocráticas e na tentativa de adoção do concurso como forma de acesso ao serviço público.” Plano diretor da reforma do aparelho do estado. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995, pp. 21-24.

impôs aos Estados Nacionais uma abertura ao mercado internacional,<sup>64</sup> núcleo de poder da sociedade contemporânea.<sup>65</sup>

Tem-se, com tudo isso, uma tentativa de reformulação das funções do Estado visando o incremento do sistema econômico capitalista.

Neste sentido,

*"se o Estado e o Direito modernos serviram para conformar a sociedade estruturada não mais em termos feudais, mas em termos capitalistas nacionais (em cada um de suas fases: mercantilista, concorrencial, monopolista, etc.), estas formas de dominação/organização social não atendem mais aos interesses - se não do próprio capitalismo globalizado, enquanto tendência - de cada vez mais amplos setores capitalistas, já que as legislações nacionais distintas e formas de resolução de conflitos, também diferenciadas, muitas vezes se transformam em entraves ao 'livre desenvolvimento do mercado.'"*<sup>66</sup>

Fundamental, ainda, para a compreensão deste contexto de crise do Estado Social, é a análise da falência das suas estruturas administrativas prestadoras de serviços públicos. Com efeito, tais estruturas são caras para a sociedade - afinal, são financiadas pelos incluídos economicamente, através dos tributos. Além disso, em face do aumento das demandas sociais - ocasionado pelo próprio sistema capitalista -, mesmo com uma pesada carga tributária, não há como sustentar a prestação adequada dos serviços exigidos. Assim, os serviços prestados muitas vezes apresentam nível deficitário de qualidade.

Segundo Claus OFFE,<sup>67</sup> os fatores que levam à tal crise podem ser resumidos, basicamente, (i) no excesso de expectativas postas no Estado, em face da 'hipertrofia'

<sup>64</sup> "o processo de globalização - uma mudança quantitativa gradual que afinal se transformou, neste final de século, em uma mudança qualitativa da maior importância -, impõe uma pressão adicional para a reforma do Estado. Decorrente de uma grande diminuição dos custos dos transportes e comunicações internacionais, a globalização levou a um enorme aumento do comércio mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos das empresas multinacionais. Significou, assim, um aumento da competição internacional em níveis jamais pensados e uma reorganização da produção a nível mundial patrocinada pelas empresas multinacionais. O mercado ganhou muito espaço a nível mundial, rompeu ou enfraqueceu as barreiras criadas pelos estados nacionais, e transformou a competitividade internacional em condição de sobrevivência para o desenvolvimento econômico de cada país." (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, "A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle", in *Cadernos do MARE*, nº 01, Brasília: MARE, 1997, p. 14).

<sup>65</sup> DAHRENDORF R., *Quadrare il cerchio: benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, 3ª ed., Roma - Bari: Laterza, 1995. Da mesma forma, ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito e...*, *op.cit.*, pp. 78 e ss..

<sup>66</sup> OFFE, Claus. *Problemas ...*, p. 82.

<sup>67</sup> OFFE, Claus. *Problemas estruturais ...*, *cit.*, pp. 238 e ss., principalmente. Para Bresser Pereira, "O Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo que vê sua capacidade de geral poupança forçada a diminuir, senão a desaparecer, à medida que a poupança pública, que era positiva, vai se tornando negativa. Em consequência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza." (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma...*, *op.cit.*, p. 12).

dos direitos sociais e democráticos assegurados pelo Estado Social; e (ii) na impossibilidade do Estado em atender tais demandas. O curioso é que o autor lembra que a grande exigência de serviços públicos, posta no Estado, é fruto do sistema capitalista, que cria uma gama de indivíduos alijados do poder econômico, os quais, sem a intervenção do Estado, não têm condição de sobrevivência.

Portanto, tem-se, por um lado, a crise de legitimidade do Estado perante aqueles que necessitam dos serviços públicos porque ou eles não são prestados ou são prestados inadequadamente. Por outro lado, tem-se a crise de legitimidade do Estado frente aos capitalistas, pelo aumento da carga tributária, na vã tentativa de atender as crescentes aspirações sociais.

Incidente, ainda, sobre o Estado Social a chamada crise fiscal. Esta crise ocorre porque o Estado, buscando impedir a queda de sua legitimidade em relação aos capitalistas, diminui as taxações. Ingressa, portanto, na conhecida crise fiscal já que precisa gastar mais do que arrecada. E, em decorrência de tal conjunto, tem-se a crise de governabilidade.<sup>68</sup>

Tais fatores demonstram a necessidade de mudança nos contornos dos Estados, do estabelecimento de novos padrões de Administração Pública e do incremento por novas e melhores respostas às demandas sociais, principalmente no que se refere à eficiência na gerência da coisa pública e na prestação dos serviços públicos.<sup>69</sup>

Floresce um campo, então, àqueles que, desde o período pós-segunda guerra mundial, criticavam o Estado Social: emerge, com força total, a doutrina neoliberal.

Em verdade, desde 1944, com o texto “O caminho da Servidão”, Friedrich Hayek, acompanhado por Milton Friedmann, Karl Popper, Lionel Robbins, Luswig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Slavador de Madariada, dentre outros, pregava a necessidade de combater o keynesianismo e o solidarismo para preparar as

<sup>68</sup> Este é um pensamento desenvolvido desde os teóricos liberais, como lembra Jorge Reis Novais, ao comentar a importância de Humboldt para a construção da teoria do Estado de Direito: “Quanto mais o Estado procura responder às insuficiências da sociedade civil, mais essas insuficiências se multiplicam e novos males se revelam (...) a expectativa da ajuda do Estado, o esmorecimento da iniciativa pessoal, a presunção falsa, a preguiça, a incapacidade! O vício de onde nascem estes males é, depois, por ele engendrado; o corpo de funcionários cresce, a burocracia aumenta e o formalismo que envolve necessariamente os problemas que se procuravam resolver gerará, por si só, novos e avolumados problemas.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, op.cit., pp. 65,66).

<sup>69</sup> Wilson Ramos Filho, na obra citada, analisa que o anseio pela reformulação do Estado não tem encontrado apoio somente nas esferas capitalistas, mas também nos setores populares da sociedade. Assim, sustenta que “O que em política vulgarmente se denomina “promessas irrealizáveis” do capitalismo em termos de sociedade onde seja possível não só a vida, mas a felicidade de seus integrantes, contribuiu para gerar nos setores médios da sociedade uma descrença generalizada no Estado e em seus instrumentos característicos de participação, os partidos políticos, em face da possibilidade de realização da promessa capitalista, desconfiança esta agudizada nos setores populares pela incapacidade do Estado em solucionar questões básicas para o atual estágio civilizatório como moradia, escola, saúde, saneamento básico, etc.” (RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno...*, op.cit., p. 82).



bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre das intervenções estatais. A partir de 1979, vários governos de inspiração neoliberal ascenderam em países importantes, tais como a Inglaterra (1979), Estados Unidos (1980), Alemanha (1982) e Dinamarca (1983).<sup>70</sup>

Edumundo Lima de ARRUDA JR. refere que “o neoliberalismo busca, no plano ideológico deslegitimar e despolitizar o campo das lutas populares, num movimento no qual, da política à filosofia, desclassifica-se o espaço público como arena para as grandes discussões de temas de interesse coletivo.”<sup>71</sup>

Assim, ao invés de se reestruturar o Estado para que pudesse vir a ser uma instituição que efetivamente assegurasse os mínimos direitos à sobrevivência digna dos cidadãos, preferiu-se, mais uma vez, na história, conceder tal tarefa ao mercado, à iniciativa privada, razão por que se optou pela sua diminuição em relação ao atendimento de demandas sociais.<sup>72</sup>

Mas o Estado, sem embargo de seu enfraquecimento em relação às preocupações sociais, torna-se mais ‘forte’ em outros aspectos, sendo altamente repressivo com os movimentos sociais e estando sempre pronto a garantir o livre mercado, salvando, se necessário for, instituições privadas.<sup>73</sup>

Além disso, “a derrota dos socialismos reais caiu como uma luva para a modernização neoliberal, pois coincidente com a crise do Estado Social.”<sup>74</sup>

<sup>70</sup> ANDERSON, Perry. “Balanço do neoliberalismo”, in *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*, Org. por ANDERSON, Perry, et alii. 4ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1998.

<sup>71</sup> ARRUDA JR., Edumundo Lima de. *Direito e...*, op.cit., p. 69.

<sup>72</sup> “na esteira da privatização do espaço público, o que não se tem presente é a sua dimensão. O Estado, na visão neoliberal, é um empecilho; necessário para coisas miúdas, aí compreendidos os Poderes, inclusive o Judiciário. O direito - e os direitos -, por consequência, há de ser desprezado, a ponto de não ser considerado como imaginado por aqueles “visionários” da modernidade.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico”. Trabalho apresentado no *II Encontro sobre reforma u - Estado e ensino jurídico: preparatório para o V Seminário Nacional do CONPEDI, Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, setembro de 1996. No prelo). Ainda analisando a questão da diminuição do Estado no trato de questões sociais, Wilson Ramos Filho traz uma importante ponderação, acerca do Estado Neoliberal: “um modelo de Estado que é altamente repressivo com os movimentos sociais, ou seja, FORTE, por um lado, e altamente “ausente”, ou FRACO, quando se refere às relações intraclasses dominante ou, ainda, sempre representando em última instância os interesses das classes dominantes, ausente no que pertine à promoção social ou no sentido de incluir a grande massa de excluídos sociais.” (RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno...*, op.cit., p. 93). No mesmo sentido, “O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle de dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas.” (ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo...*, op.cit., p. 11).

<sup>73</sup> RAMOS FILHO, Wilson. “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, in *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba: EDIBEL, 1996. No mesmo sentido, Edumundo Lima de ARRUDA JR.: “curiosamente esse projeto de estado neoliberal periférico radicaliza-se numa tendência mundial: a do brutal intervencionismo estatal para tentar implementar suas políticas.” (ARRUDA JR., Edumundo Lima de. *Direito...*, op.cit., p. 83).

<sup>74</sup> ARRUDA JR., Edumundo Lima de. *Direito e...*, op.cit., p. 60.

Com efeito, com a emergência do modelo econômico monetarista, o que importa não é a condição de vida dos milhares de trabalhadores. Até porque, eles são quase supérfluos diante do avanço tecnológico, razão pela qual não há porque sustentar um Estado-Providência. O que importa, sim, é o potencial consumidor dos indivíduos. O sujeito da história passa a ser, então, o mercado. E o discurso do poder, para legitimar suas iniciativas, elegeu as estruturas do Estado Social, dentre elas, a Administração Pública, organizada de acordo com os padrões burocráticos, como um dos principais fatores responsáveis pelas imperfeições do sistema capitalista.

Em verdade, Max WEBER já identificava, na burocracia, algumas deficiências. Aliás, José Guilherme MERQUIOR comenta que muitas das críticas tecidas contra a estrutura burocrática pensada por WEBER referem-se não a ela em si, mas ao seu desvirtuamento, o qual já era apontado, inclusive, pelo autor. Assim, segundo ele, para WEBER a burocracia é um mal porque significa exercício do poder sem responsabilidade política, além de ver nela o sustentáculo de uma racionalidade sem alma, que sufoca toda espécie de liberdade humana e criatividade cultural,<sup>75</sup> transformada em 'gaiola de aço'.<sup>76</sup>

BRESSER PEREIRA analisa o tema especificamente em relação à Administração Pública brasileira:

*"A crise da administração burocrática começou ainda no regime militar não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através de empresas estatais.(...) A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente ministrados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.(...) Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos."<sup>77</sup>*

O que se questiona, portanto, a partir do advento do Estado Neoliberal, não é somente a estrutura burocrática do Estado Social, mas o próprio paradigma da

<sup>75</sup> MERQUIOR, José Guilherme. *Rosseau e Weber ...*, op.cit., pp. 130-2.

<sup>76</sup> ARGÜELLO, Katie. *O mundo...*, op.cit., p. 86.

<sup>77</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Da Administração Pública burocrática à gerencial", in *Revista do Serviço Público*, Jan-Abril, 1996, nº 1, v. 120, pp. 3-5. Além disso, a Administração Pública burocrática permitiu um excesso de poder no Executivo, como bem ressalta NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, cit., p. 218.

racionalidade formal e da legitimação legal que se tem neste modelo. Neste sentido, BRESSER PEREIRA refere que

*“A administração burocrática é racional, nos termos da racionalidade instrumental, na medida em que adota os meios mais adequados (eficientes) para atingir os fins visados. É, por outro lado, legal, na medida em que define rigidamente os objetivos e os meios para atingi-los na lei. Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem poder adotar decisões, sem usar de seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei.”<sup>78</sup>*

Assim, no que se refere ao Estado, tem-se, de acordo com o novo pensamento, que uma instituição que presta serviços de má qualidade e que gasta muito em razão das exigências de um sistema burocrático, não atende às exigências da sociedade capitalista atual<sup>79</sup> e deve ser superada. É necessária a busca pela eficiência,<sup>80</sup> a qual, segundo o pensamento que hoje se pretende dominante, somente é alcançada pela competitividade.<sup>81</sup>

Prega-se, a partir disso, a diminuição do tamanho do Estado,<sup>82</sup> passando para a iniciativa privada a gerência da maioria de suas atividades (privatizações), ainda que, em alguns casos, o poder público continue oferecendo recursos para o seu desempenho - é o que ocorre com a criação das organizações sociais. E em relação às atividades que não podem ser transferidas para a iniciativa privada, em razão de sua natureza, deve-se buscar a implantação de pelo menos alguns institutos de um novo modelo de Administração: a administração gerencial.

<sup>78</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma...*, p. 41.

<sup>79</sup> De acordo com Wilson Ramos Filho, “Há uma incompatibilidade entre o tempo da democracia e o tempo de uma economia globalizada. Empresas podem perder bilhões de dólares se uma decisão administrativa por um órgão burocrático tiver que ser debatida amplamente com os setores sociais envolvidos ou se um Estado nacional soberano demorar meses discutindo uma alteração legislativa.” (RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno...*, cit., p. 90)

<sup>80</sup> HAYEK, Friederich A.. *Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. A miragem da justiça social*. vol. II, São Paulo: Visão, 1985.

<sup>81</sup> “Parece evidente que a fertilidade do solo para a sementeira deste projeto está diretamente relacionada às decantadas crises (fiscal, de legitimação e de governabilidade) do Estado de Bem-Estar Social, sobre as quais as agências externas de financiamento tem contribuído, ao menos na América Latina, consideravelmente. Assim, não só a hiperinflação, mas todas as insuficiências dos Estados de Bem-Estar (*déficit* público, dívida interna e externa, ineficiência burocrática, corrupção, marginalização, desemprego, sucateamento dos bens e serviços públicos, incapacidade do Estado em expandir seus ingressos pela via tributária, para ficar em alguns exemplos) foram utilizadas e ampliadas pelo projeto neoliberal para, no dizer de Borón, “satanizar” a figura do Estado.” (CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. *Apontamentos...*, cit., p. 127).

<sup>82</sup> “o Estado, (...) desde este ponto de vista, atrapalha as relações individuais, razão por que se trata de excluí-lo, tornando-o mínimo e, de consequência, enfraquecido a ponto de não poder fazer frente aos detentores efetivos do poder.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Globalização e direitos humanos”. Texto extraído de notas da *Palestra proferida na 1ª Conferência Municipal de Direitos Humanos*, em 15.05.98, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, promovida pela Prefeitura Municipal e Conselho Municipal dos Direitos da Cidadania, no prelo, p. 8.

Para BRESSER PEREIRA, a Reforma do Estado envolve quatro problemas: (i) delimitação do tamanho do estado; (ii) a redefinição do papel regulador do Estado; (iii) a recuperação da governança e (iv) o aumento da governabilidade.<sup>83</sup>

É a partir deste contexto que se desenha o novo Estado e a nova Administração Pública brasileiros. Tem-se, portanto, um Estado neoliberal,<sup>84</sup> que opta por deixar à iniciativa privada o trato das questões sociais,<sup>85</sup> e uma Administração Pública estruturada de forma gerencial, preocupada com a obtenção de bons resultados, independentes dos meios utilizados para alcançá-los.

Assim, como sustenta CAMARGO E GOMES, “O Estado que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir.”<sup>86</sup>

<sup>83</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle”, in *Cadernos do MARE*, nº 01, Brasília: MARE, 1997, p. 58.

<sup>84</sup> No qual tem-se como principal tensão, segundo Wilson Ramos Filho, “entre a ‘deformalização’ ou ‘deslegalização’ e a ‘relegalização’ (cada organismo cria sua norma particular, não mais universal e genérica; um direito mínimo; descentralização do direito positivo em face da fundamentação cada vez mais contratual para os direitos e deveres), no campo dos movimentos sociais pela *reincorporação/reconhecimento* de direitos, inclusive novos direitos públicos, e no campo das empresas, pela relegalização das relações pelos blocos econômicos, pelas novas cadeias normativas, pelas empresas, pela rede que cria direitos civis (em oposição aos direitos que provêm do Estado).” (RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno...*, cit., p. 93).

<sup>85</sup> Cabe ressaltar que, ao contrário do que pode parecer, a equipe do atual Governo brasileiro não admite que o modelo neoliberal é o que está inspirando as reformas. Neste sentido, BRESSER PEREIRA afirma que “Delineia-se, assim, o Estado do século vinte-e-um. Não será, certamente, o Estado Social-Burocrático, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise. Não será também o Estado Neoliberal sonhado pelos conservadores, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezanove. Nossa previsão é a de que o Estado do século vinte-e-um será um Estado Social-Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais de controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente através de organizações públicas não- estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalhos mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação da competição internacional.” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado...*, op.cit., p. 18).

<sup>86</sup> CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. *Apontamentos sobre alguns impactos...*, cit., p. 128. Completando, ainda, tal pensamento, o autor afirma, no mesmo texto, que “O Poder Público deixa sua condição de inadimplente, não pelo cumprimento de suas obrigações, mas pela modificação compulsória e leonina do contrato após o pagamento antecipado do preço pela outra parte, o povo, vitimado por uma ideologia suficientemente capaz de encobrir os danos daí decorrentes.” (CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves de. *Apontamentos sobre alguns impactos...*, op.cit., p. 133).

#### 4 Administração Pública Gerencial

Como se viu, com o advento do Estado Neoliberal, instaura-se um novo modelo de Administração, a Administração Gerencial.

No Brasil, a sua implantação tem ocorrido em face da Emenda Constitucional nº 19/98, e das demais leis que tratam do tema.

Podem ser elencadas como suas principais características, de acordo com BRESSER PEREIRA:<sup>87</sup> (a) orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente; (b) o controle de resultados, simplificando-se o meio de execução das atividades; (c) fortalecimento da autonomia do administrador na gestão dos recursos; (d) separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas, executoras dessas mesmas políticas; (e) distinção de dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolistas, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido; (f) transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos; (g) adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos de controle social direto, do contrato de gestão e da formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada; (h) terceirização das atividades auxiliares de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado.

Tem-se, portanto, a implantação, no âmbito da Administração Pública, de mecanismos da iniciativa privada, o que pode ser verificado, principalmente, pelo conteúdo que se tem atribuído ao princípio da eficiência, inserido no art. 37, caput, da CF/88. Com efeito, a recepção deste princípio, no âmbito público, implica a busca pelo eficiente, determinado pelo que é mais lucrativo, menos oneroso.

É, sem dúvida, o mercado, tido por alguns como o novo sujeito da história, que define as bases de atuação de todo o poder público. Pode-se identificar, inclusive, uma tentativa de se generalizar a racionalidade através da qual desenvolve-se a atividade econômica em sentido estrito, para aplicá-la, também, na esfera da prestação dos serviços públicos.

A legitimação do sistema, portanto, deixa de ser legal e passa a ser conferida pelo resultado eficiente, obtido, principalmente, através da participação do cidadão na esfera administrativa, seja mediante a interferência nos processos decisórios, seja mediante a fiscalização. Assim, a administração pública gerencial importa-se menos com os processos e mais com os resultados, para que sejam alcançados com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis.

<sup>87</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado...*, *op.cit.*, pp. 42 e ss.

Em face desse cambiamento, tem-se a superação dos mecanismos burocráticos de controle da atividade do poder público pela inserção de mecanismos de controle dos resultados. Acredita-se que

*“O controle detalhado das organizações públicas, partindo do princípio de que o administrador é sempre desonesto, mata a iniciativa, cria procedimentos burocráticos inúteis, substitui a preocupação com as formalidades, e nem por isto garante a lisura das ações dos administradores. A visão moderna parte do princípio de que o administrador é honesto até prova em contrário, dá ampla flexibilidade de ação para os dirigentes das organizações, e substitui os controles formais pela avaliação de resultados.”<sup>88</sup>*

A burocracia, então, permanece tão-somente em um pequeno espaço dentro da Administração, aquele no qual são definidas as políticas públicas, que é o chamado núcleo estratégico.

De acordo com BRESSER PEREIRA,

*“Como a administração pública burocrática vinha compater o patrimonialismo e foi implantada no século XIX, no momento em que a democracia dava seus primeiros passos, era natural que desconfiasse de tudo e de todos - dos políticos, dos funcionários, dos cidadãos. Já a administração pública gerencial, sem ser ingênuo, parte do pressuposto de que já chegamos a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado, que o burocratismo está condenado, e que é possível desenvolver estratégias administrativas baseadas na ampla delegação de autoridade e na cobrança a posteriori de resultados.”<sup>89</sup>*

Esta é a mentalidade na qual vêm se pautando as reformas introduzidas no Brasil.

Destarte, tem-se uma nova estrutura administrativa, composta de (i) núcleo estratégico - formado pela cúpula dos três poderes e pelo Ministério Público, o qual será organizado através das estruturas burocráticas; (ii) agências executivas e reguladoras - responsáveis pela prestação dos serviços exclusivos do Estado e que serão organizadas pelos moldes gerenciais em conjunto com alguns postulados burocráticos; e (iii) as organizações sociais - as quais desenvolverão os serviços não-exclusivos do Estado (saúde, educação e cultura), organizados através de mecanismos da administração gerencial, exclusivamente.

Cabe referir que as Organizações Sociais compõe o que se tem chamado de terceiro setor, no qual passa a ser importante a noção de competitividade. Isto porque, mais de uma organização social pode exercer o mesmo serviço. Assim, a idéia de

<sup>88</sup> SCWARTZMAN, Simon. *Desempenho e controle na reforma administrativa*, Texto para discussão, Brasília: ENAP, 1996, p. 3.

<sup>89</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*, São Paulo: Editora 34, 1996, p. 272.

**competição** se instaura em dois aspectos: (i) na procura do serviço pelos usuários e (ii) **na distribuição** de verbas pelo poder público.

Como se vê, aqui seria a sede do processo de diminuição do Estado, já que se **retira do seu aparelho** a execução de determinadas atividades, as quais são repassadas à iniciativa privada. Assim, os dirigentes de tais entidades terão maior autonomia (**eliminação da burocracia**) e maior responsabilidade para gerir os recursos e para **implantar os serviços**.

É o que se chama de publicização, que, segundo BRESSER PEREIRA, é um **processo “de transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado, mas pública não-estatal.”**<sup>90</sup> Não se trata de privatização porque o Estado **continua** mantendo os recursos de tais entidades, seja porque os serviços envolvem **direitos humanos** fundamentais (saúde, por exemplo), seja porque possuem economias **externas** relevantes, as quais não podem ser transformadas em lucros.

Busca-se, com isso, aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, **atendendo** melhor o cidadão-cliente, a um custo menor.

Finalmente, só a título de ilustração, lembre-se que há, ainda, o setor das **atividades privadas**, que serão desenvolvidas pelas concessionárias e permissionárias.

Do exposto, pode-se observar que a Administração Pública Gerencial, forma de **organização** almejada pelos atuais governos para o desenvolvimento da maior parte das **atividades** desenvolvidas pelo Poder Público, possui uma racionalidade instrumental, **teleológica** - voltada para o fim da eficiência -, porém abstraída dos meios, típicos da **racionalidade** formal. Note-se que tal racionalidade aproxima-se da racionalidade formal da **economia**, já pensada por WEBER, em Economia e Sociedade, ainda que, para tal **autor**, fossem relevantes os meios tecnicamente mais adequados.<sup>91</sup>

Tal concepção fundamenta-se, basicamente, no pensamento de Friederich Von HAYEK, um dos marcos teóricos do neoliberalismo, como já ressaltado.

HAYEK parte do pressuposto de que não há previsibilidade em relação aos **resultados** da ação humana,<sup>92</sup> sendo impossível a sua determinação a priori.

Com isso, o autor rompe com a racionalidade aristotélica que constrói todo o **sistema de pensamento** nas relações de causa-efeito. Perde sentido, portanto, em sua **teoria**, a justificação da Administração Pública organizada nos moldes burocráticos, **com controle** de meios antepondo-se ao controle de resultados.

Diante disso, sustenta a necessidade de se ter uma ação por si só eficiente, ou seja, toda ação humana deve ser pautada na otimização dos recursos utilizados, **gastando-se** o menos possível e buscando a maior qualidade. E tal conteúdo, de base

<sup>90</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado: lógica ...*, op.cit., p. 19.

<sup>91</sup> WEBER, Max. *Economia...*, op.cit., p. 52.

<sup>92</sup> HAYEK, Friederich A.. *Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. A miragem da justiça social*. vol. II, São Paulo: Visão, 1985, p. 4.

economicista, é determinado, para o autor, em função de propósitos imediatos da sociedade. Afirmo, neste sentido, que “o propósito imediato dos esforços de um homem será quase sempre obter meios a serem usados na satisfação de necessidades futuras desconhecidas: numa sociedade evoluída, será, na maior parte das vezes, o meio generalizado – o dinheiro – que servirá para a obtenção dos fins particulares.”<sup>93</sup>

Assim, para a nova ordem, o estabelecimento de meios legais para a atuação do poder público é ineficiente porque emperra a máquina administrativa e não permite ao administrador a liberdade necessária para atingir resultados eficientes. Não por outro motivo alegam os defensores da reforma que a racionalidade formal-legal da burocracia enfoca toda a sua atuação nos meios em si, despreocupando-se com os fins da ação administrativa. Assim, propõem que o enfoque da Administração passe a ser o cidadão, beneficiado pelos efeitos eficientes, os quais só podem ser assegurados com a otimização de recursos, já que são, por si só, imprevisíveis.

### Conclusões

O estudo de algumas categorias do pensamento de Max WEBER na tentativa de compreensão da passagem da administração pública burocrática à gerencial demonstra relativa importância, atualmente, porque tal autor fornece um referencial para a defesa das instituições democrática que estão sendo atacadas pelas reformas implementadas pelo poder público brasileiro, sem embargo de ser, por muitos, chamado de teórico de ‘direita’ e ‘positivista’.

Com efeito, a burocracia foi criada justamente com o objetivo de limitar o poder então absoluto dos reis, assegurando que as funções públicas seriam desempenhadas por servidores independentes e com autonomia, subordinados somente à lei.

Da mesma forma, o controle procedimental surgiu com o escopo de assegurar que a atuação administrativa fosse fiscalizada, durante todo o seu iter, pela população. Entendia-se, por exemplo, que era preciso estabelecer mecanismos para que a Administração tratasse a todos de maneira isonômica, sem privilégios, alcançando, com isso, os fins requeridos pelo interesse público.

A legitimação legal é, assim, vista como uma forma democrática de justificação do poder, pois as leis são feitas democraticamente e são elas que determinam toda a atuação administrativa.

Neste contexto, o direito racional-formal é posto como mecanismo para assegurar, com previsibilidade e segurança, a concretização, na sociedade, das regras postas democraticamente.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 9.



Claro que este ‘tipo ideal’ de estado sofre desvirtuamentos. A burocracia cria o estado tecnocrático, voltado somente para a procedimentalização, perdendo de vista aquela que é sua finalidade fundamental: o atendimento ao interesse público.

Todavia, é de se questionar se as premissas das quais partem aqueles que defendem uma administração gerencial, legitimada não mais pela obediência à lei, mas por resultados eficientes, são verdadeiras. Com efeito, é possível dizer que o administrador público deve ter maior autonomia e liberdade quanto aos procedimentos administrativos porque ele é honesto? Ou ainda, é certo que a estabilidade, ao invés de garantir a independência dos servidores em relação aos chefes de governo, causa a acomodação dos funcionários? Ou ainda, é possível sustentar um regime democrático quando se admite, na esfera administrativa, escolhas pautadas na eficiência, marcada por um conteúdo mercadológico? É viável o estabelecimento de metas como forma de garantir tal eficiência na prestação de serviços públicos? Qual será a meta estabelecida para as Universidades públicas? E para os Hospitais?

O que parece, em princípio, é que, ainda que a burocracia tenha sido desvirtuada, alguns de seus mecanismos são fundamentais para a garantia do regime democrático. Não é crível admitir a contratação de servidores, sem o devido concurso público, pelo simples motivo de que é mais ágil e, portanto, mais eficiente. Parece que, sem estabilidade, os servidores passarão a ter suas atividades determinadas não pelo interesse público, mas sim pelos seus “chefes”, nos moldes da iniciativa privada.

Além disso, uma racionalidade mercadológica vê o cidadão como consumidor, como cliente dos serviços públicos. Se é assim, não se pode olvidar que cliente é aquele que paga por um serviço. E como ficará a extensa parcela da população que não pode pagar por eles?

Claro que a administração burocrática, nos moldes pensados por Max WEBER não trouxe todas essas respostas, mas foi capaz de criar mecanismos de controle da atividade administrativa, ainda que, em alguns casos, excessivamente formais. Assim, é inegável que há a necessidade de se reformular a burocracia, mas há que se questionar se há possibilidade de se manter um regime democrático abandonando-se as garantias trazidas pelo burocratismo.<sup>94</sup>

Assim, o que se assiste é que a estrutura administrativa gerencial permite a inclusão de valores no âmbito administrativo, que extrapolam o jurídico e são determinados pela idéia neoliberal de lucro. Neste sentido, Edmundo Lima de ARRUDA JR. afirma que “a título de reformar o estado abrem-se os espaços para o reforço de novos feudos -, ou melhor, de novos patrimonialismos (interesses privados na esfera pública), presentes nos espaços impuros do público, estatal ou não-estatal. A única mediação estatal passa a ser o Deus-mercado.”<sup>95</sup>

Portanto, para fugir das amarras da legislação - que, não raras vezes significam garantias -, o discurso legitima-se defendendo a ultrapassagem da racionalidade formal.

<sup>94</sup> Neste sentido, ASBURNER, Louise. *Et alii*. Trad. Sara Rejane de Freitas Oliveira, *A nova administração pública em ação*, Brasília: Editora UNB, 199, pp. 202 e ss..

<sup>95</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito e...*, op.cit., p. 82.

E ganha foros de democracia falando em termos de uma racionalidade material na qual o valor principal seria o da igualdade material. No Brasil, inegavelmente, tem-se, por parte daqueles que compõe a “seita weberiana do Presidente da República” uma apropriação indevida da teoria de Max WEBER.<sup>96</sup>

Cabe questionar, deste modo, até que ponto os valores eleitos pelos governantes serão mesmo aqueles informados por uma idéia de justiça e colaborarão, nesta medida, para o incremento da democracia.

Assim, ciente de que a racionalidade formal, nos moldes tradicionais, não pode dar conta da formação de uma sociedade justa, faz-se necessário repensá-la, adotando um novo conteúdo para o direito racional-formal, inserindo, nele, os valores eleitos pela sociedade como aqueles que deverão guiar a sua construção, tal como fazem os autores do pós-positivismo.

Sem embargo, tem-se que a democracia requer a racionalidade-formal, remodelada e informada pelos valores que põe a dignidade da pessoa humana como seu núcleo.<sup>97</sup>

Destarte, conclui-se, com Katie ARGÜELLO:

*“Weber já mostrava os dois lados da racionalidade formal, tanto no que diz respeito à sua eficiência técnica para dominar, como também enquanto uma conquista que se afirmou contra os poderes autoritários. É fundamental, pois, destacar que a institucionalização de comportamentos contra a legalidade implode o espaço público, embora em algumas situações históricas específicas a desobediência à ordem estabelecida, a desobediência civil, tenha servido (e ainda sirva) para criá-lo. Malgré tout, é impossível pensar numa convivência democrática, sem a existência de uma racionalidade formal.*

*Temos que estar preparados para o risco que implica um discurso crítico ao Direito Positivo, na atual fase do processo de acumulação, marcado por uma tendência, de determinados setores do capital, no sentido da ‘flexibilização’ das regras do Estado de Direito e das políticas sociais. Trata-se de uma nova fase da retórica neoliberal, antes apegada à ordem jurídica para garantir interesses materiais, que propõe, atualmente, uma desjuridificação, para facilitar o exercício da sua nova barbárie. (...).”<sup>98</sup>*

<sup>96</sup> “Há o problema daqueles que, oportunisticamente, induzem a um ‘senso comum’ em torno do autor, na medida em que reivindicam a obra weberiana para ‘legitimar’, ‘justificar’ idéias e práticas, as quais Weber, indubitavelmente, não rubricaria. É o caso, para exemplificar, do que ocorre, na atual conjuntura nacional, com a propaganda eufórica feita em torno do presidente Fernando Henrique Cardoso, pelos seus títeres, apresentando-o como leitor privilegiado de Weber e, por isto, possuidor de todas as respostas para solucionar os problemas do País. A ideologia inscrita em tal atitude política é subliminar: os socialismos reais morreram. Marx ‘morreu’. Resta, então, uma ‘nova’ seita - a do presidente -, o ‘weberianismo’. Certamente, Fernando Henrique Cardoso presta, com isso, um desserviço ao pensamento de Weber, o qual não permite o otimismo veiculado pela mídia. Ademais, tal prática se circunscreve ao núcleo daquilo que o autor mais combateu, seja como político ou como pesquisador: a destruição do espaço público de debate.” (ARGÜELLO, Katie. *O icaro...*, op.cit., p. 14).

<sup>97</sup> Segundo Edmundo Lima de ARRUDA JR., “nossa luta é por uma ordem jurídica positiva que realize de maneira mais equilibrada os ideais da racionalidade jurídica normativa legada da Ilustração, reconstruída constantemente face às novas demandas, que entre nós não são tão novas, mas centenárias, como as demandas por pão, por saúde, por educação, por habitação, e quem sabe, por que não - sonhar é preciso -, até por lazer. (ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito...*, op.cit., pp. 87, 88).

<sup>98</sup> ARGÜELLO, Katie. *O icaro...*, op.cit., p. 203.

## A Verdade do Constitucionalismo Clássico Está Superada?

Alexandre Coutinho Pagliarini \*

**Resumo:** Com fulcro nas teorias semióticas acerca dos conceitos de *verdade* e *tempo*, tem o presente texto científico a intenção de fixar doutrina a respeito de uma *nova verdade* referente a um *novo tempo* em que se mostram presentes todos os pressupostos para o desenvolvimento formal do *supranacionalismo constitucional* e da Constituição Supranacional, justificando-se, assim, uma Constituição para a União Européia.

**Abstract:** Supported by semiotic theories about the concepts of truth and time, the present scientific text has the intention to establish doctrine about a new truth, with reference to a new time, where all the presuppositions for a formal development of the constitutional supranationalism and the Supranational Constitution are present, justifying, thus, a Constitution for the European Union.

**Palavras-chave:** Tempo e verdade; Constitucionalismo supranacional; Constituição Supranacional; Constituição Européia.

**Key-words:** Time and truth; Supranational Constitutionalism; Supranational Constitution; European Constitution.

Representantes<sup>1</sup> da doutrina defensora de uma espécie de constitucionalismo clássico, não apegados à *verdade* de que a Europa, para se unir, utilizou-se do único instrumento possibilitador da criação formal de norma para mais de um Estado – o tratado internacional – mostram-se pouco ou nada entusiasmados com a idéia de uma Constituição comunitária para a Europa.

Ilustre pensador de uma corrente que, por suas opiniões cétricas, pode ser considerado, comunitariamente falando, como um *constitucionalista tradicional ou clássico*,

\* Doutor e Mestre em Direito do Estado (subárea Direito Constitucional) pela PUC/SP. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). [alexpagli2000@yahoo.com.br](mailto:alexpagli2000@yahoo.com.br).

<sup>1</sup> Por exemplo: GRIMM. *Una Costituzione per l'Europa*, p. 341 (tradução nossa): “As decisões no âmbito europeu, inclusive as de caráter legiferante, provêm do Executivo. Mesmo depois de sua revalorização pelo tratado de Maastricht, o Parlamento Europeu limita-se no exercício do direito de vetar. Assim, as espécies normativas européias ficam devedoras dos governos nacionais quanto à representação democrática.” E adiciona GRIMM na p. 48: “A Constituição (...) se alimenta de pressupostos sociais que não pode mais garantir.” E na p. 357: “A simples atividade parlamentar não garante, por si só, qualquer estrutura democrática.”

que não aceita o *tratado internacional* como um instrumento de construção democrática e comunitária, Dieter Grimm merece receber críticas aos três comentários constantes na nota abaixo, feitos na obra coletiva organizada por Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro e Jörg Luther, intitulada “*O futuro da Constituição*” (*Il futuro della Costituzione*).

Se considerarmos a Carta Magna europeia como um ícone da pós-modernidade, então estaremos promovendo um verdadeiro corte na história, ressuscitando-a e alavancando-a rumo a um novo constitucionalismo. Em cenário assim, o processo de composição doutrinária – numa espécie de diálogo entre o constitucionalismo moderno e o pós-moderno – vem se intensificando. Logo, temos que saber quem é contra o ícone da pós-modernidade (a Constituição Europeia) e quais são alguns de seus argumentos. Gomes Canotilho<sup>2</sup> aponta como *inimigos* da Constituição Europeia: (i) os Estados Unidos da América, este por medo de perda da hegemonia e desejo de manutenção da unilateralidade que marca a sua atuação; (b) o Reino Unido, dando-se isto por sua tradicional aversão à Constituição escrita; (c) os estatistas hegelianos; (d) os jacobinos franceses; e (d) os comunistas.

Não podemos tentar ler a pós-modernidade com os olhos da modernidade. A UE é a representação máxima da superação da primeira e, *se isto é fato, então não merece* tal conglomerado pós-moderno ser interpretado com a mesma visão e a mesma disposição axiológica que era própria do período compreendido entre 1776 e 1945, ou entre 1789 e 1989.

As construções europeia e da idéia de *povo europeu*<sup>3</sup> – e, em consequência deste, de *nação europeia*: sim, somos a favor do entendimento de que há uma “*nação europeia*” – são realidades hoje, podendo-se afirmar que à UE não restava outra saída: *se* os países europeus desejavam se reconstruir em conjunto, *então* o instrumento foi e tem sido o tratado<sup>4</sup> que, por sua própria morfologia, é um instrumento dos chefes de Estado e de governo. *Se* a reconstrução econômica dependia de esforços em comum, *então* os países começaram a se juntar; *se* as instituições europeias foram criadas como representação de um contexto comunitário, *então* tal criação só podia se efetivar pela via do tratado; *se* o tratado foi o instrumento que propiciou a criação de um parlamento comunitário, *então* tal parlamento é detentor de uma representação comunitária; *se* os povos da Europa são minimamente cultos, *então* tais pessoas têm ciência do que vem se passando naquele continente, de forma institucional e comunitária, desde 1945, principalmente por ser verdade que todos os tratados comunitários são devidamente

<sup>2</sup> CANOTILHO. Palestra proferida no Teatro Guaira, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre a temática “Constitucionalismos e Globalização”, no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

<sup>3</sup> Friedrich Müller entende que, por meio da internacionalização dos direitos humanos, a terminologia *povo* ganha dimensões globais: “Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o ‘povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ (‘staatsvolk’) de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global.” MÜLLER. F.. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, pp. 63, 64.

<sup>4</sup> REZEK. *Direito dos Tratados*, pp. 158-253.

publicados e deles se ocupam as mais variadas formas de comunicação social; *se o povo europeu*<sup>5</sup> tem-se mostrado solidário e multicultural, *então* prova-se existente um substrato social<sup>6</sup> e humanitário<sup>7</sup> que justifique uma nova realidade constitucional ou um *novo constitucionalismo*, um *constitucionalismo da pós-modernidade*.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Para justificar um *poder constituinte do povo*, Friedrich Müller entende que tal terminologia (povo) deve ser parte integrante dos Textos Constitucionais. No caso do Projeto de Tratado Constitucional para a UE, verificamos, no preâmbulo, a existência de expressões correlatas (ou decorrentes). Inaugurado por uma frase de Tucídides, o preâmbulo diz que “A nossa Constituição... chama-se ‘democracia’ porque o poder está nas mãos, não de uma minoria, mas do maior número de cidadãos.” “Inspirando-se nas heranças culturais, religiosas e humanistas da Europa, cujos valores, ainda presentes no seu património, enraizaram na vida da sociedade o papel central da pessoa humana e dos seus direitos invioláveis e inalienáveis, bem como o respeito pelo direito.” “Persuadidos de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da sua identidade e da sua história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum.” “Gratos ao membros da Convenção Europeia por terem elaborado a presente Constituição em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa.” (grifos nossos). In: MÜLLER, F.. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*, pp. 127, 128.

<sup>6</sup> HABERMAS. *Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*, p. 956: “Este cuadro histórico debería hacer más fácil la transición hacia dicha democracia, basada en el reconocimiento mutuo de las diferencias entre culturas nacionales fuertes y orgullosas. Además, los Estados-nación europeos comparten desafíos idénticos, a los cuales se enfrentan actualmente. Esos Estados-nación están todos en proceso de convertirse en países de inmigración y sociedades más o menos multiculturales. Todos están expuestos a los efectos de la mundialización económica y cultural que no hace conscientes de una herencia normativa compartida. Esta nueva conciencia de lo que los europeos tienen en común ha alcanzado una expresión admirable en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Los miembros de lo que se llama la ‘Convención’ han alcanzado un acuerdo sobre ese documento remarcable, en un lapso considerablemente corto.”

<sup>7</sup> Neste sentido: BOBBIO. *De la ideología democrática a los procedimientos universales*, pp. 309-324. Também LUÑO. *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, p. 201: “(...) legisladores, jurisprudencia constitucional y ciencia jurídica (constitucional) constituyen en Europa un substrato jurídico común indisoluble que contiene elementos del tipo ‘Estado constitucional’, es decir, ante todo respeto a la dignidad humana, democracia pluralista, derechos humanos y libertades fundamentales, Estado de Derecho (imperio de la ley), justicia social, autogestión administrativa a nivel municipal, subsidiariedad, tolerancia y protección de minorías, regionalismo y federalismo. Cuanto mayores sean las variantes de las formas particulares y mayor asimismo el grado de diferenciación y abstracción o, en su caso, de concreción de los principios, tanto más variadas serán las formas en las que se ponga en evidencia la remisión al ‘legado común’ y a los ‘valores ético-espiritual’, pasando por los principios generales del Derecho contenidos en cada uno de las Constituciones hasta alcanzar los *standards* europeos, la homogeneidad conceptual y la categoría de ‘Estado europeo constitucional’.” E MÜLLER, L. T. D.. *Globalización y principio de jurisdicción universal: un estudio de caso*, pp. 859-879. E por fim WEILER. “*Invocatio Dei*” y la *Constitución Española*. Disponível em <[http://www.abc.es/servicios\\_2002](http://www.abc.es/servicios_2002)>. Acessado em 16.6.2004.

<sup>8</sup> CANOTILHO ensina que há um constitucionalismo diferenciado do tradicional, que tem como defensores Teubner e Luhmann, chamado de *Constitucionalismo Societal*, que propugna por uma Constituição sem política, ou seja, por uma Carta que não sofra influência alguma do subsistema político. Entende Canotilho que tal *Constitucionalismo Societal* guarda em si a marca do desprezo pela parte organizatória e procedimental da Constituição. Por outro lado, informa o mesmo autor lusitano que há um *Constitucionalismo Supranacional*, tendo este como premissa básica

De fato, a existência da União Européia é a prova do “*declive del Estado-nación*”<sup>9</sup> e do constitucionalismo que ensajou a positivação das Constituições modernas após a Revolução Francesa.

Após citar Matteucci, Canotilho e Loewenstein, André Ramos Tavares<sup>10</sup> enfatiza a consideração do constitucionalismo como um *movimento*. Identifica Tavares, na história, constitucionalismos no período antigo, na Idade Média e na época *moderna*, em que se passou a sentir uma retomada da concepção constitucionalista, com o seu *revigoramento* e o *desenvolvimento de novos ideais*. Este constitucionalismo moderno, que também pode ser chamado de clássico, apresenta, para Nicola Matteucci,<sup>11</sup> base que não era verificável nos outros constitucionalismos: a eficaz primazia da lei.

A *verdade* de um constitucionalismo aplica-se ao seu *tempo* e ao seu *espaço*; e os constitucionalismos se sucedem e renovam-se... Nesta linha, se se considerar que a Constituição moderna foi fruto do vencimento do constitucionalismo da Idade Média, ou seja, que ela passou a ser a representação textual da *verdade* de seu *tempo*, o período a ser sucedido contemporaneamente é o próprio constitucionalismo moderno, pelo pós-moderno.

Para Jorge Miranda,<sup>12</sup> o constitucionalismo moderno é o responsável por um novo Estado, com peculiaridades próprias referentes ao mesmo período, ressaltando a consolidação do Estado nacional, laico e soberano, e sua tipicidade europeia.

transferência do paradigma da Constituição nacional, sendo tal *Constitucionalismo Supranacional* uma resposta ao *Societal* de Teubner e Luhmann. Aponta Canotilho que o *C. Societal*, apesar de desprezar a política, utiliza-se de sua roupagem. In: CANOTILHO. Palestra proferida no Teatro Guaíra, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre a temática “Constitucionalismos e Globalização”, no *VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

<sup>9</sup> TORAINE. *La Séparation de l’Etat et de la nation*, p. 22.

<sup>10</sup> TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*, p. 2: “Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.”

<sup>11</sup> MATTEUCCI. *Manual de Direito Constitucional*, p. 124: “O princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média, ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo moderno.”

<sup>12</sup> MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 32, 33: “E com o constitucionalismo todo o Estado ficará envolvido por regras e processos jurídicos estritos. (...) O Estado moderno de tipo europeu, para lá das características globais de qualquer Estado, apresenta, porém, ainda características muito próprias:

- *Estado nacional*: o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a raça, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova;

- *Secularização ou laicidade*: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado islâmico – o temporal e o espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade já

Ícone da *modernidade* é a Constituição dos Estados Unidos da América. Mas o constitucionalismo moderno também se estende aos domínios europeus, pois foi nos países deste continente que ocorreram as lutas internas contra os absolutismos locais, lutas estas assentadas no iluminismo, no racionalismo e no individualismo, “ismos” estes que, pela mesma estrada, dirigiam os Estados de regime absolutista rumo a metas constitucionais comuns: (i) a racionalização do exercício do poder e a estruturação das instituições estatais; (ii) a proclamação e a garantia dos “*Direitos Individuais*”. A diferença entre europeus e norte-americanos, tomando como exemplo europeu a França, foi que neste país, devido à opressão do regime absolutista, primeiro se preocuparam em proclamar os Direitos do Homem e do Cidadão, numa cunhagem eminentemente individualista-burguesa. Nos Estados Unidos, a idéia inicial foi a de Constituição propriamente dita, para fundamentalmente positivar as bases institucionais mínimas do projeto unionista das treze antigas colônias britânicas da América do Norte. Logo, a idéia estruturante foi muito mais americana do que francesa, e isto é válido tanto para a primeira quanto para a segunda Constituição dos EUA.<sup>13</sup>

Neste artigo científico se discute *se* a verdade do constitucionalismo clássico estaria superada por uma outra verdade, a de um constitucionalismo pós-moderno. A resposta ainda não pode ser dada, pois, por constitucionalismo moderno não podemos entender somente aquele que estruturou o Estado de Direito (aquele que se submeteria

não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício.

- *Soberania*: ou poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua acção como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados (pois trata-se agora de Estado que, ao invés dos anteriores, tem de coexistir com outros Estados). Em suma, a ordem estatal revela-se, doravante, como um projecto racional de humanidade em volta do próprio destino terreno.

Como tem sido observado, no mundo antigo, os Estados dividiam-se em duas categorias: os impérios – grandes, mas deficientemente integrados; e unidades pequenas, mas com elevado grau de coesão – as Cidades-Estados. Os Estados europeus combinariam, em certa medida, as virtudes dos impérios e das Cidades-Estados. Seriam suficientemente vastos, mas conseguiriam envolver no processo político uma boa parte dos seus habitantes e criar um certo sentimento de identidade comum.”

<sup>13</sup> TOCQUEVILLE. *A democracia na América. Leis e costumes*, livro I, p. 129: “Quando a insuficiência da primeira Constituição Federal se fez sentir, a efervescência das paixões políticas que fizera nascer a revolução estava em parte aplacada, e todos os grandes homens que ela criara ainda existiam. Foi uma dupla felicidade para a América. A assembléa pouco numerosa que se encarregou de redigir a segunda Constituição continha os mais belos espíritos e os mais nobres caracteres que apareceram no Novo Mundo. George Washington a presidia. Essa comissão nacional, após longas e maduras deliberações, ofereceu enfim à adoção do povo o corpo de leis orgânicas que ainda hoje rege a União. Todos os Estados o adotaram sucessivamente. O novo governo federal assumiu suas funções em 1789, após dois anos de interregno. A revolução da América acabou, pois, precisamente no momento em que começava a nossa. *Panorama sumário da Constituição Federal* - Divisão de poderes entre a soberania federal e a dos Estados. – O governo dos Estados fica sendo o direito comum; – o governo federal, a excepção.”

à “*rule of law*”), sendo disto que Canotilho<sup>14</sup> dá conta quando disserta sobre a *soberania popular* e, conseqüentemente, sobre *democracia*.

Seguindo os passos de Gomes Canotilho, devemos dizer que uma coisa é estruturar o Estado e garantir os *Direitos Individuais*. Outra coisa é dispor sobre o exercício do poder político pelo povo-eleitor, isto é, sobre a *soberania popular*. Nesta esteira, é certo falar que a Carta moderna se produziu a partir da crença de que, além de o Estado ter que ser racionalmente estruturado e além de se ter que proclamar e garantir os *Direitos Individuais*, tudo deveria se efetivar num universo em que estivesse legitimado o exercício da representação e do poder político: isto quer dizer *democracia*, *soberania popular*, direta e/ou indireta. Neste sentido, são duvidosas as Constituições que, no decorrer do século XX, legitimaram regimes ditatoriais de governos os quais, de algum modo, com menor ou maior intensidade, afastaram o povo da capacidade de fazer parte da criação da vontade política do Estado e no Estado. Com isso, é certo incluir os Direitos Políticos no rol das *Liberdades Públicas*. Por conseguinte, não é exagero classificar as “*constituições outorgadas*”<sup>15</sup> por ditadores como verdadeiras fraudes à modernidade pois, se por um lado é verdade que tais Constituições estruturavam o Estado, não é igualmente verdadeiro que elas tenham garantido *liberdades públicas*: assim sendo, não tendo havido, durante os regimes ditatoriais, o pleno exercício de Direitos referentes à pessoa humana e à cidadania, então não se verificou, num espectro pleno, o exercício da democracia. Exemplos de tais “*constituições*” foram a da União Soviética e aquela que justificava a rotatividade militar no poder brasileiro, entre os anos de 1964 e 1985 (“*constituição*” de 1967-1969).

O foco principal do presente texto é dar resposta às seguintes dúvidas: (i) é possível que uma Constituição seja supranacional e, assim, possa estruturar uma comunidade supranacional e faça suas normas incidir sobre os ordenamentos de Estados soberanos membros da referida comunidade? E se isto for verdade, (ii) estaria, então, o constitucionalismo clássico superado? Para responder, é aqui defendido que a Constituição supranacional seria um ícone da pós-modernidade, a representação de uma verdadeira *passagem de eras*. Tal *passagem de eras* não dá ao leitor o direito de crer que a Constituição

<sup>14</sup> CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 100: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.”

<sup>15</sup> Tais “*constituições*” nem merecem a regalia de, na escrita, serem iniciadas pela letra “C” maiúscula.



Social teria representado a mesma passagem de eras, diante do fato de ter inserido no corpo das Cartas, não só as antigas e já conquistadas liberdades e Direitos Individuais ou de cunhagem burguesa, mas também Direitos Sociais referentes ao trabalho, à saúde e educação públicas, etc. Na realidade, a Constituição Social (do Estado-providência) é simplesmente a segunda página do constitucionalismo moderno ou da Carta moderna, pois se refere ao mesmo contexto de Estado Democrático de Direito, com a inclusão do social, ficando assim: *Estado Democrático Nacional e Social de Direito*.

Passa então a modernidade a ter a seguinte configuração constitucional: *Estado regrado*, quer dizer, obediente à “*rule of law*” + *Estado democrático*, o da soberania popular direta e/ou indireta + *Estado-nação*, aquele possuidor de uma Carta, referente a um povo (com peculiaridades, *coincidências* em comum), um território e uma soberania + *Estado dos Direitos Fundamentais* (Individuais mais Sociais) = *Estado-Nação Democrático de Direito e de Direitos Fundamentais*.

A palavra *nação*<sup>16</sup> pode representar um complicador na *fórmula* do parágrafo anterior, razão pela qual é bom escrever algumas linhas sobre ela, a partir da verdade de que os parlamentos do antigo regime adotam um tom crítico definindo-se como “os intérpretes da nação perante o rei”, ficando claro que são os primeiros a conferir um sentido político, até jurídico, ao termo “nação”, e que prenunciam o entusiasmo com que a burguesia acolherá essa mutação semântica. Desse modo, prepararam a primeira figura da idéia nacional. Ela se desenha, na filosofia do Iluminismo francês, como o resultado de uma racionalização do Direito Político. Os esclarecidos do século XVIII acreditam na legitimidade do Estado racional, que exprime a vontade soberana do corpo político edificado pelo contrato num procedimento matemático. Esse esquema geral é o que Sieyès, herdeiro de Rousseau sem ser adepto de suas teorias, desenvolveu ao estabelecer a equação do Estado e da nação; chega-se à paternidade do que Habermas denomina “*o patriotismo constitucional*”.

Jürgen Habermas<sup>17</sup> faz interessantes considerações acerca do *Estado construído sobre a administração, estabelecido a partir do século XVII*, correlacionando os momentos culminantes do *Estado Nacional e do Estado Social*,

<sup>16</sup> BURDEAU et alii. *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 25: “(...) la nation trouve son origine dans un sentiment attaché aux fibres les plus intimes de notre être: le sentiment d’une solidarité qui unit les individus dans leur volonté de vivre ensemble. Sans doute les éléments déterminateurs de ce sentiment sont divers: la race, la langue, la religion, les souvenirs communs, l’habitat: mais, quelle que soit leur influence, on doit comprendre que la nation relève plus de l’esprit que de la chair. Le facteur plus efficace de cette solidarité des individus d’où procède la communauté nationale, c’est la représentation qu’ils se font du but social. Évidemment les traditions, le souvenir des épreuves communes jouent un rôle important. Mais si les membres du group y sont à ce point attachés, c’est moins par le passé qu’ils évoquent que par les promesses qu’ils portent quant à l’avenir. La nation, c’est continuer à être ce que l’on a été; c’est donc, même à travers l’attachement au passé, une représentation du futur.”

<sup>17</sup> HABERMAS. *Era das transições*, pp. 105,106: “O Estado construído sobre a administração, que se estabeleceu a partir do século XVII, tendo como base a separação funcional entre poder público e sociedade civil (inicialmente como Estado de imposto e, posteriormente, como Estado de direito), consegue satisfazer a exigência pragmática da eficácia política. A exigência da identidade

concluindo que o Estado Nacional, ao final do século XIX, conseguiu impor um simbolismo cultural do novo cidadão republicano, necessariamente mais solidário e mais participativo, qualidades estas que se completaram, um pouco mais tarde, com as benesses trazidas pelo *Estado Social* depois da segunda metade do século XX.

O envolvimento dos indivíduos nacionais num projeto comunitário é necessariamente precedido pelo Estado-nação, e podemos dizer, inclusive, que a conquista dos Direitos Sociais nas Constituições nacionais intensificou tal idéia de comunidade, internamente falando. Isto pode parecer paradoxal sob a consideração de que a Carta Magna é uma conquista burguesa da modernidade. Sim, é uma conquista burguesa, sem no entanto ter deixado a porta fechada para que passasse a agir a *nação*, que definimos, a partir dos estudos do psicanalista suíço Carl Gustav Jung,<sup>18</sup> como uma “*psique coletiva*”. O projeto unionista europeu e, mais especificamente falando, a Constituição Européia resulta de uma semelhança cultural que os povos envolvidos neste projeto garimparam e formataram ao longo dos tempos. Portanto, não é errôneo correlacionar a Constituição Européia com as Constituições nacionais, nem a idéia de povo europeu com a realidade dos povos dos países da Europa. É verificável uma *simbiose* de influências entre os valores e princípios dos povos dos países membros da UE e da própria UE como projeto comunitário. Desse modo, esses valores europeus têm inspirado as Constituições nacionais, *assim como estas fazem o mesmo em relação ao constitucionalismo europeu*; é neste sentido que opina Susan Millns.<sup>19</sup>

Os contornos do Estado moderno se assentam sob as bases político-filosóficas do individualismo, do racionalismo, do liberalismo político e econômico e na chegada da burguesia ao poder. Conseqüentemente, a Constituição moderna é produto deste amálgama de “*ismos*”, sendo válido dizer o mesmo para o Estado moderno.

do sujeito coletivo da possível autodeterminação e auto-influênciação é preenchida pelo Estado territorial soberano do clássico direito dos povos, que fixa a nação e a ordem do poder, tomando como referência as fronteiras de uma área soberana controlada militarmente. É o Estado *nacional* que, desde o final do século XIX, produz uma forma abstrata de solidariedade entre estranhos, mediante o simbolismo cultural do povo e mediante o estatuto republicano do cidadão, que satisfaz a exigência de participação de seus membros. Finalmente, é o Estado *social* da segunda metade do século XX que atenderá à exigência de remodelação política das condições de vida da sociedade, no contexto de um crescimento econômico acelerado, que assegura um valor mais ou menos equitativo aos direitos dos cidadãos.”

<sup>18</sup> JUNG. *Sincronicidade*, p. 3.

<sup>19</sup> MILLNS. “National Constitutions in the light of the values, principles and objectives of the Constitution for Europe”, in ZILLER, *The Europeanisation of Constitutional Law in the light of the Constitution for Europe*, p. 99: “The debate on common European constitutional values reflects very well the symbiotic relationship which has emerged over the past half century between national and European constitutional systems that feed off one another in a constant political and judicial dialogue and exchange of legal concepts, principles and norms. The relationship is evident in the context of the discussion of common values in two ways. First, the values, principles and objectives which are being articulated at the European level are largely *inspired by* the traditions of member states and so could be said to flow from the national to the European public spheres. Secondly, assuming that not all national constitutional values are replicated in an identical manner at the EU level, the process of consolidation of these values in Europe then is set to *impact upon* national constitutions.”

A influência europeia na construção do Estado moderno foi e tem-se mostrado decisiva. A Inglaterra, de modo precoce e isolado, viu os barões forçando o rei João Sem Terra a assinar a *Magna Charta Libertatum* em 1215. A precocidade da Inglaterra chamou a atenção dos autores continentais, influenciando-os de algum modo.

Deu-se, na Alemanha, a Reforma Protestante e começou-se a clamar pela liberdade religiosa. A liberdade de comércio já se impunha, pois o *tempo* era de tirar proveito dos frutos das “descobertas” ultramarinas. A soberania real, então, já não podia mais ser considerada como a justificativa da união estatal: passou a ser *tempo* de uma outra soberania, a do povo, concepção esta abrilhantada pelo pensamento francês que adicionou ao conceito de povo a crença de que, para o exercício do *poder supremo*, não bastava um conglomerado de indivíduos sobre o mesmo território e sob o mesmo governo. Estes indivíduos deveriam guardar entre si uma espécie de *identidade* no sentido de poderem, em conjunto, expressar-se melhor: estava posto o substrato para a definição gaulesa de *nação* e, em consequência, para que a idéia de *Estado-nação*<sup>20</sup> se desenvolvesse pragmaticamente. E vieram a Revolução Francesa e Napoleão.

<sup>20</sup> Soberania, antes de tudo, significa *delimitação*. Destarte, o exercício da soberania, numa contextualização interna, fica melhor definido numa *polis* que se mostre como *Estado-nação*. Assim, delimitam-se as competências do *Estado-nação* dentro de seus contornos territoriais, exclusivamente. Por esta razão, passamos a poder definir soberania como uma espécie de poder maior, dentro de um território, e como uma marca de *independência* perante a comunidade internacional. *Independência* esta que, a partir de certo momento, torna-se verdadeiro instrumento de desestabilização internacional. Leia-se acerca desta situação paradoxal que estamos a expor também em: FERRAJOLI. *A soberania no mundo moderno*, pp. 34,35: “(...) entre o século XIX e a primeira metade do século XX, desenrola-se essa série singular de eventos político-institucionais: o *Estado-nacional e liberal-democrático* que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em princípio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei (nos moldes do Estado liberal de direito) e, em seguida, na representação e na participação popular (nos moldes da democracia representativa), liberta-se definitivamente, nas relações externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico. Os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. O Estado de direito, internamente, e o Estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo “incivil”, a soberania externa. Quanto mais o Estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente. E, quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade auto-suficiente, identificando-se com o direito mas, ao mesmo tempo, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado e *legibus solutus*”. Jürgen Habermas, por sua vez, define Estado-nação, basicamente, como sendo a maior formação social até aqui conhecida, centrada na gênese artificial da consciência nacional, tratando-se, portanto, de uma abstração: “(...) l’État-nation est la ‘formation social la plus grande que l’on connaisse jusqu’ici, qui ait su rendre acceptables les sacrifices liés à la redistribution’. Or, la gênese artificielle de la conscience nationale ne milite guère en faveur de l’hypothèse défaitiste selon laquelle la solidarité civique ne peut être instantanée qu’à l’intérieur des frontières d’une nation. Si cette forme d’identité collective s’affirme sous l’effet d’un mouvement d’abstraction aux multiples conséquences, allant de la conscience locale et dynastique à la conscience nationale et démocratique, pourquoi un tel processus d’apprentissage n’aurait-il pas des prolongements?” In HABERMAS. *Après l’État-nation*, p. 109. Hans Kelsen, em 1920, já dava o seu recado sobre a superação do dogma da soberania: “Com

Na mesma Europa, a insuficiência da política burguesa provocou a explosão de revoltas socializantes e, a partir delas, os Estados europeus passaram a fazer constar em suas Cartas Magnas não só Direitos de cunho individualista, mas também os sociais.

Dois guerras devastaram o continente, fora a quebra havida em virtude do “*Crash*” da Bolsa de Nova York. Desfigurados, humilhados e empobrecidos, os próprios países europeus desejaram fazer com que o Estado-nação tomasse uma feição mais agressiva e propiciasse aos seus cidadãos maior expectativa de bem-estar: foi na Europa que se delineou o *Estado do Bem-Estar Social*.

No decorrer de tantas conquistas e desgostos, cada um dos países fundadores da *Europa dos Quinze* foi inserindo, em suas Constituições, com muita similaridade, um vastíssimo espectro de Direitos de primeira, segunda e terceira gerações (ou *dimensões*, como prefere André Ramos Tavares).

Concomitantemente aos governos seguidores do modelo “*bem-estar social*”, os países europeus dotaram-se de uma vontade unionista jamais vista, marcada pela eficiência, não pelo derramamento de sangue. Encontrou-se a Europa, então, no ano de 1989, quando caiu a bipolaridade junto com o Muro de Berlim e o posterior colapso do Império Soviético. A globalização, por isso, foi marcada pelo unilateralismo dos EUA, mas mesmo assim a perspectiva unionista européia não se atolou; pelo contrário, intensificou-se, não somente na perspectiva econômica de fazer frente à única potência econômica mundial, mas sobretudo tocando adiante e intensificando, pela via política, um projeto unionista assentado numa base cultural eminentemente européia, por isto: *supranacional*. E a base jurídica para isso era confirmada, em reiteradas decisões, pela Corte de Justiça das Comunidades Européias.<sup>21</sup>

Uma pergunta a ser respondida era: *a verdade do constitucionalismo clássico está superada?*

A resposta é positiva, mas que não sirva para a suposição de que a Constituição nacional deva ser rasgada ou que o constitucionalismo moderno passe a ser taxado como nefasto ou inexistente; tanto isto é verdade que os países-membros da UE não

superação do dogma da soberania dos Estados singulares afirmar-se-á uma *civitas maxima*, um *ordenamento de direito internacional* ou melhor, *mundial*, que será objetivo, independentemente de qualquer reconhecimento e superior aos estados singulares.” KELSEN. “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre”, Reimpr. da 2. ed. Aalen, Scientia Verlag, 1981, par. 65, p. 320, in BONAVIDES. *Revista latino-americana de estudos Constitucionais*, p. 142.

<sup>21</sup> Apesar de haver editado obra crítica à Constituição Européia, considerando-a prematura, Ricardo Miguel Llopis Carrasco arrola neste seu livro inúmeros julgados da CJCE confirmando a existência, não só de um Direito Comunitário europeu superior aos dos países membros, mas de um verdadeiro constitucionalismo supranacional. CARRASCO. *Constitución Europea: un concepto prematuro – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica*, p. 269. No mesmo sentido, também crítico, mas sabedor da existência de um *constitucionalismo europeu*, esta obra deste autor lusitano: PITTA E CUNHA. *A Constituição Europeia. Um olhar crítico sobre o projecto*, p. 83.

terão as suas Constituições caseiras extintas pela *Supranacional Européia*. O que devemos considerar é o seguinte: (i) os tempos são outros e as condições não mais persistem como se encontravam em 1776, 1789 ou 1989; (ii) há realidades regionais que intensificam, de forma sofisticada, os processos de comunitarização, como a UE e o Mercosul, sendo a primeira o melhor exemplo; (iii) *se* na Europa o ambiente é propício à constitucionalização, *então é verdade que lá se pode positivar uma Constituição, sendo, outrossim, verdadeiro que, para a realidade sociopolítico-econômica européia, o constitucionalismo moderno está superado*; (iv) o constitucionalismo moderno ainda pode ter muito que oferecer no contexto interno dos Estados em desenvolvimento, mas, mesmo assim, considerando que o mundo está globalizado, o novo constitucionalismo também é fonte para as verdades constitucionais desses Estados.

*Verdade e tempo...* expressões utilizadas com alguma freqüência no presente texto. Se é verdade que, para o caso da Europa, o constitucionalismo clássico deve ter as suas bases abaladas, então seria o presente momento o *tempo* de um novo constitucionalismo, o supranacional? A resposta é *sim!*

Nada impede que uma Carta Política, em vez de reger um povo, um território e um governo, estructure uma comunidade política de 25 povos, 25 territórios e 25 governos. Do mesmo modo, assim como não há empecilho ao Estado para, através de sua Constituição, proclamar e garantir os Direitos Fundamentais, tampouco há empecilhos para que uma instituição supranacional, como a UE, representando a inclusão de 25 Estados e povos, proclame e garanta, pela via *constitucional-comunitária*, Direitos Fundamentais em seu nome próprio (em nome da UE como unidade política comunitária), de tal forma que vinculará obrigatoriamente 25 povos, 25 territórios e 25 governos. Para compreender isso basta que, ao estudar o projeto de Carta Magna para a Europa, não o façamos com as lentes oftamológicas do passado, mas com os olhos do presente pós-nacional ou supranacional.

Não poderíamos afirmar o que foi escrito nos parágrafos anteriores se o projeto unionista europeu se limitasse a inserções econômicas. Definitivamente, tal proposta de Constituição não parte do princípio econômico; sua base é político-jurídica.

É a Constituição Européia um instrumento político porque estrutura uma comunidade política chamada União Européia; é também documento jurídico porque se postará no topo de uma nova pirâmide unida politicamente chamada União Européia, tornando-se assim o substrato de validade dos ordenamentos jurídicos parciais. E para aquele que, com a leitura do presente texto, imaginar que defendemos a tese de um “super-Estado europeu”<sup>22</sup> ou de uma federação européia, apesar de haver doutrina a favor disto, adiantamos: neste texto não defendemos posição a favor de que se estaria formando uma federação, nem um “super-Estado”. Entendemos que a União Européia se assemelha ora a uma federação, ora a uma confederação. Todavia, achamos

<sup>22</sup> MANCINI, F. “Argomenti per uno stato europeo”, in *Sociologia del Diritto*, n° 1, 1998. Disponível em <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/direitocomunitariorevistasest.html](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direitocomunitariorevistasest.html)> Acessado em 17.9.2004.

melhor que ela ainda seja considerada como algo *sem nome*<sup>23</sup> definitivo, tamanha representa a novidade de 25 países, tradicionais e antigos que, sem guerrear, conseguiram praticar a união, abrindo mão, de forma serena e madura, de grossas partes de suas “soberanias”, estando os seus cidadãos nacionais devidamente integrados à causa unionista, apesar de não serem os indivíduos *sujeitos de Direito Internacional Público*<sup>24</sup> e de terem sido os governos os responsáveis pela formação do bloco pelo instrumento do tratado internacional.

Sendo o mundo outro daquele de 1789, 1945 ou 1989, outras *verdades* foram adicionadas àquelas. *O constitucionalismo do Estado nacional, mas continua a ser constitucionalismo* e pretende mostrar-se como tal sobre as bases daquilo que Habermas denominou *cosmopolitanismo*<sup>25</sup> *solidário*, fator este que não é objetado pela voracidade do processo de globalização econômica. Pelo contrário: a Constituição supranacional não tenciona superar o constitucionalismo, mas somente as *verdades* dos tempos modernos pós-1789. Se, por um lado, não podemos negar o impulso inicial econômico do projeto unionista europeu, no momento atual o impulso econômico fica em segundo plano, pois ninguém duvida que há entre os povos europeus um substrato cultural similar vindo do greco-romanismo, do judaico-cristianismo, da economia liberal e da cultura do bem-estar *social* do Estado-providência, características estas que influenciaram os cidadãos dos países membros da UE em suas línguas, suas arquiteturas, seus credos, e acima de tudo, em sua capacidade mínima de querer participar e repartir solidariamente.

A nova *verdade* é esta: é *tempo* de Constituição supranacional; é *tempo de Constituição Européia*.

<sup>23</sup> Na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a União Européia já foi classificada como “OPNI – Objeto Político Não Identificado”: VASCONCELOS. *A bela e o monstro: paradoxos do constitucionalismo europeu*, p. 2. Working paper 4/01.

<sup>24</sup> Os cidadãos europeus não participaram diretamente do processo de construção continental, mas suas participações indiretas se confirmam quando se verifica que os mesmos têm se submetido, pacificamente, às normas comunitárias e a um dinheiro comunitário, fora o fato de que os tratados europeus foram submetidos aos parlamentos nacionais, onde se encontra representação popular diretamente eleita, tendo havido mesmo alguns referendos populares através dos quais o povo se manifestou acerca do projeto comunitário para a Europa.

<sup>25</sup> CANOTILHO acha possível a defesa da tese de Habermas, a do *cosmopolitanismo*. Todavia, entende-a utópica e prefere a tese do *Constitucionalismo Supranacional*, achando-o possível no caso da União Européia. In CANOTILHO. Aula proferida sobre o tema “*Direitos fundamentais*” na Academia Brasileira de Direito Constitucional, na sede desta, em Curitiba-PR, na manhã do dia 5.10.2004.

## O Incidente de Deslocamento de Competência e o Princípio do Juiz Natural

Clara Maria Roman Borges\*

**Resumo:** O presente texto busca discutir a violação do princípio do juiz natural perpetrada pelo incidente de deslocamento da competência penal previsto na Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Este princípio, originado na legislação revolucionária francesa e previsto no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1824, assegura que todo cidadão tem direito de ser processado e julgado por um juiz cuja competência se encontra definida em lei anterior ao fato. Quando se permite que o Procurador-geral da República, nos crimes praticados mediante grave violação de direitos humanos, requeira ao STJ o deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal, sob a justificativa de assegurar o cumprimento de tratados internacionais, modifica-se o juiz natural da causa e viola-se a própria Constituição.

**Abstract:** The present text tries to discuss the violation of the natural judge perpetrated by the shift incident of the penal competence predicted in the Constitutional Amendment no. 45, (Dec, 8th, 2004). This principle, originated in the French revolutionary legislation and predicted in the Brazilian ordination since the Constitution of 1824, assures that every citizen has the right to be sued and judged by a judge whose competence is defined in a law previous to the fact. When the Attorney General, in crimes committed by means of serious violation of the human rights, is allowed to require to the Federal Supreme Court, the shift of the competence from the state justice to the federal justice, under the justification of assuring the compliance with international treaties, the natural judge of the cause changes and the violation of the very Constitution occurs.

**Palavras-chave:** processo penal, princípio do juiz natural, incidente de deslocamento de competência.

**Key-words:** penal process, natural judge principle, incident of moving competence.

\* Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR.. Professora de Direito Processual Penal na Unibrasil. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil. NUPECONST. [romanborges@uol.com.br](mailto:romanborges@uol.com.br).

## 1 O Princípio do Juiz Natural: Dados Cronológicos-Legislativos sobre sua Origem e Aplicação

### 1.1 A concepção traçada no ambiente revolucionário francês

O princípio do juiz natural,<sup>1</sup> tal como definido nos atuais sistemas jurídicos de matriz européia-continental, teve suas nuances matizadas ao longo da tumultuada empreitada legislativa levada a cabo pelos revolucionários franceses.<sup>2</sup>

Sabe-se que este rico e alvoroçado processo legislativo, deflagrado com a transformação do Terceiro Estado em Assembléia Nacional, caracterizou-se essencialmente pelas reformas que promoveu no arcabouço jurídico herdado do velho regime.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sobre a origem da nomenclatura princípio do juiz natural, v. SOMMA, Emanuele. “‘Naturalità’ e ‘precostituzione’ del giudice nell’evoluzione del concetto di legge”, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, a. 06, fasc. 3, jul.-set., pp. 798 e ss., 1963: “A história da idéia de ‘juiz natural’ (a qual inicia bem antes da Revolução Francesa) apresenta, de resto, exemplos típicos do condicionamento da palavra e, conseqüentemente, da relatividade da própria idéia. Basta pensar – partindo do século XIII, na Itália como na França e na Alemanha – o combate sustentado pelos defensores do critério do iudex loci commissi delicti para afirmá-lo como juiz ‘natural’ em confronto ao iudex domicilii, também aspirante da mesma qualificação: então, tal luta não é nada mais do que um episódio no quadro do complexo conflito entre o princípio feudal (o qual rege o iudex domicilii) e as forças antagonistas (às quais esta ligado iudex loci). Ao invés disso, fora deste quadro, esta mesma luta se tornaria dificilmente compreensível. (...) A concessão patrimonial da jurisdição – aquela inicialmente atribuída ao senhor (isto é feudal) e depois ao titular do cargo (isto é própria da monarquia absoluta) – encarregava-se de construir a jurisdição como um direito do juiz sobre certo território, e conseqüentemente, reconhecido por todos aqueles que são, de uma forma ou de outra, ligados a este território: daqui a idéia de naturalidade da competência geral atribuída ao juiz ordinário. Desta idéia, e da conseqüente identificação entre juiz natural e juiz ordinário, é fácil encontrar nítidas formulações: ‘juiz ordinário’ encontramos, p. ex., escrito na “Encyclopédie” – é aquele que é o juiz natural do lugar, e que tem o pleno exercício da jurisdição salvo aquele que pode ser subtraído por atribuição ou privilégio, e os delegados estabelecidos para julgar certos litígios, os quais são juizes extraordinários.” [trad. da autora].

<sup>2</sup> “La formulación más madura del principio se debe, sin embargo, al pensamiento ilustrado francés del siglo XVIII y, después, a las declaraciones revolucionarias de derechos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibañez e outros. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 591).

<sup>3</sup> “(...)a transformação dos Estados-Gerais, ou preferencialmente do Terceiro Estado, na Assembléia Nacional; os atos que visivelmente terminaram o Antigo Regime – a Tomada da Bastilha, a prisão real, no dia 14 de julho; a assistência, pela nobreza, de seus direitos feudais em 4 de agosto de 1789; a Declaração dos Direitos; a transformação da Assembléia Nacional em uma Assembléia Constituinte que, entre 1789 e 1791, revolucionou a estrutura administrativa e a organização do país (aliás, introduzindo o sistema métrico no mundo) e que esboçou a primeira das quase vinte constituições da França moderna, uma monarquia liberal constitucional.” (HOBSBAWM, Eric. *Ecos da Marselhesa: dois séculos revêm a Revolução Francesa*, Trad. Maria Célia Paoli, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 18).



Tais modificações tiveram início no auspicioso mês de agosto de 1789, quando os rebelados decidiram cassar um a um os direitos feudais dos nobres, inclusive o que lhes concedia o chamado foro privilegiado.

Aliás, foi um decreto de 11 de agosto de 1789 que aboliu definitivamente as aristocráticas justiças senhoriais<sup>4</sup> e submeteu todos os cidadãos franceses ao julgamento pelos mesmos juizes.<sup>5</sup>

Noutros termos, este ato legislativo proibiu a criação de tribunais extraordinários para beneficiar os nobres no julgamento de suas causas e cunhou diretrizes para a ansiada transformação do elitizado e corrupto sistema judiciário francês.

Certamente, é possível destacar Jean-Paul Marat como uma das figuras centrais na concepção dessas mudanças que levariam o sistema jurídico da França a experimentar Declarações de Direitos, Constituições e até um sistema processual penal acusatório.

Este intrépido revolucionário ficou conhecido pelo seu incessante trabalho para convencer a Assembléia Nacional de que era preciso construir uma nova justiça capaz de proteger o movimento que tirara a França dos trilhos da tirania. Dizia ele que a marcha à servidão era a inclinação natural dos povos e incitava: "Uma vez radicalmente eliminado o tirano, é preciso estabelecer os fundamentos de uma Constituição 'justa, sábia e livre', com base nas leis fundamentais cuja urgência é absoluta; em 1789 e 1790."<sup>6</sup>

<sup>4</sup> "O jogo, na verdade, não estava definitivamente decidido. Era preciso dar formas às decisões votadas. Esfriado o entusiasmo, surgiram os desacordos. O marquês de Ferrières não ocultava sua hostilidade, e o barão de Guitherny gritava, para quem quisesse ouvir, que 'nenhum dos que fizeram sacrifícios naquela noite memorável tinham o direito de fazê-los'. Montlosier seria mais brutal: 'A obra dos bandidos foi sancionada por outro ato de banifitismo chamado noite de '4 de agosto'.' As decisões, contudo, permaneceram. Apenas foram limitadas as conseqüências de uma noite um pouco louca. Foram declarados abolidos sem indenização a servidão, o direito de caça e a justiça senhorial que, no entanto, continuou provisoriamente em atividade. Todos os outros direitos foram declarados resgatáveis e continuariam a ser pagos até sua quitação. Foi o dízimo que suscitou, em 10 de agosto, as mais acirradas discussões. Mirabeau afirmava que ele era 'um tributo opressivo que se queria cobrir com o belo nome de propriedade'. Lanjuinais e Sieyès defendiam, ao contrário, a idêia do resgate. O clero acabou cedendo ao argumento dos oradores do Terceiro Estado de que o resgate sobrecarregaria os devedores. Assim, o decreto de 11 de agosto consagrou a abolição dos resquícios feudais: proclamou a igualdade civil e fiscal, a abolição dos privilégios e da venalidade dos cargos." (TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa. 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 68).

<sup>5</sup> "A Revolução Francesa trouxe, assim, para o primeiro plano, as questões mais directamente políticas do processo penal, tendo sido ensaiadas na sua sequência, algumas modificações do sistema anterior e introduzidos institutos característicos do processo penal inglês. (...) A mudança de orientação assinalou-a relativamente ao figurino inquisitório, desde logo a Lei de 11 de Agosto de 1789, que suprimiu as justiças senhoriais." (BARREIROS, José António. *Processo Penal - I*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 36).

<sup>6</sup> COQUARD, Olivier. Marat. Trad. C. H. Silva, São Paulo: Scritta, 1996, p. 313.

Tem-se notícia que a língua ferina de Jean-Paul Marat não perdoava qualquer deslize da Comissão de Constituição e a sua intolerância restava evidente no obstinado descontentamento que expressava frente aos projetos de Declaração de Direitos por ela apresentados.

O implacável “Amigo do Povo”, apelido que o imortalizou nos estrados das tribunas, chegou inclusive a apresentar publicamente seu próprio projeto de Declaração acompanhado de um plano de Constituição.<sup>7</sup>

Não obstante o desprezo da Assembléia por seus textos legislativos, não se pode ignorar o importante papel que suas contundentes críticas desempenharam no processo legislativo pós-revolucionário, sem dúvida seus discursos e suas vaias irritaram alguns, mas inspiraram muitos.

Aliás, foi sob os gritos desse homem inquieto e rebelde que a Constituinte seguiu com seus trabalhos rumo “a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo.”<sup>8</sup>

Em 26 de agosto de 1789, as primeiras mudanças antevistas na Assembléia seriam concretizadas na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, cujo texto final trazia 17 artigos que asseguravam os direitos naturais e imprescritíveis do homem e a separação dos poderes do Estado, de modo a impedir que o poder se concentrasse nas mãos do rei e a Revolução entrasse num processo de refluxo.

Ademais, para tornar efetivos esses dispositivos no processo penal, foi promulgada em 1º de outubro de 1789 uma lei que colocava um ponto final na chamada *justice retenue* ou na possibilidade de intervenção do rei no julgamento dos casos e estabelecia que a justiça seria administrada por tribunais legalmente estabelecidos,<sup>9</sup> tal como reza o princípio do juiz natural.

<sup>7</sup> “Proseguindo em seus trabalhos para conseguir a publicação do seu jornal, Marat não olvida o que julga seu dever cívico por excelência. Continua as tentativas para se fazer notado nos meios políticos. Dirige cartas pessoais a certos deputados notáveis, que considera como inteiramente dedicados à causa da liberdade: Barnave, Chapelier e Mirabeau, entre outros. Uns vinte ao todo. Nenhum deles se dá ao trabalho de responder. O silêncio não o desanimou. Acompanha de perto os trabalhos da Assembléia Nacional, porém mais especialmente os da Comissão de Constituição. Nenhum, dos projetos da ‘Declaração dos Direitos do Homem’ lhe agrada. O de Trajet é ‘um tecido de apofemas de moral e jurisprudência’; o de Mounier não vale mais do que esse. Marat é um pouco mais indulgente para com o padre Sieyès; porém, de modo geral, afirma, ‘todos demonstraram esforços importantes’. Diante da carência parlamentar e já que parecem desdenhar ostensivamente seus conselhos, julga necessário apresentar ao público um projeto-moêlo, que porá em franca evidência os defeitos e lacunas dos projetos oficiais. Seu ‘Projeto de Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, seguido dum plano de Constituição justa, sábia e livre apareceu a 23 de agosto (...)’ (WALTER, Gérard. Marat, o amigo do povo. Trad. Gustavo Barroso. 2. ed., Rio de Janeiro: Vecchi, 1968, p. 57).

<sup>8</sup> HOBSBAWM, Eric. *J. A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 82.

<sup>9</sup> “Caem com a Bastilha (onde estavam reclusos sem processo os atingidos pelas lettres de cachet) os resíduos da *justice retenue*, sob regência do art. 19 l. 1 outubro 1789: ‘o poder judiciário não poderá, em nenhum caso, ser exercido pelo rei’, nem mesmo ‘pelo corpo legislativo’, sendo separado de ambos; ‘a justiça será administrada em nome do rei, pelos tribunais estabelecidos na

Nesta mesma época também entrou em vigor o decreto 8-9 de outubro/3 de novembro 1789, que modificava alguns pontos da justiça criminal e esboçava as formas que aproximariam o processo penal francês de uma tendência acusatória, assim como sugeria a referida Declaração.

O direito de ser julgado pelo juiz natural não integrava o rol dos direitos naturais e imprescritíveis e seria garantido de forma clara e efetiva aos cidadãos franceses em agosto de 1790, por uma lei que em seus artigos 16 e 17 estabelecia: “todos os privilégios em matéria de jurisdição estão abolidos, todos os cidadãos, sem distinção, defender-se-ão da mesma forma e perante os mesmos juizes, nos mesmos casos”<sup>10</sup> e, ainda, “a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser alterada, nem os jurisdicionados afastados de seu juiz natural por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações diversas daquelas que estão determinadas na lei”.<sup>11</sup>

É importante salientar que neste momento o princípio do juiz natural tinha sua formulação um pouco distinta da atual ou daquela consagrada na Constituição francesa de 1830,<sup>12</sup> pois admitia o afastamento do juiz competente nos casos em que a lei determinasse, até porque para os legisladores franceses esta era fruto da vontade geral, do povo.

Aliás, tal concepção seria claramente enunciada pelo Comitê Constitucional, no projeto inspirador da Constituição de 3 de setembro de 1791, que explicitava a impossibilidade de um cidadão ser afastado do juiz que lhe fora garantido por lei, bem como as prerrogativas da nação francesa para determinar a constituição de seus tribunais e qualquer mudança na organização do Poder Judiciário.<sup>13</sup>

lei': é portanto inválida cada regra não legislativa sobre competência.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8º ed., Milano: Giuffrè, 1985, p 113) [trad. da autora].

<sup>10</sup> Trad. da autora: “tout privilège en matière de jurisdiction est aboli, tous le citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devan les mêmes juges, dans les mêmes cas.”

<sup>11</sup> Trad. da autora: “l'ordre constitutionnel des jurisdictions ne pourra être troublé, ni des justiciables distraits de leur juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées para la loi.” Veja-se que neste momento o juiz natural era aquele diverso do extraordinário (daí porque até hoje alguns países utilizam a nomenclatura princípio do juiz ordinário), ou seja, deveria ser constituído por lei.

<sup>12</sup> “Nas fórmulas derivadas “natural” aparece melhor especificado pelo referimento negativo ‘extraordinário’: por exemplo, são as tais ‘jurisdiction prévôtales’, reconstituídas no ano IX e passadas ao código de instrução criminal (em ambos os casos o ato institutivo é uma lei), mas a Constituição de 1814 contempla uma modificação, admitindo ‘se seu restabelecimento se julgou necessário’, serão definitivamente excluídas pelo art. 54 da Constituição 1830.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1991, p.113). [trad. autora].

<sup>13</sup> “Se dispone, por tanto, que solamente la ley, como expresión de la soberanía nacional, podría disciplinar la materia del ordenamiento judicial y lo relativo a sua organización, empleando aquella de 1790 el término ‘Juiz natural’, sustituyéndolo la de 1791 por el de Juez designado por la ley. Esa idea era expresada más claramente en el proyecto elaborado por el Comité Constitucional para la constitución de 1791, que estableció en su artículo 1 que ‘entre tanto la nación tenga el derecho de determinar la constitución de los Tribunales, ningún cambio puede ser hecho en la organización del Poder Judicial sin que se haya ordenado y sin que se haya consentido por medio de sus represento-

Note-se que concluídos os trabalhos para elaboração do referido texto constitucional, a Assembléia Constituinte foi dissolvida para dar lugar à Assembléia Legislativa, cujos membros foram eleitos por voto censitário e, conseqüentemente, integram em sua maioria a classe burguesa.

Sob pressão da comuna insurrecional,<sup>14</sup> os novos legisladores, ainda inseguros e inexperientes, deram continuidade aos trabalhos iniciados pelos antecessores constituintes e trataram de operacionalizar as garantias estabelecidas na recém aprovada Constituição. No que se refere especificamente ao processo penal, a legislação responsável por esta regulamentação foi famoso o decreto 16-29 de setembro de 1791, que importou as técnicas inglesas para o processo francês.<sup>15</sup>

Não obstante os evidentes avanços legislativos no sentido de intensificar a concretização das conquistas constitucionais, nesta mesma época a Revolução foi assolada por um perigoso processo de radicalização que mais tarde ocasionaria inclusive o seu recuo e abriria espaço às tentativas de restauração do Ancien Régime.

Ressalte-se que no ano seguinte à promulgação da Constituição a situação econômico-social da França era assaz preocupante, o descrédito da população em relação ao movimento se tornava cada vez mais evidente e os cidadãos famintos trocavam seus direitos por pão. Os chamados traidores da Revolução (ou todos aqueles que defendiam a necessidade de se moderar o movimento revolucionário) se multiplicaram e os membros da comuna, juntamente com seus clubes aliados, dentre eles o dos jacobinos e *cordeliers*, iniciaram um terror sem precedentes, que culminaria inclusive com uma guerra entre a França revolucionária e a coalizão de algumas potências contra-revolucionárias, concomitantemente às insurreições internas.

tes'. La distracción del ciudadano al Juez natural podía verificarse según la Ley francesa de 1790 y la Constitución, que verificó el orden judicial francés a través del uso de los poderes de Comisiones, de atribuciones y de evocaciones."(LADRON DE GUEVARA, Juan Burgos. *El juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 20, 21).

<sup>14</sup> "À municipalidade provisória de 1789 e, a seguir, à municipalidade constitucional de 1790 sucede, portanto, na alvorada de 10 de agosto, a comuna insurrecional. A evolução do vocabulário reflete o processo de crescimento da Revolução. O novo conselho geral é formado por aqueles agitadores surgidos das tribunas e por cidadãos ativos de idéias avançadas." (TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 137).

<sup>15</sup> "Não sobrevive quase nada da velha máquina. Esta reforma golpeou nos pontos nodais, ação e decisão. Decomposto o ministério público em duas pessoas, comissário do rei e encarregado da acusação, desapareceu o ator funcionário público: oito jurados instauram o processo decidindo sobre a acusação; o impulso vem da demanda do ofendido ou de uma denúncia, excluídos os casos nos quais a iniciativa, obrigatória ou não, pertence ao juiz de paz; tais regras operam uma notável difusão do poder de agir. Os novos mecanismos decisórios também apontam no sentido anti-burocrático: ato importantíssimo os quesitos formulados pelo presidente, mas, de fato, ditam-nos os litigantes; o trabalho dos togados influi relativamente pouco no resultado (...)."(CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 64). [trad. autora].

Ainda em 1792, os franceses assistiriam à abolição completa da monarquia e a instituição da República Jacobina, que representaria uma nova era, simbolizada inclusive por um novo calendário. Jean Tulard ao descrever este momento político da França ressalta que “até 10 de agosto de 1792, a violência sempre teve como contraponto a preocupação em respeitar as aparências legais. Mas eis que a interferência da comuna insurrecional de Paris no curso dos acontecimentos, comuna que, sem outra legitimidade além da força, não hesita em intervir politicamente não apenas na capital como também na província, faz a Revolução sair do mundo dos rúbulas para cair no do *sans culottes*. O jurista cede sua vez ao militante.”<sup>16</sup>

Aliás, em 11 de agosto de 1792, uma comissão extraordinária formada após a queda de monarquia já convocava o povo francês para integrar uma Convenção Nacional, a qual tinha por objetivo eleger os membros da Assembléia Legislativa que deliberaria sobre a forma de governo. Na Convenção, dois partidos se debatiam: os girondinos (conhecidos por serem belicosos no exterior e moderados em casa, bons oradores que representavam a grande burguesia provinciana), em maior número, liderados por Vergniaud, Brissot, Condorcet e Petion, e os montanheses, liderados por Robespierre, Danton e Marat.

Depois de descobrir documentos que comprometiam o rei com a contra-revolução, a Convenção se encarregou de colocar um misericordioso fim na agonizante monarquia e em janeiro de 1793 condenou à morte o rei Louis XVI.

Alguns escritos recordam que “o tempo estava ruim, as lojas fechadas, as oficinas abandonadas. Haviam sido reunidos 20 mil homens. Às dez horas, chegou à praça a carruagem que conduzia o rei, cercada por 1 mil e 500 homens. Luís XVI desceu após alguns instantes de espera, manifestou alguma resistência quando Sanson quis atar-lhe as mãos e cortar-lhe os cabelos, depois subiu com firmeza ao cadafalso. Quis falar, mas, por ordem de Santerre, que comandava o dispositivo de segurança, os tambores encobriram sua voz. ‘Povo, sou inocente! Eu perdôo...’. Ele ainda estava gritando quando o cutelo caiu. Sua cabeça foi apresentada à multidão, que berrou: ‘Viva à nação!’.”<sup>17</sup>

Por razões óbvias, todos esses acontecimentos fizeram emergir uma grande força contra-revolucionária, interna e externa, que passou a amedrontar os revolucionários. Criou-se, então, um Comitê de Salvação Pública para forçar uma união entre as várias facções presentes na Convenção e adotar as medidas necessárias à proteção da pátria. Danton era o chefe desse Comitê, que contava ainda com a

<sup>16</sup> TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 135.

<sup>17</sup> TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 159.

participação de Buzot e Vergniaud, Fabre d'Eglantine e Demoulins, Condorcet e Cambacérès, Barère e Dubois-Crancé, ou seja, de todas as tendências revolucionárias.

Entretanto, a situação econômica da França piorara e as diferenças entre os membros da Convenção e do Comitê se acirravam. Girondinos e montanhese se enfrentavam e se acusavam mutuamente de contra-revolucionários, até que os primeiros foram gradativamente perdendo influência política. Afinal, a queda dos girondinos foi inevitável e a ascensão dos montanhese levaria à instauração de um terror sem precedentes.

Em 1793, explodiu a revolta federalista e as províncias se insurgiram contra Paris e resolveram lutar pela formação de uma federação de departamentos mais ou menos autônomos e iguais. Começava a caça daqueles considerados responsáveis pelos desmandos parisienses e no dia 13 de julho Marat foi assassinado em sua banheira por Charlotte Corday, de Caen, um dos centros insurretos.

Para manter seu comando, os montanhese trataram de organizar uma nova Constituição, que foi aprovada no dia 24 de junho de 1793 e jamais vigorou por força da crise política em que estava mergulhada a França, conforme declarou Sain-Just: "Nas circunstâncias em que se encontra a República, a Constituição não pode ser implantada; ela mesma se imolaria, se tornaria a garantia dos atentados contra a liberdade, porque lhe faltaria a violência necessária para reprimi-los."<sup>18</sup>

Aliás, frente à desordem que assolava o território francês, acreditava-se que a única saída para conter a contra-revolução que rondava e ameaçava as conquistas revolucionárias era o recrudescimento das medidas policiais e penais. Noutras palavras, a força surgia como única forma de salvar os franceses dos traidores da pátria.

É verdade que Danton e Demoulins apostaram numa redução das execuções e num trabalho de conscientização dos franceses para refrear a violência revolucionária, entretanto, ambos acabaram presos sob a desculpa de envolvimento na corrupção que acompanhou a extinção da Companhia das Índias e foram processados pelo Tribunal que ajudaram a criar quando integravam o Comitê de Salvação Pública.

Durante o julgamento, Danton dominou todos os debates, até ser excluído deles por um decreto aprovado de última hora pela Convenção que impedia os acusados de conspiração de participar dos debates. Ao final, previsivelmente foram todos guilhotinados.

A partir deste momento, a Revolução contava apenas com Robespierre e a crise política parecia irreversível. Em Paris, reinavam "o *sans culotte*: barrete frígido, casaca tipo *carmagnole* e largas calças listradas abotoadas ao casaco, um pique na mão, um sabre à cinta se a situação exigir. Os grandes bigodes e o cachimbo completam a figura. Sua linguagem proscreve o termo senhor, substituindo-o por cidadão. É imperativo que os

<sup>18</sup> TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 195.

‘homens livres’ se tratem de tu, mesmo que isso irrite Robespierre e a Montanha.(...) Terror, escassez e descristianização: nestas três palavras se resume o primeiro semestre de 1794, enquanto se afasta para as fronteiras o barulho do canhão.”<sup>19</sup>

As guerras externas agravavam ainda mais este quadro, na medida em desmobilizavam o povo com a imposição de controle de preços, racionamento, congelamento de salários, confisco dos alimentos produzidos pelos camponeses.

Frente a todos esses revezes, Robespierre não consegue resistir por muito tempo e perde progressivamente sua influência até ser deposto no célebre episódio do nono termidor, segundo o calendário revolucionário (27 de julho de 1794).

Quando o terror chegou a limites insuportáveis, em que a luta havia extenuado a todos e o sangue das cabeças cortadas começava a respingar na conservadora burguesia, a Convenção finalmente decidiu que era hora de acabar com a Revolução e encontrar um caminho em que a esquerda e a direita pudessem seguir unidas. Assim, os girondinos ficaram encarregados de redigir uma nova Constituição, aprovada em 22 de agosto de 1795, cujo texto estabelecia o sufrágio censitário, ironizava a igualdade absoluta, consagrava a igualdade civil, assegurava a aplicação do princípio do juiz natural e concebia um Poder Executivo composto por cinco membros, dos quais um quinto se renovaria a cada ano: eram os chamados diretórios.

Tratava-se, em suma, de um regime de moderado liberalismo e muita corrupção, que buscava por meio das ações do Comitê de Salvação Pública moralizar o terror para torná-lo mais eficiente.

No que diz respeito ao sistema penal, os diretórios tornaram as leis ainda mais severas e no mês de outubro de 1795 a Convenção imbuída na missão de restaurar a ordem votou o chamado *Code des délits et des peines*, responsável por operar uma verdadeira inversão na tendência acusatória do sistema processual estruturado pelo decreto 16-29 de setembro de 1791.

Segundo Franco Cordero, a nova legislação era viciosamente perfeita, mas fortemente defeituosa na prática, pois combinava escrupulo analítico e espírito garantístico. Além disso, concedia amplos poderes ao juiz presidente do júri, que estava autorizado a empregar todos os esforços úteis para descoberta da verdade.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 222 e 226.

<sup>20</sup> “Que seja virtuoso na composição legal, resulta num corte arquitetônico: jamais visto um sistema tão compacto; retrata a inteira gama do previsível; tão viciosamente perfeito, dizem os entendedores, para ser ‘fortemente defeituoso na prática’, porque, ‘mecanismo admirável’, não tem em conta os atritos, combinando escrupulo analítico ao espírito garantístico, dissemina excesso de nulidade. Acrescidos, enfim, os poderes do presidente: ‘em virtude do poder discricionário do qual ele é investido’, dispõe de ‘tudo o que ele creê útil para descobrir a verdade’; à ‘sua reputação e [à] sua consciência’...empregar todos os seus esforços para tal fim.” (CORDERO, Franco. *Guida all’ procedura penale*. Torino: Utet, 1986, pp. 65, 66). [trad. da autora].

Os Diretórios duraram até 1799, quando em razão de sua inabilidade política e das crises externas foram substituídos por uma ditadura militar mal disfarçada no episódio que ficou conhecido como Dezoito Brumário. Tratou-se de um golpe perpetrado por um jovem general bem-sucedido, Napoleão Bonaparte, que fez emergir na França o regime do consulado para, mais tarde, em 1804, auto-aclamar-se Imperador.

Ao tornar-se soberano, Napoleão anunciou um novo período revolucionário na França e impulsionou uma longa jornada legislativa, que tinha por objetivo modificar todas as leis editadas durante a República Jacobina. No campo jurídico, assim como no campo político, assistiu-se a um nítido retorno do fantasma do Ancien Régime.

Aliás, em 1811, o ditador trouxe a lume o *Code d'Instruction Criminelle*, responsável pela estruturação do que atualmente se convencionou chamar sistema misto, mas que na verdade se tratava de um sistema inquisitório cujas raízes estavam fincadas na malfadada *Ordonnance Criminelle*, de 1670.

Após expressivas derrotas militares de Napoleão, em abril de 1814 foi restaurada a dinastia dos Bourbons, que de imediato fez vigorar uma nova Constituição cujas previsões não promoveram significativas mudanças no arcabouço jurídico francês. Em relação ao princípio do juiz natural, o novo texto repetiu a vedação referente ao estabelecimento das comissões e tribunais extraordinários e deixou claro que ninguém em hipótese alguma poderia ser afastado de seu juiz natural, nem mesmo por instituição legal da vontade geral.

Esta formulação da garantia do juiz natural também foi impressa nas Constituições de 1830, com a proibição à criação dos tribunais *post factum*, e de 1848, com a mera repetição do texto anterior, a única Constituição francesa que não conferiu explícita vigência ao princípio foi promulgada em 1958 e tal ausência se pode atribuir à supressão da palavra Poder Judiciário dos textos legais, já que este se encontrava subordinado ao Poder Executivo.<sup>21</sup>

Noutras palavras, a restauração do regime monárquico não foi capaz de eclipsar a legislação francesa napoleônica, que ganharia o mundo a servir de modelo para os demais países da Europa-continental e a difundir a garantia do juiz natural para além das fronteiras da França.

Na Itália, o princípio do juiz natural seria consagrado nos termos da Constituição francesa de 1830, no chamado Estatuto Albertino (1848), que em seu art. 71 precisava: “niuno può essere distolto dai suoi giudice naturale. Non potranno perciò essere criati tribunali o commissioni straordinarie”.<sup>22</sup> Aliás, é neste estatuto que o princípio

<sup>21</sup> “...quizás ello se deba a que en Francia la concepción de Montesquieu sobre el Poder Judicial de no poder ser confiado a una concreta fuerza social o profesión determinadas, sino a todo el pueblo, pues la expresión Poder Judicial há desaparecido desde 1848, siendo el caso francés, como señala Montero, un paradigma por la subordinación de los Jueces al Poder Ejecutivo.” (LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. *El juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas, 1990, p. 22).

<sup>22</sup> Trad. autora: “Ninguém pode ser subtraído de seus juizes naturais. Não podem por isso serem criados tribunais ou comissões extraordinárias.”



do juiz natural recebe dupla caracterização: com a proibição dos tribunais extraordinários e a vedação de transferência das causas para juízes incompetentes.

Nas Constituições estrangeiras do século passado, é possível verificar que a garantia do princípio do juiz ordinário, juiz legal ou predeterminado em lei, está prevista no artigo 101.1 da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949 (“Serão inadmissíveis os Tribunais de exceção. Ninguém poderá ser subtraído de seu juiz legal”),<sup>23</sup> enquadrado na redação da Lei Orgânica dos Tribunais, de 27 de janeiro de 1877 (reformada em 09 de maio de 1975); na Itália, no art. 25.1 da Constituição de 1948 (ninguém pode ser subtraído do juiz natural preconstituído pela lei) e, na Constituição Espanhola, no art. 24.2 (“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley”).

Entretanto, é preciso salientar que esta larga tradição legislativa europeia na proteção formal da garantia não tornou imperiosa a sua concretização no dia a dia das práticas judiciais, isto é, não implicou a sua imediata adoção como instrumento para assegurar o julgamento realizado por um juiz cuja competência vem estabelecida de forma taxativa em lei anterior ao fato, pois esta só viria tardiamente com a supressão da matriz inquisitória no processo penal, e em alguns países jamais teria lugar.

Tem-se como exemplo o que ocorreu na Itália, onde o princípio do juiz natural se encontrava legalmente previsto, mas foi alvo de inúmeras manipulações fascistas que artificialmente o esvaziaram de seu conteúdo mais democrático e o reduziram à simples proibição dos chamados tribunais extraordinários ou de exceção.<sup>24</sup>

Aliás, um dos grandes entraves para a concretização da garantia do juiz natural sempre foi a ambigüidade dos textos legais que o definem e o tornam vulneráveis a uma hermenêutica artilosa cujo objetivo é deixá-lo desimportante ou diminuto, como se esta insistência em dizer que o juiz deverá ter sua competência definida taxativamente em lei anterior ao fato fosse mais um capricho dos processualistas.

## 1.2 A introdução do princípio do juiz natural no texto constitucional brasileiro

No Brasil, o princípio do juiz natural ganhou previsão logo na primeira Constituição, cujos trabalhos foram bastante tumultuados e terminaram com a dissolução da Assembléia Constituinte.

<sup>23</sup> Na Alemanha, o princípio do juiz natural ganha a denominação de princípio do juiz legal, como nos revela Ellen Schlüchter: “Como una concreción del juez legal, de cuyas exigencias nadie debe ser privado (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), actúan Salas de justicia en todos los órdenes jurisdiccionales y, naturalmente, también en el orden jurisdiccional penal (§13 GVG). (...) Para hacer efectiva la garantía del juez legal se tienen que determinar con carácter previo los órganos jurisdiccionales competentes para la decisión.” (SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Trad. Iñaki Esparza Leibar. Andrea Planchadell Gargallo) 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1999, p. 17-18).

<sup>24</sup> V. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudo Criminal em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salo Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 203, 204.

Sabe-se que o afã dos constituintes liberais em limitar os poderes do Imperador e a resistência dos conservadores em aceitar esta nova tendência democrática alinhavada no texto constitucional pelo Ministro José Bonifácio ocasionaram uma disputa de poderes que resultou na interrupção dos trabalhos da Assembléia e na imposição de uma Constituição por D. Pedro I.

É verdade que o texto elaborado sob a batuta do Imperador não se afastou muito daquele proposto pelos constituintes,<sup>25</sup> porém é preciso reconhecer que este importante momento da independência brasileira é ofuscado pelo fato da primeira Constituição ter sido imposta pelo rei ao “povo”, isto é, à minoria de brancos e mestiços que votava e tinha certa participação na vida política.<sup>26</sup>

Além disso, é preciso ter claro que a despeito do avanço representado pelo novo texto constitucional, a concretização de seu complexo quadro de organização de poderes, definição de atribuições e garantia de direitos individuais era uma tarefa quase impossível num país de larga tradição autoritária, em que boa parte da população dependia dos proprietários rurais e apenas um grupo pequeno tinha instrução para compreender a importância das novas conquistas.

Aliás, o mesmo se pode dizer do princípio do juiz natural, que apesar de estar previsto no art. 179, do Título 8º, da Constituição de 1824,<sup>27</sup> praticamente com a mesma

<sup>25</sup> “O Imperador tomou parte ativa na elaboração do texto constitucional, rascunhando artigos e ditando outros, que teriam servido de base para a elaboração do texto final, mas é absolutamente certo que nem tudo o que consta dos rascunhos da lavra do Imperador, entrou na Carta Constitucional. O art. 179 da Carta Política do Império definiu os ‘direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros’ estabelecendo ‘preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.’ Cumpria, assim, de certa forma, o Imperador, a promessa contida no decreto de dissolução da Constituinte, de que o projeto que elaboraria seria ‘duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembléia acabou de fazer.’” (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jolovi, 1983, p. 86).

<sup>26</sup> “A disputa entre os poderes acabou resultando na dissolução da Assembléia Constituinte por D. Pedro, com apoio na tropa. Foram presos vários deputados, entre eles os três Andradas. Logo a seguir, cuidou-se de elaborar um projeto de Constituição que resultou no texto promulgado a 25 de março de 1824. A Constituição não diferia muito da proposta dos constituintes anterior à dissolução da assembléia. Mas há uma diferença a ser ressaltada. A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao ‘povo’, embora devamos entender por ‘povo’ a minoria de brancos e mestiços que votava e de algum modo tinha participação na vida política.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 80).

<sup>27</sup> “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: 11) Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita; 16) Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública; 17) À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.”

formulação do atual texto constitucional, não ganhou efetiva aplicação por conta da necessidade dos conservadores de manter alguns privilégios de foro.

Note-se que a Constituição republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891 também garantiria apenas vigência formal ao princípio do juiz natural, tal como fez com uma série de outros direitos sempre atropelados nos momentos de crise da política cafeeira.<sup>28</sup>

Destaque-se que neste período da primeira República ficou a cargo dos Estados, por força do festejado princípio federativo, legislar sobre direito processual penal e, conseqüentemente, sobre a distribuição de competências aos seus órgãos jurisdicionais.

Entretanto, por falta de criatividade e coragem para mudar a ordem instituída, boa parte dos legisladores estaduais se limitou a repetir o que havia sido previsto nas leis anteriores e ao seu reboque a maioria dos juízes continuou a fazer vistas grossas para as antigas violações ao princípio.<sup>29</sup>

A promulgação da Constituição de 1934, já no início da era getulista, igualmente não trouxe novidades no que se refere à garantia do juiz natural. Em seu art. 113, do Capítulo II, do Título III, apenas reproduzia a vedação aos tribunais de exceção e aos privilégios de foro, bem como a previsão de que ninguém poderia ser processado ou sentenciado senão por autoridade cuja competência estivesse definida em lei anterior ao fato.<sup>30</sup>

Destaque-se que nem no plano material o novo texto constitucional promoveu significativas mudanças, pois o princípio do juiz natural continuou a ser negligenciado no momento de fixação do juiz competente para processar e julgar os casos penais.

<sup>28</sup> art. 72, da Seção II – Declaração de Direitos, do Título IV – Dos cidadãos brasileiros: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: §15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 23. À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.”

<sup>29</sup> Como ressalta José Henrique Pierangelli, “a Constituição de 1891, de maneira implícita, outorgou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo, ao dispor, em seu art. 34, entre as atribuições do Congresso, a de ‘legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal.’ Tendo em vista o permissivo constitucional, alguns Estados-membros e apressaram em elaborar os seus códigos de processo penal, enquanto outros preferiram prosseguir com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, com as modificações que haviam processado, e legislarem supletivamente.” (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 161).

<sup>30</sup> art. 113, do Capítulo II – Dos direitos e das garantias individuais, do Título III – Da declaração de direitos, trazia redação não muito distinta das anteriores: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas; 26) Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.”

Tanto isso é verdade, que em setembro de 1936 foi criado o único tribunal de exceção reconhecido no Brasil, o famoso Tribunal de Segurança Nacional, instituído por ordem de Getúlio Vargas para julgar os participantes da chamada Intentona Comunista, que em 1935 apelou pela derrubada de seu governo e a tomada do poder por um governo popular, nacional e revolucionário.<sup>31</sup>

Com o golpe de Getúlio Vargas e a instauração da ditadura no país, foi outorgada a Constituição do Estado Novo, que sequer fazia menção ao princípio do juiz natural.

O preâmbulo do texto de 1937 demonstrava a implantação de um novo regime no estilo autoritário, com a centralização do Estado e a difusão de políticas populistas: “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes do crescente agravamento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; (...) Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade.”

A garantia do juiz natural voltou a integrar a ordem constitucional brasileira em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da Constituição que marcou o retorno ao regime democrático e a deposição de Getúlio Vargas.<sup>32</sup>

Em seu Capítulo II, o novo texto constitucional estabelecia um rol de direitos e garantias individuais dentre os quais figurava a vedação à criação de tribunais de exceção e de foros privilegiados e a prescrição de que ninguém poderia ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, nos mesmos termos da atual Constituição.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> “Em janeiro de 1936, o ministro da Justiça anunciou a formação de uma Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo, encarregada de investigar a participação de funcionários públicos e outras pessoas em atos ou crimes contra as instituições políticas e sociais. Um tribunal de exceção – o Tribunal de Segurança Nacional – começou a funcionar em fins de outubro de 1936. A princípio o TSN se destinava apenas a julgar os comprometidos na insurreição de 1935, mas acabou se transformando em um órgão permanente, que existiu durante o Estado Novo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 199).

<sup>32</sup> “No fim de janeiro de 1946, Dutra tomou posse e começaram os trabalhos da Constituinte. Em setembro era promulgada a nova Constituição brasileira, que se afastava da Carta de 1937, optando pelo figurino liberal-democrático. Em alguns pontos, entretanto, abria caminho para a continuidade do modelo corporativo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 199).

<sup>33</sup> “art. 141, do Capítulo II – Dos direitos e garantias individuais, do referido texto constitucional: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26. Não haverá fôro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.”

Todavia, os tempos de democracia durariam pouco e depois de uma breve influência do regime parlamentarista seriam eclipsados pelo golpe militar de 1964, que levaria o Brasil a mergulhar num longo e nefasto período ditatorial.<sup>34</sup>

Nesta época, vários atos institucionais foram publicados pela cúpula do golpe e alguns meses depois da posse do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco o texto Constitucional de 1946 já estava irreconhecível.<sup>35</sup>

Aliás, AI 2 editado em 27 de outubro de 1965 foi responsável por uma grave violação do princípio do juiz natural, ao transferir a competência da justiça comum para a justiça militar de todos os casos relativos a crimes políticos, inclusive dos que estavam em andamento.<sup>36</sup>

Ainda no governo de Castelo Branco entrou em vigor a Constituição de 1967, cuja tônica era ampliar os poderes conferidos ao Executivo, especialmente em matéria de segurança nacional.<sup>37</sup> Aprovado num Congresso desfalcado por cassações arbitrárias, o novo texto assegurava o princípio do juiz natural pela “metade”, na medida em que apenas vedava o estabelecimento de juízes ou tribunais de exceção e impedia a concessão de privilégios de foro, sem fazer qualquer menção ao direito dos cidadãos de serem julgados por um órgão jurisdicional com sua competência definida em lei anterior ao fato.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> “Na noite de 1º de abril, quando Goulart rumara de Brasília para Porto Alegre, o presidente do Senado declarou vago o cargo de presidente da República. Assumiu o cargo, na linha constitucional, o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Mas o poder já não estava nas mãos dos civis e sim dos comandantes militares. Brizola tentou ainda mobilizar tropas e população do Rio Grande do Sul, repetindo a façanha de 1961. Mas não teve êxito. Em fins de abril, acabou se exilando no Uruguai, onde Jango já se encontrava. Era o fim da experiência democrática do período de 1945-1964. Pela primeira vez na história do país os militares assumiam o poder com a perspectiva de aí permanecer, instaurando um regime autoritário.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 255).

<sup>35</sup> “O novo regime começou a mudar as instituições do país através dos chamados Atos Institucionais (AI), justificados como decorrência ‘do exercício do Poder Constituinte inerente a todas as revoluções.’ (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 257).

<sup>36</sup> V. sobre o assunto: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 204, 205.

<sup>37</sup> “O governo Castelo completou as mudanças nas instituições do país fazendo aprovar pelo Congresso uma nova Constituição em janeiro de 1967. Submetido a novas cassações, o Congresso fora fechado por um mês em outubro de 1966 e reconvoado para se reunir extraordinariamente a fim de aprovar o novo texto constitucional. A constituição de 1967 incorporou a legislação que ampliara os poderes conferidos ao Executivo, especialmente em matéria de segurança nacional.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 262).

<sup>38</sup> art. 150, do Capítulo IV – Dos direitos e garantias Individuais: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.”

Nesta mesma linha, dois anos mais tarde seria outorgada a Emenda Constitucional nº 01, que tornaria ainda mais radical o regime militar e mais nítido o seu desprezo pelos direitos e garantias individuais.

A ditadura se estendeu por mais de vinte anos e muitas vidas foram violentamente caladas para que os militares pudessem perpetuar o seu domínio, até que os desacertos do II PND, a crise econômica causada pelo crescimento desmedido da dívida externa com o FMI e a conseqüente inflação que espoliava os setores mais pobres e a classe média da população forçaram a implementação da chamada reabertura política.<sup>39</sup>

Arquitetada pelo Presidente Geisel e iniciada pelo seu sucessor, General João Batista Figueiredo, a reabertura devolveu gradativamente o país à democracia e em 05 de outubro de 1988 entrou em vigor uma nova Constituição, que contemplaria em seu corpo não só a garantia do juiz natural como uma série de outros direitos.

Em vigor até os dias de hoje, seu texto é extenso e aborda assuntos que tecnicamente não são de natureza constitucional, isto porque participaram de sua elaboração diferentes grupos sociais que estavam ávidos por regras que garantissem ao máximo o cumprimento dos direitos dos cidadãos e a manutenção das instituições democráticas.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso esclarece que, “ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e a difusão de um sentimento e afeição em relação à Lei Maior. O último decênio é marcado pela preocupação, tanto do próprio constituinte, como da doutrina e dos tribunais, com a efetividade do texto constitucional, isto é, com o seu real cumprimento, com a concretização da norma no mundo dos fatos e na vida das pessoas.”<sup>40</sup>

Ademais, é preciso ressaltar que tal preocupação com a efetividade da Constituição levou os operadores jurídicos a apostarem na sua força normativa e a pregarem a supremacia das regras nela inscritas.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> O governo Geisel se associa ao início da abertura política, que o general-presidente definiu como lenta, gradual e segura. Na prática, a liberalização do regime, chamada a princípio de distensão, seguiu um caminho difícil, cheio de pequenos avanços e recuos. Isso se deveu a vários fatores. De um lado, Geisel sofria pressões da linha dura, que mantinha muito de sua força. De outro, ele mesmo desejava controlar a abertura, no caminho de uma indefinida democracia conservadora, evitando que a oposição chegasse muito cedo ao poder. Assim, a abertura foi lenta, gradual e insegura, pois a linha dura manteve como contínua a ameaça de retrocesso até o fim do governo Figueiredo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 270).

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Doze anos da Constituição Brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Temas Constitucionais*, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 47.

<sup>41</sup> “A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto que dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela. (...) A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção constitucional (fazer o que

Deste modo, a consagração do princípio do juiz natural no texto constitucional de 88 alçou esta garantia processual ao topo da pirâmide normativa, junto aos demais preceitos responsáveis por delinear a estrutura de nosso Estado Democrático de Direito e logicamente informar a leitura de todas as regras infra-constitucionais.<sup>42</sup>

Quanto à nomenclatura do direito ou garantia do juiz natural, deve-se ressaltar que boa parte dos constitucionalistas se preocupa em diferenciar as garantias dos direitos fundamentais,<sup>43</sup> porém é preferível continuar com Canotilho que não estabelece tal diferença e alega que as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção de direitos, expresso pela exigência de atuação do poder público para assegurar tal proteção ou pela concepção de mecanismos processuais adequados a sua concretização.<sup>44</sup>

No texto constitucional de 88, é o art. 5º, XXXVII e LIII, que prevê respectivamente, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, de modo a garantir implicitamente o princípio do juiz natural em seu tríplice aspecto: da fonte, pois só a lei pode instituir o juiz natural e fixar-lhe a competência; do tempo, na medida em que a fixação do juiz e de sua competência devem ser feitas em lei vigente ao tempo

ela proíbe), mas também quando existe uma acção inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito). Neste sentido se afirma que a força normativa da Constituição também se revela no tipo de sanções que estabelece no caso de violação de suas normas positivas, ou seja, as que impõem ao legislador ou a outros órgãos a adopção de medidas tendentes a assegurar as sua concretização.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 46).

<sup>42</sup> “As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da Sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo. Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 39). No mesmo sentido, Canotilho e Vital Moreira assinalam: “A Constituição é, desde logo, pressuposto da produção normativa do Estado. Com efeito, a Constituição que individualiza os órgãos competentes para editar normas jurídicas, seja de valor legislativo, seja de valor regulamentar.(...) A Constituição define o estatuto dos órgãos do poder político. São as normas constitucionais que ‘conformam’ o processo político, fixando os órgãos do poder político, as suas atribuições e competência.” (CANOTILHO, J.J.Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 41).

<sup>43</sup> Veja-se por todos BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 481 e ss, e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 182 e ss..

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52<sup>f</sup>

da prática do delito, e da taxatividade, que impõe a necessidade de se fixar o juiz natural de acordo com uma ordem taxativa de competências capaz de impedir a escolha de um juiz mais conveniente.<sup>45</sup>

Apesar de muito semelhante ao texto constitucional de 1946, não se pode ignorar que os tempos são outros e o cuidado na escolha das palavras certas para consagrar o princípio teve um motivo forte: a manipulação da questão da competência durante os anos de ditadura militar. A final, como enfatiza Clèmerson Merlin Clève, “é preciso ter claro que a Constituição brasileira sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro.”<sup>46</sup>

<sup>45</sup> “Dai que desde há muito se tenha considerado, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do princípio do ‘juiz natural’ ou ‘juiz legal’, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente. (...) Para corresponder a tais exigências importa assinalar ao princípio um triplice significado: a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e de sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo. c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem legal taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 322, 323. Neste sentido, ver ainda: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibañez e outros, 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 590; DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. *Corso di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1992, pp. 71 e ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a. 30, n. 30, pp. 174 e ss., 1998; DOTTI, René Ariel. “Princípios do processo penal”, *Revista dos Tribunais*, n. 687, jan., 1993, p. 257; SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 49 e ss.; MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994, p. 56; TUCCI, Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 120 e ss.; KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, pp. 38 e ss.; AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 119 e ss.; SCHWAB, Karl Heinz. *Divisão de funções e o juiz natural*. Justitia. Trad. Nelson Nery Junior. São Paulo, a. 49, v. 139, jul./set., pp. 37 e ss., 1987; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense, 1990, pp. 23 e ss, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 117 e ss; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 487 e ss ; CLARÍA OLMEDO, Jorge A.. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 67 e ss., GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 48 e ss., ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 31 e ss., p. 190 e ss., e PENALVA, Ernesto Pedraz. *Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2000, pp. 190 e ss..

<sup>46</sup> “Define uma resposta para o passado, daí porque exige a transparência e a moralidade da Administração Pública, aposta na função social da propriedade, essencialmente da urbana, censura os juros bancários arrancados dos cidadãos desindexados, atualiza a Federação, investindo na descentralização, restringe os poderes do Executivo antes hipertrofiado, etc. Mas a Constituição representa também uma proposta para



Não foi por outra razão que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho recordou que a adesão irrestrita de Frederico Marques aos escritos fascistas de Vincenzo Manzini<sup>47</sup> permitiu que por muitos anos o juiz natural fosse pensado no Brasil como o juiz preconstituído em lei, sem que se fizesse menção a necessidade de ter sua competência definida segundo uma ordem taxativa.<sup>48</sup>

Deste modo, é possível concluir que o constituinte de 88 com intuito de evitar tal manipulação não se restringiu a pronunciar “ninguém será privado de seu juiz natural”, ele foi mais longe e deixou claro que é direito fundamental do cidadão ser processado e julgado pelo seu juiz, com a competência definida em lei anterior à ocorrência do fato.

Além disso, deve-se ressaltar que ao ser tratado como direito ou garantia fundamental o princípio do juiz natural alcançou um lugar de especial dignidade no texto constitucional brasileiro, conforme ensinam as lições de Canotilho.

Segundo o constitucionalista português, as normas que asseguram tal espécie de direitos ou garantias ganham o que se pode nominar de “fundamentalidade” formal, na medida em que estão assentadas no grau superior da ordem jurídica; encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; constituem limites materiais à própria revisão e, por serem dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, e material por seu conteúdo ser constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.<sup>49</sup>

o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para sociedade e o Estado. A república brasileira (a res publica), compreendida como comunidade nacional independente – momento da unidade – e constituída por classes e frações de classes sociais – momento do conflito –, desde o prisma jurídico, possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional. Cumpre buscar a efetividade desses comandos e esta é uma missão que não pode ser negligenciada por aqueles que pretendem trabalhar um direito alternativo.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”. *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, jun., pp. 48, 1993).

<sup>47</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: EJE, 1951, pp. 228 e ss.

<sup>48</sup> “Tal adesão, de alta periculosidade quando envolve autor do quilate do grande articulador teórico do nosso Direito Processual Penal, só poderia ter conseqüências funestas, como acabou ocorrendo com a posição do e. STF em relação à aplicação do art. 8º, do Ato Institucional n. 2, de 27.10.65, em que pese decisão histórica, anterior e contrária, no Conflito de Jurisdição n. 3.625, de Minas Gerais, onde era suscitante a Auditoria da Quarta Região Militar e suscitados o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, sendo relator o Ministro Aliomar Baleeiro, perante o Tribunal Pleno, em 22.02.67. (...) A reviravolta na posição do e. STF deu-se, definitivamente, com a edição da Súmula n. 526 (‘Subsiste a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a apelação, nos crimes da Lei de Segurança Nacional, se houve sentença antes da vigência do AI 2’), em 03.10.69.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 204, 205.)

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49<sup>c</sup>

Tal vem corroborado pelo fato de que o princípio do juiz natural figura como verdadeira cláusula pétrea no ordenamento constitucional pátrio, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, CF, impede que emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais sejam deliberadas, isto é, só uma nova ordem constitucional é capaz de privar os cidadãos brasileiros do direito ao julgamento pelo seu juiz natural.

Por fim, não se pode deslembrar que a Constituição brasileira é compromissória,<sup>50</sup> democraticamente condensadora de um compromisso entre as facções que participaram do jogo político que conduziu à sua elaboração e nesta perspectiva o princípio do juiz natural e os demais direitos fundamentais figuram como verdadeiras conquistas sociais no processo constituinte e, conseqüentemente, valioso foco de resistência em relação à restauração de uma prática violenta e opressora de poder.

Aliás, tal resistência assume grande importância em tempos atuais, em que o Estado foi minimizado e as conquistas da modernidade estampadas em nossa Constituição vêm sendo atropeladas pelo pensamento neoliberal. Até porque cada dia se torna mais evidente a substituição dos direitos fundamentais do cidadão pelos direitos do *homo economicus* (do homem do mercado, do consumidor), principalmente quando dizem respeito ao exercício da jurisdição, talvez a única capaz de escapar da comodidade do lugar comum e resgatar as velhas conquistas.<sup>51</sup>

## 2 O Incidente de Deslocamento de Competência e a Violação do Princípio do Juiz Natural

### 2.1 A Emenda Constitucional nº 45 e a modificação na competência da justiça federal

Em 08 dezembro de 2004, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 45, elaborada com intuito de alterar a organização e o rol de atribuições do Poder Judiciário para promover a sua tão esperada reforma.

Dentre as modificações concebidas pelos congressistas, encontra-se o novíssimo §5º, do art. 109, que estabeleceu a possibilidade do Procurador-Geral da República, nos casos de crimes praticados mediante grave violação dos direitos humanos e com a finalidade de assegurar o cumprimento de tratados internacionais, requerer ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento da competência da justiça comum estadual para a justiça comum federal.

<sup>50</sup> "Tese defendida inicialmente por Clémerson Merlin Clève, em "A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)". *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, jun., 1993.

<sup>51</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 76.

Sabe-se que as competências da justiça comum estadual e federal são de ordem material, fixadas de acordo com a natureza do crime, tal como indicam os critérios chiovendianos<sup>52</sup> adaptados ao processo penal por Giovanni Leone<sup>53</sup> e incorporados pela legislação processual penal brasileira.

Note-se que esta legislação, ao definir a competência penal, toma por base os parâmetros italianos delineados no Código Rocco de 1930 (que nesta matéria se reportava ao Código de 1914) e conseqüentemente a definição de crime estabelecida pelo Código de Zanardelli de 1889.

O conceito de crime adotado pelo Código Penal italiano do final dos oitocentos era aquele enunciado pela “escola clássica”, mais especificamente por Francesco Carrara, que estudava a conduta criminosa a partir do critério-objetivo.

Este criminalista italiano conceituava o agir criminoso como ponto de convergência entre duas forças, uma moral e outra física, a serem observadas sempre em sua causa (subjetivamente) e em seu resultado (objetivamente), isto é, ele estudava o crime a partir do sujeito e do resultado violador da lei alcançado por sua conduta.

Tal força moral do delito consistia subjetivamente na vontade inteligente do homem que agiu (que se expressa a título de dolo ou de culpa) e objetivamente no resultado moral intimidador, aliado ao mau exemplo produzido pelo delito entre os cidadãos.<sup>54</sup>

Por outro lado, a força física considerada subjetivamente era representada pelo movimento do corpo realizado pelo agente para executar o desígnio perverso e objetivamente pelo resultado material violador do direito.<sup>55</sup>

Desta maneira, segundo ele, os delitos deveriam ser imputados de acordo com sua qualidade, auferida pelo direito ofendido, sua quantidade, mensurada pela gravidade do dano causado pela conjunção das forças moral e física, e seu grau, determinado pela condição do sujeito ativo.

<sup>52</sup> Giuseppe Chioventa traduz os critérios de divisão de competência em: 1º) objetivo, 2º) territorial e 3º) funcional, a serem perquiridos na estrita ordem arrolada: “Extrai-se o critério objetivo ou do valor da causa (competência por valor) ou da natureza da causa (competência por matéria). (...) O critério territorial relaciona-se com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional. (...) O critério funcional extrai-se da natureza e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II, pp. 154, 155).

<sup>53</sup> “Os critérios, com base nos quais nossa lei processual distribui a competência são três: a) matéria; b) lugar; c) função; dentre os quais resta excluído o critério do valor, sob o qual estava fundada uma ulterior especificação da competência em matéria civil”. (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, pp. 85 e ss).

<sup>54</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 75 e 76.

<sup>55</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 75 e 76.

Ora, a partir dessa breve explicação é possível entender porque Giovanni Leone especificou que a competência material tem por base ora a índole do crime, que se determina pelo bem jurídico ofendido ou pela particular situação do sujeito ativo, ora a sua gravidade, que se consolida pela medida da pena.<sup>56</sup>

Além disso, levadas em conta tais explanações, pode-se compreender por que o ordenamento jurídico brasileiro ao distribuir a competência material, localizada essencialmente no espaço constitucional, define uma competência política, atribuída ao Senado presidido pelo Presidente do STF, nos casos de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República e outras autoridades elencadas no art. 52, da CR; uma competência originária, atribuída aos tribunais que julgam as infrações penais praticadas por aqueles que possuem prerrogativa de função; uma competência em sentido lato, atribuída a todos os órgãos jurisdicionais das justiças militar, eleitoral e comum federal e estadual, e uma competência material em sentido estrito, que leva

<sup>56</sup> Nas palavras do autor: "A competência por matéria é dada pela repartição do poder jurisdicional penal entre os vários órgãos em consideração à índole ou à gravidade do crime. a) Há competência por matéria relacionada à índole do crime nos casos em que, independentemente da gravidade desse (representada pela medida da pena), a atribuição do poder jurisdicional vem feita em relação ao bem jurídico ofendido ou a uma particular situação do sujeito ativo (critério qualitativo). B) Há competência por matéria em relação à gravidade do crime nos casos em que a atribuição do poder jurisdicional é feita em contemplação da medida da pena, que é o único índice de gravidade do crime (critério quantitativo)." (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 85) [trad. da autora]. Ver, ainda, LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. Napoli: Jovene, 1960, p. 77; e LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1963, pp. 342 e 343. Na Espanha, após a entrada em vigor do Código de Penal, em 1985, estabeleceu-se que a competência material vai definida pela índole do crime (critério qualitativo) ou pela sua gravidade (critério quantitativo), a competência territorial, fixada de regra conforme o lugar de consumação do delito e subsidiariamente segundo o lugar em que são descobertas as provas materiais do delito, no lugar que foi preso o suposto culpado, o lugar de residência do suposto culpado ou em qualquer onde houver sido cometido o delito, e a competência funcional, definida de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional. (AROCA, Juan Montero; GÓMES COLOMER, Juan Luis; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional: proceso penal*. 10. ed. Valencia: tirant lo blanch, v. III, 2000, pp. 43 e ss). Na Alemanha, a (i) competência material se define levando em conta o tipo de delito ou a sua gravidade; (ii) a competência territorial pode ser ordinária geral, que se define de regra pelo lugar de cometimento do delito, e subsidiariamente pelo domicílio ou residência habitual do acusado, pelo lugar da prisão do acusado ou pela prevenção, e ordinária especial, fixada nos casos de delito contra a segurança do Estado e crimes de imprensa, extraordinária por conexão, relativa aos casos conexos, e extraordinária de encargo superior, referente aos casos em que houver impedimento do Tribunal competente por motivos fáticos, jurídicos ou por perigo da segurança pública; por fim, (iii) a competência funcional é tratada dentro do competência material. (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 58 e ss.). Ver, ainda, no mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 28 e ss. e SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Trad. Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Garagallo. 2. ed. Valencia: tirant lo blanch livros, 1999.

em consideração as especificidades dos crimes, tal como ocorre com o Tribunal do Júri e os Juizados Especiais Criminais, que julgam respectivamente tanto na esfera da justiça comum federal como estadual os crimes dolosos contra vida e os crimes de menor potencial ofensivo.<sup>57</sup>

Aliás, neste sentido, é inevitável concluir que os parlamentares quando autorizaram a justiça federal a processar e julgar os crimes praticados em detrimento dos direitos humanos não se afastaram dos critérios anteriormente adotados pelo ordenamento brasileiro, pois fixaram esta nova competência de ordem material com base no bem jurídico ofendido.

Ora, sabe-se que com o advento da Constituição de 88 restou clara a preocupação do Brasil em proteger os direitos humanos previstos nos tratados internacionais,<sup>58</sup> isto é, em aderir ao movimento de internacionalização dos direitos humanos deflagrado no pós-guerra,<sup>59</sup> o que em tese serve de argumento para justificar a transferência da competência da justiça comum estadual para a federal quando o crime é cometido mediante violação desses direitos cujo cumprimento decorre de um compromisso assumido pelo país junto à comunidade internacional.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Note-se que a competência material é definida essencialmente por regras de ordem constitucional, ou seja, localizadas no mesmo escalão da pirâmide normativa, o que pode causar aparentemente algum conflito em relação aos critérios que servem à sua fixação. Assim, basta operar com a “velha” teoria kelseniana acerca dos conflitos normativos aparentes, fazendo prevalecer os critérios estabelecidos em regras especiais sobre aqueles previstos em regras gerais. Ora, parece evidente que as regras gerais vêm estabelecer a competência material em sentido lato, portanto é preciso começar pelas especiais que prevêm a competência política e a originária ou por prerrogativa de função. V. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

<sup>58</sup> “No que se refere a posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que tão somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, e, especialmente, a partir da Constituição Federal de 1988, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.” (PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, pp. 171 e 172, 2005).

<sup>59</sup> “O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. (...) Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Inspirada por estas concepções, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.” (PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, pp. 171 e 172, 2005).

<sup>60</sup> V. PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, 2005, pp. 169 e 183.

Entretanto, o maior problema que se identifica nesta alteração constitucional não é propriamente a federalização dos crimes contra os direitos humanos, assunto que gera discussões intermináveis, até porque é débil a justificativa apresentada para tal medida, já que os Estados da federação têm igualmente o dever de assegurar tais direitos protegidos pelos tratados internacionais.

Também não se pode acreditar que a transferência dos casos criminais relativos aos direitos humanos para a justiça federal acabaria com a impunidade gerada pela corrupção ou pelo tráfico de influência facilitado nas instâncias locais, tais como as delegacias da polícia civil ou as varas criminais das comarcas. Infelizmente, as instâncias federais são da mesma maneira atingidas pela corrupção e pelas fraudes, veja-se o caso Rocha Mattos,<sup>61</sup> e sem dúvida alguma suas respostas à violação dos direitos humanos não seriam melhores do que aquelas perpetradas pela polícia e justiça locais, inclusive porque essas instituições estão sem dúvida alguma mais próximas do caso e podem conhecer de maneira mais aprofundada os vários fatores que levaram à prática do crime.

Ademais, é preciso destacar que o deslocamento da competência poderia gerar uma marginalização da atuação dos Estados na proteção desses direitos e, conseqüentemente, uma falta de investimento na criação de instrumentos locais para combate à sua violação.

Contudo, como mencionado, o principal entrave causado pelo §5º, art. 109, não é a federalização das questões relativas aos direitos humanos, mas é o fato dele permitir o deslocamento da competência fixada de acordo com as regras previamente estabelecidas pelo ordenamento e, por conseqüência, autorizar de forma expressa a violação ao princípio do juiz natural.

## **2.2 A violação ao princípio do juiz natural promovida na fixação da competência para julgar os crimes praticados contra os direitos humanos**

Os critérios prescritos pela Emenda Constitucional nº 45 para que seja provocado o incidente de deslocamento de competência são bastante vagos e evidentemente abrem espaço para a escolha do juiz que deverá processar e julgar os delitos praticados mediante violação dos direitos humanos.

Primeiramente, é preciso observar que o §5º, do art. 109, da Constituição, prescreve explicitamente que a transferência do caso penal da justiça comum estadual para a federal

<sup>61</sup> “Por unanimidade, os desembargadores do TRF (Tribunal Regional Federal) da 3ª Região acolheram ontem, em sessão secreta, denúncia do Ministério Público e abriram processo para apurar a suposta existência de uma quadrilha formada por três juizes federais, policiais, advogados e empresários que negociava decisões na Justiça Federal paulista. O TRF manteve a prisão do juiz da 4ª Vara Criminal Federal, João Carlos da Rocha Mattos, e de outros oito acusados já presos, e determinou o afastamento das funções, até o final do julgamento da ação, dos juizes e irmãos Casem Mazloun, da 1ª Vara Criminal Federal, e Ali Mazloun, da 7ª Vara Criminal Federal.” (VALENTE, Rubens; VASCONCELOS, Frederico. “Tribunal acolhe denúncia e afasta juizes”. *Folha de São Paulo*, p. A12, de 20.12.2003).

em qualquer fase do inquérito ou do processo ocorrerá “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos” e dependerá de decisão do STJ sobre pedido do Procurador-Geral da República, fundado na necessidade “de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos” dos quais o Brasil seja parte.

Note-se que ao estabelecer as hipóteses de grave violação de direitos humanos como motivo capaz de suscitar o incidente de deslocamento de competência o legislador autorizou que o processamento de qualquer espécie de crime seja transferido para o âmbito da justiça federal, basta que o Procurador-Geral da República e o STJ entendam ter sido ele cometido contra os direitos humanos.

Ademais, sabe-se que os estudos sobre os direitos humanos jamais conseguiram definir com precisão esta categoria, pois não existe um rol taxativo desses direitos sequer um conceito que os delimite de forma pacífica.

É verdade que de Foucault<sup>62</sup> a Dussel<sup>63</sup> os direitos humanos podem ser ponto de partida para discursos de resistência,<sup>64</sup> entretanto por seu conteúdo variável e fundado apenas num universalismo de confluência<sup>65</sup> podem servir também como bandeiras de discursos de manutenção como o neoliberal.

Tal como afirma Franz Hinkelammert, o império globalizado fala dos direitos humanos assim como os excluídos dele, nesses discursos a categoria ganha significações totalmente distintas, de um lado coincide com os direitos do possuidor e de outro com os direitos referentes à integridade corporal, à satisfação das necessidades e o reconhecimento de seu gênero, etnia e cultura.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> FOUCAULT, Michel. *Face aux gouvernements: les droits de l'homme. Dits et Écrits*. Org. Daniel Defert et François Ewald, Paris: Gallimard, v. 4, 1994, pp. 707, 708.

<sup>63</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves e outros, Petrópolis: Vozes, 2000.

<sup>64</sup> BORGES, Clara Maria Roman. “O discurso dos excluídos: o encontro entre Dussel e Foucault”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre: Síntese, v. 38, 2003.

<sup>65</sup> “Para estar alerta de todos estos procesos de abstracción que amputan a la realidad y a los seres humanos concretos, un universalismo de confluencia, debe dar cuenta de todas aquellas situaciones en las que se producen estados de rechazo, de no reconocimiento y de marginación social. Por ello, debe ser consciente de sus límites y siempre tiene que estar en un permanente estado de vigilancia para evitar incurrir en esa lógica de cierre y blindaje que detiene el impulso de la emancipación humana. Cuando en cualquier tradición o cultura aparecen focos de resistencia que luchan por superar los límites establecidos por las instituciones y las mediaciones que estructuran un sistema u orden social concreto, y se trata de superar los obstáculos que impiden tanto desarrollar las capacidades humanas como disfrutarlas, se están dando elementos que contribuyen al desarrollo universal de la idea de dignidad humana.” (RUBIO, David Sánchez. *Universalismo de confluencia. derechos humanos y procesos de inversión. El vuelo de Anteo*. Org. Joaquín Herrera Flores e outros, Bilbao: Palimpsesto, 2000, p. 243).

<sup>66</sup> “La actual insistencia del imperio en los derechos humanos se refiere casi exclusivamente a tales derechos del propietario. Sólo los perdedores de la estrategia de la globalización siguen insistiendo en derechos humanos del ser humano mismo. son los derechos humanos del ser natural y corporal humano: del cuerpo hablante.” (HINKELAMMERT, Franz. J.. *La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de globalización. El vuelo de Anteo*. Org. Joaquín Herrera Flores e outros, Bilbao: Palimpsesto, 2000, p. 121).

Noutras palavras, não há uma definição precisa para os direitos humanos, não há simplesmente uma lista imutável deles, a delimitação de seu conteúdo depende sem dúvida alguma do arranjo estratégico dos jogos de poder que tornam um discurso hegemônico e apto a estabelecer quais são os direitos humanos numa dada sociedade.<sup>67</sup>

Afinal, isto significa que ficará em última instância nas mãos do Procurador-Geral suscitar de forma discricionária (para não dizer arbitrária) o incidente de deslocamento de competência, pois não a lei não fornece parâmetros precisos para se verificar no caso concreto as condições capazes de ensejar tal pedido.

Além disso, não se pode deslembrar que o ocupante do cargo de Procurador-Geral da República é sempre nomeado pelo Presidente, tal como refere o art. 84, XIV, da Constituição, e sua atuação sofre inevitavelmente as influências políticas decorrentes dos vínculos responsáveis por sua indicação ao desempenho de tal função.

Deste modo, pode-se concluir que a decisão de provocar ou não o incidente de deslocamento de competência não está livre de ingerências do próprio Poder Executivo, que na ânsia de apresentar à comunidade internacional resultado na apuração de delitos de seu interesse pode pressionar o Procurador-Geral a suscitá-lo.

Aliás, tal se pôde observar no primeiro incidente levantado junto ao STJ para deslocar a competência da justiça comum do Estado do Pará para a justiça federal, no caso em que foi vítima de homicídio a missionária norte-americana Dorothy Stang.<sup>68</sup>

Restou claro o desespero do Presidente da República frente à morte da freira que ficou conhecida por sua militância na defesa dos trabalhadores rurais em Anapu, no Pará, pois este episódio serviu para expor ainda mais uma das mazelas de seu governo: a falta de políticas para realização da prometida Reforma Agrária.

Então, premido a prestar contas à comunidade internacional e à própria sociedade brasileira pela sua negligência com a questão das terras, o Presidente entendeu que o processamento do caso pela justiça federal poderia trazer resultados mais satisfatórios a todos.

Ora, é evidente que autorizar quem quer que seja a escolher o juiz para o processamento de um caso penal, viola a garantia não só dos cidadãos, mas de toda a sociedade, de que ninguém será em hipótese alguma afastado de seu juiz natural.

É preciso dizer que neste momento a decisão do STJ foi bastante lúcida e negou a transferência do caso para a justiça comum federal do Pará, sob o

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 89 e ss..

<sup>68</sup> NAVARRO, Silvio; BRASIL, Kátia. "A Justiça expediu mandados de prisão de outros 5 amigos da freira assassinada, acusados da morte de trabalhador". *Folha de São Paulo*, A19, de 05.05.2005.



argumento de que não restara comprovado a desídia do poder público local na apuração dos fatos e, conseqüentemente, o risco de descumprimento de obrigações assumidas pelo país na ratificação de tratados internacionais.<sup>69</sup>

Entretanto, o desfecho desta situação poderia ter sido diferente e a violação ao princípio do juiz natural poderia ter se concretizado, até porque em situações como essa sempre há os que reivindicuem a necessidade de ponderação dos valores constitucionais e argumentem que o direito ao devido processamento dos crimes praticados mediante violação dos direitos humanos deve prevalecer sobre a garantia do juiz natural.

O grande problema é que esta garantia tem como um de seus principais aspectos a exigência de uma ordem taxativa de competências que permita definir de maneira precisa o juiz natural das causas, isto tudo para evitar a escolha de um juiz mais conveniente para o caso.

Então, quando esta ordem é quebrada evidentemente a garantia se desnatura, o que implica dizer que o procedimento de ponderação de valores constitucionais não pode de forma alguma flexibilizar esta taxatividade sob pena de provocar a supressão da própria garantia e não a mera conformação dos valores como ensinam os métodos de resolução de conflitos de direitos fundamentais.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> "(...) 4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos. 5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente. 6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002." (IDC nº 1 / PA - STJ - 3ª Turma - Rel. Arnaldo Esteves Lima - j. 08.06.2005 - DJ 10.10.2005, p. 217).

<sup>70</sup> "Os exemplos anteriores apontam a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro (D1 P D2). Todavia uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2) C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 646, 647).

Com base nestas explicações, deduz-se que a Emenda Constitucional nº 45 nada mais fez do que fulminar a garantia do juiz natural ao permitir que a competência fixada de forma taxativa no ordenamento brasileiro pudesse ser modificada por um Tribunal.

Aliás, é preciso destacar que neste caso o legislador ultrapassou os limites de revisão do texto constitucional e criou o que se conhece como inconstitucionalidade material, isto é, por meio de uma emenda à Constituição fez inserir no seu texto elementos que aniquilam a sua própria identidade histórico-concreta.<sup>71</sup>

Ora, como restou demonstrado, a nova disposição do §5º, do art. 109, promove verdadeira supressão da garantia do juiz natural elencada no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição, na medida em que permite a escolha de juiz mais conveniente para o julgamento de certos casos penais.<sup>72</sup>

Em suma, conclui-se que o incidente de deslocamento de competência no caso de crimes praticados mediante violação dos direitos humanos é materialmente inconstitucional, na medida em que afronta e aniquila a garantia do juiz natural quando abre espaço à manipulações na ordem de competências estabelecidas pelo ordenamento brasileiro.

<sup>71</sup> "Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1130).

<sup>72</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 326.

## Hermenêutica e Argumentação Ético-Material na Aplicação do Direito

Marco Aurélio Marrafon\*

**Resumo:** Na perspectiva do paradigma da linguagem, onde a noção de 'compreensão' torna-se central em toda a teoria do conhecimento, surge a problemática da possibilidade de construção metodológica da hermenêutica jurídica a partir dos fundamentos da hermenêutica filosófica de GADAMER. Nesse contexto, a idéia de círculo hermenêutico e unidade da *applicatio* judicial surgem como novos cânones metodológicos que permitem que a decisão seja construída argumentativamente. Tal conclusão possibilita a fundação de uma teoria crítica da argumentação jurídica que não recaia nas abstrações teóricas formais e, sendo responsável pela realização do direito em uma dada comunidade, adote argumentos éticos extraídos dos princípios ético-material, de validade formal e de factibilidade propostos pela Ética da Libertação.

**Abstract:** In the perspective of the language paradigm, where the notion of "comprehension" becomes central in all the theory of knowledge, it appears the problematic of the possibility of methodological construction of the legal hermeneutics starting from the foundations of the philosophical hermeneutics of GADAMER. In this context, the Idea of hermeneutic circle and the unity of the judicial applicatio arises as new methodological canons that allow the decision to be argumentatively built. Such a conclusion permits the foundation of a critical theory of the legal argumentation that does not fall on formal theoretical abstractions and, being responsible for the realization of the right in a given community, it adopts ethical arguments extracted from the ethical-material principles, of formal validity and factibility proposed by the Ethics of Release.

**Palavras-chaves:** ontologia fundamental, paradigma da linguagem, hermenêutica filosófica, teoria da argumentação, ética da libertação, círculo hermenêutico, unidade da *applicatio* judicial, princípio ético-material, princípio validade formal, princípio factibilidade.

**Key-words:** Fundamental ontology, language paradigm, philosophical hermeneutics, argumentation theory, ethics of release, hermeneutic circle, unity of judicial applicatio, ethical-material principle, formal validity principle, factibility principle.

\* Mestre e Doutorando em Direito do Estado – UFPR. Professor de Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica na UNIBRASIL – Curitiba. Advogado. Membro do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil. [marrafon@uol.com.br](mailto:marrafon@uol.com.br)

### Introdução

A partir da constatação de que toda decisão judicial é parte de um processo de conhecimento e, portanto, de compreensão, o presente artigo tem por objeto a análise da aplicação do direito no contexto do paradigma da linguagem e da hermenêutica filosófica e, nessa perspectiva, apresentar possibilidades que ensejem a admissão de argumentos éticos no processo constitutivo do juízo normativo.

Nesse percurso, entende-se que tal admissão é viável através de uma teoria da argumentação jurídica compromissada não somente com a correção formal dos enunciados normativos, mas também com exigências de eticidade material enquanto finalidade maior do direito.

Para tanto, é necessário o rompimento com os paradigmas objetificantes da metafísica da consciência (teoria do conhecimento) ou da representação (ontologia clássica, seja cosmológica ou transcendental-divina), uma vez que ambos pressupõem a separação entre o mundo sensível e o inteligível, onde a tarefa dos filósofos era estabelecer uma ponte entre esses dois mundos, sempre numa relação sujeito-objeto.<sup>1</sup>

Com efeito, mesmo dentro da modernidade (onde a teoria do conhecimento se tornou verdadeira metafísica do sujeito), a hipótese kantiana acerca da possibilidade de obtenção de conhecimentos racionais e objetivos dotados de universalidade e necessidade através da síntese entre forma e matéria operada pela estrutura sensibilidade e pela entendimento, a partir das determinações da razão pura, trouxe o otimismo consubstanciado na crença de que seria possível um conhecimento científico obtido pelo sujeito cognoscente a partir da observação empírica dos fenômenos.

Essa crença confirma o paradigma da filosofia da consciência e legitima o positivismo filosófico como uma espécie de empirismo lógico.<sup>2</sup>

Por isso, a superação do positivismo no direito e a construção de uma teoria da argumentação jurídica de viés ético material passa pela clara assunção de uma postura hermenêutica, o que enseja um estudo voltado à sua teoria do conhecimento e de sua metodologia de busca da 'compreensão'.

<sup>1</sup> STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988, pp. 20 e ss. STEIN, Emildo. *Seis estudos sobre 'ser' e 'tempo'*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990 p. 14.

<sup>2</sup> Acerca da noção de positivismo jurídico como empirismo jurídico, Otfried HÖFFE explica que: "Fundando em convicções gerais, o positivismo jurídico segue o ideal da ciência do positivismo lógico, respectivamente do empirismo lógico e se poderia designar, por isso, positivismo lógico-jurídico, ou então empirismo jurídico. Segundo este, somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, tem um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça são considerados não-científicos. Segundo o positivismo jurídico enquanto empirismo jurídico, as ciências do direito somente são possíveis enquanto ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas." (HÖFFE, Otfried. *op.cit.*, p. 98.).

No mais, para alcançar os objetivos propostos, os fundamentos da Ética da Libertação serviram como fonte dos princípios teóricos que possam originar argumentos que venham a determinar eticamente a decisão judicial, conforme será apresentado a seguir.

### 1 A Centralidade da ‘Compreensão’ no Paradigma da Linguagem

HEIDEGGER lançou os suportes teóricos definitivos para a superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma hermenêutico, quando rompeu com o idealismo e passou a trabalhar a fenomenologia husserliana como um método (via de acesso) para a construção de uma ontologia fundamental a partir da analítica do *Dasein* (ser-aí, pré-sença).<sup>3</sup>

Essa empreita tem início com uma primeira distinção entre o ôntico e o ontológico: o ‘ser’ é “o que determina o ente como ente, como o ente já é compreendido, em qualquer discussão que seja”<sup>4</sup> isto é, o ‘ser’ é que dá sentido ao ‘ente’ sendo dele diferenciado.

Segundo o filósofo alemão, os ‘entes’, ou seja o mundo e seus objetos, podem até existir (em sentido tradicional, enquanto *simplesmente dados*)<sup>5</sup> independentes do homem, mas só ganham sentido e existência (enquanto determinação ontológica exclusiva do *Dasein, pré-sença*)<sup>6</sup> quando o sujeito deles toma consciência. Tal concepção funda a nova ontologia,<sup>7</sup> chamada fundamental ou analítica do ‘ser-aí’.

A partir daí, no que interessa ao homem, o mundo que existe é o que pode ser compreendido, e esta compreensão só é possível a partir do *Dasein* (ser-aí, pré-sença), entendido como o “ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu

<sup>3</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante, Petrópolis: Vozes, 2002, parte I, p. 40, § 4.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 32, § 2º.

<sup>5</sup> Na tradução consultada da obra “Ser e Tempo” (*op.cit.*, p. 312), a tradutora explica, na nota explicativa nº 8, a definição heideggeriana de ser simplesmente dado, verbis: “(N8) Ser simplesmente dado = Vorhandenheit. Vorhandenheit é um substantivo formado do substantivo ‘Han’ (=mão) e da preposição ‘vord’ (=diante de, no sentido espacial e antes de, no sentido temporal). Designa o modo de ser da coisa enquanto o que se dá simplesmente antes e diante de qualquer especificação.” Em outra passagem, HEIDEGGER deixa claro a ausência de consciência dos entes simplesmente dados: “...para os entes simplesmente dados, o seu ‘ser’ é indiferente ou, mais precisamente, eles são de tal maneira que o seu ser não lhes pode tornar nem indiferente nem não indiferente.” HEIDEGGER, Martin. *op.cit.*, p. 89, § 9.

<sup>6</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 77, § 9.

<sup>7</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 9 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 241.

*ser a possibilidade de questionar*”,<sup>8</sup> sendo caracterizado pelo seu primado ôntico,<sup>9</sup> ontológico<sup>10</sup> e também ôntico-ontológico, conforme explica HEIDEGGER:

*“A presença possui um primado múltiplo frente a todos outros entes: o primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a presença é em si mesma ‘ontológica’. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença. A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.”*<sup>11</sup>

Nesse passo, HEIDEGGER esboça duas características principais da ‘presença’, quais sejam: i) “o primado da ‘existência’ frente à ‘essência’ e o ser sempre minha”,<sup>12</sup> das quais decorrem outras, como ser sempre possibilidade<sup>13</sup> e ii) ser constituída fundamentalmente pelo ‘ser-no-mundo’,<sup>14</sup> sem ter, todavia, o ‘modo de ser’ dos ‘entes’ dados no mundo.

Por isso, essa nova ontologia rejeita os modos e métodos clássicos da metafísica até então praticada porque esta busca o ‘ser’ como se fosse um ‘ente simplesmente dado’.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 33, § 2.

<sup>9</sup> De acordo com HEIDEGGER: “a presença [Dasein] não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da presença a característica de, em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser. Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a presença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da presença. O privilégio ôntico que distingue a presença está em ela ser ontológica.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 38, § 4. Negritos a partir dos destaques do próprio texto.

<sup>10</sup> Consubstanciado na idéia de que a questão do ser “visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 37, § 3), sendo a origem do sentido.

<sup>11</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 40 § 4.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 78, § 9.

<sup>13</sup> Aduz HEIDEGGER: “A presença é sempre sua possibilidade. Ela não ‘tem’ a possibilidade apenas como uma propriedade simplesmente dada.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 78, § 9.

<sup>14</sup> “A presença é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta. Com isso, indica-se o conceito formal de existência. A presença existe. Ademais, a presença é o ente que ~~sempre~~ ~~eu~~ ~~mesmo~~ sou. (...) O ser-no-mundo é, sem dúvida, uma constituição necessária e a priori da presença, mas de forma alguma suficiente para determinar por completo o seu ser.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, pp. 90, 91, § 12.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 79, § 9. Tal entendimento se torna patente no texto “O Retorno ao fundamento da metafísica”, de 1949, onde HEIDEGGER deixa expresso que: “O ser não é pensado em sua essência desveladora, isto é, em sua verdade. Entretanto, a metafísica fala da inadvertida revelação do ser quando responde a sua pergunta pelo ente enquanto tal. A verdade do ser pode chamar-se, por isso, o chão no qual a metafísica, como raiz da árvore

Destaca-se que a relação entre a 'pre-sença' e o mundo não é de justaposição, até porque o 'ser-no-mundo' é visualizado em três aspectos: o 'em-um-mundo', o 'ente' e o 'ser-em', este não comportando a concepção de que é uma coisa (corpo humano) dentro de um ente simplesmente dado (mundo), mas sim um existencial por significar uma constituição ontológica da pre-sença.<sup>16</sup>

Assim, o *Dasein* (ser-aí, pre-sença), entendido como *ser* humano que existe e 'está aí' (ou seja, limitado, finito e temporal), é condição imprescindível para que os entes ganhem sentido, pois as coisas só comportam significado quando se inserem numa totalidade de significados que o *Dasein* já dispõe, como depois irá confirmar GADAMER ao promover a reabilitação dos preconceitos e dizer que eles são antecipações de nossa abertura para o mundo e condições para que aquilo que experimentamos possa dizer algo.<sup>17</sup>

Isso ocorre porque a compreensão humana e sua consciência de mundo depende de um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos de sua condição de 'estar-no-mundo' e determinante do sentido existencial.

Todavia, o *Dasein*, sendo vinculado ao tempo, está em permanente construção, à medida que o universo pré-compreensivo individual (*Dasein* enquanto condição para a compreensão do 'ser') sempre sofre mutações e ampliações de acordo com a evolução temporal, pois ao viver, o homem acumula novas experiências e conhecimentos que vão alargar seu horizonte da consciência de mundo, promovendo uma constante alteração nas próprias condições de compreensão do 'ser' e dos 'entes'.<sup>18</sup>

da filosofia, se apóia e do qual retira seu alimento. Pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece junto a ela e não se volta para o ser enquanto ser. (...) Na medida em que, constantemente, apenas representa o ente enquanto ente, a metafísica não pensa no próprio ser. A filosofia não se recolhe em seu fundamento [o chão]. Ela o abandona continuamente e o faz pela metafísica. (...) a metafísica não responde, em nenhum lugar à verdade do ser porque nem a suscita como questão." HEIDEGGER, Martin. "O retorno ao fundamento da metafísica". In *Conferências e Escritos filosóficos*. trad. e notas Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1997, pp. 77, 78-80. (col. Os pensadores).

<sup>16</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 92, § 12.

<sup>17</sup> GADAMER, Hans-Georg. "A universalidade do problema hermenêutico". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano)., p. 261.

<sup>18</sup> De maneira um tanto simplificada, pode-se imaginar o seguinte exemplo a fim de mostrar a historicidade e mutabilidade do ser-aí: antes de entrar na sala de aula, o aluno é uma pessoa que compreende o mundo e sua essência a partir de todas as experiências que viveu, bem como de todos os conhecimentos que acumulou sobre o mundo em que vive (que é sempre condicionado pela ideologia, psicologia, valores, cultura, história, geografia, etc.). Após a aula, de alguma maneira houve uma alteração na pré-compreensão determinante do sentido do mundo porque, enquanto ser vivente, no período em que esteve em sala-de-aula, o aluno acumulou novas experiências e/ou conhecimentos que promoveram mutações no seu modo de compreender o mundo, ou seja, sua condição de pre-sença que está-no-mundo restou ampliada e desde então ele pode compreender as coisas a partir destas novas condicionantes. Tal situação pode ser expressa na seguinte equação: *Dasein* inicial (ente somado com a pré-compreensão acumulada por tudo o que foi vivido, experienciado, conhecido) + aula = novo *Dasein*, que se constitui a condição ou lugar a partir do qual o aluno obterá uma nova consciência de mundo, portanto, uma nova concepção de existên-

Contudo, cada nova abertura da pre-sença (e a conseqüente assunção de uma nova experiência) se dá na forma de nova compreensão que, por seu turno, possui um caráter projetivo e alcança toda a constituição ontológica do próprio 'ser-no-mundo'.<sup>19</sup>

Por isto, "compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da pre-sença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser".<sup>20</sup>

Como conseqüência, Ernildo STEIN aponta que, ao ser situada como existencial, a categoria da compreensão se torna uma marca ineliminável da existência humana,<sup>21</sup> de modo que, na ontologia fundamental os entes só ganham sentido e podem ser conhecidos a partir do paradigma da 'totalidade previamente dada', e não no paradigma da 'consciência e da representação'.<sup>22</sup>

Tal concepção assinala a virada hermenêutico-lingüística na filosofia (os 'entes' no mundo somente 'são' porque podem ser compreendidos), atesta a centralidade da linguagem (o 'compreender' depende de todo um conjunto de significações e relações lingüísticas prévias que o *Dasein* dispõe) e proporciona uma superação irresistível das dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum, justamente porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece<sup>23</sup> e é impossível ao sujeito fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo.

## 2 Universalidade e Anterioridade da Experiência Hermenêutica

Em oposição às motivações objetivas e formais predominantes na hermenêutica da modernidade e, após reconhecer que a hermenêutica teológica originada da fundamentação geral de SCHLEIERMACHER foi enredada em suas próprias aporias dogmáticas,<sup>24</sup>

<sup>19</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, pp. 200, 201, § 31.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 200, § 31.

<sup>21</sup> Diz STEIN: "antes de nos darmos conta, nós já compreendemos. O mundo já está compreendido, não há como chegar antes dele e compreendê-lo". STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988, p.31.

<sup>22</sup> Segundo STEIN; "Há um universo dos paradigmas filosóficos que trabalham com a consciência e a representação e há os paradigmas filosóficos que trabalham com a totalidade previamente dada (Heidegger); e existe uma ponte falsa, que é a travessia hegeliana, em que a racionalidade da história é dada ainda pela ontologia da coisa. (...) É importante separar bem os dois universos paradigmáticos: uns, que tentam construir os órgãos do ser humano, tentando penetrar no real mediante os seus órgãos, e o outro, que diz que a realidade já é sempre constituída (transcendente), nós não podemos sair da realidade do sentido. É uma casca que nos envolve, é uma cúpula que nos sufoca, que nos mata e ninguém sai dela. Ninguém põe a cabeça para fora. Não há como. Mas a ilusão de toda a tradição kantiana é de produzir esta passagem." STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência... op.cit.*, p. 32.

<sup>23</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, pp. 98, 99, § 13.

<sup>24</sup> GADAMER, Hans-Georg. "Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 123.



GADAMER vislumbra na ontologia fundamental de HEIDEGGER o novo impulso para a hermenêutica filosófica.

Por conseguinte, se HEIDEGGER contribuiu para um novo fundamento ontológico para a hermenêutica, GADAMER deu-lhe nova perspectiva, promovendo uma *ontologização da hermenêutica*.<sup>25</sup>

Essa nova perspectiva manteve a hermenêutica da '*faticidade heideggeriana*' (isto é, a interpretação do mundo é a interpretação fática do ser humano), adicionando um novo sentido, ao se referir a ela também como a soma de todos os elementos históricos e culturais nos quais os sujeitos estão enraizados historicamente.<sup>26</sup>

Destarte, a *hermenêutica filosófica* de GADAMER, situada no paradigma da linguagem e fundada na analítica existencial do *Dasein*, parte de um problema humano afrontado não somente na dimensão lingüística da *pré-compreensão* do sujeito (que, em última análise não deixa de ser '*autocompreensão*'), mas também na historicidade em que está situado.

Com efeito, FLICKINGER assinala que, já na expressão '*hermenêutica filosófica*' se apresentam diversos fundamentos que sustentam a reflexão hermenêutica de GADAMER.<sup>27</sup>

O primeiro deles, revela-se na anterioridade da experiência hermenêutica, que se torna o sujeito (gramatical) seguido pelo adjetivo filosófica, em referência à experiência ontológica que se dá antes da atividade reflexionante e, por conseguinte, concede um fundamento pré-reflexivo ao saber objetivo.<sup>28</sup>

Outro fundamento se revela através de seu intuito em descobrir o processo mesmo de instauração do sentido, considerando a inserção do sujeito no mundo, sem se reduzir à análise lógica, mas contendo-a.<sup>29</sup>

Como decorrência do anterior, o terceiro aspecto é que a hermenêutica não se arroga à exclusividade da verdade da fala ou de um texto, nem tampouco crê ser possível um sentido autêntico legitimado em termos lógicos, de maneira que "*cada*

<sup>25</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 70 (coleção Filosofia – 40).

<sup>26</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. *op.cit.*, p. 70.

<sup>27</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. "Da experiência da arte à hermenêutica filosófica". In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (col. Filosofia n. 117)., pp. 27 e ss.

<sup>28</sup> FLICKINGER destaca que "ao invés de utilizar-se do termo 'Filosofia hermenêutica' – como seria de se esperar na continuidade do pensamento de Martin Heidegger – o filósofo fala-nos de uma 'hermenêutica filosófica'. E marca, assim, o contraponto à expectativa da época, já que adscribe à hermenêutica o ser sujeito da expressão, juntando-lhe, na predicação, o adjetivo 'filosófica'. Além de assim distanciar-se da corrente principal do século XX, que segue argumentando nos trilhos da idéia iluminista da racionalidade instrumental, Gadamer expressa aí uma suspeita em relação a toda fundamentação teórica do saber que negligencia a experiência ontológica primordial, em que mergulhamos no nosso relacionamento imediato com o mundo." FLICKINGER, Hans-Georg. *op.cit.*, pp. 27, 28.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 29.

*linguagem expressiva precisa ser exposta à interpretação e, com isso, a um processo de configuração de um sentido possível, com pretensão de verdade própria*".<sup>30</sup>

A quarta observação reside, no dizer de FLICKINGER, que a hermenêutica gadameriana deve ser compreendida enquanto '*arte da interpretação*', em função da figura de Hermes, mensageiro divino cuja tarefa era a de traduzir a linguagem dos deuses para os homens, salvaguardando o sentido e as intenções implícitas na fala originária, pois se trata de saber o que não foi dito quando algo é dito.<sup>31</sup>

Tanto é, que, para explicar essa dificuldade de preservar as intenções e o momento pré-compreensivo do autor de um texto, GADAMER recorre diversas vezes ao exemplo da atividade de um tradutor.<sup>32</sup>

Percebe-se, então, que essas dificuldades existem porque há verdades encobertas, sentidos ocultados, que não são produzidos em nível lógico-semântico.<sup>33</sup>

Na concepção gadameriana, essas verdades, situadas no âmbito da arte, da história e da linguagem, tem sua origem *experiência*, noção que sugere a possibilidade inerente ao ser humano de representação ou descrição da totalidade da experiência de mundo.<sup>34</sup>

As *experiências* proporcionam o '*acontecer da verdade*', expressão que contém o elemento da faticidade e denota a obtenção da verdade num processo incompatível com a exclusividade do método lógico-analítico.<sup>35</sup>

Se não é absolutamente lógico, o '*acontecer de verdade*' também não pode ser arbitrário e, por isso, GADAMER reivindica alguma objetividade na

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibid*.

<sup>32</sup> Em uma dessas passagens, GADAMER deixa consignado que todo dito se encontra num espaço entre a palavra posta e a contra-posta, o que se torna claro na experiência da tradução e leitura de línguas estrangeiras. Diz o pensador alemão: "O que o tradutor encontra à frente é um texto falado, isto é, algo dito de modo oral ou escrito que ele deve traduzir na própria língua. Ele encontra-se amarrado ao que aí está e não pode, ainda assim, transformar simplesmente o dito a partir do tecido da língua estrangeira no tecido da própria língua, sem que ele mesmo, por sua vez, torne-se aquele que fala. Mas isto significa que ele precisa ganhar, em si mesmo, o espaço infinito do dizer que corresponde ao dito na língua estrangeira. Todos sabem o quanto isto é difícil. Todos sabem como a tradução faz parecer como que raso o dito na língua estrangeira. Este se configura em uma superfície plana, tal que o sentido da palavra e a forma da frase da tradução copiam o original, embora a tradução fique como que sem lugar algum. A ela falta aquela terceira dimensão, a partir da qual o originário, isto é, o dito original constrói-se no seu próprio domínio de sentido." GADAMER, Hans-Georg. "Homem e linguagem". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índices*. op.cit., p. 126.

<sup>33</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 2002.

<sup>34</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op.cit., p. 70.

<sup>35</sup> Segundo STEIN, essa elocução choca os lógicos, tornando-se uma questão delicada porque na filosofia analítica "a definição de verdade é feita metodicamente através da análise das proposições, da estrutura das proposições, para ver se possuem a propriedade de verdade ou falsidade" Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações...* op.cit., p. 72.

hermenêutica através da elevação da historicidade da compreensão à condição de princípio hermenêutico que se realiza em quatro elementos: o círculo hermenêutico; os preconceitos como condição da compreensão, a distância temporal e a história efetual.<sup>36</sup> Por ora, cabe uma análise mais aprofundada do primeiro elemento.

A idéia de círculo hermenêutico advém do círculo da ontologia fundamental e do caráter projetivo do *Dasein*, que em sua abertura ao ente perfaz um movimento circular.<sup>37</sup>

Contudo, o círculo hermenêutico de HEIDEGGER não se configura um círculo vicioso porque há nele uma possibilidade positiva para o conhecimento mais originário, só acessível se for compreendido o objetivo primordial da interpretação, qual seja, o de evitar as antecipações subjetivas pela estrutura prévia de compreensão através da busca das ‘coisas mesmas’ em cada movimento.

Esse movimento circular propicia a reabilitação, frente ao racionalismo iluminista, dos preconceitos, sem, entretanto, deixar que esses hábitos lingüísticos e opiniões prévias arbitrarias impregnem despercebidamente a interpretação e a busca do sentido, pois aqui se trata de “*alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor*”.<sup>38</sup>

GADAMER entende que isso é possível se for cumprida a exigência de uma nova abertura, desta vez à opinião do outro, que desde sempre está em relação com o conjunto de opiniões próprias<sup>39</sup> de modo que, como padrão, “*a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este*”.<sup>40</sup>

Portanto, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele diga algo. Nas palavras de GADAMER:

“... uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.”<sup>41</sup>

<sup>36</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. op.cit., pp. 400 e ss.

<sup>37</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 200, 201, § 31.

<sup>38</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. op.cit., p. 403.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 404.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 405.

<sup>41</sup> *Ibid.*

Isso significa que a cada volta do todo para a parte e da parte para o todo, as expectativas devem ser ajustadas na medida em que o texto requiera, a fim de confluir o texto na unidade de um pensamento, sendo que a tarefa desse círculo hermenêutico é “*ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido*”.<sup>42</sup>

Assim, com o reconhecimento do outro (que pode ser alcançado através da pergunta), o círculo hermenêutico ganha a possibilidade de reconhecer a coisa mesma, sendo que a objetividade é garantida pela distância e o resultado do processo interpretativo é o ponto médio, constantemente reconstruído.<sup>43</sup>

Portanto, o sujeito ao interpretar atua sobre o texto, recriando-o a cada volta, num movimento espiralforme, até porque, como já dito, a pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se a cada nova experiência.

Deste modo, resta claro que o ‘*acontecer de verdade*’ depende da experiência como um elemento novo “*que destrona o que guiava nossas expectativas, colocando uma nova ordem no que é destronado*”.<sup>44</sup>

No entanto, essas *experiências* somente são internalizadas na forma do sentido a elas atribuídos pelo *Dasein*, ou seja, na medida da compreensão que se dá via linguagem, enquanto mediadora de todo processo.

Essa mediação é imprescindível porque no contexto da ‘*guinada lingüística*’, vislumbra-se que falar e pensar são indissociáveis, à medida que o homem só tem acesso ao mundo e seus objetos via linguagem,<sup>45</sup> isto é, através do reconhecimento dos sentidos atribuídos aos ‘entes’, de modo que o conhecimento apenas se dá na forma do ‘*algo como algo*’,<sup>46</sup> donde resulta o paradoxo de que é impraticável falar da linguagem sem dela se utilizar.<sup>47</sup>

Por isso, se a linguagem é universal e inescapável e o ‘*acontecer da verdade*’ só é possível no interior do círculo hermenêutico-ontológico, conclui-se pela universalidade da hermenêutica em todo processo cognitivo.

No mais, a anterioridade da experiência hermenêutica se confirma quando, no círculo hermenêutico, é o *Dasein* que dá um sentido inicial ao ‘ente’ que, através de provocações e novas experiências promove, dialeticamente, novos rearranjos na pré-

<sup>42</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Sobre o círculo da compreensão”. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. op.cit., p. 141. Também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 72.

<sup>43</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão*. op.cit., pp. 141. e ss.

<sup>44</sup> GADAMER, HANS-Georg. “A universalidade do problema hermenêutico”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. op.cit., p. 268.

<sup>45</sup> GADAMER, Hans-Georg. “O homem e sua linguagem”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. op.cit., pp. 173-182.

<sup>46</sup> Conhecer ‘algo como algo’ significa dizer que o ser humano não tem pleno acesso ao objeto, mas antes ao seu sentido/significado. Vide: STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, op.cit., pp. 16 e ss.

<sup>47</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, op.cit..

estrutura de compreensão até que se encontre um sentido objetivo, ainda que limitado pelas condições existenciais.

Desta maneira, verifica-se que as verdades da hermenêutica filosófica não são metafísicas nem comprováveis empiricamente, mas antes verdades que acontecem em razão da existência doadora de sentido aos entes, cuja atividade deve ser mediada pela *prudência* no momento da compreensão, sendo dotada de uma racionalidade prática e tendo por tarefa, conforme destaca STEIN, “estabelecer a unidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último”.<sup>48</sup>

### 3 Compreensão e Argumentação na Decisão Judicial

Pairam poucas dúvidas que a hermenêutica filosófica pode servir legitimamente de base para uma ontologia do direito.

Todavia, questiona-se se ela promove contribuições também para uma metodologia do direito, uma vez que tem se tornado freqüente entre os jusfilósofos a idéia de que ela não se preocupa com dois problemas centrais para a hermenêutica jurídica: a superação entre a generalidade da norma e a singularidade do caso individual<sup>49</sup> e a necessidade de um certo controle que delimite a validade das decisões judiciais na esfera do jurídico, preservando a especificidade do direito e de suas mediações de sentido.

A resposta a essa questão pode ser dada de maneira afirmativa. Não só num primeiro momento, em que o juiz busca o sentido normativo que atenda, mas também na ‘concretização’ é possível buscar uma solução no interior da hermenêutica gadameriana.

Assim, metodologicamente, a postura hermenêutica no Direito traz, como efeitos imediatos, a recusa a qualquer procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, uma vez que a interpretação ocorre sempre no ponto médio, “no entremédio do círculo hermenêutico” confirmará STRECK,<sup>50</sup> e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado.

A adoção dessa concepção leva a uma conclusão fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade da *applicatio*, que não permite a distinção entre função cognitiva

<sup>48</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op.cit., p. 45.

<sup>49</sup> SCHROTH, Ulrich. “Hermenêutica filosófica e jurídica”. In KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. Antonio Manuel Hespanha, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 387.

<sup>50</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.

e normativa na interpretação, derrubando postulados clássicos da hermenêutica jurídica, vez que, agora não subsiste a separação entre a cognição do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto.<sup>51</sup>

De acordo com a hermenêutica jurídico-filosófica, a decisão/compreensão se dá desde já normativa e ao mesmo tempo problematizada, de modo que o processo compreensivo do caso traz em si uma certa pré-compreensão do direito e da norma aplicável e, por sua vez, a busca da norma também já é influenciada pelo próprio caso.

Nessa perspectiva, sistema normativo e problema só ganham sentido dialética e reciprocamente no interior do círculo hermenêutico, nunca sequencialmente, como bem exemplifica KAUFMANN:

*"Só quando sei o que é roubo qualificado, posso entender o caso concreto como um caso de roubo qualificado: todavia, não posso saber o que é roubo qualificado sem uma análise correta do caso concreto. A configuração da norma legal como 'tipo legal' (interpretação) acontece perante o caso: a configuração do caso como uma 'correlação de fatos' (construção) acontece perante a norma legal – e esta configuração é sempre um acto criativo (...). A norma pertence ao dever-ser definido de forma abstracta-geral, o caso, com os inúmeros factos, ao ser amorfo, não estruturado. A correspondência entre ambos só se torna possível após norma e caso terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se 'correspondam', devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente."<sup>52</sup>*

Dessa mirada, constata-se que a *applicatio judicial* se realiza num ato uno, quando se atinge um ponto de correspondência entre a *pré-compreensão hermenêutica do caso e de sua provável incidência normativa* (sentido da estrutura), e a *concepção óptica* de um sistema normativo, estruturado na forma de princípios e regras de direito (estrutura do sentido).<sup>53</sup>

Essa reflexão, por si só, mostra a inconsistência teórica dos tradicionais métodos da teoria da interpretação destinados a captar, extrair o sentido objetivo do texto legal em dado momento histórico, típico do positivismo e do paradigma da filosofia da consciência.

Contudo, pode-se ir além e vislumbrar que a teoria da argumentação possui um papel importante não apenas na justificação das decisões tomadas mas principalmente na formação do processo cognitivo que leva à compreensão, ou seja, à produção de sentença cujo sentido se encontra na norma individualizada, como bem

<sup>51</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. op.cit.* pp. 462, 463.

<sup>52</sup> KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". In KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. Antonio Manuel Hespanha, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 191.

<sup>53</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *Aplicação do direito: entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 2005. Inédito.

destaca CORREAS,<sup>54</sup> o que sepultaria de vez a interpretação jurídica tradicional que busca metodologicamente o axioma para a subsunção.

Assim, se a atuação do sujeito agora é constitutiva e não meramente descritiva, a teoria da argumentação desempenha um papel importante na construção da compreensão/decisão, que em face das especificidades do Direito, deve considerar os inúmeros argumentos que podem determinar o sentido, no intuito de atender as exigências circunstanciais do caso concreto e também possibilitar um controle minimamente racionalizável.

Com efeito, a hermenêutica filosófica não é estranha nem contrária à retórica, mas antes complementar uma vez que: i) a reflexão hermenêutica também é uma *práxis*,<sup>55</sup> ii) ambas possuem funções *uni-versais*,<sup>56</sup> iii) a compreensão hermenêutica necessita de abertura a novas *experiências*, que são adquiridas também na forma argumentativa<sup>57</sup> e iv) as *práxis* retórica e hermenêutica se realizam dialeticamente, conforme assevera GADAMER:

“...os aspectos retórico e hermenêutico da estrutura da linguagem humana encontram-se perfeitamente compenetrados. Não haveria oradores nem retórica se o entendimento e o consenso não sustentassem as relações humanas; não haveria nenhuma tarefa hermenêutica se não fosse rompido o consenso daqueles que ‘*são um diálogo*’ e não se precisasse buscar o entendimento. A combinação com a retórica, portanto, possibilita dissolver a aparência de que a hermenêutica estaria restrita à tradição estético-humanista, como se a filosofia hermenêutica estivesse às voltas com um mundo do ‘sentido’ contraposto ao mundo ‘real’, que está se ampliando na ‘tradição cultural.’”<sup>58</sup>

Desta feita, no contexto do paradigma retórico-hermenêutico a racionalidade do discurso jurídico tem um sentido limitado, uma vez que, mesmo contendo enunciados conectados de maneira logicamente correta, ele sofre, conforme ensina CORREAS, pelo menos duas rupturas: a verdade das normas é adquirida hermenêuticamente e suas premissas factuais adquirem sentido a partir do referente externo atribuído pelas

<sup>54</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia Jurídica : Una introducción filosófica*. 2ª ed. Colônia del Carmem: Distribuciones Fontamara, 1998, p. 222.

<sup>55</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 305. Também: GADAMER, Hans-Georg. “A hermenêutica como tarefa teórica e prática”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II...*, op.cit., pp. 349 e ss.

<sup>56</sup> GADAMER, Hans-Georg. Retórica, “hermenêutica e crítica da ideologia – Comentários metacríticos a Verdade e método I”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 276.

<sup>57</sup> GADAMER, Hans-Georg. “A universalidade do problema hermenêutico”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 268.

<sup>58</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – Comentários metacríticos a Verdade e método I”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 277.

próprias normas, que, como já dito, adquirem o sentido dado pelo intérprete, em face da inexistência de um centro universal doador de sentido e também de conceitos universalmente aceitos.<sup>59</sup>

Por conseguinte, a *lógica jurídica* pode até dar conta da estrutura proposicional dos enunciados jurídicos, no entanto, fracassa quando se trata da verdade enquanto sentido oculto que sustenta a verdade desses enunciados,<sup>60</sup> pois toda análise lógico formal se realiza num contexto de compreensão hermenêutica.<sup>61</sup>

Essa confirmação da universalidade da hermenêutica filosófica no Direito tem levado a metodologia jurídica a uma postura procedimentalista, onde a racionalidade da argumentação estaria assentada nas condições em que se produzem os raciocínios,<sup>62</sup> ou seja, nos consensos sociais acerca dos procedimentos de discussão democraticamente estabelecidos e seus pressupostos ideais ou transcendentais, tais como real vontade de diálogo, renúncia à violência e manipulação.<sup>63</sup>

No entanto, como bem adverte CORREAS, apesar do caráter simpático do procedimentalismo em relação às garantias democráticas, as condições ideais são '*modelos de dever ser*', verdadeiras ficções doadoras de sentido por serem construções exclusivamente mentais que servem como parâmetros de validade e legitimidade das decisões que cuidam de assuntos do mundo do 'ser'.<sup>64</sup>

Pode-se objetar, também, que do mesmo modo em que não há consensos sobre o sentidos dos conceitos, numa prática argumentativa real o consenso sobre o sentido dos procedimentos é bastante precário, isto é, do mesmo modo que não há um sentido universal para as palavras da lei e para a significação dos fatos do caso concreto, também não há um procedimento com sentido universalmente aceito que sirva de fundamento para uma decisão judicial.

Nesse diapasão, é necessário fugir de dogmatismos procedimentalistas e reconhecer o caráter hermenêutico das decisões judiciais para, enfrentando suas imperfeições, estabelecer alguma possibilidade de controle dentro das exigências específicas do direito, uma hermenêutica controlada.

Aqui é preciso não descuidar da advertência de MIRANDA COUTINHO de que qualquer possibilidade de controle de sentido em decisão judicial esbarra no

<sup>59</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op.cit.*, pp. 216, 217.

<sup>60</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica. op.cit.*, p. 27.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>62</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op. cit.* p. 217.

<sup>63</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op. cit.* p. 217.. Sobre os pressupostos de validade de uma argumentação racional no contexto da razão comunicativa, conferir: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 57. (col. Biblioteca Tempo Universitário); HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. vols. 01 e 02, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Editori Laterza, 1994.

<sup>64</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op.cit.*, pp. 217, 218.



inconsciente, de modo que: "...é impossível qualquer atribuição prévia de sentido às palavras resultantes do ato interpretativo, (...), por força das metáforas e metonímias: as palavras produzidas por carga pulsional não dizem aquilo que aparentam dizer e sobre elas o intérprete nada sabe; e não quer saber, por sinal".<sup>65</sup>

Ainda assim, entende-se que a solução menos imperfeita para tal problema reside na aceitação do círculo hermenêutico como um método também para a hermenêutica jurídica, onde a 'compreensão' se dá entre sucessivos giros entre 'ser' e 'entes', sendo estes divididos em fatos empiricamente observáveis (o texto da lei, por exemplo) e '*experiências argumentativas*', ambos provenientes do mundo sensível.

Nesses giros, o 'ser' dá sentido ao ente mas, ao tempo tempo, submete-se às determinações ônticas que alteram e dão novo sentido ao 'ser', isto é, a pré-compreensão dá sentido aos objetos e, ao mesmo tempo, dialeticamente, é alterada por este.

Nessa abertura promotora de novas compreensões, há o espaço para a absorção de argumentos retóricos que, ao desestabilizar entendimentos prévios, faz com que os giros no círculo hermenêutico não cessem até que a autoridade decisória entenda que já compreendeu e assim decide, pois é preciso encerrar o debate.<sup>66</sup>

Por tudo isso, não se olvida da importância da formação de uma pré-compreensão ético-constitucional do aplicador do direito, no entanto, pensa-se que esse '*preconceito prévio*' (enquanto determinante do sentido que se atribui à norma), pode ser melhor otimizado através da apresentação de alguns argumentos que possam ser legitimamente utilizados na própria formação da decisão/compreensão do caso.

Para tanto, e desvelando os véus ideológicos que motivaram o presente artigo, entende-se que em uma época de grande pluralismo de valores e extremada condições de assimetria hegemônica em tempos de globalização e exclusão (revelada não só nas relações externas entre diferentes países do globo, mas também pelas profundas - e crescentes - desigualdades internas nas nações capitalistas neoliberais) é preciso buscar argumentos que determinem a decisão judicial a partir de uma Ética da Alteridade, onde os fundamentos da proteção dos direitos da pessoa humana não sejam buscados na ontologia jusnaturalista nem nas manifestações juspositivistivistas (a chamada positividade combativa), mas sim como uma construção argumentativa que seja compatível com as exigências filosóficas atuais.

<sup>65</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei". In *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Rev. Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 43.

<sup>66</sup> Neste momento, a compreensão hermenêutico-retórica ganha características próprias das práticas dialéticas do período Antigo e Medieval, onde é a autoridade (primeiro a Assembléia, depois o mestre) quem decide quando o jogo argumentativo de busca de verdades ganha um sentido final. Sobre o tema, conferir: VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 270 e ss.

Desse olhar, propõe-se a busca de argumentos para a constituição da decisão judicial nos princípios da Ética da Libertação de Enrique DUSSEL, na medida em que possam interessar a uma *práxis jurídica* que atenda as demandas de países da periferia do capitalismo.

#### 4 Fundamentos da Ética da Libertação

DUSSEL<sup>67</sup> se propõe a elaborar uma teoria ética que, ao rejeitar o formalismo de matriz kantiana,<sup>68</sup> parte da existência do sujeito corporal vivo e busca articular critérios e princípios de verdade material com critérios e princípios de validade formal, sem olvidar da questão pragmática da operabilidade e produção de efeitos bons e úteis no agir humano. Tal teoria vem fundada em pelo menos dois pressupostos teóricos.

O primeiro é a negação do domínio ideológico existencial da totalidade vigente e adoção de uma 'Ética da Alteridade' que atue no âmbito da exterioridade e veja no 'outro' o ponto de partida de sua racionalidade.

Isso porque a totalidade surge substanciada na fórmula parmenidiana de que "o ser é, o não ser, não é", sendo que somente é considerado 'ser' o igual, aquele que adota e compartilha do universo existencial do sistema vigente.<sup>69</sup>

DUSSEL explica que, para a filosofia ocidental-européia, o mundo não é a soma de entes exteriores e com sentido próprio, mas sim a soma de entes que ganham sentido quando organizados na condição européia de 'ser-no-mundo', formadora de sua pré-estrutura de compreensão. Nesse contexto, o diferente é considerado 'não-ser' justamente porque a ele não é atribuído sentido próprio.

<sup>67</sup> Sobre a fundamentação de uma teoria crítica do direito constitucional a partir da Ética da Libertação, conferir: MARRAFON, Marco Aurélio. "Para além do consenso: Dussel e a possibilidade de uma fundamentação ética para uma teoria crítica do direito constitucional". In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. NUNES, José de Avelãs (orgs) Diálogos constitucionais Brasil-Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. A apresentação da Ética da Libertação neste artigo representa uma síntese do que foi exposto na referência aqui citada.

<sup>68</sup> Isso porque, DUSSEL entende que "o dualismo e o formalismo kantiano (como o cartesiano e de tantos outros sistemas éticos modernos puramente formais) causaram muito dano à ética. A negação do 'corpo' em favor de uma 'alma' descorporalizada (desde os gregos até as éticas modernas) nos fala de uma tradição bem determinada (a outra, seguindo a via mítica da ressurreição da carne com o Osíris egípcio, ou com a tradição semita ou muçulmana, desemboca nas ciências neurocerebrais que nos permitem recuperar a unidade da corporalidade, dentro das quais as funções superiores do cérebro exigem que descartemos definitivamente a simplificação sumamente ambígua em ética de uma 'alma' substancial independente)." DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 104.

<sup>69</sup> DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina*. Trad. Luiz João Gaio, São Paulo: Edições Loyola, 1982, pp. 27 e ss.

Essa forma de pensar a realidade alastrou-se geograficamente, legitimando a dominação da América Latina justamente por estar longe do centro e ser encarada como ‘*não ser*’.

Pode-se dizer que o mesmo ocorre no direito, seja no âmbito das relações entre países, seja no âmbito das relações individuais dentro de uma Nação entre aqueles que seguem os padrões ofertados pela totalidade em relação àqueles que não tem condições de seguir esses padrões, constituindo a origem de toda a opressão sofrida pelos mais fracos.

É importante salientar, também, que todo o sistema de ordenamento jurídico latino-americano segue os padrões e orientações filosóficas européias reproduzindo, deste modo, a opressão da totalidade baseada numa realidade pronta que não é latino-americana.

Para DUSSEL, a superação da totalidade se dá pela categoria da exterioridade, que, ao contrário, parte de uma lógica que busca sentido no outro, acima do mundo das coisas e dos seres imersos em significados preexistentes.

Assim, apesar de sua origem hermenêutica, a Ética da Libertação vai além da ontologia fundamental de HEIDEGGER e busca amparo na obra de Emanuel LEVINAS, ao pressupor uma abertura para o ‘outro’, passando a operar com a categoria da exterioridade e proximidade.

A exterioridade revela um momento que é anterior à realidade existente, a todo significativo e significado, possibilitando a descoberta do outro, que não deve ser visto com a racionalidade a que vê a si próprio, daí a utilização da expressão “Metafísica da Alteridade”, no sentido que o ‘outro’ não pode ser visto objetivamente, o ‘outro’ só pode ser compreendido através do ouvido atento ao seu “mundo” e às suas súplicas pela vida, que pode se realizar na proximidade, categoria que representa o momento de interpeleção, o face-a-face<sup>70</sup>.

O face-a-face impõe o choque com o ‘outro’ que, num primeiro momento necessita ser respeitado, não necessariamente compreendido, o que leva à quebra ou rompimento com o próprio círculo hermenêutico e a dialética no horizonte da

<sup>70</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina. op.cit.*, pp. 45 e ss. Conforme explica David SANCHEZ RUBIO: a proximidade é “a relação intersubjetiva sem mediações, é o cara-a-cara puro e transcendental, a matriz instrutora, tanto da ação como do conhecimento humanos. Dussel utiliza o conceito de ‘proximidade’ para explicar em que consiste realmente esta instância ética fundante, que Heidegger quase chegou a tocar. Operar até o outro como outro é avançar até a origem originária de toda espécie de discurso, seja filosófico, científico, metafísico, etc. Trata-se de um nível existencial anterior a todo significativo e significado, aludindo à imediatez do contato entre os seres humanos, sem símbolos nem representações de permeio, onde o tempo e o espaço parecem não estar presentes.” SANCHEZ RUBIO, David. “Sobre a filosofia da libertação de Enrique Dussel e alguns marcos categoriais (1969-1988)”. In *PALAVRAÇÃO – Revista de Psicanálise*, ano IV – nº 4 nov/2000. Curitiba: Biblioteca Freudiana de Curitiba, 2000, p. 26.

totalidade<sup>71</sup> e exige uma racionalidade que DUSSEL chama de *analética*, a qual, para resgatar o outro real, não redutível a fundamento e negado pela dialética, parte da exterioridade, é transcendente ao mundo ontológico e sensível à interpretação do outro.<sup>72</sup>

Posta em contraste com a universalidade da experiência hermenêutica, essa metodologia produz duas conclusões imediatas: i) o 'outro' é um limite que deve ser considerado, mas que, sendo anterior à mediação lingüística não é cognoscível e ii) a tentativa de atribuição de sentido ao 'outro' a partir de sua

<sup>71</sup> Diz DUSSEL: "Se a dialética é a passagem (dia-) de um horizonte ou fronteira pra outro horizonte ou âmbito (-lógos), o mundo é compreendido constantemente como um processo dialético, uma mobilidade que continuamente está ultrapassando os seus limites ou fluindo, fugindo sem descanso. A totalidade do mundo nunca se fixa, mas se desloca histórica ou espacialmente. Porque o homem diariamente incorpora entes a seu mundo, o horizonte de seu mundo se desloca para compreendê-los e abarcá-los. Da infância à velhice, o homem passa de um momento ao outro, de uma experiência à outra, de uma fronteira à outra. Ao contrário dos animais, cujo limite é fixado pelas reações instintivas da espécie, ou por uma estreita margem dos reflexos condicionados, ou ainda por uma certa inteligência manipulante, o homem faz crescer o seu horizonte no passado (não só pela recordação, mas também pela tradição contada ou estudada), no futuro (pela abertura a novos projetos), na espacialidade (como inclusão de novos espaços). O movimento da totalidade como tal é dialético, o movimento dos entes intramundanos é o movimento ôntico, aquele movimento que se pode acumular quando se diz que a velocidade indica uma relação de espaço percorrido em tempo determinado; ou seja, uma quantidade de movimentos. O movimento da física é intramundano, ôntico; o movimento da totalidade ou do mundo como tal é dialético, ontológico." DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação...* op.cit., p. 35.

<sup>72</sup> Celso LUDWIG bem apanha a questão: "A questão metódica assume em Dussel importância decisiva. Vê o método como um 'saber caminhar', saber resolver as questões que se apresentam. Tematiza este caminho enquanto um método de pensar latino-americano, como nova possibilidade de pensar. Esquemáticamente a questão se situa nos seguintes termos: a) o método ontológico não satisfaz, posto ser um caminho, no qual o movimento orienta-se pela redução da multiplicidade à unidade; do outro ao ser, ao sujeito, ou no interior da comunidade de comunicação: totalidade como 'o mesmo' por isso deve ser superado; b) A identidade e a diferença são dois modos da totalidade, no método ontológico da totalidade; c) o método ontológico dialético opera de um horizonte a outro, até chegar ao primeiro, onde funda e esclarece seu pensar; dirige-se a dialética e ontologicamente ao fundamento; só depois demonstra epistemáticamente os entes como existentes; d) além do horizonte da ontologia da totalidade situa-se a meta-física; e) O outro não é apenas o diferente (como momento da totalidade), mas originalmente distinto, e portanto, não é uno; não é 'o mesmo'; há entre os entes um que é irredutível ao fundamento: o outro real, que permanece trans-ontológico; f) o método meta-físico é ana-lético e distinto do método dia-lético; g) o método analético significa que o logos 'viene de más-allá': surge desde o outro e avança dialeticamente; é a passagem da totalidade ontológica ao outro como outro; h) o objetivo da nova formulação visa recuperar a 'exterioridade' na condição de categoria fundamental do processo de libertação; revela a impossibilidade de o outro ser pensado positivamente desde a totalidade; i) o método analético revela-se como intrinsecamente ético e não meramente teórico; a opção pela exterioridade é desde já uma escolha ética; (...) o método analético consiste em partir primeira da exterioridade metafísica na relação com a totalidade ontológica, e depois, nos níveis mais concretos da positividade do oprímido como distinto na erótica, pedagógica e política." Cf. LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 1995, inédito, pP. 93, 94 (negritos a partir de itálicos do texto original).

existência empírica pode provocar um rearranjo no próprio universo de sentido disponível do *Dasein*, à medida que no próprio círculo hermenêutico a abertura a novas *experiências* produz novas compreensões.

Por sua vez, a segunda base epistemológica reside no rompimento com o eurocentrismo, a fim de enxergar, criativamente, a modernidade, sua crise e transição sob uma perspectiva histórica que permita a relação de alteridade circunscrita na primeira plataforma teórica.

Essa nova perspectiva é denominada por DUSSEL de transmodernidade e implica na leitura da modernidade em dois paradigmas: um sob o prisma exclusivamente europeu, enquanto projeto iluminista de progresso científico e emancipação racional do homem e o segundo, a partir da crítica dos países colonizados do Sul do mundo, a modernidade se revela como uma práxis irracional e violenta de dominação.<sup>73</sup>

Com efeito, DUSSEL entende que a modernidade se inicia quando a cultura européia utiliza-se da sua superioridade econômica, tecnológica e ideológica para tornar-se centro do sistema-mundo e expandir suas idéias (e ideais) com pretensões de universalidade, o que foi possível graças à grande vantagem econômica auferida pela Europa com o descobrimento e colonização da Ameríndia, em 1492.<sup>74</sup>

Assim, sob a ótica dos dominados, a modernidade deixa de ser ideal de progresso e civilização para se tornar uma práxis violenta e inescrupulosa de dominação.

No entanto, a idéia de transmodernidade não é negação, mas antes uma articulação crítica das duas visões paradigmáticas da modernidade, conforme assinala LUDWIG:

*O duplo aspecto mencionado, ainda que de forma esquemática, permite a crítica ao projeto da modernidade sem eliminar suas potencialidades, com a finalidade de afirmar o sujeito, principalmente o sujeito que emerge como comunidade anti-hegemônica e que luta por seus novos direitos. Portanto, crítica que não se pretende antimoderna e, pelas razões mencionadas, também não é meramente pós-moderna. Diante desse contexto, situamos a necessidade da reflexão crítica ética, política e jurídica desde a perspectiva transmoderna.*<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...*, *op.cit.*, pp. 63-65. Também LUDWIG, Celso. "Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dusel". In FONSECA, Ricardo Marcelo da (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, pp. 285-288.

<sup>74</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *1492 - O encobrimento do outro: a origem do 'mito da modernidade' - conferências de Frankfurt*. Trad. Jaime A. Clasen, Petrópolis: Vozes, 1993. Também: DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* *op.cit.*, pp. 56 e ss.

<sup>75</sup> LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade...* *op.cit.* p. 288.

### 5 O Princípio Ético-Material Universal

O primeiro princípio da Ética dusseliana tem como ponto de partida a vida humana enquanto modo de realidade do sujeito ético, concebida como existencial, pois é ela que dá conteúdo a todas às suas ações, determina sua ordem racional e o nível das necessidades, pulsões, desejos.

Isso é possível porque, segundo DUSSEL:

*A vida humana impõe limites. fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias. Impõe também conteúdos: há necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade e soberania. valores e identidade cultural, plenitude espiritual (funções superiores do ser humano em que consistem os conteúdos mais relevantes da vida humana).<sup>76</sup>*

Agora, o ser humano, enquanto vivente, se transforma em realidade objetiva balizadora dos fins do agir ético na tentativa de afirmação material de um critério que sirva como mediação adequada para a realização do princípio universal da ética crítica: o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida de cada sujeito humano em comunidade.<sup>77</sup>

Esse critério material tem pretensões de universalidade, de modo que, os fins de proteção à vida devem permear todo agir ético-normativo em distintas comunidades, todavia sem ignorar suas particularidades existenciais.

Assim, desde a interpelação (momento do face a face) formula-se um enunciado descritivo de um fato (SER) em relação à existência de uma vida, o qual traz em si uma exigência primeira de reconhecimento e responsabilidade, à medida que esta interpelação constitui um ato de fala (comunicação), muitas vezes baseado na expressividade do silêncio de um rosto que sofre: aí está o outro!

Passo seguinte, o critério de verdade material deve passar do enunciado meramente descritivo de um fato (a existência de uma vida humana), que impõe uma exigência ética (porque a reconheço e porque por ela também sou responsável), para um enunciado normativo (dever ser) que é o princípio ético-material.

Para facilitar o entendimento desse processo, segue o resumo do exemplo colacionado por DUSSEL:

Fundamento descritivo:

- 1 – João, sujeito humano vivente, auto-responsável, está comendo (constatação objetiva do sujeito enquanto modo de realidade)
- 2 – Se João deixasse de comer morreria. Passagem normativa do ‘ser’ (o viver) para o ‘dever-ser’ (dever viver)

<sup>76</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação.... op.cit.*, pp. 131, 132.

<sup>77</sup> LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade.... op.cit.*, p. 290.

3 – Como auto-responsável por sua vida não deve deixar-se morrer, ou seria um suicida.

4 – Logo, deve continuar comendo.

Nesse exemplo, o momento 4 representa o fundamento deôntico obtido através de uma passagem dialética por fundamentação material, não meramente lógico dedutiva, porque aqui é utilizada uma razão prático-material *‘que pode compreender ou captar racionalmente a relação necessária entre a exigência natural de comer-para-viver e a responsabilidade ética do sujeito que está obrigado e deve comer-para-não-morrer’*.<sup>78</sup>

Conforme assevera DUSSEL:

*“Este ‘deve’ se fundamenta como exigência material e ética (enquanto a vida é dada como encargo ao próprio sujeito ético, racional e pulsional, dentro das exigências do critério de verdade, e também, embora como mediação, concretamente a partir dos valores da cultura, etc. – e não por um instinto da espécie, certamente enfraquecida pela civilização, de sobrevivência puramente animal). (...) A ética cumpre a exigência urgente da sobrevivência de um ser humano autoconsciente, cultural, auto-responsável. A crise ecológica é o melhor exemplo: a espécie humana decidirá ‘corrigir’ ética ou auto-responsavelmente os efeitos negativos não intencionais do capitalismo tecnológico devastador ou a espécie como totalidade continuará seu caminho rumo ao suicídio coletivo.”*<sup>79</sup>

Visto isso, já é possível a enunciação inicial do princípio ético-material universal:

*“Aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma “vida boa” cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a um maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, [além disso], com pretensão de universalidade.”*<sup>80</sup>

Esse princípio, além de fornece um argumento prioritário para a decisão judicial também impõe limites à toda atividade jurisdicional, a qual, assim como a política, deve basear-se numa razão prático-material que proteja a vida humana individual e em comunidade.<sup>81</sup>

De outra sorte, não se ignora que ele se compatibiliza com compromisso de proteção ao *‘mínimo existencial’*, já há algum tempo defendido pela doutrina constitucional responsável e consciente da importância do resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

<sup>78</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 142.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 143.

<sup>80</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., p. 143.

<sup>81</sup> LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade...* op.cit., p. 293.

Assim, esse primeiro pilar da Ética da Libertação explicita argumentos para uma construção e fundamentação ético-material das decisões judiciais, confirmando a noção de direitos humanos sem apelar para soluções jusnaturalistas, uma vez que sua aplicação demanda uma fundamentação racional eletiva da norma a ser executada na ação, o que traz a exigência de validade que pode ser conferida pela racionalidade discursiva, prática e intersubjetiva.

### 6 O Princípio Universal-Formal de Validade

Para que as decisões éticas ganhem validade comunitária universal e não sejam frutos de um individualismo ou autoritarismo violento, faz-se necessário a aplicação conjunta do princípio universal-formal.

Neste momento, a Ética da Libertação aproxima-se da Ética do Discurso,<sup>82</sup> conforme já reconhecido até mesmo por APEL,<sup>83</sup> mas pressupõe algumas distinções não bem enfatizadas nesta última. A primeira delas reside na questão entre verdade e validade.

<sup>82</sup> No âmbito do agir ético e normativo, a teoria do discurso, cujas matrizes teóricas encontram-se nas obras de Karl-Otto APEL e Jürgen HABERMAS, ilustra, de maneira convincente, as bases da razão comunicativa e a construção de enunciados a partir de consensos válidos na comunidade ideal de comunicação, sem maiores preocupações com critérios de verdade material. HABERMAS entende que o resgate moderno da razão prática trouxe à baila a idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros de uma coletividade, aprofundando a distinção com uma sociedade centrada no Estado. Deste modo, a opção habermasiana pela comunidade que regula democraticamente a si mesma, auto-normatizando-se (inclusive sob o argumento de que a própria teoria marxista da sociedade havia se convencido da necessidade da renúncia de uma teoria normativa do Estado), faz com que ele lance mão de uma razão comunicativa, como superação de uma razão prática orientada pela ação, uma vez que ela não estaria adstrita a nenhum sujeito singular, nem a um macrosujeito sociopolítico, mas sim buscaria o entendimento possibilitado pelo medium lingüístico, “através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”. Além de necessitar de pressupostos inerentes ao telos lingüístico, o diferencial maior da razão comunicativa em relação à razão prática é que ela não fornece uma norma de agir virtuosa, ou uma orientação normativa direta para a teoria do direito ou da moral, mas sim, estabelece as condições necessárias para que seja exercitado o poder democrático na formação do direito através da mediação da linguagem numa comunidade de falantes e formadores de opinião que orientem as decisões consensuais a partir de pretensões de validade. Daí se verifica que, são as expectativas ou pretensões de validade que estabelecem os pressupostos transcendentais inscritos no discurso e o aproximam da situação ideal de fala. Esses pressupostos constituem as quatro pretensões universais de validade da teoria do discurso habermasiana, quais sejam: a inteligibilidade, a verdade, a correção e a veracidade. Conferir: APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe, vol. 01. São Paulo: Loyola, 2000. Também: APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. Trad. Paulo Astor Soethe, vol 2. São Paulo: Loyola, 2000; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebenechler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 57. (col. Biblioteca Tempo Universitário); HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. vols. 01 e 02, Trad. Flávio Beno Siebenechler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Editori Laterza, 1994.

<sup>83</sup> Cf. APEL, Karl-Otto. “A ética do discurso em face do desafio da filosofia da libertação latino-americana”. In SIDEKUM, Antonio (org). *Ética do discurso e filosofia da libertação: modelos complementares*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1994, p. 21.



Para DUSSEL, a verdade extrai seu fundamento da realidade, enquanto comunidade de vida que fornece o conteúdo material que exprima o real. É material e muitas vezes monológica, mas possui pretensão de aceitação intersubjetiva.<sup>84</sup>

Já a validade é fruto do processo ou procedimento metodológico que contemple logicamente a busca de conclusões corretas a partir do fundamento (verdade).

Por isso, ela é referente ao possível acordo intersubjetivo que se obtém pela lógica do melhor argumento, sendo que, daí a possibilidade de consenso se forma a partir da verdade do argumento. A validade é formal e relativa à comunidade de comunicação.

Contudo, ambas são finitas, históricas, falíveis, falseáveis e se relacionam dialeticamente, pois, para DUSSEL, sem a validade intersubjetiva não há verdade em sentido pleno, nem é possível validade sem verdade.<sup>85</sup>

Reconhecendo que a Ética do Discurso avançou na formulação do princípio universalidade, mas pecou pelo seu absoluto apego ao aspecto meramente formal,<sup>86</sup> DUSSEL propõe uma reformulação do princípio “U”, agora enunciado da seguinte maneira:

*Quem argumenta com pretensão de validade prática, a partir do re-conhecimento recíproco como iguais de todos os participantes que por isso mantém simetria na*

<sup>84</sup> DUSSEL, *Ética da libertação...* op.cit., pp. 206 e ss.

<sup>85</sup> Nesse sentido DUSSEL explica que: “a verdade do argumento é impossível, por seu turno, sem a prévia consensualidade; além disso, a verdade, embora tenha em alguns casos empíricos uma origem monológica, tem sempre pretensão ou uma busca do consenso para vir a ser um enunciado intersubjetivamente provado e, assim, tornar-se tradição histórica (cotidiana ou científica). Isto é, intersubjetivamente (formal ou procedimentalmente) não há verdade em sentido pleno: a) ante festum, sem prévia validade, já que a existência em forma de acordos intersubjetivos dos pontos a verificar é condição absoluta de sua possibilidade, b) in festum, sem a dialogicidade na produção intrínseca de argumentos novos no próprio ato veritativo (nisto consiste o caráter assegurador de consenso); e c) post festum, sem a aceitabilidade intersubjetiva que permite novos progressos veritativos...”; outro lado, e simultânea e referencialmente (por sua materialidade), não há tampouco validade sem verdade: a) ante festum, pois o novo conteúdo verdadeiro apreendido, mas ainda não aceito intersubjetivamente, é o que impele a atrever-se a tentar a invalidação do antigo acordo válido, e é nisto que consiste o dissenso, de onde nasce a validade vigente; b) in festum, porque estar-de-acordo só acontece acerca de algo: o que é considerado- como-verdadeiro, que é o que concede força probatória ao argumento para produzir a aceitação intersubjetiva; e c) post festum, porque a partir do conteúdo verdadeiro validado pode dar-se historicamente a memória de uma comunidade de comunicação (cotidiana, científica etc.). Não há validade séria sem pretensão de verdade (por determinação material ou de conteúdo, e como referência à realidade, seja como for que se defina); não há verdade em sentido pleno sem pretensão de validade (por determinação formal ou intersubjetiva, e c) referência à comunidade). Verdade e validade são formalmente distintas tanto por sua referência (o real ou a intersubjetividade) como pelo exercício de um diverso tipo de racionalidade (um material e outro formal e discursivo).” DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., pp. 206, 207.

<sup>86</sup> Ainda que APEL afirme que a ética do discurso tenha a exigência básica de respeitar incondicionalmente à “interpelação do outro”, verifica-se que a preocupação desta postura teórica se volta totalmente ao aspecto formal, até porque, conforme o próprio filósofo alemão, essa exigência é vista como ‘reivindicação de validade’ no ‘discurso prático’. Cf. APEL, Karl-Otto. *A ética do discurso*

*comunidade de comunicação, aceita as exigências morais procedimentais pelas quais todos os afetados (afetados em suas necessidades, em suas conseqüências ou pelas questões eticamente relevantes que se abordam) devem participar faticamente na discussão argumentativa, dispostos a chegar a acordos sem outra coação a não ser a do argumento melhor, enquadrando esse procedimento e as decisões dentro do horizonte das orientações que emanam do princípio ético-material já definido.*<sup>87</sup>

Com esse enunciado, DUSSEL constata as seguintes diferenças entre o seu princípio “U” e o original de HABERMAS:

*Agora o princípio moral formal universal (porque deve ser aplicado em todos os casos, sempre, sem exceção, ao menos como pretensão) é a mediação formal ou procedimental do princípio ético material. Trata-se de uma norma universal para ‘aplicar’ o conteúdo (com verdade prática ou como mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético) do enunciado normativo. O mero critério de validade intersubjetivo formal se elevou a ser exigência ou princípio moral de ‘aplicação’.*<sup>88</sup>

Destarte, configurado o princípio universal-formal de validade, desta vez com a finalidade de dar legitimidade ao princípio ético-material, verifica-se que o controle metodológico da argumentação jurídica somente ganha sentido se não for restrito a aspectos procedimentais, mas principalmente materiais e substantivos.<sup>89</sup>

Neste particular, é possível pontuar uma primeira diferença e algumas semelhanças com a teoria da argumentação de Robert ALEXY, defensor da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.<sup>90</sup>

A diferença reside que, para ALEXY as exigências de correção normativa de uma decisão estão vinculadas ao procedimento do discurso jurídico racional e formal e, até mesmo quando admite a falha em uma decisão provocada pela validade de uma lei injusta, ele propõe que o relacionamento entre o Direito e a racionalidade discursiva ética se dê numa perspectiva formal, nos moldes habermasianos.<sup>91</sup>

Na perspectiva aqui proposta a correção normativa da decisão fica vinculada a um cânone ético-material como fundamento e limite para todo o procedimento, de modo que verdade e validade só obtêm sentido em relação dialética ou até mesmo

*face do desafio da filosofia da libertação latino-americana. op.cit., p. 29.*

<sup>87</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., p. 216.

<sup>88</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 217.

<sup>89</sup> Tal conclusão também leva em consideração que a grande maioria das Constituições ocidentais tem um núcleo valorativo de garantia dos direitos humanos e sociais, de modo que podem preencher satisfatoriamente o princípio ético-material universal e seu compromisso de produção e reprodução da vida humana, a depender do uso que se faça dessas normas.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001, pp. 211 e ss.

<sup>91</sup> *Idem.*, pp. 320, 321.

analética, quando se trata de romper com a totalidade de significados e significantes pré-existentes como uma exigência de alteridade.

Já um ponto de contato, reside na idéia de que o procedimento é apenas um nível num modelo de Direito assentado em três níveis, abrangendo os princípios e regras, de modo que, mesmo não sendo exata na tentativa de encontrar uma única resposta correta, a argumentação jurídica seria o melhor caminho para tal busca.<sup>92</sup>

Isso porque, quando incorporado num modelo de Direito de um Estado democrático e constitucional, garantidor dos direitos fundamentais, a teoria da argumentação jurídica é instrumento legítimo para a busca de um sentido a ser atribuído aos princípios e regras jurídicas no momento de realização do direito.<sup>93</sup>

No entanto, é preciso ter sempre presente que, nos moldes de uma fundamentação ética-material, esse sentido atribuído à norma deve ter como limite não apenas a vinculação institucional a um certo tipo de Estado e de Direito, mas principalmente uma vinculação ética com a correção das assimetrias entre os indivíduos e o respeito ao 'outro', simplesmente porque ele existe enquanto realidade empírica, o que enseja a responsabilidade pela sua vida.

## 7 O Princípio Factibilidade

Para DUSSEL, a conformação do princípio ético-material universal com o princípio de validade formal ainda não é suficiente, pois é preciso que o agir ético e suas normas sejam concretizados no mundo real, empírico, produzindo efeitos bons e úteis.

Por isso, torna-se necessário um terceiro princípio ou momento de realização ética, qual seja, o da factibilidade.

Esse princípio diz respeito à possibilidade ou impossibilidade do objeto prático, regida pelas condicionantes econômicas e tecnológicas, donde se conclui que ações possíveis no capitalismo central são impossíveis no capitalismo periférico.<sup>94</sup>

Aqui, DUSSEL recorre às formulações de Franz HINKELAMMERT que, ao constatar a incapacidade humana para alcançar conhecimentos perfeitos, afirma o princípio geral empírico da impossibilidade enquanto categoria das ciências sociais,<sup>95</sup> o que implica na observância das condições objetivas de possibilidade de realização de determinada ação humana para que ela tenha eficácia prática.

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa n. 5, 1988.

<sup>93</sup> Conferir: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimp. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 104.

<sup>94</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. *op.cit.*, p. 265.

<sup>95</sup> HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica da razão utópica*. São Paulo: Paulinas, 1986, p. 171.

Com HINKELAMMERT, aprende-se que o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade, de modo que, os deveres éticos são exigíveis dentro dos quadros de factibilidade da ação proposta.<sup>96</sup>

Dáí que, conforme esse filósofo:

*"...qualquer imaginação da 'melhor sociedade possível' tem que partir da 'melhor sociedade concebível'. Logo, a melhor sociedade possível sempre se apresenta como aproximação ou antecipação da melhor sociedade concebível, mas, necessariamente, a melhor sociedade possível sempre é inferior à melhor sociedade concebível. Por isso, o conteúdo do possível é sempre algo impossível, mas que dá sentido e direção ao possível, em cujo quadro se apresentam as valorações arbitrárias. Ou seja, todo possível existe em relação a uma plenitude impossível, em referência à qual é experimentado e argumentado o quadro do possível."*<sup>97</sup>

Assim, para maior efetividade das normas de agir ético de libertação, o princípio operabilidade/factibilidade exige o resgate da razão instrumental, voltada às escolhas adequadas e eficazes para determinados fins, a qual, sendo determinada pelos princípios de verdade material e validade formal, agora se transforma numa razão ético-estratégica que opera a partir da consideração de diversos níveis de factibilidade.

São eles os diversos níveis de impossibilidade, de possibilidade, de factibilidade ética ou operabilidade em vista da realização dos atos e de suas conseqüências institucionais: a) impossibilidade lógica; b) possibilidade lógica: impossibilidade empírica; c) possibilidade empírica: impossibilidade técnica (não factibilidade); d) factibilidade técnica: impossibilidade econômica etc.; e) possibilidade econômica etc: impossibilidade ética; f) possibilidade ética: princípio da operabilidade; g) processo efetivo de realização; h) conseqüências a curto prazo e longo prazo (institucionalidade); i) processo de legitimação e coerção legal.<sup>98</sup>

Acerca desses níveis, DUSSEL explica que:

*"Em primeiro lugar, é evidente que o logicamente impossível não é factível. Alguns modelos teóricos são logicamente impossíveis, inconsistentes, como o 'modelo do mercado de competição perfeita' à la Hayek. Um mercado perfeito significa que não há em absoluto nenhum monopólio por parte de algum componente. Mas qualquer diferença (maior capital, tecnologia, informação etc.) deve ser considerada como um certo monopólio. Se não há nenhuma diferença e igualdade total, com conhecimento perfeito a uma velocidade infinita em todos os seus pontos, não pode haver competição alguma. Um tal modelo é logicamente impossível. Para que algo seja factível empiricamente não deve ser logicamente contraditório (possibilidade b). Porém, o que é logicamente possível pode ser empiricamente impossível (como o perpetuum mobile: um móvel que por um impulso originário adquirisse uma inércia indefinida, sem nenhum tipo de resistência,*

<sup>96</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>97</sup> *Ibidem*. (negritos nossos).

<sup>98</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 267.

*nunca deter-se-ia). Os modelos utópicos (como a planificação perfeita, que não é logicamente inconsistente, mas sim empiricamente impossível) permitem abrir horizontes de possibilidades novas (como nos exemplos dados, abre-se todo o âmbito da termodinâmica ou o cálculo da planificação possível, aproximada, mínima etc.), mas o que é possível empiricamente (todo o âmbito explicativo das ciências a partir de juízos de fato abstratos) – âmbito c do esquema anterior – pode ser impossível tecnicamente – âmbito d. Dada a escassez dos meios materiais do planeta Terra, nem tudo que é tecnicamente possível o é economicamente. Porém, e é por último o mais grave, nem tudo que é factível técnico-economicamente (e ainda político-ideologicamente etc) é ético-moralmente possível, “aceitável” – nível f do esquema. É aqui que se passará do mero critério de factibilidade abstrata ao princípio ético de factibilidade concreta, que chamaremos de “princípio de operabilidade” ou de “factibilidade ética”.<sup>99</sup>*

Destarte, o princípio de factibilidade ética é enunciado nas seguintes palavras:

Aquele que opera ou decide eticamente uma norma, ação, instituição, eticidade sistêmica deve cumprir: a) com as condições de factibilidade lógica e empírica (técnica, econômica, política, cultural etc.), isto é, que seja realmente possível em todos esses níveis, a partir do marco (b) das exigências: (b.1) ético-materiais da verdade prática e (b.2) morais formais discursivas de validade, dentro de uma escala que vai desde (b.i) as ações permitidas eticamente (que são meramente ‘possíveis’, que não contradizem os princípios ético ou moral) até (b.ii) as ações devidas (que são eticamente ‘necessárias’ ao cumprimento das exigências humanas básicas: materiais – de reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano – ou formais – desde o respeito da dignidade do sujeito ético até a participação efetiva e simétrica dos afetados nas decisões).<sup>100</sup>

Assim, com base nesse argumento, o processo decisório deve considerar uma razão que seja estratégica e instrumental a fim de cumprir a pretensão de factibilidade da decisão judicial ética.

Como consequência imediata da adoção dessa categoria em uma teoria da argumentação jurídica, em especial no que interessa a uma teoria crítica do direito constitucional, sedimenta-se a idéia da eficácia progressiva das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais e sociais (inclusive com cláusula de proibição de retrocesso), sem recair em falácias argumentativas que, através do culto de conceitos abstratos de ‘dever-ser’ acabam por ignorar a realidade e negar a efetividade a muitos direitos constitucionalmente garantidos.

Por conseguinte, a substituição da ‘negação’ pela ‘afirmação com eficácia progressiva’ torna-se um terreno fértil para a cada vez maior aplicação, *in concreto*, das normas constitucionais na realidade das pessoas, notadamente se houver a ‘pretensão de eficácia’ e ‘vontade de constituição’ conforme ensina Konrad HESSE.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> *Idem*, pp. 268, 269.

<sup>100</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. *op.cit.*, p. 272.

<sup>101</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

### Conclusão

Com as novas perspectivas da filosofia contemporânea trazidas no bojo do rompimento com o paradigma da filosofia da consciência e instauradas com a *guinada lingüística*, surgiram desafios para a metodologia jurídica que não podem ser ignorados.

Isso porque, se considerado que todo processo de aplicação do direito é um processo de conhecimento e, portanto, compreensivo, não é possível negar a universalidade e centralidade da problemática hermenêutica como determinante do resultado final exposto na decisão judicial.

Nessa mirada, a hermenêutica gadameriana apresenta duas categorias metodológicas que merecem atenta observação: o círculo hermenêutico e a unidade da *applicatio* judicial.

Assim, enquanto o círculo hermenêutico reflete a concepção de que o processo compreensivo tem início desde o lugar da pré-compreensão (ou pré-conceito) do intérprete, enquanto condição fundamental para que os entes ganhem sentido e a verdade '*aconteça*', a unidade da *applicatio judicial* reflete a impossibilidade de realização da compreensão por partes, de maneira seqüencial, pois o sujeito que '*compreende*' o faz por um ato contínuo e dialético, à medida que já está inserido na totalidade do universo lingüístico e dele não se desprende.

No entanto, a possibilidade de romper com a perspectiva totalitária da hermenêutica filosófica surge quando o próprio GADAMER admite a abertura para novas *experiências*, a qual pode trazer duas conseqüências imediatas: i) o contato com uma *experiência* originária, de absoluta alteridade e anterior à linguagem e à formação de sentido e ii) as novas *experiências* possuem a força de promover rearranjos e reconstruções na estrutura pré-compreensiva de modo que depois delas se compreende desde um outro lugar.

Tal constatação permite pensar uma teoria argumentação jurídica aberta a argumentos éticos-materiais que venham a atender as exigências de transformação social e de justiça em determinada comunidade, tarefa indeclinável conforme destaca CORREAS.<sup>102</sup>

Nesse desiderato, buscou-se mostrar que os três princípios da Ética da Libertação aqui apresentados podem se transformar em argumentos úteis para uma teoria da argumentação jurídica que extrapole o universo formalista, com especial aplicabilidade para uma teoria constitucional crítica na matriz de pensamento pós-positivista.

Com efeito, num primeiro momento a idéia de mínimo existencial, validade normativa no sistema constitucional e reserva do possível são compatíveis com as exigências dos princípios ético-material universal, formal de validade e factibilidade, respectivamente.

<sup>102</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica... op.cit.*, p. 236.

Todavia, a proposta dusseliana pode ir além, à medida que, o critério material é uma exigência ética que extrapola o âmbito do compreensível, é uma ética da alteridade e reflete a responsabilidade maior do juiz preocupado em julgar o caso concreto.

O momento da validade formal representa, nesse contexto, um instrumento de efetivação do princípio material e só ganha sentido a partir dele, o que, no direito, realça a idéia de que a forma, o procedimento e o sistema normativo não possuem um fim em si, mas antes são válidos porque buscam propiciar legitimidade e correção ao argumento ético-material.

Desde aí, a finalização do processo compreensivo que leva à tomada de uma decisão eticamente válida sofre a incidência do argumento da factibilidade real dentro de uma sociedade existencialmente localizada.

Cabe observar ainda, que, no bojo do processo compreensivo, os três argumentos apresentados somente ganham sentido se utilizados de maneira dialética, onde deve ocorrer uma progressiva co-implicação diacrônica<sup>103</sup>.

Enfim, as motivações que deram ensejo ao presente ensaio são baseadas na possibilidade de uma teoria da argumentação jurídica crítica para a correção de assimetria material entre os diferentes cidadãos do mundo e que permitam uma *práxis* jurídica baseada em ideais de justiça que, mesmo dependente de valores existencialmente dados, a eles não se reduz à medida que também necessita de critérios de validade normativa e intersubjetiva e de factibilidade.

<sup>103</sup> DUSSEL, Enrique D. *Ética da Libertação...* *op.cit.*, pp. 275, 276.

## Hegel, Idealismo e Nacionalismo

Marcos Augusto Maliska\*

**Resumo:** O presente texto é um pequeno recorte da filosofia política de Hegel e está inserido num contexto maior, que envolve as pesquisas do autor sobre o Direito e o Estado no Século XXI em face dos processos de abertura, cooperação e integração regional e global. No momento em que o texto resgata as preocupações de Hegel sobre a sua época, como a influência do iluminismo francês e a unificação nacional alemã, procura provocar no leitor uma reflexão sobre a nossa realidade, a realidade do Século XXI. Como pensar, hoje, o Estado, os Direitos Fundamentais e a Democracia?

**Abstract:** The present text is a little clipping of Hegel's political theory and is inserted in a wider context that involves the author's researches on Law and State in the 21st century in view of the processes of liberalization, cooperation and regional and global integration. At the moment, the text gets back Hegel's preoccupations about his epoch, such as the influence of the French illuminism and German national unification, it seeks to rouse in the reader a reflexion about our reality, the reality of the 21st century. How to think, today, the State, the Fundamental Rights and Democracy?

**Palavras-Chave:** Hegel, Nacionalismo, Estado Moderno, Liberdade, História alemã, Monarquia Constitucional, Marxismo.

**Key-words:** Hegel, Nationalism, Modern State, Liberty, German History, Constitutional Monarchy, Marxism.

\* Bacharel em Direito pela UFSC (1997), Procurador Federal (desde 1998), Mestre (2000) e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR (2003) com estudos de Doutorado na *Ludwig Maximilians Universität* de Munique, Alemanha (2001-2003). Professor Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *UniBrasil*, Professor de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito e Relações Internacionais da *UniBrasil*, em Curitiba, e Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – *Cesul* e dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Ex-Bolsista do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD, do CNPq e da CAPES. Membro da Associação dos ex-Bolsistas da Alemanha (AEBA-PR-SC), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB/PR. É autor dos seguintes livros: *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. (prelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005), *O Direito à Educação e a Constituição* (Porto Alegre: Fabris, 2001), *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade* (Curitiba: Juruá, 2000) e *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich* (Curitiba: Juruá, 2001). Possui diversos artigos publicados em revistas especializadas. [marcosmaliska@yahoo.com.br](mailto:marcosmaliska@yahoo.com.br).



### Introdução

No Século XIX surge no cenário do pensamento político e filosófico europeu Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), o grande pensador alemão que ficou deslumbrado com a Revolução Francesa, plantando, juntamente com Schelling, uma árvore na Praça do Mercado, em Tübingen; que se impressionou com a figura de Napoleão quando esse, montado em seu cavalo, passou em revista pelas ruas da cidade de Jena após o ataque do exército francês; que, com a restauração das monarquias, apresentou-se como o teórico oficial do Império Prussiano; e que, não obstante a sua inclinação para a Monarquia Constitucional, festejou todos os anos de sua vida, com uma garrafa de vinho, o aniversário da tomada da Bastilha. Um pensador complexo como sua filosofia, o professor imperial que chocou os ovos socialistas.

Não é tarefa fácil sistematizar o pensamento de Hegel. A profundidade e a dialética com que ele trata os assuntos faz com que Hegel só seja compreensível no seu todo. As obras que tratam de sua filosofia mostram que estudar Hegel é também estudar o momento histórico em que ele viveu, pois como ele mesmo definiu, a filosofia é a teoria do seu tempo, e o tempo de Hegel é o da sociedade burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*), que veio em especial com a Revolução Francesa e com a transformação na Indústria.<sup>1</sup>

O pensamento político de Hegel é um marco importante no desenvolvimento da Teoria do Estado Moderno. Com Hegel surgem muitas questões que serão depois interpretadas sob os mais diversos pontos de vista, desde a ligação de Hegel com o *Hitlerstaates*, com a Teoria Marxista-Leninista e com o pensamento burguês.<sup>2</sup> Portanto, Hegel é um autor de múltiplas interpretações que fez uma profunda análise dos fundamentos do modelo de Estado que hoje está diante de novos desafios.

### 1 A Teoria Política de Hegel no seu Contexto Histórico

Para Hegel toda discussão política é também uma discussão histórica, pois a história é o sentido da chave da transformação e, como atualização do mundo, é o hieróglifo da razão do qual a filosofia tem a tarefa de decifrar.<sup>3</sup> A compreensão do pensamento político de Hegel implica, desta forma, também o conhecimento dos acontecimentos históricos de sua época. A abstração dos conceitos que se encontram em todo o texto, por exemplo, dos Fundamentos da Filosofia do Direito, abstração essa reconhecida pelo próprio Hegel no prefácio da obra, é o resultado de investigações

<sup>1</sup> BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*. Bonn: H. Bouvier Verlag, 1963, p. 11.

<sup>2</sup> BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, p. 11 e AVINERI, Schlomo. *Hegels Theorie des modernen staates*. Traduzido do inglês para o alemão por R. u. R. Wiggershaus. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p. 7.

<sup>3</sup> Citado por AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 11.

que datam de muito tempo antes de sua ida para Berlin para assumir a Cátedra de Filosofia.<sup>4</sup> O interesse de Hegel pela política data do período em que residiu em Bern, onde teve uma clara influência dos acontecimentos da Revolução Francesa.<sup>5</sup>

A Revolução Francesa tem uma importância central no pensamento de Hegel. A modernização trazida pela Revolução e, nesse sentido, o rompimento com o antigo regime, era, para Hegel, a única esperança de transformação das relações sociais existentes. Hegel foi um crítico do *ancien régime* na Alemanha. Analisando a situação alemã, Hegel alterou com o passar dos anos o seu entendimento sobre o Estado e a Política na Alemanha.<sup>6</sup> Em seu texto *Die Verfassung Deutschlands*, datado de 1802, escreve Hegel que a Alemanha não é mais um Estado, pois não está organizada como poder de Estado. Para ele, enquanto os teóricos do Estado de Direito ainda se ocuparem com as questões do *Heiligen Römisch-Deutschen Reichs* entre a Hungria, Polônia, Prússia etc., como também sobre questões politicamente irrelevantes, mais ainda estará distante a unidade alemã.<sup>7</sup> Analisando essa questão, relata Avineri que para Hegel o azar da Alemanha e também, neste sentido, da Itália, encontrava-se na ausência de uma distinção conceitual de Estado, o qual está assentado sob uma defesa da comunidade e em um efetivo exercício do poder estatal, e a quimera de um Império Mundial (*Weltreichs*), que é sempre mais uma abstração e impede um verdadeiro Poder de Estado. Para Hegel, a Alemanha necessitava libertar-se desse sonho medieval romântico de um *Römisch-Deutschen Reiches* e também da pretensão de universalidade da Igreja Católica. O Estado Moderno está fundado em um poder central e na tolerância religiosa.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Hegel nasceu em Stuttgart em 1770, estudou em Tübingen entre 1788-1793 depois foi ser *Hauslehrer* em Bern, na Suíça, entre 1793 e 1796. Foi para Frankfurt em 1797 e lá permaneceu até 1800. Em 1801, em razão da morte do seu pai em 1799, o que lhe propiciou uma herança, que lhe deu independência financeira, decidiu-se transferir para Jena, um centro avançado do pensamento alemão no final do Século XVIII, sendo que lá permaneceu como *Privatdozent* junto a Universidade até 1807. No período entre 1805 e 1807 Hegel escreveu *Phänomenologie des Geistes*. Entre 1807 e 1808 Hegel foi redator do *Bamberger Zeitung*; entre 1808 e 1816 Reitor do Ginásio em Nürnberg e entre 1816 e 1818 Professor em Heidelberg. Em 1818 Hegel assumiu a Cátedra de Filosofia da Universidade de Berlin. Em 1821, publicou *Grundlinien der philosophie des rechts*. Hegel permaneceu em Berlin até a sua morte, em 1831. HELFERICH, Christoph. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*. Stuttgart: Metzler, 1979.

<sup>5</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen Staates*, pp. 14, 15.

<sup>6</sup> Segundo Hocevar Hegel até 1802 era Republicano e partidário da Revolução Francesa. HOCEVAR, Rolf. K. *Hegel und der preußische staat. Ein kommentar zur rechtsphilosophie von 1821*. München: Wilhelm Goldmann Verlag, 1973, p. 57.

<sup>7</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "Die verfassung deutschlands". In *politische schriften. Nachwort von Jürgen Habermas*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1966, p. 55.

<sup>8</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 74. Sobre a formação do Estado Nacional Alemão, ver: DANN, Otto. *Nation und nationalismus in deutschland. 1770-1990*. München: Beck, 1993.

A unidade alemã, segundo Hegel, seria mais bem guiada sob a liderança da Áustria do que da Prússia. É necessário ponderar que Hegel, em seus estudos posteriores, acompanhou as transformações ocorridas na realidade e, nesse ponto, a restauração da monarquia prussiana sob a forma constitucional se aproximou muito do ideal de Estado por ele definido. Portanto, a postura de Hegel variou conforme a mutação dos acontecimentos históricos. De toda forma, sustentou Hegel, naquele momento anterior, que a Prússia era um mecânico, hierárquico e autoritário aparelho estatal, onde todas as coisas encontravam-se nas mãos do Estado, onde tudo era regulado e regulamentado. Para Hegel, a Prússia não vinha em questão, pois a característica do Estado Moderno estava na representação e, nesse sentido, os Reinos da Áustria e da Boêmia estavam assentados em posições tradicionais representativas no Estado. Tais representações tinham desaparecidas, por completo, nas províncias prussianas. Uma unificação alemã sob a liderança da Prússia seria muito mais uma prussialização da Alemanha.<sup>9</sup>

No período em que morou em Jena, Hegel, juntamente com Schelling, publicaram o *Kritische Journal der Philosophie*, no qual criticavam o obscurantismo e o tradicionalismo. A derrota da Prússia para o exército francês teve um significado especial para Hegel, pois representou a derrota do antigo domínio e da antiga dinastia militar prussiana e o caminho para a modernização e a liberalização do Estado prussiano.<sup>10</sup> Escreve Barion que num espaço de quatro anos a Prússia se transformou, com a possibilidade de alienação da propriedade da terra, com a liberdade para os camponeses e a proibição de trabalhos forçados em quase todas as partes, o restabelecimento da autonomia administrativa das cidades, a reforma dos parlamentos provinciais, a abolição de uma grande parte dos direitos da nobreza, a independência da ciência do controle imediato do Estado e a transformação do Exército em um Exército popular. Em suma, quase todas as conquistas da Revolução Francesa foram levadas ao povo da Prússia. Em comparação com a antiga França da Restauração ou com a Inglaterra da Reforma de 1832 ou com a Áustria, a Prússia era um Estado avançado. Hegel é o Filósofo desse Estado prussiano.<sup>11</sup>

## 2 O Conceito de Estado

Para Hegel, o Estado é a realidade em ato da Idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. O Estado, como realidade em ato da vontade substancial,

<sup>9</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Die verfassung deutschlands*, pp. 131, 132 e AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 75.

<sup>10</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, pp. 83, 84.

<sup>11</sup> BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, pp. 8, 9.

realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.<sup>12</sup>

No dizer de Paulo Bonavides, “a teoria política conhecia apenas o Estado hipotético, o Estado normativo, o Estado *sollen* e não o Estado *sein*, existencial, histórico, concreto. Este, carregado de idealidade, só passou a conhecê-lo com Hegel. (...) O Estado é a realidade da idéia moral, todos os valores humanos, toda a realidade espiritual do homem reside no Estado que ele deve adorar como divindade terrena”.<sup>13</sup>

Com Hegel a filosofia política desloca-se do indivíduo para o Estado, no momento em que a liberdade só existe, verdadeiramente, na realidade do Estado.<sup>14</sup> O Estado é, na teoria política de Hegel, a liberdade geral e objetiva.<sup>15</sup> A idéia de Estado não é, de início, a prioridade, senão a consequência do desenvolvimento histórico. Daí que surge o elemento da subjetividade, a liberdade, somente no Estado Moderno. O Estado Moderno está assentado no Princípio da Subjetividade, que segundo Hegel teve seus estágios históricos com o Cristianismo, a Reforma e a Revolução Francesa.<sup>16</sup>

Ao tratar da natureza do Estado Hegel afasta toda e qualquer relação de contrato como fundamento da estatalidade moderna. Segundo ele, a inserção de relações contratuais ou de propriedade privada nas relações políticas teve por resultado as mais graves confusões no direito público e na realidade.<sup>17</sup> Ao criticar o pensamento de Beccaria, que contesta o direito do Estado de aplicar a pena de morte, sob o fundamento de que não se pode presumir que o contrato social contenha o consentimento dos indivíduos em serem mortos, observa Hegel que a essência substancial do Estado não é, exclusivamente, a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É, antes, realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas sejam sacrificadas.<sup>18</sup> Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse do indivíduo é o fim supremo, do que resulta ser facultativo ser membro de um Estado. Situação diversa, diz

<sup>12</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts oder naturrecht und staatswissenschaft im grundrisse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, pp. 398, 399.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 127.

<sup>14</sup> Ver: RAMOS, Cesar Augusto. *Liberdade subjetiva e estado na filosofia política de Hegel*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000, p. 10.

<sup>15</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 88.

<sup>16</sup> Ver: AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 215.

<sup>17</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 157. Observa Avineri que a distinção entre direito privado e direito público é central no pensamento de Hegel sobre o Estado Moderno, pois é o elemento que diferencia o Estado atual da antiga ordem feudal.

AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, pp. 57, 96.

<sup>18</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 191.

Hegel, é quando o Estado é o espírito objetivo em que só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. Deste modo, a associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem em uma vida coletiva.<sup>19</sup>

Hegel vê a forma ideal do Estado Moderno na Monarquia Constitucional.<sup>20</sup> Na pessoa do Monarca encontra-se o Estado como realização da liberdade concreta.<sup>21</sup> É importante ainda anotar que o Estado de Hegel é o Estado de Direito em que tanto as obrigações e direitos do Estado como as obrigações e direitos dos cidadãos encontram-se na lei.<sup>22</sup> Desde o seu estudo *Die Verfassung Deutschlands* trabalhou Hegel para deixar clara a necessidade de distinção da esfera privada da esfera pública do direito. Tal distinção passou a ser o centro de expressão do Estado como Estado de Direito Público e do domínio da lei. Segundo bem anota Avineri, para Hegel o importante para a realização de um governo moderno é a responsabilidade deste para com a opinião pública, no que diz respeito ao emprego do dinheiro público e do endividamento, bem como também a tolerância para com a liberdade de imprensa.<sup>23</sup> A finalidade do Estado para Hegel é o interesse geral como tal e nisso é como sua substância a conservação dos interesses particulares.<sup>24</sup>

### 3 A Liberdade

Segundo Hegel, em uma filosofia da reflexão (Kant) a liberdade é atividade autônoma formal (livre-arbítrio). Essa questão foi objeto de uma célebre querela que se travou na escola de Wolf para saber se a vontade era realmente livre ou se a crença na liberdade não passava de uma ilusão. Para Hegel, se só há de interior ao livre-arbítrio o elemento formal da livre determinação e se o outro elemento é para ele um dado, pode bem ser dito que o livre-arbítrio, que pretende ser a liberdade, não passa de uma ilusão.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 399.

<sup>20</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 435.

<sup>21</sup> HOCEVAR, Rolf. K. *Hegel und der preußische staat*, pp. 51, 98.

<sup>22</sup> HOCEVAR, Rolf. K. *Hegel und der preußische staat*, p. 37. Nesse ponto, ainda que o Estado prussiano não estivesse assentado no Princípio Democrático estava assentado no Princípio do Estado de Direito, uma vez a sua eficiente burocracia pautada no Princípio da Lei. Sobre essa questão ver AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 142.

<sup>23</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p. 87.

<sup>24</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 415.

<sup>25</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 66. Segundo Cesar Augusto Ramos, a obra de Hegel *Introdução à filosofia do direito* "tematiza a liberdade no seu processo de constituição lógica, apresentando-a segundo as determinações da vontade livre. Esta armação especulativa da *Introdução* revela o propósito hegeliano de mostrar que a liberdade subjetiva, – agora representada na figura do livre-arbítrio (*Willkür*) – se referida a um outro que é ela mesma, reporta-se ao seu fundamento. E esta referência ao seu fundamento é a mais absoluta relação a si mesma. Com este esquema especulativo, Hegel quer superar o individualismo que o princípio da liberdade subjetiva contém e que se exprime no livre-arbítrio. Mas, se essa superação

A liberdade para Hegel só existe na realidade do Estado. Sendo este um Estado de Direito no sentido de que é o Direito que funda o Estado e não o inverso, como bem observa Marcic,<sup>26</sup> o direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva. Com efeito, é numa tal objetividade que reside a verdade da certeza da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade.<sup>27</sup>

O direito, nesse sentido, constitui-se do fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre. Neste ponto, Hegel afirma que a definição Kantiana aceita pela doutrina, em que o elemento essencial é a limitação da minha liberdade para que ela possa estar de acordo com o livre-arbítrio de cada um segundo uma lei geral, é apenas uma determinação negativa (limitação), pois o positivo que há nela, a Lei da razão universal, o acordo da vontade particular de cada um com a de cada outro, leva à bem conhecida identidade formal e ao princípio da contradição. O racional, nesse caso, só pode aparecer para essa liberdade como uma limitação, não, portanto, como razão imanente, mas como um universal exterior, formal.<sup>28</sup> Esse entendimento remonta o pensamento de Rousseau, de que a base primitiva e substancial deve estar na vontade do indivíduo particular, como vontade do indivíduo no livre-arbítrio que lhe é próprio.<sup>29</sup>

Para Hegel, essa definição desconsidera a vontade como existente e racional em si e para si, o espírito como espírito verdadeiro. O Direito é algo de sagrado, pois é a existência do conceito absoluto de liberdade consciente de si. O formalismo do Direito, porém, tem origem na distinção do desenvolvimento do conceito de liberdade. Contra a formalização, isto é, a abstração, e em volta do limitado Direito, tem-se as esferas e os níveis do Espírito, no qual se trouxe a seguir em idéia o conservado momento de sua determinação e realidade. Desta forma, alerta Hegel para a diversidade das formas do Direito e sua relação com as diferentes fases que há no desenvolvimento do conceito de liberdade. Cada fase do desenvolvimento da idéia de liberdade tem o seu direito particular porque é existência da liberdade em uma das determinações que lhe são próprias.<sup>30</sup>

está prefigurada na *Introdução*, há necessidade de expor o desenvolvimento da Idéia de liberdade desde a sua imediatidade abstrata até a sua realização efetiva (*Wirklichkeit*). Neste momento, a Idéia de liberdade atesta a insuficiência da liberdade individual subjetiva auto-referente e demonstra que a sua *Aufhebung* está no seu fundamento, agora efetivamente realizado na figura do Estado". RAMOS, Cesar Augusto. *Liberdade subjetiva e estado na filosofia política de Hegel*, p. 10.

<sup>26</sup> MARCIC, René. "Hegel und das Recht". In KALTENBRUNNER, Gerd-Klaus (org.) *Hegel und die Folgen*. Freiburg: Verlag Rombach, 1970, p. 206. Observa Marcic que neste ponto Hegel se afasta do pensamento de Nietzsche sobre o direito do mais forte ou da Vontade de Poder.

<sup>27</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, pp. 124, 303, 406.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 80, 81.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 83.

A liberdade para Hegel necessita de um governo firme, pois segundo ele é tarefa do Estado Moderno dominar a anarquia.<sup>31</sup> Essa preocupação de Hegel tem origem nos desdobramentos da Revolução Francesa que acabaram por instalar um governo de terror. O despotismo para Hegel encontra-se no Príncipe ou no Povo e, nesse ponto, Hegel compara o Governo de Robespierre com o absolutismo dos Monarcas Europeus.<sup>32</sup>

O despotismo só é evitado através de um sistema de representação. Este é um importante elemento da estrutura política, pois é a mediação entre o povo e o governo, entre os interesses da sociedade civil e a totalidade do Estado. Segundo a concepção de Hegel a Assembléia divide-se em duas câmaras, a Câmara alta (*Oberhaus*) ocupada pelos integrantes da aristocracia, e a Câmara baixa (*Unterhaus*), ocupada pelos membros eleitos.<sup>33</sup>

#### 4 Hegel, Marx e o Estado Social

No ano que Marx nasceu Hegel assumiu a Cátedra de Filosofia da Universidade de Berlin. Mas foi apenas em 1836, cinco anos após a morte do grande filósofo, que o então estudante proveniente de Trier teve contato com a obra do autor que talvez tenha sido a sua grande influência. Em uma carta enviada a seu pai, datada de 1837, Marx relata que lera fragmentos da filosofia de Hegel, que, segundo ele, cuja grotesca melodia não lhe agradava.<sup>34</sup>

Marx, no entanto, dedicou muito do seu tempo ao estudo da filosofia de Hegel, em especial, realizou ele uma das mais importantes e famosas interpretações da Filosofia do Estado de Hegel. Comentando a passagem em que Hegel afirma que a finalidade do Estado é o interesse geral, como tal, e, nisso, é como sua substância a

<sup>31</sup> Escreve João Maurício Adeodato, analisando a obra de Hegel, que "o direito é a própria liberdade. A vontade, o ponto de partida, implica a liberdade e esta começa com o espírito subjetivo, individual (...) Pode-se pensar que semelhante apologia da liberdade leve a uma teoria jurídica democrática mas isto não ocorre necessariamente em Hegel, pois a vontade forte e organizada do Estado pode até aniquilar as vontades individuais e fazer permanecer a 'vontade' do espírito objetivo ou do espírito absoluto de que o Estado é manifestação. O termo *vontade* tem um sentido todo metafórico, como se vê, indo muito além da vontade individual de cada sujeito". ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito. Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 67, 68.

<sup>32</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, pp. 20, 65. Segundo Avineri, para Hegel a Prússia de Frederico e a França dos Jacobinos estão instituídas sob o mesmo princípio, no qual se busca a ilimitada soberania e se chega a um Estado de "uma única pena".

<sup>33</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts*, p. 481.

<sup>34</sup> MARX, Karl. *Frühre Schriften I*. Stuttgart: Cotta Verlag, 1971, p. 13. Barion vê Marx nessa carta já como discípulo de Hegel, uma vez as mudanças produzidas na cabeça do então jovem pensador. BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, p. 81.

conservação dos interesses particulares, Marx escreve que tal é a realidade do Estado, sua existência, definida abstratamente. O Estado, segundo ele, não é possível sem este fim. Porém, observa que o Estado não se completa apenas na realidade abstrata, ele precisa se contemplar como ação, como diferentes ações. Segundo Marx, primeiro eu preciso contemplar o Estado sob o esquema abstrato, depois sob o esquema da realidade concreta, da necessidade nos seus desempenhos diversos.<sup>35</sup>

Para Marx, a Filosofia do Estado e do Direito de Hegel é a adequada expressão das realidades política e jurídica alemãs, porém, essas realidades encontram-se moderna e politicamente no status do *ancien régime*. A Filosofia do Estado alemã é, na verdade, a teoria do Estado Moderno, no entanto, esse Estado é, propriamente, abstrato da realidade humana, ou seja, ele está distante da realidade e da vida humana.<sup>36</sup>

Avineri sustenta como tese principal de sua obra, que Hegel, como filósofo, viu os limites e as possibilidades da idade moderna. Segundo o autor, desde a idade média, a filosofia política ocupou-se com o tema da legitimidade e ignorou o fundamental significado da mudança histórica para uma discussão da ordem normativa. Hegel, de outro modo, procurou dar respostas ao problema da historicidade. Enquanto Rousseau, por exemplo, nem uma vez se ocupou com a questão da historicidade, de lançar uma ponte no abismo entre história e boa vida, Hegel procurou assentar a relação da filosofia política com a história e sua concepção da história como ponto de partida para se fazer uma discussão dos problemas da filosofia política. Neste sentido, se pode ver Hegel como o primeiro grande filósofo político da sociedade moderna.<sup>37</sup>

Hegel apontou que a polarização do Mecanismo de Mercado na Sociedade traz a pobreza e a alienação, advogando a intervenção do Estado para atenuar o trágico aspecto que a pobreza apresenta. Hegel, em todo o caso, não deu nenhuma solução radical ao problema.<sup>38</sup>

O reconhecimento, por parte de Hegel, da “mão invisível” de Adam Smith, não significou que ele também assimilou as otimistas e harmônicas implicações de todo o modelo de Mercado Livre. Para Hegel, pelo contrário, a pobreza e a alienação da Sociedade não são acidentais, mas próprias do sistema. A pobreza cresce na mesma proporção que a riqueza. A pobreza é o preço que uma parte da sociedade paga para a riqueza da outra. A pobreza é um fenômeno da sociedade moderna, ela é tão moderna quanto a nova estrutura de produção de mercadorias.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> MARX, Karl. “Kritik des Hegelschen Staatsrechts”. In *Frühere Schriften I*. Stuttgart: Cotta Verlag, 1971, pp. 273, 274.

<sup>36</sup> BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, p. 88.

<sup>37</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, p.10.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 178.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 179.



Em seus escritos de Jena, Hegel observou que cada vez que a quantidade dos bens produzidos aumenta, o valor do trabalho diminui.<sup>40</sup> Hegel denuncia aqui a contradição que a lógica capitalista produz quando a produção mecanizada deixa de ser individual para ser em série. Tal mudança opera um aumento considerável no volume produzido com a manutenção do valor pago pelo trabalho. Neste ponto, Alvineri vê Hegel como um dos primeiros críticos radicais do moderno sistema industrial.<sup>41</sup>

Marx apreende com Hegel a dialética, ou seja, a forma de ver o mundo não como um complexo de coisas prontas, mas como um complexo de processos, no qual a aparente estabilidade das coisas não é tão simples quanto compreendida e reproduzida em nossas cabeças. No entanto, de discípulo Marx passa a ser um crítico de Hegel quando afirma a relação da filosofia com a realidade. A filosofia precisa ser crítica e produzir uma reforma na consciência, na qual ela desperta o Mundo do sonho sobre ele mesmo e esclarece as suas verdadeiras tarefas, lutas e desejos do seu tempo. Não obstante Marx, na segunda edição de *Das Kapital*, em 1873, procurar esclarecer que o seu Método Dialético não é apenas diferente do de Hegel, mas diretamente o contrário, uma vez que ele é pautado no plano material, é clara a influência hegeliana em suas análises, fato reconhecido expressamente por Engels.<sup>42</sup> Disso tudo se tem que as questões colocadas por Marx foram fundamentalmente outras que as colocadas por Hegel, mas o pensamento de Marx não pode ser compreendido como desenvolvimento independente da Filosofia hegeliana, pois Hegel ainda é a fonte.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Jenaer realphilosophie I: Die vorlesungen von 1803/04*, citado por AVINERI, Schlomo. *Hegels theorie des modernen staates*, pp. 116, 117.

<sup>41</sup> AVINERI, Schlomo. *Hegels Theorie des modernen staates*, p. 117.

<sup>42</sup> Segundo ENGELS, Friedrich. *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, p. 361, citado por BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, p. 83.

<sup>43</sup> Sobre esse tema ver BARION, Jakob. *Hegel und die marxistische staatslehre*, p. 85.

## **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**

**Paulo Ricardo Schier\***

**Resumo:** O presente texto buscar repensar criticamente algumas categorias vinculadas à idéia de filtragem constitucional a partir de dadas transformações do quadro constitucional brasileiro decorrentes da emergência do neoconstitucionalismo. Busca-se demonstrar como as categorias vinculadas ao neoconstitucionalismo devem ser percebidas com cautela no campo da práxis constitucional.

**Abstract:** The present text seeks to rethink critically some categories linked to the Idea of constitutional filtering, starting from given changes in the Brazilian Constitutional scene, resulting from the emergency of the neoconstitucionalism. We try to demonstrate how the categories linked to the neoconstitucionalism must be seen cautiously in the field of the constitutional práxis.

**Palavras-chave:** Filtragem constitucional, neoconstitucionalismo, pós-positivismo, regras e princípios, dignidade humana, fundamentalismo constitucional.

**Key-words:** Constitutional filtering, neoconstitucionalism, post-positivism, rules and principles, human dignity, constitutional fundamentalism.

### **1 Recontextualizando a Filtragem Constitucional**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 viu-se, no país, a tentativa de instauração de um novo momento político e jurídico, fundado na democracia, no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana e na revitalização dos direitos fundamentais.

\* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Constitucional nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Especialização do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor licenciado da PUC/Pr. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado militante, parecerista e consultor jurídico. Membro do escritório Clémerson Merlin Clève Advogados Associados. Pesquisador e Coordenador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil. E-mail: pauloschier@uol.com.br.

Vivia-se, naquele momento, um sentimento simultâneo de euforia e desconfiança. Euforia tributária das possibilidades e potencialidades trazidas pela nova Lei Fundamental. Mas desconfiança também, fosse por recorrência do papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no período do regime militar,<sup>1</sup> fosse pela descrença de que haveriam condições para a plena realização da Constituição, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação ou por decorrência de algumas críticas que a recém nascida Constituição vinha recebendo de determinados setores da sociedade e dos próprios operadores do Direito.

Foi necessário, portanto, num primeiro instante, bradar o discurso da força normativa da Constituição e deixá-la protegida contra certos ataques. Foi ainda preciso, num segundo momento, tentar criar instrumentos dogmáticos que permitissem tecnicamente uma adequada compreensão e realização da Constituição.

Neste quadro, então, desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional,<sup>2</sup> que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

Assim, sustentou-se que a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional, falava-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, falava-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de conseqüência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística - o enunciado ou texto).

A abertura do sistema e, assim, a distinção funcional entre regras e princípios e destas em relação à norma, ademais, como havia sido sustentado, exigia compreender a Constituição enquanto reserva de justiça, de modo a aceitar-se a possibilidade da

<sup>1</sup> Na expressão de Loewenstein o Brasil tinha, sem dúvida, uma constituição semântica (Karl Loewenstein. *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1986, p. 218).

<sup>2</sup> As idéias referidas sobre a categoria "filtragem constitucional" foram extraídas de: Paulo Ricardo Schier. *Filtragem constitucional - construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999, 160 p..

potencial inconstitucionalidade das leis injustas. Desta forma, abria-se o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis para outras dimensões (como a da justiça material, realidade social, etc.). Ainda nesta ordem, a realização da normatividade superior da Constituição traria como conseqüência, na perspectiva apontada, a necessidade do estabelecimento de novas técnicas decisórias para a jurisdição constitucional e, não menos importante, também imporá conceber-se novas dimensões para as relações entre a normatividade constitucional e infraconstitucional.

Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia constitucional era vista como decorrência que viabilizaria o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e, por sua vez, desses aspectos, seria compreensível a evolução da ordem jurídica sem que fosse necessário implementar-se reformas legislativas que modificassem a textualidade normativa.<sup>3</sup> E desta conseqüência extraía-se outra, a partir das lições de Loewenstein e Hesse, que sustentavam a necessidade de preservar ou cultivar um certo sentimento de estima (ou vontade) constitucional a partir da resistência às alterações constitucionais formais desnecessárias.

Por fim, especificamente em relação à adoção de um conceito de sistema constitucional pressuposto à idéia de filtragem constitucional, ainda se defendia a possibilidade de extração de importantes conseqüências no plano da dogmática constitucional. Em primeiro lugar, falando-se de uma unidade formal inerente ao sistema, teriam os operadores do Direito que laborar na dogmática jurídica a partir da noção de unidade hierárquico-normativa da constituição, assumindo as conseqüências daí decorrentes (como a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, a não hierarquização dos princípios constitucionais etc.). Em seguida, seria necessário laborar-se a partir da idéia de unidade material, ou seja, unidade axiológica, unidade de sentido, de modo que não se poderia compreender um instituto qualquer do direito infraconstitucional a não ser sob a luz da constituição toda.

Evidentemente, inúmeras outras conseqüências poderiam ser extraídas da projeção da preeminência normativa da Constituição para a realidade normativa sistemática e aberta de regras e princípios - designada por filtragem constitucional.

A partir dessas idéias, genericamente compiladas em vista de diversas teses e argumentos que eram levantados naquele momento de nossa história constitucional, muito se caminhou. Aliás, não sem razão, chegou-se mesmo a um momento, atualmente, de falar-se em um "neoconstitucionalismo", ou seja, um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados "avanços" da teoria constitucional.

<sup>3</sup> Anna Candida Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança da constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986, 269 p.

Neste novo momento de nossa história constitucional observa-se diversos avanços. As teses da dogmática constitucional principialista vingaram, por assim dizer, dentre outras tantas. A categoria da filtragem constitucional de igual forma encontra-se difundida no pensamento e parte da práxis constitucional.

Porém, como todo novo momento da história, também algumas confusões e incompreensões vêm ocorrendo. Impõe-se, logo, enfrentar novos desafios e, dentre eles, a filtragem constitucional há de recobrar alguns parâmetros.

É sobre este momento que busca o presente texto refletir.

## 2 O Momento do Neoconstitucionalismo

Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado. Antes, porém, nos primeiros momentos da luz, em questão de segundos ou por vezes minutos, a claridade agride a retina, ofusca o olhar, confunde os objetos... causa confusão!!!

Após o assentamento da poeira de um longo período de tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido. Antes, porém, nos primeiros momentos, faz-se a lama, aumenta-se a sujeira, forma-se o lodo, para somente após a água levá-lo definitivamente para o fundo da terra.

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico.<sup>4</sup> Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo,<sup>5</sup> da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

<sup>4</sup> Para uma compreensão do positivismo e de suas mazelas, por todos, consulte-se a ampla obra de Luís Alberto Warat, ora compilada em quatro volumes através de edição da Fundação Boiteux.

<sup>5</sup> Para uma compreensão da crítica à idéia da neutralidade do juiz, consultar, exemplificativamente: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *O papel do novo juiz no processo penal*, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – ORG. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 3 e ss.

Precisou o neoconstitucionalismo<sup>6</sup> trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo,<sup>7</sup> da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis,<sup>8</sup> da técnica da ponderação na aplicação do direito,<sup>9</sup> no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica,<sup>10</sup> reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados,<sup>11</sup> a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório,<sup>12</sup> a união lingüística entre sujeito e objeto<sup>13</sup> e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.<sup>14</sup>

Em linhas gerais, essas são algumas das “ousadas” do neoconstitucionalismo.

Antes, porém... O ofuscamento e o lodo do processo de transição!!! É aqui que a teoria constitucional brasileira situa-se. O velho morreu, o novo já nasceu, mas a intensidade da vida, ainda tenra, impede que este novo fale por suas próprias palavras. Daí tanta confusão e incompreensão!

É preciso refletir sobre especial e rico momento! Sobre alguns de seus descompassos...

<sup>6</sup> Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como “neoconstitucionalismo”, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o “neoconstitucionalismo”, em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento “neoconstitucionalista”. Sobre a questão, dentre outros, consultar: Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003; Susanna Pozzolo. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 2001; Susanna Pozzolo. “Metacrítica del neocostituzionalismo – uma resposta ai critici di ‘neocostituzionalismo e positivismo giuridico’”, in [www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org), acessado em 03.08.2004; Mario Perini. “Sul neocostituzionalismo di Susanna Pozzolo”, in [www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org), acessado em 03.08.2004; Aldo Schiavello. “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, in [www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org), acessado em 03.08.2004.

<sup>7</sup> Por todos consulte-se: Paulo Bonavides. “Curso de direito constitucional”, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 228 e ss.

<sup>8</sup> Dentre outros: Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 127 e ss.

<sup>9</sup> Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 115 e ss. No Brasil: Daniel Sarmento. *A ponderação de interesses na constituição federal*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, 220 p..

<sup>10</sup> Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 53 e ss.

<sup>11</sup> Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 304 p..

<sup>12</sup> Konrad Hesse. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 31 e ss.

<sup>13</sup> Konrad Hesse. *op.cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> Ronald Dworkin. *op.cit.*, pp. 42 e ss.

### 3 O Pós-Positivismo Principialista

Afirma-se, na perspectiva do neoconstitucionalismo pós-positivista, que o sistema constitucional é composto de regras e princípios.<sup>15</sup>

Assim, na leitura do conjunto, a Constituição é um sistema.<sup>16</sup> E numa leitura individual, dos elementos que o compõe, os diversos integrantes deste conjunto seriam regras e princípios.<sup>17</sup> Toma-se, ainda, como certo, que regras e princípios são espécies de normas<sup>18</sup> e, também, espécies de normas constitucionais.

Há que se ressaltar, entretanto, que ao se afirmar que regras e princípios são espécies de normas, o que se pretende, apenas, é destacar que a Constituição possui “normatividades” regulatórias diferentes.<sup>19</sup> Isto porque, se se levar às últimas conseqüências o modelo teórico que aqui será adotado, a norma, em verdade, é o produto de interpretação de enunciados lingüísticos jurídicos sob a luz de um caso concreto demandante de resposta.<sup>20</sup> Por esta razão que, apenas impropriamente se pode dizer que regras e princípios são espécies de normas. Afinal, em verdade, regras e princípios manifestam através das normas, mas com elas não se confundem.

Fala-se isto pois o Direito, como se sabe, também é um fenômeno lingüístico (mesmo para o neoconstitucionalismo). O Direito manifesta-se também através da linguagem. Ao buscar regular as condutas, a linguagem do Direito transmuta-se em enunciados escritos. Estes enunciados é que podem manifestar-se, após a interpretação diante dos casos concretos, com conteúdo de regra ou de princípio. Logo, reafirme-se, regras e princípios substanciam o conteúdo normativo de enunciados jurídicos. E são os enunciados, interpretados a partir da realidade (caso concreto), repise-se, que substanciam o ponto de partida para a criação da norma.

De qualquer modo, faz-se necessário apresentar a Constituição (assim como a ordem jurídica em sua integralidade) como um documento normativo formado por essas duas espécies regulatórias diferentes: princípios e regras.

Sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do poder constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são, em sentido *lato*, normas constitucionais e, por isso, dotadas da autoridade que lhes conferem a

<sup>15</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, pp. 203 e ss.

<sup>16</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, 311 p..

<sup>17</sup> Paulo Ricardo Schier. *Direito constitucional – anotações nucleares*, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2004, p. 97.

<sup>18</sup> Ronald Dworkin. *op.cit.*, p. 44.

<sup>19</sup> Paulo Ricardo Schier. *Direito constitucional... op.cit.*, p. 104.

<sup>20</sup> Konrad Hesse. *op.cit.*, p. 40.

rigidez e a supremacia da Constituição.<sup>21</sup> Constituem, portanto, em diferentes medidas, verdadeiros parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis.<sup>22</sup>

Mas, então, por que distinguir regras de princípios, se ambas categorias, formalmente, adquirem a mesma nota de “normas” constitucionais?

Esta pergunta, cujo sentido é compreensível diante das teorias tradicionais do Direito, evidentemente não possui resposta fácil. Toma-se, como princípio de raciocínio, o fato das Constituições serem, em geral, eminentemente principiológicas, de acordo com o que se encontra largamente difundido nos manuais jurídicos.<sup>23</sup>

Este aspecto inicial, como se poderá observar, traz algumas importantes conseqüências. Deveras, durante longo período de tempo afirmar-se que determinado enunciado possuía caráter principiológico significava retirar-lhe sua normatividade.<sup>24</sup> Diz-se isso pois, nos modelos conservadores da teoria jurídica, os princípios não passavam de conselhos éticos, políticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados. Dizer-se sobre o caráter principiológico de um enunciado tratava-se, digamos assim, de direcionar-lhe crítica “depreciativa”, pois implicava negar-lhe “exigibilidade”.<sup>25</sup>

Explica-se, em certa medida, esta mundividência, porque, atrelados a uma concepção de norma reduzida ao enunciado lingüístico, de caráter eminentemente positivista, a aplicação do Direito limitava-se a um programa lógico de subsunção entre descrição normativa e realidade.

Por certo, o mecanismo funcionava com facilidade diante das regras. As descrições mais concretas desta espécie de normatividade permitiam, com funtores deônticos mais delimitados, uma operação lógica dotada de certa e relativa segurança.<sup>26</sup>

Todavia, como se proceder com a lógica da subsunção diante enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e enorme grau de indeterminação e abstração, como sucede com os princípios?

O processo da subsunção estritamente formal não funcionava nestes casos. Daí porque, como solução, o positivismo retirou dos princípios a sua normatividade, colocando-os como “cano de escape”<sup>27</sup> do ordenamento jurídico em vista de não se enquadrarem na sua lógica. Ou seja, em não conseguindo a teoria explicar a realidade normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo

<sup>21</sup> Paulo Ricardo Schier. *Filtragem...op.cit.*, p. 123.

<sup>22</sup> Clémerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 153.

<sup>23</sup> Dentre outros: Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 55 e ss.

<sup>24</sup> Paulo Bonavides. *op.cit.*, p. 235.

<sup>25</sup> Paulo Ricardo Schier. *Direito constitucional... op.cit.*, p. 98.

<sup>26</sup> *Idem. ibidem.*

<sup>27</sup> Expressão é de Paulo Bonavides.



teórico. Algo como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada.

Não sem razão, no contexto positivista, os princípios, reitere-se, são os “tapaburaco” do sistema. Ou seja, apenas na ausência de lei, na ausência de costume, na ausência de analogia, na ausência de interpretação analógica, na impossibilidade de aplicação de critérios de equidade, é que os princípios gerais do Direito poderiam ser aplicados. Nossos Códigos, Civil e Processual Civil, principalmente, refletem esta concepção.

Assim a Constituição, por sua feição eminentemente principiológica, encontrava dificuldade de realização com as teorias formalistas tradicionais.

Logo, no plano do constitucionalismo, foi necessário superar os referidos modelos de norma jurídica propugnados pelos diversos positivismos, impondo uma visão que comportasse também normatividade aos princípios.<sup>28</sup>

Isto foi possível, dentre diversos fatores, a partir do estabelecimento de critérios de distinção (embora nem sempre claros), entre regras e princípios, que passavam muitas vezes por uma diferenciação de funcionalidade.<sup>29</sup>

Tomou-se por certo, como ponto inicial, o fato de verificar-se a absoluta impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras (pois inexistiriam critérios seguros para solução de colisões e resolução de casos difíceis), assim como seria impossível a existência de um sistema formado apenas por princípios (principalmente diante da enorme imprecisão de seus enunciados, que geraria dúvidas sobre a exata forma de agir nas situações concretas e poderia quebrar a exigência de segurança jurídica imposta pelo Estado de Direito e pela própria função estabilizadora do Direito).<sup>30</sup>

Portanto necessita, o sistema jurídico e o constitucional, de regras e princípios, que passam a desempenhar, no ordenamento, funções diversas.<sup>31</sup>

Deveras, se por um lado as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida, apontando funtores deonticos bastante claros (impõem, permitem, autorizam ou proíbem uma conduta),<sup>32</sup> os princípios são normas impositivas de uma otimização do sistema, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.<sup>33</sup> Por conseqüência, as regras são aplicáveis de maneira disjuntiva: se os fatos que estipulam uma regra estão dados, então, ou bem a regra é válida, hipótese em que a resposta que se dá deve ser aceita, ou bem não o é, hipótese em que não se aplica à decisão.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Susanna Pozzolo. *Neocostituzionalismo...op.cit.*, p. 3.

<sup>29</sup> Paulo Ricardo Schier. *Filtragem... op.cit.*, p. 124-5.

<sup>30</sup> J. J. Gomes Canotilho. *op.cit.*, p. 174-5.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>32</sup> Robert Alexy. *op.cit.*, pp. 88, 89.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>34</sup> Ronald Dworkin. *op.cit.*, p. 39.

Portanto, as regras submetem-se a padrões de validade e vigência, submetendo-se à lógica do “tudo ou nada”, como nos ensina Dworkin, eis que não deixam espaço para qualquer outra solução: se a regra vale, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.<sup>35</sup>

Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de *colisão entre princípios*, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados.<sup>36</sup>

Destes pontos, consoante conclusões de Canotilho, emerge a exigência do referido sistema constitucional formado por regras e princípios, mormente porque, repise-se:

*“1. o sistema constitucional carece de regras jurídicas: a constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeitos de direito do sufrágio; um cidadão ‘só pode ter direito à vida’; 2. mas além disso, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia. Estado de direito: são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos; 3. em virtude de sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional; 4. ademais, as regras e os princípios, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de regras e princípios que, através dos processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action, para uma living constitution”.*<sup>37</sup>

Desta dimensão principiológica do pacto fundamental, tem-se que seus princípios, dotados de abertura e indeterminação lingüísticas, e considerando sua elevada carga axiológica, permitem colocar a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça.

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>36</sup> Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Freire. “Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais”, in *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade de Brasil*, n.º 1, 2002, pp. 29 e ss.

<sup>37</sup> J. J. Gomes Canotilho. *op.cit.*, pp. 175, 176.

Deveras, superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional: “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>38</sup>

Este momento pós-positivista do neoconstitucionalismo, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, Legislador e Juiz) e até mesmo a sociedade civil. Falsa, aqui, portanto, não de um Direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e sim, de uma *reserva histórica de Justiça*: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça.

Portanto, observa-se que na fase pós-positivista, os princípios passam a caracterizar o próprio “coração das Constituições”, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica.

Logo, como se observa, se é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, assim como para salientar a necessidade de implementação de uma dogmática principialista, também é certo que a metodologia da aplicação constitucional não pode reduzir todos os enunciados da Lei Fundamental a princípios.

Aqui está o momento de confusão atual.

#### **4 Os Excessos da Dogmática Principialista**

Desde o instante em que se admite que os princípios substanciam um modelo especial de normatividade que se submete a padrões de peso e qualidade (e não de validade) e, assim, desde que se aceita a ponderação no momento da concretização, é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional ao ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada. Esta atitude, que tem de alguma maneira se disseminado em parte da doutrina nacional, parece ser perigosa.

<sup>38</sup> Paulo Bonavides. *op.cit.*, p. 257.

Diz-se que tudo é princípio e assim busca-se forçar a possibilidade de “encontrar” colisões com vistas a relativizar certos conteúdos da Constituição. Trata-se, aqui, não de uma adequada compreensão principiológica da Lei Fundamental mas, ao contrário, de uma atitude que, levada ao extremo, pode, ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional, negá-lo.

A Constituição demanda a existência de regras e princípios. Como já restou afirmado, um sistema constitucional formado apenas por regras seria temeroso em vista de sua baixa capacidade de ajuste e evolução. Mas um sistema formado apenas por princípios (*ou visto de tal forma*) também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional.

O que parece é que o discurso (sedutor) da dogmática principialista, tomado sem cautelas, tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios. Sob esta perspectiva, a idéia de dogmática principialista, que, como se afirmou, de partida emergiu como mecanismo de afirmação da normatividade constitucional, tem-se prestado para, na prática, realizar o seu contrário. Ou seja, a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo “subjetivo” (no sentido de arbitrário). Até porque, quando se fala em possibilidade de se avaliar os princípios na perspectiva de peso e qualidade, tal não quer dizer que o intérprete será absolutamente livre no momento da ponderação.<sup>39</sup> É de se tomar os cuidados aos quais a metodologia do Direito se reporta para buscar evitar que o irracionalismo tome conta das decisões judiciais.

Afirmar que o processo de ponderação é subjetivo é uma verdade. Mas nem por isso deve ser, repise-se, arbitrário. O Direito demanda uma certa racionalidade e, no processo de sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples.

Assim que, a tentativa de fazer tudo que está na Constituição tornar-se princípio para efeito de permitir ponderações, além de atitude perigosa, exprime um entendimento equivocado (i) ou da dogmática principialista, (ii) ou do sistema constitucional (ii) ou das cautelas que devem revestir a ponderação das normas que se submetem aos padrões de peso e qualidade.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Quando se afirma a possibilidade de ponderação dos princípios, considerando a inexistência de hierarquia normativa no sistema jurídico-constitucional e a inadmissibilidade da chamada tábua pré-definida de valores constitucionais, não se sustenta a possibilidade de ponderações abstratas, que desconsiderem o contexto do caso concreto e nem a possibilidade de decisões pautadas em opções ideológicas pré-estabelecidas, eis que a ponderação não pode ser tida como uma “caixa preta da qual o intérprete extraia qualquer coisa que ele quiser” (Walter Murphy, James Fleming e Sotirios Barber. *American constitutional interpretation*. Westbury: The Foundation Press, 1995, p. 413).

<sup>40</sup> Cabe citar alguns exemplos para demonstrar esta problemática de como tudo, na embriaguez principialista, segundo a feliz expressão de Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 327

### **5 Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e Fundamentalismo Constitucional**

Cabe ainda explorar, rapidamente, outra situação, mas vinculada a esta já explicitada.

Ninguém desconhece, no contexto sob análise, então, a imensa importância dos princípios. Mais ainda dos chamados princípios fundamentais.<sup>41</sup> E dentre eles, nomeadamente, ninguém ousaria duvidar do papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana.

p., torna-se princípio ponderável e relativizável sob padrões muitas vezes arbitrários. Já se ouviu, em certa ocasião, um juiz afirmar que determinado advogado utilizou a seguinte tese: "Regras decorrem de princípios. A regra que estabelece que o prazo para apelar é de 15 dias, está concretizando o princípio do duplo grau de jurisdição e da própria efetividade da tutela jurisdicional. Num conflito entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da celeridade processual, é certo que a justiça deva prevalecer. Logo, num juízo de ponderação entre princípios, o juiz haveria de aceitar o protocolo da apelação mesmo fora do prazo, até porque o juiz não iria ler mesmo a petição no dia do protocolo"!!!! Não raras vezes viu-se a tentativa de se relativizar a regra de exigência da contratação pública mediante licitação através de ponderação com o princípio da eficiência. Assim como já se viu todo e qualquer interesse da Administração Pública, mesmo os mais mesquinhos, serem entronizados ao se transformarem no mágico princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e, assim, sempre poderem "ponderar" e "relativizar" o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos. São apenas poucos e singelos exemplos. Mas que dão conta do momento complexo, e, diga-se de passagem, criativo, pelo qual a teoria e práxis constitucionais brasileiras atravessam.

<sup>41</sup> Como se sabe, a constituição tem por finalidade definir e proteger um determinado núcleo de direitos fundamentais, além de racionalizar, fundamentar, legitimar, limitar etc. o exercício do poder (em vistas da proteção daquele referido núcleo de direitos fundamentais). Neste sentido há de se compreender que diversas são as formas de alcançar tal mister e, de acordo com a variação de cada modelo adotado, será possível também encontrar as especificidades de cada comunidade. É, assim, a partir das opções fundamentais que se faz em determinado momento histórico, que se estruturam as constituições. Logo, ao lado da definição de um quadro de direitos fundamentais, as constituições, materialmente, também se formam a partir de algumas opções fundamentais: opções por princípios estruturantes do Estado, do Direito e da comunidade. Neste sentido as opções explícitas ou implícitas por determinados princípios fundamentais numa constituição prestam-se a diversas finalidades. São os princípios fundamentais que (i) norteiam os diversos sentidos e certas dimensões da extensão dos direitos fundamentais, (ii) definirão as formas básicas da legitimação, fundamentação, racionalização e exercício do poder, (iii) explicitarão as opções políticas fundamentais da comunidade, (iv) as opções jurídicas e estatais fundamentais, (v) os seus valores mais caros, a partir dos quais serão estruturados a sociedade, o Estado e Direito. Substanciam, por isso, os princípios fundamentais, verdadeira síntese-matriz do Direito. Expressam a "carteira de identidade" da sociedade, o "ser-em-comum" dentro da diversidade comunitária, o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política, referida por Hesse, diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos. Tais opções são expressadas, como se disse, através de princípios que condensam valores, e por esta razão possuem dimensões diversas. Ou seja, ao mesmo tempo em que designam, por si mesmas, certos conteúdos, irradiam seus valores, através da perspectiva normogenética dos princípios, pelas densificações concretizantes da ordem jurídica constituída, manifestando-se reflexamente nas opções políticas, legislativas, administrativas e nas decisões judiciais. Em outras palavras, são os substratos a partir dos quais se formam e organizam as diversas

Deveras, trata-se de princípio tão fundante que a ele se atribui a virtude de ter realizado o que alguns têm chamado de verdadeira viragem de Copérnico do Direito Constitucional. Ou seja, com o advento da Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico passaria a girar sob o eixo gravitacional da dignidade humana.<sup>42</sup> Nada, nenhuma regra, nenhum outro princípio, nenhuma relação jurídica pode ficar imune ao toque mágico da dignidade humana. Em expressão hoje corrente: todos os direitos se (re)personalizam.

Eis, aí, outro perigo. Afinal, numa constituição e sociedade plurais,<sup>43</sup> nem todas as relações jurídicas ou justificações normativas devem ou podem ser personalizadas. Tome-se, como exemplo, o debate sobre os critérios materiais para

regras do sistema jurídico e que orientam as decisões políticas. Cite-se, por exemplo, o princípio democrático, que representa, ele próprio, um conteúdo de fundamentação e legitimação do poder, mas que se irradia pelo sistema jurídico através de regras de Direito Eleitoral, de processo legislativo, de participação popular na Administração Pública e de institutos de controle de poder (ação popular, por exemplo) etc. A primeira dimensão, chamada de constitutiva e a segunda, chamada de declarativa. Tal ocorre com todos os princípios fundamentais, devendo-se ainda ressaltar que a dimensão declarativa pode se manifestar através de regras já constituídas e positivadas (caso dos exemplos citados) ou permanecer latente, como espécie de elemento de integração do sistema quando se verificam situações especiais na aplicação do Direito tal como sucede com as lacunas. Insta observar, ainda, que por integrarem um sistema, os princípios fundamentais não devem ser compreendidos isoladamente. Todos os princípios, além de seus significados próprios, assumem novas dimensões interpretativas se lidos em relação de interconectividade. É o caso da livre iniciativa, que possui conteúdo próprio bem definido mas que, na conexão e diálogo com os valores sociais do trabalho, cidadania e dignidade da pessoa humana, assume diferentes matizes (o mesmo podendo afirmar em relação à conexão dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático na fórmula do Estado Democrático de Direito). Logo, deste quadro, percebe-se que os princípios fundamentais desempenham importância vital no quadro das constituições, sejam eles decorrentes de opções implícitas ou explícitas, como sucede no caso da Constituição Federal de 1988.

<sup>42</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 77 e ss.

<sup>43</sup> Basta verificar a lucidez de Konrad Hesse, reconhecendo o papel da constituição na manutenção da unidade política sem, com isso, negar o pluralismo, assim expressada: "Formação de unidade política não significa a produção de um estado harmônico de concórdância geral, de todo, não a abolição de diferenciações sociais, políticas ou organizacional-institucionais por unificação total. Ela não pode ser pensada sem a existência e o significado de conflitos para a convivência humana. Conflitos são capazes de preservar do entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual a transformação histórica não iria se efetuar. Se eles faltam, ou se eles são reprimidos, então isso pode conduzir ao imobilismo de uma estabilização do existente, isto é, porém, à incapacidade de ajustar-se às condições transformadas e produzir novas configurações: a ruptura com o existente torna-se um dia então inevitável e o estremeamento tanto mais profundo. Sobretudo, não só tem importância que haja conflitos, mas também, que sejam regulados e vencidos. O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso é importante tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como, não em último lugar, pelo modo da regulação de conflitos -, garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar unidade política por causa do conflito" (Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 30).

definição dos direitos fundamentais para o fim de identificar se um tratado internacional versa ou não sobre direitos humanos e, assim, possa integrar o bloco de constitucionalidade e submeter-se ao regime dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, enunciando o que parece ser uma importante nova regra de reconhecimento do sistema, estabelece, em seu art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O dispositivo, que não raro tem sido deixado em segundo plano por certos intérpretes da Constituição, não é destituído de importância e, evidentemente, como tem insistido o Ingo Sarlet,<sup>44</sup> ao contrário do que se tem sustentado, não quer apenas significar que com o advento da Constituição de 1988 passamos a admitir a existência de direitos fundamentais implícitos. Afinal, se fosse isso, o dispositivo significaria muito pouco. Pois a existência de direitos implícitos decorre da própria atividade hermenêutica, é inerente a ela, e não seria preciso a constituição falar da existência deles eis que, mesmo em seu silêncio, eles estariam presentes no texto e haveriam de ser reconhecidos como tal.

Trata o dispositivo, propriamente, na expressão de Hesse, da assunção de verdadeira cláusula de abertura dos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

Assim, então, é de se afirmar que o especial regime jurídico de proteção e realização dos direitos fundamentais, criado pela Constituição de 1988, não se aplica apenas aos direitos fundamentais do catálogo do Título II, definidos assim, como fundamentais, pelo critério formal topográfico. Ao contrário, mais que qualquer aspecto formal, a Lei Fundamental, aqui, possibilita a substancialização do conceito de direitos fundamentais, passando a aderir, claramente, a um conjunto de valores materiais plasmados, certamente, em princípios democraticamente positivados pelo constituinte.

Logo, da leitura do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, é certo que passamos a ter direitos fundamentais no catálogo (tanto expressos quanto implícitos) e direitos fundamentais fora do catálogo (também expressos e implícitos). Dentre esses, ou seja, dentre os fora do catálogo, ainda seria possível subdividir duas categorias de direitos fundamentais: os decorrentes do regime jurídico adotado pela Constituição, mas plasmados na própria constituição formal, e os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e, assim, não integrantes, ao menos diretamente, do documento constitucional formal (embora por ele recepcionados).

<sup>44</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 81 e ss.

<sup>45</sup> Konrad Hesse. *Elementos.... op.cit.*, pp. 225 e ss.

Quanto aos direitos fundamentais do catálogo, exceto o debate sobre a eventual possibilidade de existência de direitos fundamentais em sentido apenas formal ou apenas material, a submissão ao regime especial de proteção não suscita maiores dúvidas. Sejam explícitos ou implícitos, a doutrina e jurisprudência não têm encontrado dificuldades para definição e identificação. Tratam-se, portanto, sem margem para maiores questionamentos, de direitos que integram o rol das cláusulas pétreas, que se submetem a regime especial de restrição, que são de aplicabilidade imediata e invioláveis, que integram o rol das cláusulas constitucionais sensíveis, dentre outros atributos que poderiam aqui ser elencados.

Quanto aos direitos fundamentais fora do catálogo, porém, algumas dificuldades podem ser verificadas. Isto porque, principalmente na doutrina, não se tem encontrado grandes consensos sobre o que tipificaria a fundamentalidade de um direito. E, *mais uma vez, não custa lembrar, os direitos fundamentais fora do catálogo são "recepcionados" sob regime jurídico especial desde que guardem esta nota de fundamentalidade.*

A questão assume importância pois é preciso encontrar critérios para poder-se afirmar que dados dispositivos externos ao rol do Título II, da Constituição Federal, sejam com sede na própria Lei Fundamental ou com sede em tratado internacional, possuem nota de fundamentalidade para o fim de serem designados como direitos fundamentais<sup>46</sup> e, assim, receber a especial proteção constitucional, inclusive a proteção da intangibilidade e da aplicação imediata, como se afirmou.

Neste aspecto, um primeiro critério que é enunciado por parte da doutrina é o da equiparação. De acordo com ele, direitos que, pela natureza, possam ser equiparáveis aos integrantes do rol (formal) de direitos fundamentais, ou seja, equiparáveis aos direitos enunciados no Título II, da Constituição, seriam, por equivalência, também fundamentais. O critério funda-se, portanto, na pressuposição de existência de uma coerência de definição dos direitos fundamentais por parte do constituinte. Assim, por exemplo, por equiparação ou equivalência, seriam direitos fundamentais fora do catálogo (i) a irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos (por equiparação à irredutibilidade do art. 6º, VI), (ii) a irretroatividade – anualidade e anterioridade - das normas tributárias (por equiparação à irretroatividade geral do art. 5º, XXVI e da irretroatividade da norma penal), (iii) a acessibilidade de todos os cidadãos aos cargos públicos mediante concurso (por equiparação ao direito fundamental à igualdade), (iv)

<sup>46</sup>. É certo que com o advento da EC 45, parte do problema restou solucionado através da adição do parágrafo 3º, ao art. 5º, da Lei Fundamental, que assim enuncia: "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". Porém, ao que parece, a questão permanece no que tange com os tratados anteriores à esta emenda, o que ainda justifica a discussão.



a proibição de prisão por dívidas, do Pacto de São José da Costa Rica (por equiparação à proibição da prisão *civil* por dívidas), dentre tantos que poderiam ser lembrados.

Um segundo critério, que vem recebendo tratamento festejado pela doutrina, implica não na equiparação de direitos externos aos direitos do catálogo com os integrantes dele, mas, sim, à vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por este critério, seriam direitos fundamentais fora catálogo, embora submetidos ao mesmo regime jurídico, aqueles definidos em sítio diverso, na Constituição Federal, que não o Título II, ou em tratados internacionais, mas que guardem vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um primeiro problema que se coloca a este critério reside no fato de que, em vista da especial relação entre regras e princípios no campo da Constituição Federal, ou seja, daquela relação normogenética antes referida, de alguma maneira quase todos os enunciados constitucionais, direta ou indiretamente, podem ser reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal sua amplitude e abstração. E assim, mediante criativa e expansiva hermenêutica, quase todos os dispositivos constitucionais poderiam ser caracterizados com a nota da fundamentalidade.

Neste aspecto, esta leitura expansiva poderia determinar uma inadequada compreensão da Constituição, eis que, efetivamente, nem tudo, no ordenamento jurídico, deve ou pode ser reconduzido aos direitos fundamentais. A Constituição não pode se congelar. E, ademais, como se costuma afirmar, “se tudo é, nada é”! Em outras palavras, a tese expansionista, ao permitir que tudo se reconduza aos direitos fundamentais, ao invés de reforçar a importância desses direitos, banaliza-os, retira-lhes a dignidade da fundamentalidade.

Daí porque outra parte da doutrina busca sustentar que apenas os direitos, dentre os fora do catálogo, *diretamente vinculados* à dignidade da pessoa humana, poderão ser considerados fundamentais.

Nesta linha, duas dificuldades emergem. A primeira, diz respeito ao próprio significado jurídico (conceito, extensão e conteúdo) da dignidade da pessoa humana. A segunda, refere-se à própria compreensão daquilo que se entenda por “*vinculação direta*” à dignidade da pessoa humana.

Não se pretende aqui definir respostas para estas questões. Mais uma vez, a doutrina e, já de forma germinal, a jurisprudência brasileiras, não têm encontrado consensos quanto ao mérito da questão. Na verdade, a única nota consensual diz respeito ao fato de quase todos afirmarem que a conexão com a dignidade humana, assim como o seu conteúdo, haverão de ser cuidadosamente demonstrados à luz de cada caso concreto.

Logo, a solução reporta-se, como sempre sucede, para o plano da decisão, para o campo da razão prática, numa perspectiva concretista assumida normalmente de forma implícita por magistrados e certos doutrinadores.

Finalmente, como terceiro critério, existem aqueles que sustentam que a fundamentalidade de um direito decorrerá não apenas da vinculação à dignidade da

pessoa humana mas, igualmente, da conexão de uma dada norma definidora de direito com sede constitucional com o conjunto de todos os princípios fundamentais.

Para os que sustentam esta tese,<sup>47</sup> uma adequada compreensão normativa da Constituição haverá de aceitar que *o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único e nem, na perspectiva normativa, o mais importante princípio fundamental*. O constitucionalismo contemporâneo, afinal, tem se mostrado avesso à tese de existência de uma tábua de hierarquia normativa pré-definida de direitos ou princípios.

Assim que, é de se considerar que no plano da Constituição de 1988, ao lado da dignidade humana, tem-se, com idêntico *status* jurídico-constitucional, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo. Todos esses princípios possuem a mesma fundamentalidade, a mesma hierarquia, a mesma importância, a mesma dignidade constitucional. Não é possível, na perspectiva normativa, sustentar-se a sobreposição de um sobre os outros.

Logo, verifica-se, em nosso sistema, também uma outra nova abertura para a definição de fundamentalidade de direitos. Abertura que, diga-se de passagem, permitirá a adoção de uma dinâmica mais adequada dos direitos fundamentais, eis que poderá autorizar a projeção do conceito de fundamentalidade a outros importantes aspectos da vida contemporânea. Novos direitos fundamentais sociais poderão ser desenvolvidos não sob a égide da dignidade da pessoa humana mas, sim, pelo manto da cidadania. Outros novos direitos, sociais ou individuais, na tradicional classificação, poderão emergir da vinculação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Isso tudo possibilitará que se poupem esforços teóricos muitas vezes inconsistentes para demonstrar a vinculação de certos direitos sociais fora do catálogo, na constituição ou em tratados internacionais, com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a proposta que se apresenta para a releitura da idéia de fundamentalidade, agora fundada em todos os princípios fundamentais e não apenas na dignidade, também produz importante efeito pedagógico em relação à própria idéia de dignidade da pessoa humana que muitos vêm construindo. Em outras palavras, pode servir de corretivo a uma inadequada compreensão principialista antes referida.

Isto porque, não raro, a doutrina brasileira tem assistido a um processo, nem sempre saudável, em que todas as questões jurídicas vêm sendo reportadas à dignidade da pessoa humana. Isso tem gerado, reitere-se, uma compreensão inadequada da chamada dogmática constitucional principialista, eis que, por certo, nem tudo pode ser reconduzido aos princípios e, até mesmo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, este esforço tem sido tributário de um pensamento, aliás inaceitável, pan-constitucionalista. O discurso da dignidade da pessoa humana tem sido responsável, pela sua inadequada compreensão e utilização, por colocar certas categorias constitucionais onde, muitas vezes, elas não são cabíveis. O

<sup>47</sup> Dentre os quais Ingo Wolfgang Sarlet.

princípio da dignidade da pessoa humana tem sido apontado, por isso, não raro, como panacéia para a resolução de problemas jurídicos nem sempre complexos, onde a simples incidência ou aplicação de regras infraconstitucionais, mediante aplicação da velha lógica da subsunção, seria suficiente para uma adequada resposta jurídica. Como verdadeira vara de condão, sob a batuta da dignidade humana, tudo passa a ser princípio, tudo se torna relativizável mediante ponderação e então, por vezes, arbitrárias concepções da dignidade humana permitem soluções nem sempre defensáveis sob o plano do pensamento constitucional.<sup>48</sup>

É preciso, pois, e retomando a linha de raciocínio, que se reafirme: a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência da fundamentalidade dos direitos constitucionais. Aliás, ela mesma há de ser compreendida em conexão com os demais princípios fundamentais, afastando, assim, por exemplo, algumas idéias liberalizantes que certa concepção de dignidade da pessoa humana tem afirmado, inclusive com grande força, em nossa doutrina.

É imperativo, logo, afastar o que se tem designado como *fundamentalismo constitucional*, através do qual a Constituição de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana vêm sendo colocados como a última “ideologia” ou salvação de nossa sociedade. Esse não é o papel da Constituição, dos princípios fundamentais e nem dos direitos fundamentais. Pelo contrário, certamente fadado ao insucesso, este tipo de missão atribuída à Constituição apenas corrobora para a corrosão de sua força normativa. O problema, ao que parece, está na entronização do princípio da dignidade da pessoa humana num patamar hierárquico (normativo) superior, em tomá-lo como base, reiterar-se, de um fundamentalismo constitucional.

Ora: dignidade da pessoa humana, sim! Mas não uma dignidade abstrata, decorrente de suposta universalidade de valores. Não a dignidade fundada apenas em valores liberais da autonomia do sujeito. Nem tampouco a dignidade dos discursos vazios que permitem que tudo, mesmo as mais recônditas teorias conservadoras, sob ela, possam se esconder.

Falamos, aqui, portanto, de “outra” dignidade. Da histórica, concreta. Da dignidade pensada a partir de nossa sociedade, de nosso direito, de nossa constituição e de nossos valores.

Isso não é pouco. Seria, por exemplo, suficiente, para permitir a retomada de uma compreensão constitucionalmente mais adequada de fundamentalidade de direitos e, por esta via também, uma compreensão mais adequada deste momento neoconstitucionalista.

<sup>48</sup> Recentemente lia-se, em mensagem amplamente divulgada via e-mail, por exemplo, uma decisão em que determinado magistrado afirmava que o fato do advogado não ter se dirigido ao agente do parquet como “Vossa Excelência” atentava contra a dignidade humana!

Através dela, cite-se também como exemplo, seria inconcebível a tomada de decisões, aqui no Brasil, sob o signo da Constituição de 1988, como a multicitada decisão de tribunal administrativo francês que, em nome da dignidade da pessoa humana, proibiu a prática do “arremesso de anão” (caso *Morsang-sur-Orge*). Este famoso *leading case* francês estava assim delineado: na França, em determinada casa noturna da cidade Morsang-sur-Orge, após certo horário, os administradores organizavam evento onde os clientes deveriam arremessar, o mais longe possível, um determinado anão previamente contratado para a competição. O Prefeito da cidade, porém, proibiu o entretenimento sob o argumento de que ele afrontava a dignidade da pessoa humana. Diante disso, a boate organizadora do evento, inclusive em conjunto com o próprio anão, recorreu da decisão.

Considerando que a dignidade é valor universal e que a agressão à dignidade de uma pessoa importa na agressão da dignidade de todos, o tribunal administrativo proibiu a prática do “arremesso de anão”. Assim, como se fosse decisão expressiva quase de um direito universal, parte da doutrina nacional vem citando o exemplo como paradigma para a compreensão da dignidade humana no Brasil.<sup>49</sup>

Ora, num país como o Brasil, com tantos preconceitos, desigualdades e dificuldades de inserção profissional, seria legítimo, em nome da dignidade, fazer com que certo cidadão ficasse desempregado e, assim, *morresse dignamente de fome*? Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa não haveriam, aqui, de permitir hermenêutica diversa, mais adequada ao caso? Aqui, onde nosso seguro desemprego confere tão curta proteção, seja econômica ou temporal? Aqui, onde nosso povo certamente passa por situações bem piores que a colocada no citado caso francês? Será que povo brasileiro não tem mazelas mais adequadas à nossa realidade social para demonstrar o que seja indignidade ou dignidade? Não se está, aqui, exatamente, a buscar tais respostas. Mas fica, ao menos, a provocação e o subsídio para uma melhor reflexão.

Aliás, seguindo a linha antes desenvolvida, da mesma forma o pluralismo político, no Brasil, não haveria de afastar certas concepções autoritárias, unilaterais e liberais de dignidade humana? Também parece que sim.

Por isso mostrar-se mais adequada a idéia de que a fundamentalidade dos direitos deve ser encontrada não apenas através da conexão deles com o princípio da dignidade da pessoa humana mas, sim, da conexão com o conjunto de todos os princípios fundamentais.

A referência, portanto, à discussão da fundamentalidade de certos direitos constitucionais, foi trazida à tona para demonstrar, mais uma vez, como as idéias ainda não estão devidamente assentadas neste momento do nosso neoconstitucionalismo.

<sup>49</sup> Aqui não importa se a decisão foi ou não acertada para os padrões jurídicos ou morais franceses. Está-se tentando apenas problematizar a transposição da solução, pura e simplesmente, para o Brasil.

### **6 A Título de Conclusão**

É certo que a Constituição de 1988 trouxe esperanças. Esperança de um país e de uma sociedade melhores, mais justas. É uma constituição dirigente. É principiológica, em grande parte, sim!

Por outro lado, desde a promulgação da Lei Fundamental de 1988 era preciso fundar referenciais teóricos para justificar a normatividade integral da Constituição e, com isso, permitir a luta por sua também integral realização. Assim foi inevitável, primeiramente pela via da assunção da dogmática constitucional principialista, da filtragem constitucional, também a assunção de outros pressupostos e instrumentais do neoconstitucionalismo.

Todavia não é possível deixar que as luzes de nossa ainda jovem teoria constitucional ofusquem ou confundam a beleza desse novo momento. É imperativo, portanto, olhar a nova realidade e teoria constitucionais com olhos mais cuidadosos. Aguardemos, alertas, o tempo passar, mas sempre cuidando para guardar a devida vigilância epistemológica que nos impedirá de deixar que a poeira e a escuridão recaiam rapidamente sobre nossas vidas e teorias.

## Filiação e Homossexualidade

Ana Carla Harmatiuk Matos\*

**Resumo:** O Melhor Interesse da Criança tem sido um dos principais nortes do Direito de Família Contemporâneo. Contudo, quando verificado tal princípio de modo relacionado à homossexualidade, as discriminações social e jurídica enfrentadas podem gerar exclusão de direitos em desfavor não apenas do sujeito homossexual, mas também das crianças envolvidas. Nesse sentido, procura-se contribuir para que os preconceitos não eliminem a sintonia possível entre filiação, homossexualidade e Proteção Superior da Criança, buscando instrumentais jurídicos para tanto.

**Abstract:** The Best Interest of the Child has been one of the main orientations of the Contemporaneous Family Law. However, when this principle is related to homosexuality, the social and legal discrimination faced can generate exclusion of rights, disfavoring not only the homosexual subject, but also the children involved. In this sense, we try to contribute for the prejudice not to eliminate the possible tune in among filiation, homosexuality and Superior Protection of the Child, seeking legal instruments for that.

**Palavras-Chave:** homossexualidade; filiação direitos das crianças; direitos da personalidade; direitos humanos; melhor interesse da criança; igualdade; proteção superior da família; posse de estado de filho; filiação sócio-afetiva; adoção.

**Key-words:** homosexuality; filiation; Children's Rights; personality rights; Human Rights; the best interest of the child; equality; superior protection of the family; possession of the state of son/daughter; affectionate filiation; adoption.

### Introdução

Várias questões relativas à filiação podem ser analisadas levando-se em consideração uma relação de parentalidade com o sujeito homossexual. Direito de Visita, Guarda, Tutela, Adoção (por uma pessoa, isoladamente, ou por “casal”

\* Professora de Direito Civil da Unibrasil. Professora Substituta de Direito Civil da UFPR, pós-graduada em Teorias Críticas do Direito e Democracia pela Universidade Internacional de Andalucia – Espanha, tutora da matéria Filosofia do Direito pela Universidade de Pisa – Itália, mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, autora das obras *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina e União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). [a.c.matos@uol.com.br](mailto:a.c.matos@uol.com.br).

homossexual) são hipóteses em que o jurídico deverá verificar o superior princípio do Melhor Interesse da Criança bem como as discriminações ainda sofridas, pois podem traduzir-se em exclusão. Assim, filiação de homossexuais deixa de ser apenas um fato social para ser tratada, em algumas doutrinas específicas, no viés dos direitos dos homossexuais.<sup>1</sup>

Esclarece-se que as considerações elaboradas nesse sentido, acreditam estar em sintonia para com os valores e princípios do Direito de Família Contemporâneo e de acordo com as progressivas conquistas na busca da superação da discriminação em virtude da orientação sexual.

Porém, neste momento, deseja-se propor uma outra linha de argumentação, qual seja, tratar a temática sob a ótica da filiação. Isto porque se deseja destacar como a força do estigma, ainda enfrentado por uma minoria que desenvolve orientação sexual diferente dos padrões mais verificados, pode refletir-se na exclusão jurídica das crianças envolvidas. Estariam elas, deste modo, sofrendo uma desvantagem em relação às demais espécies de filiação, devido a algo que se pretende reputar contrário ao seu interesse – sendo que, com a justificativa de protegê-las, está-se contrariamente as tratando de forma desigual, afastando-as de alguns direitos.

Dentro deste viés, parte-se de uma constatação cristalina: há crianças convivendo com sujeitos homossexuais. E o Direito não pode desconhecer esta realidade.

Contudo, as discussões no campo do jurídico ainda se encontram norteadas por vários estigmas que podem traduzir-se na ausência do reconhecimento jurídico - em muitos casos em franco prejuízo àqueles quem deveriam ser os principais protegidos. É o que se procura delinear ao trazer-se à colação histórias as quais o judiciário pode vir a ser chamado a dar respostas.

## **1 Cenas da Vida Como Ela É**

Para ilustrar o presente tema, descrevem-se a seguir exemplos colhidos das práticas jurídicas:

### **1.1 Filhos biológicos advindos de anterior relacionamento**

Após dez anos de casada, dois filhos e pouca felicidade conjugal, uma mulher decide assumir publicamente sua homossexualidade e divorcia-se. Uma vez rompida sua sociedade conjugal, a mulher, como comumente ocorre, fica com a guarda de seus filhos, estabelecida de forma consensual.

<sup>1</sup> Destaca-se nesse sentido: GIRADI, Vivane. *Família contemporâneas...*; ANDRADE, Diogo. *Adoção entre...*; SILVA JR, Enézio. *Adoção por...*

Todavia, quando se inicia um novo relacionamento da mãe, agora com uma parceira do mesmo sexo, o genitor ingressa em juízo com pedido de alteração do estabelecimento da guarda, enfocando que o melhor interesse das crianças não está atendido, por causa da homossexualidade da mãe.

Questão jurídica: Orientação sexual bem como convivência com parceira do mesmo sexo devem ser fatores a desqualificar um dos genitores de exercer a guarda?

### **1.2 Filhos “de criação”**

Depois de três anos de união homossexual, dois parceiros manifestaram desejo de ter uma filha. Contudo, era começo dos anos noventa e, ao procurarem um advogado para verificar as questões jurídicas, concluíram que os óbices eram imensos.

Logo após, a prima de um deles engravidou de forma indesejada, pela terceira vez, não dispondo de recursos econômicos para o sustento de mais um filho.

Diante disso, os parceiros expressaram o desejo de acolher aquela criança desde a própria gestação, amparando econômica e emocionalmente aquela mãe. Com o nascimento, todos uniram esforços nos primeiros cuidados e, ao completar três meses, a pequena criança passou a conviver exclusivamente com os parceiros do mesmo sexo.

Esta situação nunca foi formalizada, dado o receio de preconceito. A criança cresceu, estudou, fez tudo dentro dos comuns padrões das pessoas de sua idade. Chama ambos de pais-tios. Explica para seus amigos que a mãe não teve condições de criá-la e por isso seus parentes a acolheram (na verdade apenas um é primo).

Contudo, também nas uniões homoafetivas, muitas vezes o amor acaba. Esta união terminou. A filha sócio-afetiva dos parceiros encontra-se hoje com 13 anos, e o parceiro, primo da mãe biológica, manteve a “guarda de fato”. O outro mudou de cidade, e, quando constituiu novo relacionamento, parou de amparar afetiva e economicamente sua “filha de criação”.

A fora o prejuízo emocional, a menina deixou a escola que frequentava, demais atividade e não possui mais plano de saúde, entre outros, em virtude da mudança do padrão econômico sofrido.

Questão jurídica: O não reconhecimento expresso da adoção por um par homossexual não se mostra, em casos como o relatado, uma ausência de tutela para a própria criança - a qual, contrariamente, mereceria amparo privilegiado?

### **1.3 Filho adotivo e o parceiro do genitor substituto**

Aos 30 anos de idade um homem sentiu que apenas sendo pai se realizaria. Ciente das questões jurídicas pertinentes, decidiu adotar um filho.

Após todos os trâmites, adotou um menino de quatro anos de idade. Passados outros dois anos, iniciou um relacionamento estável com parceiro do mesmo sexo, o qual se vincula afetivamente também com a criança.



Neste momento, apenas gostariam de que o filho pudesse beneficiar-se do plano de saúde da empresa do parceiro do pai adotivo. Estão, contudo, buscando meios de se prevenir frente à falta de reconhecimento formal e completo do modelo de família deles.

Questão jurídica: Poderia a criança também ser adotada pelo parceiro do pai, de maneira a ter sua realidade formalizada? Em caso de falecimento do parceiro do pai adotivo, não teria a criança os direitos previdenciários, sucessórios, entre outros? Esta exclusão certamente não atende à igualdade buscada pelos homossexuais, e, o mais grave ainda: Em casos como os acima relatados, há sintonia para com o melhor interesse das crianças?

Ilustradas as linhas gerais da problemática e antes de articularmos a relação entre filiação e homossexualidade propriamente dita, cabe, ainda que brevemente, apontar-se as discriminações sofridas e as evoluções sentidas no que se refere aos filhos bem como à união entre pessoas do mesmo sexo, verificando o contexto apropriado para o assunto ora desenvolvido diante do Direito em movimento.

## 2 Filiação: Da Exclusão à Igualdade

Ao elaborar-se uma rápida digressão histórica, pode-se perceber que ao longo dos anos o Direito de Família vem se alterando em busca de superar as exclusões jurídicas de seu seio. A mulher foi considerada incapaz, a concubina não se permitiram direitos e, no que se refere à filiação, chama a atenção o fato de que as conquistas se terem dado de forma lenta e gradual.

Recorde-se que, pelo sistema do Código Civil de 1916, a família se constituía apenas pelo casamento, sendo, pois, a fonte de legitimidade da descendência, de tal modo que os filhos não advindos do casamento eram considerados ilegítimos. Logo, recebiam esse tratamento em virtude da falta de vínculo formalmente constituído de seus pais.

Tratando-se daqueles que conviviam no então chamado Concubinato Puro, no qual não havia impedimentos para o matrimônio, os filhos denominavam-se ilegítimos na categoria naturais e poderiam ser legitimados pelo casamento subsequente de seus pais. Os ilegítimos espúrios dividiam-se em adulterinos e incestuosos, e não poderiam ser reconhecidos pelos seus genitores. Os adulterinos poderiam ser *a matre, a patre* ou bilateral em consonância com quem descumpriu os deveres conjugais.

A título de exemplo,<sup>2</sup> pontuam-se algumas legislações que aos poucos foram afastando o tratamento discriminatório:

- Decreto-Lei 3.200/41: determina a não menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima;

<sup>2</sup> Para uma análise mais profunda sobre a questão: FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento ...*, pp. 59 e ss e TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina ...*, pp. 225 e ss.

- Decreto-lei 4.737/42: o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar fosse declarada sua filiação;
- Lei 883/49: permitiu que qualquer dos cônjuges, dissolvida a sociedade conjugal, reconhecesse o filho havido fora do casamento, e ao filho ação para que se lhe declarasse a filiação;
- Lei 6515/77: permitiu o reconhecimento ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado;
- Lei 7250/84: facultou o reconhecimento de filho adulterino, se o pai estivesse separado de fato de seu cônjuge por período superior a cinco anos;
- Somente em 1989, com a lei 7841, uma norma específica permitiu o reconhecimento dos filhos espúrios, depois de a Constituição Federal de 1988 ter previsto o princípio da igualdade entre os filhos.

Percebe-se, pois, que as questões concernentes às crianças e adolescentes não se encontravam com a mesma tutela igualitária e prioritária hoje vista em nosso ordenamento.

Curioso destacar que as primeiras Codificações foram edificadas na pretensa intenção de se criar uma legislação universal, perene, completa, a qual derogasse as distinções por classes sociais - segundo os auspícios da burguesia. Tanto que fundamentaram parte de seus auspícios no jusnaturalismo: as pessoas pelo simples fato de nascerem possuem os mesmos direitos inatos.

Entretando, constata-se a eleição de alguns valores e o afastamento da tutela jurídica daquelas relações as quais não seguiam o modelo de família hétero-patriarcal, fundado no casamento, com funções de produção e legitimação dos valores morais de então.

Na atualidade, ainda se comemorando as recentes conquistas quanto à igualdade entre os filhos, enaltecendo-se a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente nesse sentido, não se podem emudecer outras vozes que clamam por igualdade.

Nesse passo, deseja-se efetuar uma reflexão que, além de reconhecer as conquistas, aponte a existência de uma possível manutenção da discriminação, a qual de certa forma reproduz valores jurídicos - que ainda não coadunam com o melhor interesse da criança. Por isso pugna-se por soluções jurídicas não discriminatórias das filiações relacionadas com pais homossexuais.

### **3 Igualdade de Tratamento aos Filhos Independentemente da Orientação Sexual de Seus Pais**

O relato, anteriormente feito, acerca das desigualdades enfrentadas pelos filhos pode ainda ser verificado quando a criança está vinculada (ou tem a potencialidade de estar, nos casos de adoção) com sujeitos homossexuais.

Falta, por assim dizer, mais uma etapa para as conquistas da mesma igualdade de tratamento aos filhos, que não devem receber tratamento diverso em razão da orientação sexual de seus pais (igualmente não se deve excluir a possibilidade de ter acesso à família substituta por discriminação aos candidatos à adoção).

O preconceito existente acerca da homossexualidade pode traduzir-se em dificuldade expressa ou velada de se estabelecer vínculo jurídico de uma criança por motivos outros que não o especial cuidado de verificar-se, no caso concreto, algum real indício de prejuízo a ela.

Trata-se de mais uma hipótese onde se pode verificar que tendo em vista fatores ligados a uma pretensa moral, são os filhos quem são penalizados por se encontrarem fora dos padrões tido como normais.

Na expressão de Maria Berenice DIAS; “Ao se arrostar a realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança e o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.”<sup>3</sup>

Se no passado os filhos nascidos fora do casamento eram uma realidade que o direito não desejava desvelar, dado estar todo o sistema edificado para tutelar a família legítima, hoje, já vencidas as barreiras do Direito de Família voltado exclusivamente para o matrimônio, outro valor insiste em se manter, qual seja, o hétero-patriarcalismo.

Desse modo, tem-se que o princípio da igualdade entre os filhos ainda não se concretiza em toda a sua potencialidade, quando enfocada a família homossexual. Ainda há distinção de tratamento entre crianças, oriunda da falta de sintonia entre sua realidade e os padrões sociais dominantes, tidos como os normais. Num passado próximo, os filhos então chamados de ilegítimos sofriam estigma social e jurídico; da mesma forma, a filiação de homossexuais é, atualmente, a categoria a desejar o paritário tratamento do Direito.

Antes, porém, de refletir-se sobre possíveis soluções para a temática, desenvolver-se-á um pouco mais o problema que se intenta denunciar.

#### 4 Contornos da Problemática

É interessante ter-se em mente que mesmo o jurídico não outorgando plenos direitos às uniões homoafetivas e, em menor grau ainda, tutelando seu vínculo com filhos de forma não igualitária, não é este fator determinante para as realidades deixarem de existir. Mais uma vez, os fatos vão-se impondo perante o Direito.

<sup>3</sup> *Adoção homoafetiva*, p. 4.

Ao não se reconhecer, por exemplo, adoção por “casais” homossexuais, torna-se verificável a adoção por um homossexual, como se sozinho fosse, mas, convive-se em parceria - sendo o relacionamento de parentalidade entre o filho e o parceiro do adotante uma realidade concreta. Todavia, a criança, a princípio, não detém vínculo jurídico e não terá automaticamente possibilidade de alimentos, sucessão, uso do nome, entre outros, frente aqueles que figuram em situação de paternidade ou maternidade dita de fato.

Do mesmo modo, pode-se mencionar o desestímulo na busca da adoção, uma vez verificado os possíveis óbices e a exposição da vida privada daqueles que buscam realizar-se e oportunizar uma família substituta, mesmo nos casos de adoção por homossexual solteiro.

Ainda é possível ocorrer que homossexuais sejam protagonistas de “adoção irregular”, na qual se registra criança de outrem como se sua fosse. Infelizmente, no Brasil, tal prática contrária a legislação é bastante verificável, apesar de muitos pugnarem pelo seu afastamento.

Cabe, por fim, mencionar que, se tomado o atual estágio da medicina, igualmente viável é a possibilidade de filiação utilizando-se de material genético de doador para eventual reprodução assistida. No caso de homossexualidade de mulheres, uma pode ser a doadora do material genético feminino, unido com material masculino de doador, e a outra parceira vir a desenvolver a gestação; ou mesmo uma única parceira solteira utilizar-se do método para ser mãe.

Nas parcerias homossexuais masculinas, vislumbra-se a possibilidade de ambos doarem material genético para a procriação, não se revelando qual efetivamente fecundou o material feminino de banco de doação, e eleger-se uma mulher para gestação. Da mesma forma, um único homossexual homem pode, mediante gestação por outrem, realizar seu projeto parental.

Por conseguinte, sujeitos com sexualidade exclusivamente voltada para sua orientação homossexual podem, do ponto de vista técnico-científico, tornarem-se pais ou mães biológicos, segundo o estágio de desenvolvimento contemporâneo da reprodução assistida.

Todavia, esta última hipótese não fará parte do enfoque deste trabalho. Isto porque se acredita que a problemática, ainda no campo do reconhecimento de realidades existentes, já demanda dos juristas reflexões profundas. Aliar à questão da filiação e da homossexualidade outra também polêmica, como o é a da reprodução assistida, não encontra ainda um horizonte de compreensão suficiente para serem devidamente ponderados os valores envolvidos.

Acredita-se que as transformações no campo do Direito, principalmente em assuntos como este, não se darão em saltos - um motivo a mais para denunciar as dificuldades atualmente enfrentadas e, especialmente, refletir sobre os “instrumentais jurídicos” na busca de soluções para as questões acima delineadas, é o que se intenta a seguir.

## 5 O Melhor Interesse da Criança no Convívio com a Homoparentalidade

Ainda que relativamente recentes sejam as conquistas frente aos direitos das crianças, elas ganharam um espaço jurídico privilegiado. Textos constitucionais de diversos países, bem como tratados internacionais, voltaram suas preocupações para essa temática. No Brasil, entre outras leis, destaca-se a importância do Texto Constitucional, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente seguindo esse viés.

O referencial legislativo acompanha uma alteração maior dentro do contexto do Direito de Família, que é a centralização valorativa nos filhos, pautando-se na prioridade de seu completo desenvolvimento e a importância da afetividade nas relações paterno-filiais.<sup>4</sup>

“Na milenar proteção da família como instituição, unidade de produção (...) dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.” Na expressão do prof. Gustavo TEPEDINO.<sup>5</sup>

Contudo, a expressão *Melhor Interesse da Criança* apenas anuncia os contornos gerais da normatividade.

Para muitos, trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, o qual possui a função de criar “espaços” de adequação do Direito à realidade social mutante.

Outros ainda destacam que se pode até afirmar tratar-se de uma *cláusula geral*<sup>6</sup> que se espalha por todo o ordenamento jurídico e “contamina” as diversas questões correlatas.

Valores éticos, como o de dar conteúdo ao critério consagrado no Direito comparado Norte-Americano, na expressão *best interest of the child*, tem a vantagem de possuírem alta carga valorativa, mas baixa precisão de aplicabilidade.

Aqui reside a melhor qualidade e a grande dificuldade desta forma de legislar, especialmente em questões como neste trabalho enfocadas, onde o preconceito predomina.

Desta forma, o jurista, como não poderá deixar de ser, traz sua experiência, ponto de vista, conhecimento e tantos fatores complexos para preencher o conteúdo da superior proteção da criança.

Pode, conseqüentemente, o fator da homossexualidade operar como um qualificador potencialmente negativo, informando o aplicador do Direito de modo a, por si só, questionar as habilidades para o exercício dos papéis de pai e mãe.

<sup>4</sup> A centralização do Direito Civil em torno dos valores existenciais vem sendo denominada de personalização e se encontra desenvolvida no trabalho de vários doutrinadores. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*; AMARAL, Francisco, *Direito Civil*: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*.

<sup>5</sup> Grifos nossos, *A disciplina civil-constitucional...*, p. 349.

<sup>6</sup> “É característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, ou seja, ela não dar os critérios necessários para sua concretização, podendo estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.” CANARIS. *Pensamento sistemático...*, p. 142.

Nesse caminhar, as barreiras encontram-se nos valores sociais que se reproduz por meio de vários mecanismos, dos mais expressos aos completamente subliminares, e acabam por influenciar as questões jurídicas.

Há, por assim dizer, uma crença de dano em potencial advindo da ausência de referências de pai e mãe como comumente se apresentam na sociedade. Segundo este pensamento, por não haver idênticas referências comportamentais aos filhos de relações heterossexuais, tal fator é, mesmo isoladamente, capaz de trazer seqüelas de ordem psicológica.<sup>7</sup>

Porém, reconhecer igualmente o vínculo de filiação com homossexuais é outorgar crivo de juridicidade para estes relacionamentos, inclusive estimulando sua efetivação.

Assim, quando se assegura a manutenção de uma relação familiar já existente de fato ou biológica ou a inserção em família substituta, além de atender ao direito a uma convivência familiar, provoca-se o desdobramento de outros importantes direitos como saúde, educação, lazer e cultura, que certamente estarão atendidos de melhor maneira.<sup>8</sup>

O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.

Percebe-se, então, que a busca por reconhecimento jurídico, o qual confira iguais direitos para as questões de filiação relacionada à homossexualidade, não é exatamente contra as legislações, mas sim correlata à sua interpretação, sendo fundamental o papel do jurista. Não se tem propriamente uma proibição legislativa, não se encontram óbices expressos.

Quanto mais se evoluir na questão do afastamento da discriminação existente, por certo mais direitos se alcançarão, o que não depende prioritariamente ou exclusivamente de mudanças na legislação.

<sup>7</sup> "A presumida noção heterossexual de casal e de união necessita ser redimensionada, ampliada, a fim de que o peso das 'pré-compreensões' não interfira na justa aplicação do direito e na leitura normativa" na expressão de SILVA JR., Enézio. *Adoção por ...*, p. 137.

<sup>8</sup> É nesse sentido que atualmente infere-se a expressão poder parental (em substituição ao pátrio poder) nas palavras do prof. MUNIZ; "o poder parental numa família de base igualitária, onde a cooperação substitui a hierarquia, e se acentua o objetivo primordial que é desenvolver a comunhão entre pai, mãe e filhos. Os pais e filhos devem-se mutuamente ajuda, consideração e respeito (respeito à personalidade do outro). As relações entre pais e filhos menores está centrada na idéia de proteção: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A função do poder parental é, portanto, assegurar os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade do filho, o que corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas." *A Família...*, p. 81.

Por isso refletir-se-á, ainda que brevemente, sobre o conhecimento de outras áreas, de modo a que a informação auxilie no afastamento da visão hetero-patriarcal no âmbito do Direito.

## 6 A Evolução do Conhecimento Acerca da Homossexualidade

Justifica-se a menção de alguns pontos importantes que evoluíram em outros campos do saber, no desejo de que o conhecimento afaste a reprodução automática e até inconsciente da discriminação ainda presente.

Esclarece-se, todavia, não se objetivar entender “a razão de um problema”. Ao revés, almeja-se que ao se dialogar com outras áreas revelem-se instrumentais auxiliares na caminhada ao tratamento paritário, até chegar-se o momento em que desvelar a origem da homossexualidade seja tão importante quanto entender o motivo da heterossexualidade.

Inicia-se com uma das principais referências, no que diz respeito à medicina, reveladora de uma nova compreensão sobre a homossexualidade, qual seja, a sua retirada do rol das perturbações mentais, em 1973, pela Sociedade Americana de Psiquiatria. No Brasil, o Grupo Gay da Bahia liderou um movimento que culminou, em 1985, com a retirada do então dito homossexualismo e do enquadramento como “desvio e transtorno sexual”.<sup>9</sup>

Nesse mesmo sentido, merece ser frisada uma resolução do Conselho Federal de Psicologia de março de 1999; essa, ainda que mais recente, enfrenta frontalmente a questão e apresenta primoroso conteúdo ao estipular, entre outros, a determinação de que os psicólogos devem contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra quem apresenta comportamentos e práticas homoeróticos.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Outras informações sobre o embate envolvido neste fato encontra-se em nosso outro trabalho: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre...*, pp. 34 e ss

<sup>10</sup> Ainda segundo essa resolução: “(...) Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade; considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão; considerando que há na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente; considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com o seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações; RESOLVE: Art. 1.º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade... Art. 3.º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades (...).” (Sem grifos no original).

Por outra via, na tentativa de se traçar um referencial numérico no sentido de determinar o percentual das pessoas com diversa orientação sexual, várias pesquisas foram efetuadas e os resultados são próximos.<sup>11</sup> Apesar de serem escassos os dados nacionais, uma pesquisa do Datafolha afirma que 14% dos homens e 5% das mulheres admitiram já ter tido relações homossexuais.<sup>12</sup> Segundo estimativas do Ministério da Saúde, elaboradas para traçar políticas de prevenção contra a Aids, o Brasil tem 3,04 milhões de homens entre 15 e 59 anos que fazem sexo com outros homens.<sup>13</sup>

Pertinentemente à origem da homossexualidade, diversas pesquisas apresentam causas diferentes. Destaque merecem as palavras de Andrew SULLIVAN no que se refere a busca das razões da orientação sexual: “para uma pequena minoria de pessoas, desde a mais tenra idade, a homossexualidade é uma condição essencialmente involuntária que não pode ser negada nem permanentemente reprimida. É função tanto da natureza como do ambiente, mas as forças ambientais se formam tão cedo e são tão complexas que equivalem a uma condição involuntária. É ‘como se fosse’ uma função da natureza.”<sup>14</sup>

Portanto, não desejando simplificar o assunto, pois o mesmo parece dar-se de forma multifatorial, mas tão-somente delineando a questão, sucinta e resumidamente podem-se destacar as linhas hormonais, biológicas e comportamentais.

Centralizado no fator hormonal se encontra o trabalho de DÖRNER, realizado com ratos. Conclui que a androgenização pré-natal insuficiente do sistema nervoso central conduz a uma diferenciação parcialmente feminina do cérebro, e, portanto, à homossexualidade masculina; e que um excesso de andrógenos na mesma etapa direciona à origem da homossexualidade feminina.

Dentro da linha genética, encontra-se o trabalho de KALLAN, quem afirma que em todos os casos de gêmeos monozigotos, quando um deles é homossexual, o outro também o é. Essa concordância não se encontra nos falsos gêmeos.<sup>15</sup> Seguindo essa linha, Simon LEVAY pesquisou uma parte da estrutura do cérebro em especial, IN3HA, a qual estaria correlacionada com a homossexualidade masculina, estabelecendo, por con-se--guinte, um determinismo biológico.<sup>16</sup> O cientista inglês

<sup>11</sup> O extrato de tais pesquisas encontram-se em nosso outro trabalho: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre...*

<sup>12</sup> “Relatório Folha da sexualidade brasileira”, em *Caderno Mais*, Folha de S. Paulo, 18 de janeiro de 1998, pp. 4-11.

<sup>13</sup> Folha de S. Paulo, *Caderno Cotidiano*, São Paulo, 21 de maio de 2002, p. 03.

<sup>14</sup> Praticamente normal, p. 144.

<sup>15</sup> Citação presente em BADINTER, Elisabeth. *Sobre a identidade masculina*, p. 111.

<sup>16</sup> Para um melhor aprofundamento e uma melhor análise crítica dessa pesquisa: WARDLE, Lynn. *A critical analysis (...)*, p. 49. Sobre esta pesquisa Napoleão DAGNESE afirma: “as levas de cadáveres disponibilizados com o advento da AIDS, possibilitaram que a ciência ampliasse suas pesquisas em humanos, levando algumas pesquisas a concluir que a região do hipotálamo denominada NI3HÁ é duas vezes menores nas mulheres e homossexuais que nos homens heterossexuais (...)



George HAMILTON pesquisou o comportamento dos macacos e concluiu estar a homossexualidade presente não só entre os primatas, mas também em inúmeros animais mamíferos. O biólogo americano Bruce BAFEMIHIL concluiu pela presença da homossexualidade e pela vasta diversidade de comportamentos sexuais entre os bichos. Ainda seguindo essa linha, BECKER considera haver, em quase todas as espécies de mamíferos, relações sexuais entre exemplares do mesmo sexo.

Na linha comportamental, pode-se destacar o pensamento de FREUD, o qual considera a homossexualidade como uma variação da função sexual provocada por certa interrupção do desenvolvimento sexual.

Ainda que dispares os resultados, as pesquisas ajudam a compreender que não seria a homossexualidade exatamente uma escolha, tendo em vista que ela não resulta de um livre arbítrio. Assim, preferir-se o termo orientação sexual em detrimento da expressão opção sexual.

Especificadamente no que diz respeito à relação de homossexualidade e filiação, pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que

*"não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos ego-destrutivos prejudiciais à comunidade'. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais".<sup>17</sup>*

Alguns problemas que poderão surgir na criança como reflexo da homossexualidade de seus pais está diretamente imbricada ao ainda atual estágio do preconceito social. Quanto mais se evoluir na temática e se ganhar visibilidade, mais facilmente se encontrará estas possíveis relações afetivas.

Contudo, mais relevante do que isto parecem ser as peculiaridades do caso concreto, ou seja, como os protagonistas de suas histórias se encontram, a personalidade de um ou dois parceiros homossexuais concretos e suas habilidades de

Alertas para os perigos potenciais de explicar o comportamento humano através da genética lembram os defeitos da ultra-simplificação ou do reducionismo de explicações, a despeito da intrincada realidade dos seres humanos. Por exemplo, tomemos os preconceitos gerados pela crença de anatomistas do início do século de que as disposições sociais de então eram justificadas pelas medições de cérebros distintas entre brancos, negros e mulheres (...). *Cidadania no armário...*, p. 43.

<sup>17</sup> WALD, Michael S, REYNOLDS, Jackson. "An analysis of proposition". Apud GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas...*, p. 143.

se relacionarem com as necessidades infantis e a capacidade de enfrentar diversas dificuldades da vida em relação à sociedade, e não exclusivamente as questões advindas da orientação homossexual.

Não se deve considerar a orientação sexual como elemento depreciativo da conduta do sujeito, uma vez que tal fator é determinante de sua personalidade. Do mesmo modo, há o respaldo de outros campos do saber onde se afirma não haver prejuízos à personalidade das crianças em razão de sua convivência com homossexuais. No mesmo caminho, os avanços da ciência estão a informar um novo horizonte de conhecimento sobre a temática, colocando-a em outro patamar de compreensão.

### **7 As Conquistas no Plano dos Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do Mesmo Sexo**

No que se refere aos efeitos jurídicos entre as pessoas do mesmo sexo, largos passos já foram dados na caminhada em busca da paridade de tratamento para com as demais formas de entidades familiares.

Se primeiramente excluídos estavam de seus direitos, hoje vislumbramos amplas conquistas. As recentes decisões que visualizam de forma igualitária a união homoafetiva, atribuindo-lhe as regras próprias do Direito de Família, utilizam-se da analogia com a união estável, na ausência de lei específica. Outras que aproximam a homossexualidade da sociedade de fato têm o mérito de conceder, em parte, os efeitos jurídicos almejados. Não desvelam, no entanto, a real nota de tais uniões, que é o afeto.

Naquilo que tange ao tema específico da adoção por homossexuais, o Estado do Rio de Janeiro merece destaque, pois, uma vez preenchidos os requisitos necessários do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude vem concedendo as adoções àqueles que não ocultaram a sua homossexualidade - ainda que tortuoso o campo da pesquisa na temática, tendo-se em vista o dever processual determinador do Segredo de Justiça.

Ao lado da jurisprudência, a doutrina vem procurando trazer contribuições ao assunto.<sup>18</sup> Quanto aos costumes sociais, também se denotam mudanças que provavelmente estão ligadas à contribuição de várias áreas do conhecimento, bem como o relevante trabalho dos movimentos homossexuais com seus protagonistas - os quais corajosamente expõem sua vida privada em prol do esclarecimento social e da luta contra a marginalização.

<sup>18</sup> O pioneiro livro de Maria Berenice DIAS, *União homossexual ...*, a obra de Roger Raupp RIOS, *A homossexualidade no direito*; artigos do prof. Fachin, *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*, do pres. do IBDFam Rodrigo da Cunha Pereira, *União de pessoas do mesmo sexo*, e do des. José Carlos GIORGIS, *Natureza jurídica da relação homoerótica*, merecem destaque.

Apontando-se as conquistas realizadas, não se quer olvidar o estigma ainda enfrentado; o assassinato de homossexuais, por exemplo, apresenta dados alarmantes.<sup>19</sup> Contudo, podem-se pontuar extremos: de um lado, a violência que as pesquisas demonstram, e, de outro, vários direitos sendo realizados - de modo que, com pés fincados na realidade, podem-se ter os olhos na utopia de um horizonte realmente igualitário.

Em relação à legislação o plano é mais complexo. Recorde-se que o projeto n. 1.151 da então deputada Marta Suplicy é de 1995, sendo seu substitutivo apresentado em 10 de dezembro de 1996, figurando como relator o então deputado Roberto Jefferson. Nas audiências públicas realizadas, as discussões levantadas pelos opositores se resumiram à questão moral e religiosa.

O modelo do mencionado projeto é de parceria registrada. Portanto, a formalidade está presente. Então, se tomada em sua literalidade, não haveria tutela daqueles que de modo fático convivam afetivamente nos moldes familiares. A maior parte dos países que já legislaram sobre o assunto igualmente seguem na direção da necessidade de formalizar-se a união, excetuando-se, por exemplo, Portugal. Por esse e outros motivos que desdobram o objeto deste trabalho, os juristas têm se posicionado de maneira a não se restringirem ao conteúdo do projeto.<sup>20</sup>

Deve-se mencionar ainda outro aspecto: o legislador projetista proíbe de forma expressa o direito de filiação exercido em conjunto pelos parceiros. Não se permite pela literalidade do texto, então, o ingresso do casal homossexual em relações jurídicas de adoção, guarda, tutela da união que se encontrar registrada de acordo com as diretrizes nesta proposta delineadas.

Não obstante, tal proibição encontra-se justificada na tentativa de primeiro se solidificarem algumas conquistas jurídicas, na busca da superação dos preconceitos existentes. Foi, de certa forma, uma estratégia imaginada há dez anos, para se iniciar as conquistas de modo a percorrer-se aos poucos um caminho de sucessivos direitos, objetivando-se a plena igualdade para com as demais entidades familiares.

Todavia, nem mesmo assim tal projeto consegue mobilizar nosso Congresso Nacional, encontrando enorme resistência.

Verifica-se, do mesmo modo, a crescente conquista legislativa em outros países. Menciona-se, nesse aspecto, um princípio de transformações nos países mais distantes de nossa cultura, tais como: Dinamarca, Suécia, Suíça, Holanda, Noruega e Finlândia.

<sup>19</sup> Para melhor esclarecimento sobre o assunto. MOTT et alli. *Violação...*

<sup>20</sup> Conforme Maria Benecite DIAS: "Esse projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identificado como regulador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que se romperem sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa." *Efeitos patrimoniais...*, p. 294. Sobre o assunto Álvaro Villaça de AZEVEDO sugere a necessidade do registro do contrato de parceria entre homossexuais tão-somente para valer perante terceiros. *União entre...*, p. 153.

Mas as transformações seguem seu curso: França, Portugal, Alemanha e recentemente Espanha também reconheceram normativamente as parcerias homossexuais. A experiência da cidade de Buenos Aires igualmente merece ser destacada.

No que se refere especificadamente à adoção a Holanda mais uma vez se destaca. Desde em 1º de Abril de 2001, três anos depois da primeira legislação sobre união homossexual, concede aos homossexuais o direito de usufruírem do mesmo instituto matrimonial. Concomitantemente à abertura ao casamento, possibilitou-se, depois de três anos de convivência o direito de adotar crianças.

A Espanha, no corrente ano, reconheceu a união homossexual, surpreendendo dado ao avanço acerca da possibilidade de adoção. Ainda que não tão verificável, há casos de uma criança adotada, por “casal” homossexual nos Estados Unidos.<sup>21</sup>

Destarte, várias decisões tutelam a união homossexual como família, aplicando por analogia a legislação concernente à união estável. O INSS já possui resolução para conferir aos parceiros do mesmo sexo pensão por viuvez. O Conselho Nacional de Imigração editou, em 2003, uma resolução administrativa por meio da qual o Brasil passou a reconhecer, para efeito de concessão de vistos, a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que comprovada a união estável.<sup>22</sup>

Seguindo essa ordem de idéias, novamente atual faz-se o pensamento do professor FACHIN, quando afirma: “a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação.”<sup>23</sup>

Portanto, podem-se vislumbrar os passos largos dados no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ainda necessário se faz avançar nas reflexões, de modo que a produção de efeitos jurídicos não se resuma ao vínculo familiar dos parceiros, estendendo-se para a inclusão das questões relativas às crianças já envolvidas afetivamente ou mesmo para a possibilidade de adoção plena.

## **8 O Direito das Crianças em Ter Reconhecimento Jurídico de sua Vinculação com Homossexuais**

Negar a possibilidade de uma criança ou mesmo um adolescente reconhecer juridicamente sua situação familiar já constituída pelos laços do afeto e convivência próprios das famílias - nos casos de guarda, tutela, visita, parceiros dos pais biológicos do mesmo sexo, filiação “de fato” ou mesmo irregular já vivenciada - parece não atender aos parâmetros do atual Direito de Família - o qual prima pelo valor jurídico do afeto.

<sup>21</sup> Para melhor análise verificar: GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas...*, p. 144.

<sup>22</sup> Conforme informa a Secretaria Especial de Direitos Humanos .

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 55.

Não se pode manter a reprodução das discriminações aos homossexuais, principalmente quando tal postura é contrária à realidade afetiva das crianças envolvidas, que merecem um tratamento privilegiado na busca de seu melhor interesse.

O paradoxo não é sustentável, qual seja, os valores preconceituosos podem informar o conteúdo do melhor interesse da criança e, desse modo, não contemplar os efeitos próprios de filiação em relação ao sujeito homossexual – sendo que tal exclusão pode importar prejuízos àqueles cujos interesses pensou-se em se defender. Isto porque a vida, na sua complexidade, segue seu curso e várias crianças exercem relações familiares com homossexuais, mesmo que à margem das regras jurídicas. Esta exclusão por consequência atinge justamente aqueles que deveriam estar tutelados de forma privilegiada.<sup>24</sup>

No que respeita especificadamente à adoção, a possibilidade dos homossexuais adotarem pode atender às necessidades emocionais das crianças, de modo a que apresentem melhores condições ao desenvolvimento de suas personalidades.

É comum referir-se ao eventual problema de que o preconceito à homossexualidade poderia se estender às crianças, as quais no seu meio social sofreriam o estigma de seus pais.

Contanto, deve-se considerar que muitos homossexuais convivem com crianças pelos motivos dos mais diversos, e, se alguma dificuldade surge, não parece serem elas determinantes na vida dessas crianças, segundos as pesquisas antes mencionadas.

Ao revés, vários estudos demonstram que o convívio coletivo das crianças em instituições próprias, por melhor que sejam e reconhecendo-se o esforço de muitos dos profissionais que a elas se dedicam, denota dificuldades de diversas ordens.<sup>25</sup>

Nas palavras de Maria Berenice DIAS: “Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos.”<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Como referido anteriormente, outra linha de argumentação também sustentável e harmoniosa com os valores do Direito de Família contemporâneo afirma o direito subjetivo dos homossexuais do desenvolvimento e proteção de suas entidades familiares. Alguns juristas defendem, coerentemente, ser assegurado o direito à paternidade como um direito subjetivo decorrente da não discriminação do sujeito homossexual, sua dignidade, o livre desenvolvimento de sua personalidade. Neste sentido, destacamos a obra de Viviane GIRARD. *Famílias Contemporâneas*....

<sup>25</sup> “Por mais que a paternidade seja uma questão de função, é preciso ter presente que a criança passa por fases do desenvolvimento que são quase decisivas para toda a vida, influenciando consideravelmente na personalidade. É um aspecto preocupante que nos leva a refletir sobre a situação da criança adotanda que fica muito tempo sem mãe (...) A realidade é que muitos adotandos ficam nas instituições e hospitais, esperando que alguém se interesse pela adoção, que muitas vezes se efetiva com atraso, e a criança já foi prejudicada na sua esfera psicológica e afetiva”, na expressão de MOOR, Fernanda Stracke. *A filiação*..., p. 158.

<sup>26</sup> *Adoção homoafetiva*, p. 4

Possibilitar às crianças, sem acolhimento individual, o acesso à família é atender a diversos de seus direitos fundamentais, como educação, alimentação qualificada, lazer e principalmente o afeto personalizado, especial zelo, o qual é fundamental para sua constituição enquanto pessoa.

Apesar de se evidenciar a forte conotação humanitária, não se deseja, neste aspecto, desenvolver apologia do altruísmo do ato de adotar. Apenas se deseja clarificar que, se atendidos os requisitos próprios da adoção, não é o fator isolado da homossexualidade quem será um não atendimento ao melhor interesse da criança.

Se dificuldades podem surgir no convívio social, e não se pode também afastar de antemão que problema nenhum ocorra, crê-se que mesmo assim melhor estará a criança se vinculada a um ambiente familiar do que nas casas de abrigos para crianças abandonadas.

E mais do que isso é dizer: não se pode excluir um rol de pessoas, as quais poderiam ser habilitadas para adoção, pelo simples fato da homossexualidade, não só pela discriminação ao sujeito ou par homossexual, mas principalmente pelo não atendimento ao superior interesse das crianças de terem uma família, algo essencial ao desenvolvimento da personalidade humana.

Dado as especificidades que as reflexões em torno da adoção geram, dedicar-se-ão as próximas linhas ao desenvolvimento de algumas outras argumentações que lhe são próprias.

## 9 Adoção por Homossexuais

Na bela expressão de nosso presidente do IBDFam: “Em última análise do todos os filhos são adotados”. Com essa citação se objetiva evidenciar que o afeto não deriva simplesmente dos laços da biologia, o acolhimento afetivo do filho é um processo importante e acredita-se ser da convivência que brota essa sublime forma de amar.

Se muitas discussões há em torno da educação das crianças, um consenso existe: as crianças e adolescentes necessitam de uma ambiência familiar para poderem plenamente se desenvolver.

Nas instituições em que se procuram suprir as necessidades infantis, por melhor que sejam, sempre se tem uma forma de criação coletiva, despersonalizada, não garantidora do necessário tratamento individual, que melhor se configura na família substituta.

Nesse sentido, vários são os relatos do menor e menos qualificado contato humano dispensado às crianças sob o cuidado coletivo das chamadas “unidades de abrigo”. Esse fato comumente se traduz em certa apatia e dificuldades relacionais.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Para maiores reflexões consultar Viviane GIRARD, *Família contemporâneas...* pp. 107 e ss.

Os estudos de várias áreas científicas são unânimes em revelar que a falta de relações afetivas propriamente familiares, a despeito de todos os esforços das instituições especializadas, é prejudicial às crianças.

Amar e ser amado, sonhar juntos, sentir-se importante e importar-se com o sentimento de seus familiares são cimento para a personalidade do ser em formação. E mesmo os pequenos nós dessa jornada são necessários. Isto porque a família não constitui apenas o ninho de proteção e desenvolvimento, também na complexidade das relações, nos “nós” deste convívio, formam-se vários elementos que nos caracterizam.

Deve-se não imaginar apenas um horizonte meramente utópico, onde se encontram somente elementos positivos. As famílias, qualquer que seja seu modelo, apresentam-se em sua complexidade - sendo que os elementos desabonadores acabam cedendo frente à preponderância do afeto, da solidariedade e realização de seus membros.

Todavia, algumas crianças estão potencialmente perdendo o direito de ter uma família substituta, devido ao não igualitário tratamento deferido aos homossexuais nas questões relativas à adoção, como agora se passará a refletir.

Percurso menos tortuoso é o da adoção por um sujeito homossexual, isoladamente. Isto porque nosso ordenamento jurídico permite a adoção por solteiros e, na medida em que não proíbe expressamente adoção em razão da orientação sexual do adotante se sustenta a sua possibilidade.

Dessa maneira, por exemplo, a 1ª. Vara da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro tem mantido um procedimento não discriminador e tem habilitado homossexuais em seu cadastro de adotantes, bem como deferido várias adoções aos sujeitos homossexuais. Mesmo quando há recurso impetrado pelo Ministério Público, a Segunda Instância vem confirmando o tratamento de inclusão, prevalecendo a oportunidade de se oferecer família substituta às crianças.<sup>28</sup>

Então, pode-se afirmar que grande avanço já foi sentido nessas questões, pois, mesmo não se ocultando a orientação sexual do candidato à adoção, podem-se verificar várias decisões conferindo a formação da família substituta monoparental.

Muitas das mencionadas sentenças expressamente fundamentam que não há descumprimento do melhor interesse da criança pelo simples fato da homossexualidade do adotante, apóiam-se à análise da equipe multidisciplinar nos argumentos utilizados.

Dificuldade maior encontra a adoção conjunta realizada por parceiros homossexuais. Neste viés, aqueles que vivem unidos afetivamente com solidariedade e estabilidade próprias das relações familiares poderiam adotar e ambos estabeleceriam os vínculos jurídicos desta filiação, pois, no plano fático, estabelecem-se as convivências afetiva e social também de forma conjunta.

<sup>28</sup> Para outras informações consultar: GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas....* pp. 129 e ss.

Se porventura um sujeito sozinho adota e convive numa união homossexual, possivelmente seu parceiro desenvolve os papéis inerentes à parentalidade. Apresenta-se, desse modo, toda uma gama de privilégios afetivos e vivenciais, dado o acompanhamento do desenvolvimento da criança ser exercido de forma conjunta - o que lhe é um grande acréscimo emocional. Ambos somam-se nos esforços necessários e comungam a realização pessoal.

Todavia, destaque-se mais uma vez que, quando não há o reconhecimento jurídico, ocorre um prejuízo ao filho adotado por homossexual, pois os eventuais efeitos jurídicos pretendidos não se operam automaticamente em razão da ausência da formalidade de um dos parceiros.

Deste modo, se tomado o ponto de vista da criança, o melhor atendimento ao seu interesse se tem na modalidade conjunta. Assim, por exemplo, no que se refere ao plano material, pode vincular-se ao plano de saúde, herdar, ter direitos a alimentos, receber pensão em caso de morte de ambos, entre outros.

Vários são os aspectos positivos, porém não se desconhecem as dificuldades a serem enfrentadas. Parece que o estigma social aumenta ao se imaginar uma certidão de nascimento com duas menções às mães e nenhuma no campo paterno, ou duas indicações aos pais e ausente a materna. Rompe-se, nessas hipóteses, com referenciais os quais aliam-se a fatores morais, os de ordem técnico-formal.

### **10 A Obtenção do Direito do Adotante aos Laços de Biparentalidade Homossexual Mediante Construção Sistemática**

Defender o tratamento jurídico de uma situação tida como de fato ou excluída não é propriamente uma novidade. Vários são os exemplos de “construção” de soluções jurídicas para determinados casos concretos, os quais não se encontram tutelados em lei específica, principalmente nas relações familiares.

O prof. MUNIZ, nesse sentido, afirma estar-se diante de um verdadeiro Direito Judicial de Família, pois é esse poder que frente às injustiças da não regulamentação primeiro anuncia e elabora as mudanças, só após incorporadas pela legislação.

Porém, a força criativa da jurisprudência não brota isoladamente. São várias as fontes de Direito a interagir numa concepção dinâmica, afastando-se da tipicidade própria do pensamento positivista.

Seguindo essa ordem de idéias, acredita-se que o tema aqui tratado possui contexto suficiente, mesmo para adoção por “casais” homossexuais, de modo a se consagrarem os efeitos jurídicos almejados.

Tal panorama jurídico é consoante com os princípios norteadores do atual Direito de Família (dignidade, igualdade, liberdade, privacidade, afetividade, vedação de discriminação de qualquer ordem), núcleos axiológicos irradiadores e unificadores do atual sistema jurídico.



Mais especificadamente, colhe-se também do Direito Civil-Constitucional uma tendência defendida por tantos autores, a absoluta prioridade à criança,<sup>29</sup> o princípio da igualdade entre os filhos<sup>30</sup> e a especial proteção à família.<sup>31</sup>

O princípio da igualdade, nesse aspecto, ganha especial relevo quando a extensão de direitos, derrubando as barreiras da discriminação injustificada, coaduna com o melhor interesse das crianças.

Igualmente, o texto Constitucional de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente apresentam-se como um sistema aberto, de modo a dialogar com as transformações sociais.

A complementar a fonte normativa e jurisprudencial, os costumes vêm aos poucos reconhecendo este fato social antes marginalizado, e a doutrina igualmente tem trazido sua contribuição.

Do mesmo modo, se vista a legislação específica, não se encontram óbices expressos à adoção por “casal” ou sujeito homossexual.<sup>32</sup>

Interessante também mencionar que, coerentemente, tais regulamentações apresentam-se cercadas de conceitos indeterminados, tal como “ambiente familiar adequado”, de modo que a sua concretização deve se dar no caso específico. Necessita-se de sensibilidade com as peculiaridades da realidade do universo de uma criança determinada bem como do(s) candidato(s) à adoção.

Dessa maneira, a família substituta pode ser avaliada em suas condições econômicas e ambientais, levando-se em consideração as particularidades presentes - de modo a que os profissionais da sociologia ou psicologia possam auferir, a partir dos dados da realidade, o melhor interesse da criança.

Ou seja, não se pugna genericamente pela adoção por par homossexual. Da mesma forma que nos relacionamentos heterossexuais, a atenção deve voltar-se principalmente ao devido cuidado na avaliação das habilidades dos candidatos à adoção.

<sup>29</sup> Art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação (...) e à convivência comunitária”.

<sup>30</sup> Art. 227, par. 6º da CF/88.: “ Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidos quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Art. 20 do ECA:

<sup>31</sup> Art. 226 caput da CF/88: “ A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Artigo 29: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.” Pertinente ressaltar suas diretrizes hermenêuticas Artigo 6º: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

<sup>32</sup> Os seguintes dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente corroboram as idéias acima defendidas: Artigo 43: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” Artigo 5º, par. 2º: “Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 29.”

Recorde-se de que o procedimento da adoção divide-se em duas fases, quais sejam, a habilitação do(s) adotante(s) e sua decretação judicial. Se a criança ainda não estiver convivendo com o(s) adotante(s), inicia-se o contato entre eles, passando-se para o estágio de convivência, o qual tem o período de duração estipulado pelo juízo, respaldado pelos laudos sociopsicológicos interdisciplinares.

Portanto, para aquele sujeito ou aqueles parceiros homossexuais que desejam adotar, pode ser atestada sua idoneidade asseguradora do melhor interesse da criança mediante os referidos laudos durante o estágio de convivência.

Caso houver algum motivo de receio em relação ao candidato, de qualquer orientação sexual, acerca de suas condições de exercer a tão nobre função paterno-maternal, pode-se sempre imaginar um período mais longo do estágio de convivência, de modo a se afastarem as dúvidas eventualmente existentes.

Conseqüentemente, busca-se que a conclusão acerca da concessão da adoção seja efetuada por meio de análise de dados concretos, os quais a equipe multidisciplinar teria instrumentos para avaliar, e não conjecturas sobre a reprodução de valores pejorativos quanto às questões da homossexualidade.

Defende-se, então, a não sistemática exclusão da possibilidade de adoção conjunta por parceiros do mesmo sexo (ou mesmo de um sujeito homossexual) em razão das barreiras as quais não ultrapassam os limites dos esteriótipos, de modo a se ocultar o real melhor interesse das crianças envolvidas.

Não se pode em nome da reprodução dos preconceitos existentes excluir as crianças do direito de receberem auxílio emocional e financeiro de ambos os pais, ou de não lhe possibilitarem o ingresso em uma família monoparental.

Se tomado nosso ordenamento na sua lógica sistemática e axiológica, constrói-se a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar - a qual merece tratamento paritário aos demais modelos existentes.

Desse modo, pode-se afirmar que o atual estágio das transformações na temática - quer no âmbito jurídico, quer nas demais ciências, bem como sua melhor aceitação social - apresentam um contexto onde a adoção por "casal" homossexual mostra-se como o próximo passo em busca da ausência de discriminação.

## **11 A Filiação Sócio-Afetiva e União Homossexual**

Mesmo se almejando prioritariamente a plena igualdade, outros institutos podem ser necessários durante o caminhar dos avanços jurídicos, em razão de sua sintonia com as questões aqui tratadas, como é a noção de socioafetividade.

Parte-se do pressuposto, de que, mesmo em parcerias estáveis entre pessoas do mesmo sexo, apenas um de seus membros busque a adoção nos dias correntes. Tendo em vista as progressivas conquistas no campo da adoção de solteiro

homossexual, pode o adotante ser um parceiro apenas, ainda que a decisão e o exercício sejam conjuntos. Isto porque dessa forma encontra-se melhor abrigo do Direito, no atual estágio de nossas decisões.

Então, apenas um dos parceiros estabelece o vínculo formal de pai ou mãe e filho, sendo que, frente ao outro, desenvolve-se uma relação afetiva aos moldes familiares. Entretanto, há um correspondente reconhecimento jurídico imediato.

Contexto semelhante encontra-se nos casos em que um sujeito homossexual vive com seu filho biológico, bem como com seu parceiro do mesmo sexo. São muitos os homossexuais que, após relações heterossexuais das quais possuem filhos biológicos, passam a conviver com parceiros do mesmo sexo, estando, muitas vezes, também com a guarda de seus filhos.

Igualmente, nestes casos, pode-se estabelecer uma relação de filiação dita de fato entre o parceiro dos genitores e o filho biológico. A relação afetiva é algo que se constrói e muitas vezes a convivência diária faz dos parceiros dos pais verdadeiros referenciais parentais para esta criança. O amor entre pais e filhos independe de orientação sexual e não se resume aos laços de sangue.

Alguns casos ganham notoriedade, como o do filho da cantora Cássia Eller, que convivia com a parceira de sua mãe, a qual, após a morte da mãe biológica, conseguiu a guarda da criança.

Mesmo aqueles que convivem com crianças e que por diversos motivos, dentre eles o receio do preconceito, não formalizaram uma adoção, apesar de vivenciarem propriamente uma relação de filiação, não devem ser excluídos de seus direitos, vislumbrando-se o melhor interesse da criança.

Assim, a noção de posse de estado de filho e mais especificadamente a dita filiação sócio-afetiva podem representar um papel relevante nas questões concernentes à filiação e homossexuais. Isto porque se vem reconhecendo juridicamente, em especial na doutrina e na jurisprudência, que os vínculos biológicos não são determinantes, pois a relação de filho evidencia estar estabelecida, sobretudo, na construção do afeto.

Atenção, cuidado, zelo, olhar amoroso cotidiano vão estabelecendo aquele acolhimento próprio da noção de lar, ninho e abrigo, ou seja, família. No dia-a-dia estabelece-se esse caminho de duas mãos que é a relação paterno-filial ou materno-filial.

Vencido o estrito enquadramento dos filhos derivados da presunção da paternidade, impondo-se muitas vezes uma verdade apenas jurídica, alcançada a revelação da quase-certeza da verdade biológica por exames de DNA, chega-se o momento de desvelar que essas noções não bastam - pois não enxergam algo determinante à questão: sentir-se pai, exercer o papel de mãe, ter todos os sentimentos próprios de filho.

Nas relações sociais procuram-se atribuir signos para indicar essa realidade. Costuma-se referir, por exemplo a “filho de criação” e “filho do coração”.

Destarte, a idéia de *posse de estado de filho* pode auxiliar na reflexão. Essa noção se desenvolveu prioritariamente na doutrina,<sup>33</sup> sendo aceita na jurisprudência e verificada na interpretação sistemática do atual Código.<sup>34</sup>

A trilogia nome, tratado e fama informa a visão tradicional do instituto, o qual busca mediante esse conjunto de fatores estabelecer através de presunção o vínculo da filiação. Isto porque na construção de uma relação afetivo-filial muitas vezes os genitores transmitem seu nome ao filho e mais do que isso se comportam, quer na ambiência privada (tratado) quer publicamente (fama), na qualidade parental.

No entanto, a leitura mais contemporânea indica a não necessidade do cumprimento exato dos três elementos, pois outros fatos poderão complementar o efetivo sentido - sendo os elementos mencionados símbolos importantes, mas não determinantes<sup>35</sup> da sua configuração.

Por exemplo, ao cuidar do alimento, saúde e educação, uma pessoa se coloca no lugar estrutural da personalidade de seu filho, e o Direito tenta apreender os sinais exteriores de uma experiência profundamente íntima e emocional.

De tal sorte a chamada *posse de estado de filho*, e mais especificamente a denominada filiação sócioafetiva, vem ocupando posição de destaque nas reflexões contemporâneas de Direito de Família. “Sem um padrão que imponha modelos preestabelecidos, o que se encontra é mais uma união de afeto e menos uma junção parental esquemática e fria.”<sup>36</sup>

Tomada a realidade social atual, estas noções ficam em evidência nas chamadas famílias recompostas, quais sejam, onde se figuram padrastos, madrastas e enteados, que fundam na vivência sua relação, independentemente dos laços de sangue, tanto quanto em situações de adoções irregulares, onde, por exemplo, marido e mulher registram filho biológico de outrem como se seus fosse, e assim desenvolvem sua convivência, entre outras possibilidades.

Busca-se, nesse momento, evidenciar que, nas questões relativas às uniões homossexuais, as noções acima delineadas cumprem importante papel como instrumentos aptos a exercerem a tutela das crianças. Isto porque ao se deparar nos casos concretos com crianças em convivência aos moldes de filiação, mas não tendo sua formalidade declarada (quer por dificuldade de adoção por “casal” homossexual, quer por parceria com pai biológico, etc), pode-se recorrer para o reconhecimento da filiação sócio-afetiva estabelecida.

<sup>33</sup> Destaque-se aqui os trabalhos de FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade bem como Estabelecimento da filiação...*

<sup>34</sup> Artigo 1605, II; artigo 1593, artigo 1596, artigo 1597, V.

<sup>35</sup> “Trata-se de um dado da existência, de um elemento de fato, e é tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida que se mostra em constante mutação.” FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 69.

<sup>36</sup> Nas palavras de FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p. 60.

Consequentemente, qualquer que seja a filiação - biológica, dentro ou fora do casamento, adotiva ou sócioafetiva -, não se pode negar o direito de ver declarada a parentalidade da criança envolvida, independentemente da orientação sexual de seu pai. Até porque essa negação seria, além de contrária à realidade da força dos laços construídos, também inconstitucional, pois se todos os filhos são iguais e se a filiação sócio-afetiva tem recebido tutela, não se pode excluir do filho um direito em razão de um atributo de personalidade de seu pai.

Portanto, o desenvolvimento da noção de filiação sócio-afetiva tem sido um dos pilares do Novo Direito de Família, a pretender maior comunicação com as relações socialmente relevantes e seus efeitos jurídicos, podendo vir a exercer importante função, ao lado de outras possibilidades, para a relação de parentalidade e filiação nas famílias homossexuais.

### Conclusão

A sociedade contemporânea depara-se com assuntos que só agora ganham visibilidade, e, não raramente, do estranhamento das situações não habituais vem o desejo de “afastar o que não se conhece”.

A reprodução dos valores preconceituosos ocorre muitas vezes de forma inconsciente, velada e sorrateira. Contrariamente, a mudança requer de esforço, uma postura ativa, de reflexão, de revisão de pontos de vista antes adotados e necessidade de encarar o novo, sem medo de enfrentar o inusitado.

Se antes sequer imaginadas, devido ao grau de ocultamento, hoje as questões de filiação e homossexualidade são uma realidade concreta ou ao menos potencial, caminhando à procura da ponderação de princípios adequados e não reprodutoras de valores ultrapassados. É uma forma do reconhecimento do Direito em movimento.

A despeito das dificuldades enfrentadas, a utopia de uma sociedade justa, fraterna e igualitária nos alimenta, dá forças a continuar a perseguir um Direito sem excluídos, em um país onde o acesso à justiça ainda não é para todos.

É que o sonho também comanda a vida.

## Sistema Penal, Controle Social e Direitos Fundamentais. Reflexões sobre as Penas e Medidas Processual-Penais Alternativas

Eliezer Gomes da Silva\*

**Resumo:** O presente artigo, de cunho viés crítico-comparativo (notadamente pelo cotejo analítico e a reflexão empreendidos acerca das inovações na legislação penal brasileira à luz de certas tradições, teorizações e práticas penais criminológicas e político criminais de países da *Common Law*, notadamente a experiência britânica) procurará explorar as contingências sociais, políticas e econômicas que permeiam a expansão dos chamados substitutivos penais (penas e medidas processual-penais alternativas), sua coexistência contraditória e simbiótica com a expansão e recrudescimento do sistema penal ("net-widening"), os conflitos entre um modelo de justiça penal "negociada" e a observância das garantias e direitos fundamentais no tocante ao legítimo exercício do direito de punir, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como norte de redução do grau de discricionariedade na aplicação dos substitutivos penais e, por fim, discutirá até que ponto a propalada revalorização da vítima pode se considerar contemplada com as reformas legislativas realizadas (leis 9099/95 e 9714/98) e se estas são plenamente compatíveis com a filosofia político-criminal conhecida como "justiça restauradora".

**Abstract:** Alternative, community penalties: a critical and comparative approach (Common Law and Brazilian systems). The article explores the social, political and economic inputs to contemporary penal policies, its challenges, contradictions, dilemmas and perspectives. The risks of "net-widening". "Negotiated" criminal justice and potential violation of constitutional rights. Alternatives penalties, social control and "just deserts" (proportionality). Due consideration to victims and restorative justice: perspectives and realities.

**Palavras-chaves:** Penas alternativas. Substitutivos penais. Alternativas à prisão. "Net-widening". Justiça consensual. Conflito. Transação penal. Suspensão condicional do processo. Suspensão condicional da pena. Sursis. Penas comunitárias. Controle Social. Lei 9099. Lei 9714. Juizados Especiais. Penas restritivas de Direitos. Medidas alternativas. Direito de punir. Direitos fundamentais. *Due process of law*. Devido processo legal. Vítima. Justiça restauradora.

**Key-words:** Alternative penalties. Penal substitutes. Alternatives to prison. "Netwidening". Consensus Justice. Conflict. Penal Transaction. Conditional suspension of the process. Conditional suspension of the penalty. Sursis. Community penalties. Social Control. Law 9099. Law 9714. Special Courts. Restrictive penalties of Rights. Alternative measures. Right to punishing. Fundamental rights. Due process of law. Due legal process. Victim. Restoring Justice.

\*Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Mestre em Criminologia pela Universidade de Cambridge, Inglaterra (título revalidado pela USP), Mestre em Linguística pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor de Criminologia e Direito Penal na UNIBRASIL, em Curitiba. Promotor de Justiça no Estado do Paraná desde 1990. Atualmente também preside a FEMPAR (Fundação Escola do Ministério Público do Paraná). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). [eligosil@terra.com.br](mailto:eligosil@terra.com.br).

### Introdução

O presente trabalho, de viés crítico-comparativo (notadamente pelo cotejo analítico das inovações da legislação penal brasileira com certas tradições e reflexões penais, criminológicas e político-criminais de países da *Common Law*, notadamente a experiência britânica), procurará refletir sobre algumas questões que se colocam diante das “*alternativas ao tradicional sistema de penas*” (ou de persecução penal). A propósito, doravante atribuiremos a designação genérica de “substitutivos penais” a todas as disposições de indole penal, não privativas de liberdade, tanto as aplicados ao final do processo (em substituição à pena privativa de liberdade aplicada – penas restritivas de direitos - ou como condição para a suspensão da executoriedade da pena privativa de liberdade – “*sursis*” tradicional) quanto as aplicadas como condição para a não-deflagração do processo ou a suspensão do processo iniciado (transação penal e suspensão condicional do processo), inovações trazidas pela lei 9099/95. Nesse sentido, as questões que nos pareceram de maior relevância para a discussão foram, precisamente, as origens, natureza, filosofia e influxos sociais, políticos e econômicos desses substitutivos penais, o desejado (e o efetivo) grau de envolvimento da comunidade com sua implementação, sua integração ao tradicional sistema de penas e sua compatibilização com os rumos globais das políticas criminais, seus efeitos (previstos e imprevistos) enquanto estratégia de controle social, sua conformação com as garantias fundamentais relacionadas ao exercício do direito de punir e as idéias e práticas mais atuais de cunho vitimológico.

### **1 Influxos Sociais, Políticos e Econômicos dos Substitutivos Penais. Redução ou Expansão do Sistema Penal? Um Caso de “Net-Widening”?**

Tanto DOTTI<sup>1</sup> quanto MELLO<sup>2</sup> fazem referência à contribuição teórica do Movimento da Nova (e “Novíssima”) Defesa Social, de Filippo Gramática e Marc Ancel (portanto, sinalizando uma reflexão que teria sido travada somente a partir da década de 40) como a principal influência teórica para a implementação de alternativas ao sistema de penas. Contudo, é importante ressaltar (para que não se perca uma importante perspectiva histórica), o registro de que a idéia de “alternativas à pena de prisão” teria surgido na Inglaterra, na última metade do século XIX, com o trabalho voluntário da *The*

<sup>1</sup> DOTTI, René Ariel. “O destino das reformas”. In *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 289.

<sup>2</sup> Mello, Dirceu de (1999). “Apresentação”. In GOMES, Luiz Flavio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7.

*English Temperance Society* (MAY).<sup>3</sup> Os integrantes dessa entidade, acreditando que muitos atos criminosos eram de natureza insignificante e que o envolvimento com o crime era eventual, fruto de uma fraqueza pessoal ou de problemas relacionados ao alcoolismo, visitava as Cortes Inglesas, solicitando aos magistrados que lhes dessem um voto de confiança, encarregando-os de ressocializar os autores de crime. Os delinqüentes selecionados eram, assim, colocados sob a jurisdição desses voluntários, que atuavam como "*police-court missionaries*", ainda segundo MAY.<sup>4</sup>

A partir da experiência de "*ressocialização*" dos delinqüentes, de cunho missionário, foi editada, na Inglaterra, em 1907, lei instituindo o *Probation Service*, possibilitando às autoridades judiciárias inglesas indicar funcionários dessa espécie de "patronato penitenciário", incumbindo-os de "*aconselhar, assistir e ser amigo*" em relação aos delinqüentes que os magistrados considerassem aptos a receber aquela espécie de assistência (MAY).<sup>5</sup> Posteriormente, em 1925, foi editada lei, também na Inglaterra, tornando obrigatória a existência dessa espécie de patronato em todas as Varas Criminais. E, a partir de então, com a profissionalização dos *probation officers*, e o treinamento que passaram a receber para o desempenho de suas funções, seguiu-se também a padronização das abordagens e técnicas de envolvimento da clientela de delinqüentes. Ante o influxo de estudos psicológicos então em voga, que identificavam desvios da personalidade como causa para a prática do crime, propunham uma série de técnicas para a "normalização" dos delinqüentes. Surgia, aí, uma primeira mudança na filosofia e métodos das alternativas ao sistema tradicional de penas.

No pós-guerra, ao mesmo tempo em que se consolidava a idéia da necessidade de "alternativas" à pena de prisão, surgia (em razão dos crescentes índices de criminalidade e de encarceramento e seus correlatos custos), a concomitante conscientização de que o caráter "substitutivo" (por pena privativa de liberdade) e não autônomo dessas medidas deveria ser melhor realçado, reforçando-se a ameaça quanto à possibilidade de aplicação da sanção penal mais rigorosa. Daí a introdução, em 1967, dos institutos de livramento condicional ("*parole*") e da suspensão condicional da pena ("*suspended sentence*"). O primeiro, se representou um avanço no sentido de retirar da penitenciária os presos que não deveriam ali permanecer introduziu, por outro lado, medidas mais intensas de supervisão (monitoramento), pelos *probation officers*, das atividades de seus supervisionados. O segundo, da mesma forma, trazia em si a ameaça de aplicação da pena suspensa, no caso de quebra das condições fixadas (notadamente pela reincidência).

<sup>3</sup> MAY, Tim. "Probation and community sanctions". In Maguire, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, pp. 861- 887, 1994.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 862.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 863.



Com o passar dos anos, se de um lado a pressão dos índices de aprisionamento tornava inafastável a implantação de "alternativas" à prisão, por outro lado, as pressões da opinião pública exigiam, por outro lado, uma maior rigidez no acompanhamento dessas medidas penais. Daí a criação, já na década de 70, da pena de prestação de serviços comunitários (*community service orders*), as quais tinham a dupla vantagem (politicamente aferida) de manter apenas a ameaça de prisão, porém sinalizando à sociedade em geral que os delinquentes estavam, na comunidade, "pagando efetivamente sua dívida" (MAY).<sup>6</sup> Daí também a previsão das casas de albergados (*probation hostels*) ou centros de atendimento diário (*day training centres*), estes com enfoque mais pedagógico, notadamente para a recuperação de alcoolismo ou toxicomania. Mais modernamente, a limitação temporária (*curfew orders*) vem sendo redimensionada com a possibilidade de acompanhamento eletrônico de seu cumprimento (seja através de chamadas telefônicas, seja pela utilização de aparelhos controlados por rádio, afixadas ao próprio corpo do supervisionado (NELLIS)),<sup>7</sup> não obstante estas últimas medidas venham suscitando questionamentos de natureza ética (HIRSCH).<sup>8</sup> De qualquer forma, tem havido, nos últimos anos, como padrão geral, um crescente aumento dos níveis de exigência e supervisão dessas medidas penais alternativas, notadamente através da maior utilização de esquemas como os de "intensive supervision probation" (cf. CLEAR & HARDYMAN).

Esse breve esboço histórico da experiência inglesa em tema de medidas penais alternativas serve para lembrar como as reformas penais relativas à prevenção, controle e repressão do crime não possuem linearidade doutrinária alguma. Evidencia, por isso, que não se deve dar uma importância exagerada à influência da doutrina penal nas reformas penais pontualmente implementadas. A evolução da legislação penal e processual-penal não seguem, passo a passo, as tendências da doutrina pátria ou estrangeira. Em verdade, as reformas penais surgem muito mais ao sabor das percepções de setores do legislativo e do executivo sobre como solucionar questões administrativas (por exemplo, o alto custo do sistema penal) ou sobre como dar uma satisfação à comunidade (mormente sob pressões dos meios de comunicação de massa) de que algo está sendo feito. A propósito, é valioso o artigo de GARLAND<sup>9</sup> sobre a necessidade que têm os governantes de, esporadicamente, demonstrar sua "autoridade soberana", vale dizer, sinalizar que o controle da criminalidade ainda não fugiu de suas "rédeas", por mais difícil que a situação possa parecer.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 864.

<sup>7</sup> NELLIS, M. "The electronic monitoring of offenders in England and Wales: recent developments and future prospects", *British Journal of Criminology*, v. 31, 1991, pp. 165-185.

<sup>8</sup> HIRSCH, Andrew von (1990) "The Ethics of Community-Based Sanctions", *Crime & delinquency*, v. 36 (1), 1990, pp. 162-173.

<sup>9</sup> GARLAND, David (1996) "The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society". *British Journal of Criminology*, v. 36, 1996, pp. 445-471.

Olvidando da existência desses influxos sociais, políticos e econômicos para as “alternativas” ao tradicional sistema de penas, muitos têm propalado a idéia de que existiria uma “tendência” universal, irreversível no sentido de ampliar a utilização de tais substitutivos penais, reservando-se para a pena de prisão apenas os casos realmente relevantes. No entanto, esse é um pensamento que, embora comum, não corresponde à realidade da observação criminológica e político-criminal. Em todo o mundo, com raras exceções, ao lado da crescente utilização de sanções penais não privativas de liberdade, tem havido um recrudescimento do uso da pena privativa de liberdade, sobretudo pela influência da opinião pública (ainda que manipulada pela mídia - a chamada “opinião publicada”) ou movida pela simples exploração política de estratégias do tipo “*law and order*”. Muitas vezes, a interpretação desta “consciência coletiva” vem fundada numa confusão entre os índices reais de vitimização e o simples “medo do crime”, dois problemas sociais bastante distintos (ZEDNER).<sup>10</sup> Assim é que no Brasil, ao lado da inserção de substitutivos à pena privativa de liberdade ou ao processo penal tradicional (penas restritivas de direitos, com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, ampliadas pela Lei 9714/98, transação penal e suspensão condicional da pena, criadas pela lei 9099/95), vivenciamos, por exemplo, a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8072/90), prevendo a compulsória aplicação do regime prisional fechado, sem direito à progressão. Esse diploma legal (aprovado em meio a uma “onda” de extorsões mediante seqüestro de abastados empresários, mas que não se restringiu a tais crimes) tem provocado, sobretudo, o aumento do número de pessoas presas, bem acima dos níveis razoáveis. Muitas delas (notadamente mulheres envolvidas na co-autoria de tráfico de entorpecentes) são sistematicamente encarceradas, por imposição legal, mesmo quando possuiriam, em tese, condições subjetivas e objetivas mais que suficientes para a substituição por penas restritivas de direitos), caso fosse aplicável o regime geral do Código Penal. Essa estranha relação simbiótica, em que o sistema penal acaba se expandindo, mesmo quando procura justificar uma compressão (talvez para legitimar a própria expansão) foi captada com astúcia por BITTENCOURT, em artigo publicado logo após a edição da lei 9714/98, naquilo que chamou de “gancho” para novas exasperações de penas”.<sup>11</sup>

Também os Estados Unidos, ao lado da crescente utilização de medidas penais alternativas à prisão (em especial os programas de “*intensive supervision probation*” e o monitoramento eletrônico dos supervisionados) têm vivenciado a edição de leis do tipo “*three strikes and you’re out*.”<sup>12</sup> Essa expressão, que utiliza uma analogia com o

<sup>10</sup> ZEDNER, Lucia. “Victims”. In MAGUIRE, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 1218.

<sup>11</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. “Novas penas alternativas: uma análise pragmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28, out.dez. 1999, pp. 85-107.

<sup>12</sup> Sobre os problemas dessa diretriz político-criminal, ver a coletânea de artigos editados por Schichor, David; Sechrest, Dale K., eds. *Three strikes and you’re out - vengeance as public policy*. Thousand oaks (California): Sage, 1996.

jogo de *baseball* (com três faltas o jogador deixa de participar do jogo), pretende significar que na terceira prática do crime - por mais insignificante que seja. Por exemplo, em casos de pequenos furtos, reiteradamente cometidos - seria aplicada desde uma pena altíssima - em torno de 25 anos - até uma "life sentence" (prisão "perpétua" ou por tempo indeterminado).<sup>13</sup> Em conseqüência, Estados como a Califórnia, onde leis desse tipo têm sido editadas com maior abrangência, vêm experimentando um enorme crescimento na população carcerária. Em 1994, somente este Estado norte-americano contava com cerca de 104 mil prisioneiros, o que já equivalia à "mais alta população carcerária do mundo ocidental, mais que duas vezes as populações carcerárias da Alemanha Ocidental e da Grã-Bretanha" (ZIMRING & HAWKINS).<sup>14</sup> Dez anos após, particularmente ao final de 2004, a população carcerária da Califórnia era de 163.346 presos, segundo dados oficiais da Youth and Adult Correctional Agency do Estado da Califórnia ([www.corr.ca.gov](http://www.corr.ca.gov)), num aumento nominal, "bruto" de quase 60%.<sup>15</sup> Lembre-se, apenas para fins de comparação, que no Brasil, sob a vigência da lei de crimes hediondos, nossa população carcerária total equivalia a 148.760 presos, conforme censo penitenciário de 1995, promovido pelo Ministério da Justiça ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)). Dez anos após, tendo tido já alguns significativos anos de vigência das leis que ampliaram as hipóteses de aplicação das penas e medidas processual-penais alternativas (leis 9099/95 e 9714/98), o Ministério da Justiça anuncia que, em junho de 2004, segundo informes obtidos junto aos Estados Distrito Federal, "o sistema penitenciário, como conjunto, apresenta um total de 328.776 presos e internados, sedo 134.266 no regime fechado, 32508 no regime semi-aberto, 78.523 na condição de presos provisórios e 3.827 cumprindo medida de segurança" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPEN).<sup>16</sup> Excetuadas as medidas de segurança, totalizariamos 324.949 presos, portanto um acréscimo nominal de mais de 200% em dez anos.

<sup>13</sup> "O longo alcance de tais políticas pode ser visto no caso da lei dos "três faltas e você está fora", da Califórnia, que comina uma pena de 25 anos até a uma pena por tempo indeterminado para um terceiro crime, seguindo dois crimes anteriores, graves ou violentos. Uma decisão deste ano da Suprema Corte dos Estados Unidos convalidou a lei californiana num caso de um homem condenado a no mínimo 50 anos por furtar fitas de vídeo no valor de US\$ 153,00." (MAUER, 2003: 10).

<sup>14</sup> ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon. "The Growth of Imprisonment in California". In KING, R; MAGUIRE M. *Prisons in context (número especial do British Journal of Criminology)*, 1994, p. 83.

<sup>15</sup> A base de comparação mais acurada (e recomendada em matéria de estatística criminal) é entre o número de presos por cada 100.000 habitantes, para evitar interferências de variação populacional na estimativa). Apesar dessa ressalva, o simples percentual nominal aqui utilizado já é capaz, por si só, de suportar o argumento de fundo, já que nenhuma população de um Estado interior, salvo circunstâncias excepcionalíssimas, cresce 63% a cada 10 (dez) anos, após a compensação entre o número de nascimentos e óbitos.

<sup>16</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. "Sistema Penitenciário no Brasil: diagnóstico e propostas". In [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), Brasília, 2005, p. 5.

Alguns teóricos (GARLAND)<sup>17</sup> chegam a afirmar que essa bifurcação nas tendências político-criminais (crescimento simultâneo do uso de medidas penais alternativas e de penas privativas de liberdade), que desmistifica a idéia de que quanto maior a abrangência de aplicação das penas e medidas processuais alternativas, menores os índices de encarceramento, é mera consequência do fato (muitas vezes esquecido) de que o controle do crime (como alertava Durkheim) não pode desprezar as sensibilidades políticas, sociais e econômicas, do que não se descaram os que dependem de mandato popular. Afinal, uma visão abrangente (e não exclusivamente “jurídica”) dos múltiplos influxos que conduzem a reformas penais pontuais pode revelar efeitos normalmente não cogitados, queridos ou divulgados pelos próprios formuladores ou entusiastas das reformas penais implementadas.

Um desses efeitos (especificamente em relação às medidas penais alternativas) corresponde ao fenômeno do “*net-widening*”. Por essa expressão (literalmente, “*alargamento da rede*”), ficou mundialmente conhecida a principal metáfora cunhada por COHEN<sup>18</sup> para demonstrar o efeito paradoxal comumente observado quando da implantação de penas não privativas de liberdade e medidas processuais alternativas: ao invés de diminuir o ingresso ou a manutenção de pessoas no “sistema penal”, acabam tendo o efeito diametralmente oposto. Isto porque, diante da imagem de que os substitutivos penais são mais “suaves” que os tradicionais instrumentos de persecução e sanção penal, são atraídos para esse sistema penal (aí incluídos, obviamente, órgãos como os nossos juizados especiais criminais) pessoas e situações que, em princípio, deveriam estar isentas de qualquer providência pelo sistema penal (formal ou informal) – hipóteses típicas de esperada descriminalização. Assim, ao invés de o sistema penal diminuir o seu escopo de atuação como estratégia de controle social, acaba ampliando-o (ou, para ampliarmos a metáfora principal de COHEN<sup>19</sup> “*mais peixes são capturados*” pelo sistema), quando não provoca até um aumento do índice de aprisionamento, decorrente da quebra das condições impostas com as medidas penais alternativas, retardando sua “saída” do sistema penal. Para este último fenômeno, COHEN<sup>20</sup> utilizou outra metáfora ictiológica (“*thinning the mesh*”, literalmente, “estreitando a malha” (da rede), ou seja mais “peixes” retidos na “rede” do sistema penal. Essa constatação, embora

<sup>17</sup> GARLAND, David. “The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society”. *British Journal of Criminology*, v. 36, 1996, pp. 445-471.

<sup>18</sup> COHEN, Stanley. *The punitive city: notes on the dispersal of social control. Contemporary Crisis* v. 3, 1979, pp. 339-363.

<sup>19</sup> *Idem. ibidem.*

<sup>20</sup> *Idem. ibidem.*

reelaborada ou contestada por estudos posteriores (BOTTOMS,<sup>21</sup> BLOMBERG,<sup>22</sup> MACMAHON<sup>23</sup> e NELKEN<sup>24</sup>), acabou se tornando um importante paradigma de verificação da eficácia das medidas penais alternativas no sentido de efetivamente desviarem da penitenciária apenas quem poderia nela estar (como, por exemplo, em HIRSCH, WASIK & GREENE).<sup>25</sup> E partir de tais considerações e estudos, tornaram-se comuns assertivas como as de AUSTIN & KRISBER de que “há pouca evidência de que as penas alternativas tenham substituído, substancialmente, o aprisionamento”.<sup>26</sup>

Com efeito, em que pese a escassez de estudos empíricos, no Brasil, sobre os efeitos da implantação da Lei 9099/95 ou de sua complementação (a Lei 9714/98), a simplificação procedimental insita à própria lei já prenuncia a ocorrência, também aqui (e em larga escala) do “net-widening”. Veja-se, por exemplo, que o artigo 77, parágrafo 1º da Lei 9099/95, prevê que para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no artigo 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Ora, esta previsão, a pretexto de dar maior celeridade e simplicidade ao procedimento, traz em si o efeito colateral de eventualmente gerar o oferecimento de proposta de transação (condicionada a uma série de obrigações e restrições por parte do suposto autor da infração), em situações em que o Ministério Público, à falta de maiores elementos probatórios, não hesitaria em propor, no regime anterior, o arquivamento do inquérito policial. E essa especulação poderia ser empiricamente medida, num levantamento simples, correlacionando-se a evolução do número de inquéritos policiais arquivados, numa determinada cidade, num determinado período homogêneo de tempo e sem que nenhum acontecimento extraordinário tenha ocorrido, com o número de “termos circunstanciados” arquivados, pelos mesmos crimes em tese, antes e após a implantação da Lei 9099/95.

<sup>21</sup> BOTTOMS, Anthony E. “Neglected features of contemporary penal systems”. In GARLAND, David; YOUNG, Peter (eds.). *The power to punish*. London: Heinemann, 1983, pp. 166-202.

<sup>22</sup> BLOMBERG, Thomas G. “Beyond metaphors: penal reform as net-widening”. In BLOMBERG, Thomas G.; COHEN, Stanley (eds.) *Punishment and social control - essays in honor of Sheldon L. Messinger*. New York: Aldine de Gruyter, 1995, pp. 45-61.

<sup>23</sup> MACMAHON, M. W. (1996) “Net-Widening’: Vagaries in the Use of a Concept”. *British Journal of Criminology*, v. 30, 1996, pp. 121-149.

<sup>24</sup> NELKEN, David. “Discipline and punish: some notes on the margin”. *The Howard Journal*, v. 28 (4), 1989, 245, 254.

<sup>25</sup> HIRSCH, Andrew von; WASIK, Martin; GREENE, Judith. In HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (org.). *Principled Sentencing*, Boston: Northeastern University Press, 1992 [1988], pp. 368-388.

<sup>26</sup> AUSTIN, James; KRISBERG, Barry. “‘Alternatives’ to Incarceration: substitutes or supplements?” In HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (org.) *Principled Sentencing*, Boston: Northeastern University Press, 1992 [1990], p. 333.

Em apoio à tese de que o “net-widening” tem ocorrido na experiência brasileira advinda com as Leis 9099/95, temos o testemunho (ou observação participativa, permissível instrumento de pesquisa qualitativa) de WUNDERLICH que, tendo integrado a Comissão especial para avaliação dos juizados especiais criminais do Ministério da Justiça (portaria MJ n. 384/2002), constatou que “com o advento da lei [9099/95] uma série de tipos sem qualquer dignidade penal e que poderiam ser descriminalizados, acabaram revigorados. Contravenções que estavam desaparecidas, hoje engordam as prateleiras forenses”.<sup>27</sup>

## **2 Justiça Penal “Negociada” e Preservação de Direitos Fundamentais: Avanço ou Retrocesso?**

Preocupa-nos o fato de que, na disciplina introduzida pela lei 9099/95 e considerada a precariedade da assistência judiciária gratuita no Brasil (de resto fenômeno universal, com raras exceções), muitas vezes o suposto autor da infração comparece à audiência preliminar desacompanhado de advogado. Esse fato gera, de regra, a nomeação de um defensor *ad hoc*, pró-forma, sem que se tenha a certeza de que os interesses do suposto autor da infração estão suficientemente resguardados. Vale dizer, sem que normalmente se tenha a certeza se essa transação penal ou suspensão condicional do processo é realmente vantajosa, não apenas por uma perfunctória avaliação subjetiva do grau de envolvimento do suposto autor da infração, mas considerando sobretudo a solidez (ou fragilidade) das provas coligidas pelo órgão acusador. Sem contar na maior vulnerabilidade do suposto autor da infração diante de um Juiz e de um Promotor ansiosos para que mais um “acordo” seja celebrado.

Em contraste, os que podem arcar com os custos de uma defesa técnica digna desse nome são, de regra, aconselhados a não aceitar a proposta de suspensão condicional do processo ou mesmo de transação penal. Até porque bem sabem que, além de terem a possibilidade de, com uma amplíssima gama de estratégias defensivas (em cognição primária e em grau de recurso) desconstituir as bases da acusação, ainda poderão contar, a seu favor, com fatos que, conquanto devessem ser extraordinários, lamentavelmente são bastante corriqueiros, e até esperados, como a prescrição da pretensão punitiva. De uma forma ou de outra, afora o denominado “*strepitus fori*”, a “transação penal”, possibilitada pela lei 9099/95, facilita a normal opção dos indiciados bem assessorados - e em condições materiais e emocionais de arcar com os custos do litígio - de contestar a acusação, rejeitando a proposta de acordo, já que na pior das hipóteses sofrerão uma condenação que redundará, na prática, em penas equivalentes àquelas que receberiam caso aceitassem, de imediato, a transação penal.

<sup>27</sup> WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei 9099/95”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas/Revista dos Tribunais, vol. 47, 2004, p. 250.

WUNDERLICH<sup>28</sup> assim resume suas conclusões no sentido das deturpações e retrocessos (em termos de garantias constitucionais e processuais) advindas da experiência de “justiça penal consensual” instituída pela lei 9099/95, particularmente no que tange à transação penal:

*O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei n. 90999, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade sócio-econômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz.*

Mas não é só. Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro em agosto de 2002, como um dos membros da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, tive a oportunidade de escutar um relato sobre a realização de “audiências coletivas” – conciliações e transações penais formuladas indistintamente aos supostos autores dos fatos e, pior, com índice de aceitação geral. Na mesma ocasião constatei empiricamente a insatisfação dos movimentos feministas e das ONGs de estudos de gênero com relação ao que denominaram de impunidade do autor do fato nos conflitos com violência contra a mulher. O desabafo foi geral. Um jovem magistrado carioca fez uso da palavra para retratar o seu cotidiano dramático. Primeiro, referiu que não tinha aptidão para ser conciliador e, após, justificou que não tinha tempo para conciliar face o excessivo número de conflito que abarcavam em seu juizado. A insatisfação se deu às inteiras, das partes aos juízes.

No mesmo sentido, a crítica de PRADO<sup>29</sup> quanto à inevitável incompatibilidade entre a sumarização procedimental imposta pela lei 9099/95 no instituto da transação penal (que não se confunde com a tutela de urgência) e as exigências do devido processo legal, direito fundamental que não pode ser amesquinhado como sinônimo de “observância do processo previsto em lei”, e sim considerado em sua estatura constitucional própria. Escreve PRADO:

*Ora, a sentença homologatória da transação penal não tem o caráter de provisoriedade, que é da essência da tutela de urgência. Sequer reclama urgência, salvo se compreendida fora dos padrões do direito e assumida à vista das angústias de um programa midiático de política criminal. Sendo assim, não caberia ser o produto final de atividades fundadas na mais superficial das cognições, que é a de mera aparência, juízo de verossimilhança, que de ordinário se presta à comprovação da justa causa para o exercício da ação penal condenatória.*

<sup>28</sup> *Idem*, p. 249.

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216.

Pudesse ser empregado para impor, direta ou indiretamente, pena de prisão, este procedimento do artigo 76 da Lei n. 9099/95, que é vazio de atividades processuais de instrução, estaria em desacordo com a Constituição.

Somente pode ser aceito, nos dias atuais, como faculdade da defesa de abrir mão do devido processo legal, em busca da solução de compromisso decorrente da patrimonialização do direito penal, avaliada no item anterior.

A doutrina hesita em reconhecer mas é preciso afirmar, sob pena de deixar as palavras criarem realidade, que não há devido processo legal na transação penal brasileira.

Tais impressões, de indignado balanço crítico da efetivação dos Juizados Especiais Criminais (comuns a COUTINHO),<sup>30</sup> atualizam (e corroboram) críticas acerbas, formuladas por parte minoritária da doutrina penal e processual penal, ao novo regime legal imposto pela lei 9099/95, que talvez tenha tido em REALE JR., seu mais precoce e contundente representante (1997).<sup>31/32</sup>

Interessante notar nossa tendência de incorporarmos, tardiamente, soluções alienígenas, quando os próprios países de origem (que as instituíram) já vivenciam seu ocaso, sendo objeto de intenso debate sobre a razoabilidade de sua manutenção. A transação penal, por exemplo, se espelha nas "guilty plea" do direito anglo-americano, instituto cuja total extinção vem sendo defendida por respeitados penalistas britânicos, como ASHWORTH<sup>33</sup> (1994: 281), particularmente no que tange à explicitação de um significativo "desconto" (na qualidade ou quantidade) da sanção penal, caso o indiciado opte por não enfrentar o processo penal. Embora os argumentos de ASHWORTH (e de tantos outros) não tenham sensibilizado a Comissão permanente de alteração legislativa da Grã-Bretanha, que no documento intitulado "Justice for all" Criminal Justice White Paper ([www.dca.gov.uk/pubs/white.htm](http://www.dca.gov.uk/pubs/white.htm)) acatou o relatório AULT ampliando os termos

<sup>30</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa 'efetivação constitucional'". In SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 347-358.

<sup>31</sup> REALE JR., Miguel. "Pena sem processo". In PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 25-31.

<sup>32</sup> Sem embargo, a obra de AZEVEDO. *Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005, com a qual tivemos a satisfação de contribuir em termos de fontes bibliográficas escritas em língua inglesa, como gentil e expressamente reconhecido (AZEVEDO, 2005: 20), muitas delas aqui referidas, talvez represente hoje um dos mais abrangentes esforços, em língua portuguesa, no sentido de um enfoque teórico, histórico, sistemático e crítico do que autora prefere chamar de "substitutivos penais no sistema penal brasileiro". A notável empreita, fruto de sua dissertação de Mestrado defendida na UNESPAR, campus de Jacarezinho, PR, onde participamos como examinador, juntamente com César Roberto Bitencourt e Gilberto Giacoia, seu orientador, vem legitimada ainda pela experiência pioneira da autora como Promotora de Justiça em Curitiba desde a implantação dos juizados especiais criminais naquela cidade e, logo em seguida, como integrante de comissão nacional instituída pelo Ministério da Justiça.

<sup>33</sup> ASHWORTH, Andrew. *The criminal process - an evaluative study*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 281.



de aplicação da “*guilty-plea*”, o pleito de abolição das “*guilty pleas*” (formulado por respeitáveis juristas não só da Grã-Bretanha como dos próprios Estados Unidos – onde o instituto tem aplicação há tempos – e em larga escala) leva em conta os princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a auto-incriminação, do direito à igualdade de tratamento, do direito a um interrogatório justo e público - direitos e garantias fundamentais previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. Ademais, para ASHWORTH,<sup>34</sup> esses acordos tratam a questão da pena como uma mercadoria negociável - não diretamente, na Inglaterra e no País de Gales, onde o juiz e as partes raramente discutem os termos específicos das sentenças, mas indiretamente na medida em que a pena pode refletir não o dano e a culpabilidade da conduta do denunciado mas o resultado de negociações.

Nessa mesma linha de argumentos de ASHWORTH – quanto à violação de direitos fundamentais (relacionados ao exercício do direito de punir) decorrentes da prática de uma certa “justiça negociada” (ou “consensual”), temos a manifestação de PRADO:<sup>35</sup>

*Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo mas por conta da culpabilidade do agente. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas.*

Portanto, acaso formulada a proposta de transação e recusando-se o réu (“autor do fato”) a aceitá-la, o juiz deverá ficar limitado à sanção penal objeto da oferta, salvo se surgirem provas, ao longo da instrução, que alterem a convicção acerca da responsabilidade penal do réu. Isto por fidelidade ao sistema acusatório. A simples reprodução no processo das informações que estavam ao alcance das partes no termo circunstanciado não modifica o cenário sobre o qual foram produzidas as “interpretações” sobre a culpabilidade. A idéia de uma pena inferior à correspondente culpabilidade do agente, embora tendo por escopo “premiar” o “réu-contratante”, viola a elemental concepção da necessidade de pena ou punição. Poder-se-ia argumentar: havendo co-réu em idêntica situação, quanto à infração penal apurada, e não tendo o co-réu aceito a proposta de transação penal, somente este comportamento processual justificaria a diferente punição? Advoga-se aqui que não.

Num manifesto contra o relatório AULT, acatado pela referida comissão legislativa britânica, DARBYSHIRE,<sup>36</sup> jurista britânica, fazendo coro ao Professor

<sup>34</sup> *Idem. ibidem.*

<sup>35</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

<sup>36</sup> DARBYSHIRE, Penny. “Plea bargaining and sentencing rewards. Comentários encaminhados à Comissão Real de reforma legislativa da Grã-Bretanha”. In [www.dca.gov.uk/criminal/auldcom/ar/ar10.htm](http://www.dca.gov.uk/criminal/auldcom/ar/ar10.htm), sem data, acessado em 30-10-05.

ASHWORTH<sup>37</sup> assim expressa sua firme oposição ao instituto, especialmente pelos deletérios efeitos que poderia advir de uma certa “justiça negociada”:

*Enquanto eu posso entender que ele [AULT, relator da proposta de alteração legislativa] se opõe diametralmente a nós [DARBYSHIRE e ASHWORTH], acerca da moralidade de se recompensar a abstenção de contestar a lide penal com uma redução [da pena], ele somente lidou com uma parte de nossos argumentos e não abordou meu principal receio de que um padrão dosimétrico formalizado, que é o que ele e a Ordem dos Advogados querem, inevitavelmente transformará nosso processo criminal num sistema plenamente dispositivo [“plea bargaining system”], como ocorre nos Estados Unidos e nos quais alguns estados têm tentado reverter. A Justiça será feita entre portas fechadas, entre advogados e o juiz: mais inocentes se absterão de contestar a lide penal e os culpados não terão a pena que efetivamente merecem.*

*Andrew Ashworth e eu, assim como um sem número de proeminentes professores americanos, consideramos que a redução da pena [como condição para não contestar a acusação – “plea guilty”] constitui uma punição hipócrita e antiliberal para o réu que exerce seu direito de se submeter a um julgamento.*

Não podemos esquecer que o mesmo juiz que preside a fase conciliatória (com a vítima) será o que, frustradas a conciliação e a negociação (com o MP) julgará o processo. Logo, está claramente contaminado e será imenso o prejuízo causado pelo pré-juízo. Não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial acabará fulminando – initio litis – no (in)consciente do juiz, a própria presunção de inocência, principal sustentáculo do garantismo processual.

Há, portanto, fortes argumentos, no Brasil e nos próprios países da *Common Law* (de um pragmatismo jurídico muito mais acirrado que nos países de *Civil Law*), no sentido de se indagar se, nas hipóteses de justiça penal “negociada” (particularmente, no contexto brasileiro, em caso de transação penal) se efetivamente a Justiça Penal atingiu um grau mínimo de convicção (*beyond reasonable doubt*) acerca da culpabilidade do réu ou se, seduzida pela “percepção” subjetiva (e por vezes moralista ou discriminatória) de que o réu merece uma reprimenda, e confortada pelo fato de que essa reprimenda não corresponde, de qualquer forma, a uma pena privativa de liberdade (o que HIRSCH denomina de “teoria de qualquer coisa menos a prisão”),<sup>38</sup> não se acaba lhe impondo uma sanção que, à luz do patamar minimamente exigido pelo *due process of law*, o devido processo legal, certamente não se poderia aplicar.

<sup>37</sup> ASHWORTH, Andrew. *The criminal process - an evaluative study*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 281.

<sup>38</sup> HIRSCH, Andrew von. “The ethics of community-based sanctions”, *Crime & Delinquency*, vol. 36 (1), 1990, p. 165.

### 3 Penas Alternativas à Prisão, Controle Social e Princípio da Proporcionalidade

A idéia de penas alternativas à prisão pressupõe, em princípio, o efetivo engajamento da sociedade na punição, recuperação ou reabilitação de quem praticou um crime. Até porque, se a sociedade comunga do entendimento de que determinada pessoa, tendo cometido determinado crime, em determinadas circunstâncias, não merece ser “incapacitada” (“retirada de circulação”),<sup>39</sup> é porque confia em que essa pessoa ainda pode, com o necessário auxílio, voltar ao convívio social pacífico. No entanto, o simples fato de o réu “*prestar serviços à comunidade*”, por exemplo, se não fizer parte de um conjunto sistemático e harmônico de procedimentos e programas, não acarretará, por si só, qualquer melhora nas relações entre o indivíduo e a comunidade que o circunda, o que compromete, irremediavelmente, eventual filosofia ressocializadora ou qualquer estratégia de controle social através do Direito Penal. Aliás, se esse ideal de reabilitação parte da premissa de que o envolvimento de determinada pessoa com o crime aconteceu por um ruptura de um virtual “contrato social”, essa reinserção do indivíduo no seio da comunidade, para fins de cumprimento de uma pena alternativa deve, logicamente, envolver uma reflexão sobre os motivos da quebra desse “contrato” e a prática de ações orientadas para que essa ruptura não volte a ocorrer. E, para tanto (convenhamos) é necessário, no mínimo, um aparato institucional ou comunitário permanente muito mais ambicioso (e custoso) do que se poderia imaginar, em princípio. Portanto, ao contrário do que normalmente se alardeia, a implementação consequente de alternativas à pena de prisão não significa uma redução necessária nos custos e investimentos financeiros públicos (se comparados às inversões no sistema pena tradicional). Não apenas exige recursos administrativos, financeiros, materiais e humanos (que não podem ser meramente delegados à já sobrecarregada “sociedade civil organizada”, particularmente às instituições do chamado terceiro setor), como pressupõe avanços no grau de envolvimento e na sensibilização da própria comunidade no tocante ao sistema penal como um todo.

A propósito, a inclusão, num mesmo contorno expositivo, tanto das penas alternativas à prisão propriamente ditas quanto das chamadas medidas processual-penais alternativas, serve para realçar seu importante elo comum (a tentativa de controle social do delinqüente pelo Direito Penal em ambiente aberto – no seio da própria

<sup>39</sup> Por “incapacitação”, denomina-se o pensamento penológico dos que, como Morris (1992 [1982]) e Wilson (1992 [1983]) defendem políticas criminais utilitárias que, excluindo completamente de seus propósitos a ressocialização ou reabilitação dos criminosos, pretendem simplesmente que o réu condenado não tenha a mínima possibilidade (porque encarcerado) de praticar novos delitos. Os adeptos da “incapacitação seletiva” chegam a defender a adoção de técnicas atuariais e psicológicas objetivando a previsão da probabilidade de nova reincidência, para selecionar os que devem ou não ser incapacitados. Essa vertente, é bom que se diga, tem sofrido acirrada crítica, por muitos autores, como, por exemplo, de von Hirsch (1992).

comunidade), viés que, no Brasil parece ter sido esquecido, com a idéia de que somente a partir da edição da Lei 9099/95 (instituindo as condições para a transação penal ou a suspensão do processo), da Lei 9714/98 (ampliando o rol de penas restritivas de direitos e as possibilidades de sua incidência) ou mesmo a nova edição da parte geral do Código Penal, em 1984 (prevendo as próprias penas restritivas de direito) passamos a conviver com a idéia de medidas penais alternativas, substitutivas da pena de prisão. E essa observação nos parece importante para lembrarmos que nossa experiência em termos de *sursis* tradicional (suspensão condicional da pena), regime aberto, livramento condicional (que não deixam de ser, no fundo, outros exemplos de penas “comunitárias” ou “alternativas à pena de prisão”) poderá nos trazer preciosas lições sobre as perspectivas de sucesso das alternativas ao sistema de penas (e de persecução penal - acrescentá-rias) adotadas mais recentemente. Referimo-nos, desde já, à questão da fiscalização das penas e medidas penais alternativas, levando-se em conta os diferentes contextos de aplicação da lei num país de dimensões continentais como o Brasil.

Como vimos numa das seções acima, com o breve esboço histórico da experiência inglesa, a existência de um grupo de pessoas voluntárias e (mais tarde) de um corpo de funcionários exclusivamente empenhado no acompanhamento dos delinquentes que deixavam de receber a pena de prisão (ou tinham sua execução suspensa) sempre esteve intimamente associada à imperiosa necessidade de um acompanhamento de tais “medidas”, a despeito de serem aplicadas quase que totalmente fora de estabelecimentos penais. No Brasil, entretanto, a inexistência de um corpo organizado ao menos de uma sistemática de fiscalização de cumprimento das condições dos regimes de “liberdade vigiada” (suspensão condicional da pena e livramento condicional), regime aberto ou de semi-liberdade acarretou a comum associação de que tais soluções penais eram sinônimo de autêntica impunidade. Isso não impediu, entretanto, que o rol de penas e medidas penais alternativas fosse ampliado (com a edição das leis 9099/95 e 9714/98) sem que se procurasse corrigir os problemas estruturais de implantação dos regimes anteriores de “liberdade vigiada” ou “semi-liberdade”, mormente no que tange à fiscalização do cumprimento das condições impostas.

Essas não são questões que se impõem apenas ao nível de implementação de políticas administrativas (ou da boa-vontade dos órgãos de administração da justiça estadual), mas deveriam estar necessariamente ligadas à orientação político-criminal que se pretendeu seguir, de forma a dotar o programa de uma sistemática minimamente coerente e eficaz. Caso contrário, muitas das medidas acabarão conduzindo, inexoravelmente, ao fracasso e à frustração, considerando-se os objetivos ou (reais ou anunciados) que levaram à sua implantação. Ou, em resumo, sem uma política criminal clara, harmônica, coerente e dotada dos meios materiais básicos para a sua consecução, qualquer iniciativa de lei (por mais bem-intencionados que sejam seus mentores) redundará em grande insucesso. Nesse sentido, há que se louvar os esforços da Comissão Nacional de Acompanhamento

de Penas e Medidas Alternativas, vinculada ao Ministério da Justiça, que nos informa já contabiliza 37 Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, em 25 estados, conveniadas com o Ministério da Justiça e 6 Varas Especializadas de Execução de Penas Alternativas ([www.mj.gov.br/dep/penasalternativas](http://www.mj.gov.br/dep/penasalternativas)). Caberia apenas uma pesquisa empírica para se constatar se tais Centrais e Varas têm cumprido efetivamente o seu papel, como órgãos de supervisão, controle e fiscalização da aplicação dos substitutivos penais.

Por outro lado, é correto o argumento de que as penas e medidas alternativas se baseiam muito mais em fins de prevenção e reabilitação do que em fins de retributivos, na confiança de que a simples ameaça de uma sanção penal mais grave torne prescindíveis outros instrumentos para dissuadir o autor (ou suposto autor) da infração a abandonar a prática delitiva. No entanto, esse argumento deverá enfrentar pelo menos duas questões. Primeiro, se a idéia de penas e medidas penais “comunitárias” tem objetivos mais pragmáticos, é de se indagar se esse pragmatismo leva em conta uma mínima proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido (não resolúvel apenas na quantidade da pena cominada ou aplicada – critério legal – mas também na espécie de crime praticado) e as conseqüências penais dele decorrentes. Segundo, se essas medidas, embora consideradas “autônomas” trazem em si a eterna possibilidade de redundarem numa pena de prisão, é porque o fato praticado é suficientemente grave. E se é suficientemente grave a ponto de justificar uma pena de prisão (ainda que remota), será que uma restrição de direitos ou de liberdade (em verdade uma obrigação de fazer ou não fazer), cumprida sem a mínima fiscalização ou supervisão, não seria exageradamente branda, considerando o mínimo de retribuição que a possibilidade (nunca afastada) da pena de prisão traria embutida? Ou, inversamente, será que a possibilidade de um substitutivo penal ser convertido em pena de prisão não seria por demais gravoso, considerando os próprios fundamentos de sua instituição?

Nesse aspecto, essa mania de neutralizar sinônimos (“medida penal” e não pena, ato infracional e não crime) acaba por ofuscar a visualização de situações muito mais injustas do que o bem-intencionado eufemismo poderia prever. Assim, não se considerando como autênticas penas a natureza das condições para a submissão do acusado ao regime dos “substitutivos penais”, perde-se a preocupação com a gravidade qualitativa do crime subjacente e a distinta onerosidade entre as várias obrigações ou condições impostas. Por exemplo, em contextos de execução distintas, um abismo considerável pode ser constatado entre, digamos, uma limitação de fim de semana e a prestação de serviços à comunidade ou a entrega de uma “cesta básica” à vítima. Da mesma forma, entre as condições de cumprimento do *sursis* e de cumprimento de uma pena restritiva de direitos. Não que se deva tolher a liberdade discricionária do juiz de aplicar a medida penal que lhe pareça mais adequada à situação. A questão é que essa discricionariedade não pode violar o princípio penal e constitucional básico (dentro

de uma filosofia penal minimamente retributiva) da correlação entre a gravidade da pena e a sanção aplicada (proporcionalidade). Sem contar num tratamento minimamente isonômico em relação aos efeitos de um ilícito realizado em circunstâncias semelhantes.

Curioso é que os próprios países de *Common Law*, onde as penas indeterminadas foram, historicamente, tão amplamente aplicadas (com as subjacentes idéias de periculosidade e reabilitação, a condicionarem a saída do sentenciado do sistema penal) vem se rendendo à idéia da proporcionalidade, sufragando a teoria dos “*just deserts*” (numa tradução aproximada, “apenas o merecido”) e aplicando-a inclusive para as penas e medidas penais alternativas à prisão (WASIK & HIRSCH).<sup>40</sup> Outra questão importante que têm considerado refere-se à própria previsão das “*back-up sanctions*”, ou seja, a razoabilidade da conversão de penas não privativas de liberdade em penas privativas de liberdade. Afinal, se as medidas penais não privativas de liberdade destinam-se, em princípio, a crimes cuja gravidade não justificaria a pena de prisão (caso contrário, teríamos a legitimação do fenômeno do “*net-widening*” e ter-se-ia não uma “alternativa” mas um “acréscimo” às possibilidades de aplicação da pena privativa de liberdade, como vimos na seção anterior), tem-se questionado até que ponto é razoável sua conversão automática em pena de prisão. HIRSCH,<sup>41</sup> analisando esta situação, chega a formular diversos esquemas para o enfrentamento do problema, sem que se viole o princípio da proporcionalidade. Numa dessas propostas, defende a possibilidade de modificação de uma pena alternativa por outra (porém dentro de uma mesma faixa de resposta penal admissível, à vista da gravidade do crime praticado - por exemplo, uma pena restritiva de direito mais rigorosa que outra).

Uma questão curiosa, por exemplo, é que, com a edição da lei 9714/98, as penas restritivas de direito são aplicadas aos crimes apenas com até 4 anos de detenção, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça. Há aqui uma certa distorção, na medida em que enquanto alguns crimes (como, por exemplo o estelionato, a sonegação fiscal, englobados pelo dispositivo), embora não praticados com violência ou grave ameaça, muitas vezes são crimes bem mais graves que outros crimes “de rua” (como o roubo) praticados com violência. Afinal, o próprio patamar de apenamento máximo (4 anos) para fins de aplicação da Lei 9714/98 já deveria pressupor a prática de infrações de gravidade média (não excluindo, portanto, *a priori*, crimes praticados com violência ou grave ameaça). Aliás, essa lei penal reforça a tradição histórica de nossos legisladores de serem excessivamente severos com delitos contra a propriedade, os quais, de regra, não são praticados pelas camadas de *status* social médio ou alto, o que revela um componente de classe que não pode ser esquecido.

<sup>40</sup> WASIK, Martin; Hirsch, Andrew von. “Non-custodial penalties and the principles of desert”. *The criminal law review*, 1988, pp. 555-572.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*.

Para contornar parte desses problemas, a lei inglesa de justiça criminal, editada em 1991 (mutilada, em muitos aspectos pelas reformas penais posteriores, no sentido de recrudescimento do rigor do sistema penal), previa uma escala de níveis de onerosidade das medidas penais alternativas, ou seja, uma hierarquia entre tais medidas, de sorte que, num nível mais baixo, fazíamos as *absolute e conditional discharge* (as quais, pela analogia que se poderia fazer com o E.C.A. corresponderia à remissão total e parcial, como forma de exclusão do processo; em seguida, a obrigação de reparar o dano (*compensation order*); depois, as multas (*finés*); liberdade assistida (*probation*); limitação de horários de circulação (*curfew orders*), prestação de serviços comunitários (*community service orders*); uma pena cumulando mais de uma medida penal alternativa (*combination orders*) e finalmente, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (*suspended sentence of imprisonment*).<sup>42</sup> Portanto, nosso tradicional *sursis* (da pena) somente seria cabível no nível de mais alta gravidade do crime vinculado à medida penal aplicada (embora imediatamente inferior ao nível exigido para a imposição de pena de prisão), o que justificaria a própria virtual aplicação da pena privativa de liberdade “suspensa”. Já em nosso sistema, inexistindo previsão legal a esse respeito sobre quais os critérios deverá o juiz usar entre um e outro substitutivo penal, pode ser bem mais gravoso ao suposto autor da infração cumprir uma pena restritiva de direitos que uma condenação em regime aberto.

#### **4 A Questão da Vítima e os Substitutivos Penais: Rumo Efetivo à Justiça “Restauradora”?**

Poder-se-á argumentar ainda que essas medidas processual-penais criadas com a lei 9099/95 não têm conteúdo retributivo, preventivo ou pragmático algum, mas que pretendem tão somente contribuir para pacificar conflitos individuais. De fato, muito se tem argumentado em torno desse ponto de vista, que tem sido seguido à risca com a idéia de “*restorative justice*”, e seus esquemas de mediação (*mediation schemes*),<sup>43</sup> que procuram pôr a vítima em contato com o réu (inclusive possibilitando que com este converse, desabafe) na esperança de que essa espécie de contato não apenas tenha um potencial de fazer com que o acusado, se dando conta do mal causado, procure melhorar seu comportamento, como também porque, muitas vezes, o simples desabafar da vítima (perguntando, por exemplo, ao réu “*por que praticou o ato criminoso*” pode por vezes tranquilizá-la). Com efeito, a importância dos controles

<sup>42</sup> Para um maior detalhamento, em língua portuguesa, acerca da sistemática legislativa em matéria de penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos, vide o estudo de ALBUQUERQUE (2004).

<sup>43</sup> Sobre relato de experiências desse tipo, na Grã-Bretanha, ver LAUNAY, 1985. Vide ainda a publicação brasileira de artigo de LAURRARI, 2004.

sociais informais tem sido revalorizada nas experiências penais contemporâneas. Epítome dessa dimensão temos a obra de BRAITHWAITE, *Crime, Shame & Reintegration*,<sup>44</sup> inclusive com a réplica que este autor australiano faz, em artigo posterior, às críticas de que, considerando as características de nossa sociedade moderna, essa estigmatização benéfica, reintegradora, seria impraticável (BRAITHWAITE).<sup>45</sup> Sem embargo, é de ser lembrado que nem todos os crimes sujeitos a penas restritivas de direitos ou outra medidas penais não privativas da liberdade envolvem questões interpessoais, entre um autor e uma vítima predeterminada, limitando a aplicação da filosofia da “*restorative justice*”. De qualquer forma, é hora de tratarmos da propalada “redescoberta” da vítima.

Costuma-se afirmar que um dos principais objetivos da lei 9099/95 e da Lei 9714/98 teria sido a “revalorização da vítima”. Essa intenção, se verdadeira, não faz jus às tímidas propostas realizadas nesse sentido, nas reformas penais brasileiras, se comparadas a iniciativas de outros países, como nos informa ZEDNER.<sup>46</sup> Vejamos:

*Em primeiro lugar, a idéia de que a reparação do dano, diretamente à vítima, seria um avanço extraordinário, tem por primeira limitação o fato de que, enquanto para alguns réus a reparação do dano (em razão de sua privilegiada situação financeira) não terá efeito pedagógico algum, outros réus (e aí uma grande clientela do sistema penal) simplesmente não se encontram em nenhuma condição de reparar o dano, dada a situação de miserabilidade em que se encontram. Nenhuma menção se tem normalmente feito, na doutrina penal brasileira, quanto a iniciativas de alguns países no sentido de obrigar o próprio Estado a arcar com a indenização, ao menos em casos de crimes com violência interpessoal, praticados por pessoas que não se encontram em condições de indenizar a vítima.*<sup>47</sup>

É certo que esse tipo de ponderação sempre suscitará o argumento financeiro, no sentido de que nosso país ainda não se encontra em condições de prover esse tipo de auxílio. Entretanto, esse dado em si já é discutível, considerando que os governos não tem dado às verbas públicas suficiente aplicação em programas de cunho social (e às vezes cultural). Por outro lado, a iniciativa privada tem sido conclamada a colaborar (sobretudo mediante incentivos fiscais) em tantas iniciativas de cunho social, que não poderia ser descartada a possibilidade de também fazê-lo em amparo a vítimas de crime. Agora, se se chega mesmo à conclusão de que esse tipo de iniciativa é realmente inviável, que

<sup>44</sup> BRAITHWAITE, J. *Crime, Shame and reintegration*. Melbourne: Oxford University Press, 1989.

<sup>45</sup> BRAITHWAITE, John (1993) “Shame and Modernity”. *The British Journal of Criminology*, v. 33, 1993, pp. 1-18.

<sup>46</sup> ZEDNER, Lucia. “Victims”. In MAGUIRE, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 1207-1246.

<sup>47</sup> O princípio da responsabilidade civil objetiva tem por fundamento esse vínculo de solidariedade.



se tenha então a coragem de denunciar a imperfeição do sistema em prestar auxílio às vítimas, abstando-se os reformadores penais de propalar que os interesses da vítima estariam bem protegidos exclusivamente com a previsão, quer na lei 9099/95 quer na Lei 9714/98 de estímulos penais ou processual-penais ao acusado para a reparação do dano causado à vítima.

Sob outro prisma, é de se ponderar que, muitas vezes, o que a vítima precisa não é de apoio material ou financeiro, mas auxílio para questões de ordem prática (por exemplo, trocar o segredo da chave, trocar o vidro quebrado, alguém que cuide das crianças durante o período de hospitalização) ou mesmo auxílio de âmbito psicológico. Pense-se, por exemplo, na devastadora condição psicológica e social de uma vítima de violência familiar. Aqui, é de se lembrar que a experiência criminosa, enquanto vítima, pode trazer graves conseqüências para a vida da pessoa envolvida, alterando a sua própria rotina (sentimento de impotência, de culpabilidade pelo evento, depressão, medo de sair às ruas, etc.) Nesse ponto, a experiência de outros países tem demonstrado que os planos de ação comunitária, voltados a essas necessidades específicas) parecem ser de grande eficácia. Não apenas pelo auxílio em si à vítima, mas porque reforça os lados de solidariedade. Outro aspecto positivo é que tais esquemas de voluntariado, por se pautarem na troca de experiências de âmbito prático (normalmente envolvendo pessoas que viveram, no passado, experiências semelhantes às da pessoa assistida), não se limitando a uma assistência técnica especializada (psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras), muitas vezes de pouca eficácia.

Outra inovação nem de longe cogitada em nossa doutrina pátria refere-se às *victim-impact statements*, ou seja declarações da vítima, que antecedem à prolação da sentença condenatória, onde a vítima declara, detalhadamente, o impacto, os efeitos adversos sofridos com a prática criminosa. Tais declarações têm por escopo influenciar na dosimetria da pena, embora com os limites éticos que a doutrina penal com razão se apressa em fixar (ASHWORTH).<sup>48</sup>

Outra importante ponderação refere-se ao modo como o sistema penal trata as vítimas. Como realçou CHRISTIE, em clássico artigo, "*Conflict as Property*",<sup>49</sup> o Estado chamou tanto a si a responsabilidade de tratar os conflitos (pondo fim à "autotutela") que, exagerando na dose, acabou não apenas por afastar a vítima do que chama de seu "caso", como por tratá-la como se fosse adversária dos demais operadores do Direito. Hoje em dia a tendência é de se assegurar à vítima o Direito de manter-se informada sobre o processo, que a afeta enormemente (razões de arquivamento do inquérito policial, da condenação, ou de eventual

<sup>48</sup> ASHWORTH, Andrew (1993). "Victim impact statements and sentencing". *The Criminal Law Review*, 1993, pp. 498-599.

<sup>49</sup> CHRISTIE, Nils (1977) "Conflict as property". *The British Journal of Criminology*, v. 17, 1977, pp. 1-15.

absolvição, etc. ). Mas isso não quer dizer, necessariamente, que se trata agora de uma justiça “consensual”, que o conflito necessariamente tenha deixado de existir e, nessa dimensão, não deva ser adequadamente considerado. A propósito, as pertinentes considerações de PRADO,<sup>50</sup> em argumentação de todo coerente com o pensamento de CHRISTIE.

Nem mesmo seria preciso arrolar razões de ordem humanitária para uma maior atenção à importância às vítimas no processo. Muitas vezes a vítima é, por exemplo, personagem chave na cognição de todo o evento criminoso e nem mesmo o órgão de acusação procura assegurar a participação das vítimas no processo (muitas vezes nem mesmo envida esforços para descobrir ou manter seu endereço). Além disso, questões de ordem prática, como, por exemplo, evitar que a vítima, nos corredores dos tribunais, tenha que passar pelos dissabores de eventuais hostilidades de outras testemunhas ou familiares do réu são preocupações que também fazem parte das concepções vitimológicas modernas, tendo em que conta o reconhecimento de que as vítimas de crimes têm necessidades e expectativas muito além da questão meramente patrimonial, ao contrário do enfoque privilegiado pelos últimos dispositivos de nossa legislação penal em matéria de amparo às vítimas. Não se restaura o “equilíbrio” social, emocional, psicológico perdido (objetivo maior da chamada “justiça restauradora”), por quem foi vítima de crime, apenas com efeitos pecuniários.

### Considerações Finais

Esperamos ter deixado claro que qualquer reforma legislativa penal deve transcender os limites estritamente acadêmicos para abordar não apenas questões de ordem prática de todo o sistema penal (polícia, prisões, sistema judicial, etc.), como também levar em conta as contingências de ordem política, econômica, social sob o filtro da ética e do Direito Constitucional. Aliás, esse parece ter sido um equívoco comum por ocasião de nossas (já corriqueiras) reformas penais pontuais. Nossos juristas e legisladores somente a duras penas vêm se apercebendo que essa análise prismática não é apenas necessária, mas fundamental se se pretende realmente implementar alguma medida que leve ao aperfeiçoamento do modo como a sociedade lida com o crime (e não simplesmente dar um efeito meramente simbólico a tais medidas). Daí porque procuramos realçar, com dados da pesquisa criminológica contemporânea, a importância de se pesquisar e conhecer desde os questionamentos

<sup>50</sup> PRADO, Geraldo. “A política criminal da transação penal. Crítica à crítica sobre o conflito. Igualdade e autonomia”. In *Ibid. Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 177.

fáticos, jurídicos e políticos até aspectos mais práticos de materialização das chamadas penas e medidas alternativas. Em suma, procuramos realçar a necessidade de se refletir, aprofundar e aprimorar o sistema de penas e medidas alternativas à luz dos elementos analíticos penais e processuais penais no âmbito de um sistema penal, os limites e possibilidades de utilização do Direito Pena como instrumento de controle social e a conformação, das previsões legislativas e práticas profissionais com o irrenunciável regime constitucional das garantias e direitos fundamentais, particularmente o devido processo legal.

## A Noa-Fé Como “Um Mar Sem Fronteiras” e a Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais

Rosalice Fidalgo Pinheiro\*

**Resumo:** O presente texto tem por escopo investigar como a cláusula geral de boa-fé atua diante da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para tanto, entrelaçam-se dois percursos: o da boa-fé, subtraída da atrofia à qual estava adstrita em relação à autonomia da vontade; e o dos direitos fundamentais, ao ultrapassar a rígida dicotomia entre público e privado, para encontrar neste último sua “*vis expansiva*”. Discute-se sua eficácia indireta, permeada pela atuação do juiz ao concretizar cláusulas gerais, como a boa-fé. Resta indagar se os particulares estariam vinculados, de modo tão-somente, indireto aos direitos fundamentais, ou se, ainda, diretamente, restando inúteis cláusulas gerais como a boa-fé.

**Abstract:** The present text has as a purpose to investigate how the general clause of good faith acts in the view of the linking up of individuals to the fundamental rights.. For that, two routes entwine: the one of the good faith, subtracted from the atrophy to which it was linked in relation to the autonomy of the will and the one of the fundamental rights by going beyond the rigid dichotomy between public and private, to find in the latter its “*vis expansiva*”. It is discussed its indirect effectiveness, in between by the judge’s acting to make real general clauses, like the good faith. What remains is to inquire whether the individuals would be linked, in an only indirect way, to the fundamental rights or whether, still, directly, remaining useless general clauses like the one of good faith.

**Palavras-Chave:** boa-fé; autonomia privada; direitos fundamentais; cláusula geral; Constituição.

**Key-words:** good faith; private autonomy; fundamental rights; general clause; Constitution.

\* Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil. NUPECNST. [rmsantos@terra.com.br](mailto:rmsantos@terra.com.br).

## 1 Clausura e Abertura: o Percurso da Boa-Fé<sup>1</sup>

### 1.1 A opção política: o estado liberal de direito

Entre os laços feudais que se perdem e o capitalismo que se erige na Europa continental do século XVIII, assiste-se a uma revolução. Ancorada na ilustração, a burguesia volta-se contra o absolutismo estatal, que anteriormente apoiara, e coloca-se no controle do poder político, instaurando o Estado liberal de direito: “de direito”, porque repousa sobre um corpo mínimo de direitos e garantias individuais inscritos na Constituição; e “liberal”, porque guarda consigo os valores do liberalismo econômico.

Por conseguinte, o Estado moderno converte-se em instrumento de sustentação do desenvolvimento capitalista,<sup>2</sup> o “Estado da ditadura da burguesia”,<sup>3</sup> que repousa sobre os seguintes postulados: i) o primado da lei; ii) a abstração e a generalidade das normas; iii) a divisão dos poderes; iv) a distinção entre Direito Público e Direito Privado.<sup>4</sup>

O primado da lei revela o princípio da legalidade, que, no propósito de afastar a arbitrariedade do *Ancien Régime*, faz da lei a fonte de todos os poderes do Estado. Já a legalidade encontra seu pressuposto na abstração e a generalidade das normas jurídicas, congregando uma classe indefinida de ações, dirigida à universalidade dos indivíduos que compõem a comunidade.<sup>5</sup> Daí resulta a conquista da igualdade em relação ao medievo, tão-somente formal, uma vez que se limita a submeter os indivíduos ao mesmo ordenamento jurídico.

Como consequência da legalidade, a tripartição de poderes do Estado, idealizada por Montesquieu, aponta para a separação entre os momentos de elaboração e de aplicação da lei. Em última instância, trata-se do positivismo jurídico figurando na base do Estado liberal de direito: a mediação entre a lei e o caso concreto encerra-se em uma operação lógico-formal, que impede o julgador de intrevir na esfera concreta dos particulares.<sup>6</sup> Imobilizado no momento da produção da norma, o Direito exaure-se em sua abstração e aparta-se do momento de sua aplicação, no qual toma contato com a vida.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> O percurso da boa-fé, que ora se delinea, pode ser encontrado em outro trabalho da autora: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, sob a orientação do doutor José Antônio Peres Gediel. Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

<sup>2</sup> *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 112.

<sup>3</sup> GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli. [s.d.], p. 3.

<sup>4</sup> BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 54, 55.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>6</sup> FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 76.

<sup>7</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 111.

Sob o manto da dicotomia público e privado, o Estado de direito é, ao mesmo tempo, Estado da legalidade e da liberdade. A burguesia elege o privado como espaço privilegiado de suas relações jurídicas, apartado de toda intervenção estatal, no qual exerce, livre e ilimitadamente, sua liberdade negocial.

Ancorado no “primado da lei sobre outras fontes de direito”,<sup>8</sup> o “Estado da ditadura da burguesia” toma o monismo jurídico como padrão de juridicidade, depositando nos códigos, o “mundo da segurança”.<sup>9</sup>

As codificações oitocentistas delineiam-se como “actos de transformação revolucionária”,<sup>10</sup> trazendo consigo o projeto de uma nova sociedade, sob o manto de uma ordenação inovadora da matéria jurídica. Para além de um significado técnico e político, os códigos revelam o encontro do jusnaturalismo com o Iluminismo.<sup>11</sup> O resultado desta contribuição é o Direito arquitetado sob a forma de um sistema, que tem como método a construção *more geometrico*, fazendo da codificação “a expressão do racionalismo no direito, e do sistema o seu paradigma.”<sup>12</sup>

Sob os contornos do racionalismo, os códigos representam a conquista da igualdade jurídica: a particularidade dos estatutos de classe que caracterizavam o medievo é substituída por um “estatuto de sujeitos iguais”.<sup>13</sup> Rompe-se com a desigualdade jurídica suscitada pela pluralidade de fontes, ao mesmo tempo em que se conquista a previsibilidade e a certeza do Direito aplicável às relações jurídicas. Nesta perspectiva, sob o invólucro de um ideal humanitário, a abstração e generalidade das normas codificadas envolvem uma linha de força econômica: a supressão dos privilégios e a igualdade de todos os homens como condição necessária à instauração de uma economia de mercado.<sup>14</sup>

## 1.2 Resultado: “Atrofia” da boa-fé e “hipertrofia” da autonomia da vontade

No contexto de igualdade formal, desenha-se o percurso do sujeito de direito das primeiras às últimas páginas das codificações modernas. Não se trata do homem concreto, mas abstrato, que atua no cenário jurídico da vida patrimonial. Nesse cenário, delineado pelo individualismo, a vontade é a primeira das liberdades do sujeito de direito; o dogma que figura na essência de todas as categorias jurídicas do Direito Privado.

<sup>8</sup> IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21.

<sup>9</sup> IRTI, *L'età...*, p. 23.

<sup>10</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 366.

<sup>11</sup> WIEACKER, *História...*, p. 365.

<sup>12</sup> AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”. *Separata de: Revista O Direito*. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, pp. 63-81, 1994, p. 71.

<sup>13</sup> IRTI, *L'età...*, p. 25.

<sup>14</sup> GALGANO, *Il diritto...*, p. 38.

Na “passagem para uma forma superior de sociedade”,<sup>15</sup> o voluntarismo jurídico traça os contornos de uma justiça contratual formal, na qual confere-se lugar reduzido à boa-fé. Liberdade e igualdade formais são os pressupostos de uma contratação baseada no consenso. No plano da dinâmica contratual que move as titularidades individuais, a vontade livre é garantia de que as classes vencidas não seriam destituídas de sua riqueza imobiliária de modo arbitrário pela classe vencedora.<sup>16</sup>

Nesse contexto, a boa-fé erige-se como um princípio geral no artigo 1134, 3, do *Code Civil Français*, de 1804, e como uma cláusula geral no § 242, do *BGB* alemão de 1900.

Inscrito no *Code*, o princípio revelava-se como uma “exceção desconcertante”,<sup>17</sup> capaz de se converter em fontes de novos deveres aos contratantes, o que significava, em última instância, recuperar o solidarismo e ameaçar as conquistas revolucionárias da burguesia, fundamentadas no dogma da autonomia da vontade. Por conseguinte, a interpretação positivista moldada pela Escola da Exegese, na França, retirou as potencialidades da boa-fé.

Há nisso um esvaziamento da boa-fé contratual como regra moral, colocanose, tão-somente, como uma regra de teor subjetivo, pertencente ao foro íntimo, e que não alcança o foro externo.<sup>18</sup> É interpretada como reforço à obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas,<sup>19</sup> restando-lhe um papel servil, que não tem outro propósito, senão “reforçar o peso da autonomia da vontade.”<sup>20</sup> Trata-se, nas palavras de Jean-François Romain, da “atrofia da boa-fé” em relação à “hipertrofia da autonomia da vontade”,<sup>21</sup> cunhadas pela doutrina e jurisprudência francesas.

Na Alemanha, a boa-fé é tomada da distinção *Treu und Glauben* da *guter Glauben*. Por outras palavras, uma herança, diversa da que se fez presente no ordenamento jurídico francês, separou a boa-fé em objetiva e subjetiva. Porém, as primeiras décadas de vigência do *BGB* testemunham a “inutilidade da interpretação positivista”<sup>22</sup> diante da cláusula geral do §242: o método da subsunção mostra-se insuficiente para desvendar as potencialidades da boa-fé contratual.

<sup>15</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

<sup>16</sup> ROPPO, *op.cit.*, p. 37.

<sup>17</sup> BROUSSARD, Domenico Corradini. *Ut inter bonos. Studio di storia delle idee giuridiche e di teoria del diritto*. Pisa: Pisana, 1993, p. 39.

<sup>18</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999, pp. 196, 201.

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 205.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>21</sup> ROMAIN, Jean-François. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*. Bruxelles: Bruylant, 2000, pp. 138, 139.

<sup>22</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982, p. 32.

O vazio da boa-fé no âmbito das codificações oitocentistas resulta de uma racionalidade jurídica positivista que tem por fundamento o contexto econômico e político do Estado liberal de direito.

### 1.3 A opção política: o Estado Social de Direito

A bandeira da igualdade levantada pelo “Estado da ditadura da burguesia” escondia por trás de si a fonte de novas desigualdades, geradas pela concentração de capital, que somente se revelariam em fins do século XIX. Nesse momento, os dogmas do Estado liberal de direito se desfazem e como resposta à sua crise, a Constituição de Weimar de 1919 proclama o Estado de direito social,<sup>23</sup> como síntese de um Estado social e Estado liberal de direito,<sup>24</sup> reunindo os postulados descritos por Pietro Barcellona: i) a igualdade substancial em lugar da igualdade formal; ii) o reconhecimento de uma subjetividade recíproca em lugar de uma subjetividade abstrata e iii) princípio da solidariedade e a intervenção do Estado na economia.<sup>25</sup>

O Estado social de direito volta-se para uma igualdade substancial, que busca a eliminação das diferenças econômicas,<sup>26</sup> e para tanto, requer a quebra da subjetividade abstrata do individualismo que compreende o homem como mero destinatário das normas jurídicas, dotadas de generalidade e volta-se para um Direito diferenciado, destinado a grupos sociais.<sup>27</sup> É a descodificação do Direito Privado que opera em substituição à codificação, com vistas a alcançar uma igualdade substancial em lugar de uma igualdade formal.

<sup>23</sup> “Esse novo tipo de Estado assumiu várias denominações, como Estado Social ou Estado Social de Direito, Estado Intervencionista, Estado Democrático, Estado Social-democrático (esta devido a Boulding, como um tipo de Estado interessado no bem-estar e duplamente oposto aos Estados comunista e autoritário), Estado Providência, Estado de Bem-estar, ou Welfare State, daí derivando também para Estado do Bem-estar Social. A expressão foi inicialmente forjada na França (État Providence), durante o Segundo Império, por pensadores liberais como Émile Olivier, em busca de um terceiro caminho entre estatismo e individualismo.” (BENITEZ, Gisela Maria Bester. *Quando, por que e em que sentido o Estado contemporâneo torna-se mínimo?*, p. 5, inédito)

<sup>24</sup> “Nel modello della costituzione di Weimar del 1919 si cercò di attuare un compromesso, una mediazione fra le esigenze che venivano espresse dalle nuove realtà economico-sociali e in particolare fra l’esigenza di più giusti criteri nella distribuzione del reddito, di una più ampia assistenza alle classi meno abbienti, di un uso non egoistico, non anarchico dei beni e quindi della proprietà e dell’autonomia contrattuale, e l’esigenza dello Stato di diritto (tradizionale) liberale di garantire la libertà dei privati, l’autonomia del potere economico rispetto al potere politico, ecc. Venne elaborata, appunto, la formula dello Stato di diritto sociale, che doveva rappresentare, come si ricava dalla stessa formula, una sintesi dello Stato sociale e dello Stato di diritto liberale” (BARCELLONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Napoli: Jovene, [s.d.], p. 80)

<sup>25</sup> *Diritto...*, p. 104 et seq.

<sup>26</sup> BARCELLONA, *Diritto...*, p. 108.

<sup>27</sup> FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 106.



Porém, a concretização dessa igualdade requer a intervenção do Estado, que se move em duas direções: econômica, corrigindo desvios do mercado; e social, integrando os excluídos no tecido social.<sup>28</sup>

Há nisso uma profunda alteração das relações entre Estado e sociedade. O redesenho dessas relações aponta para o rompimento de dicotomias que caracterizavam o Estado liberal de direito. O Estado intervém no mercado, estabelecendo normas imperativas que passam a regular as relações interprivadas e atravessam as barreiras que separavam o público do privado.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem mais em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores que norteiam a ação política do Estado em direção à realização dos direitos sociais. É o princípio do solidarismo que coloca em supremacia o Estado e a coletividade sobre o indivíduo.

A tripartição de poderes do Estado ganha novo sentido: afirma-se a interdependência do poder judicial e a autonomia do Executivo,<sup>29</sup> antes subsumidos à esfera Legislativa, pelo primado da lei no Estado liberal de direito. Confere-se à jurisprudência um papel criador na concretização de princípios constitucionais, o qual não é mais encardo como uma “usurpação” de poderes, mas um reequilíbrio das funções estatais.<sup>30</sup>

Com efeito, o papel do intérprete abre-se para uma nova leitura do sistema jurídico, por meio da qual empreende-se uma “renovação do Direito Privado”,<sup>31</sup> que se espelha na funcionalização de categorias jurídicas e no advento de uma nova racionalidade, fazendo-se da boa-fé o instrumento apto a empreender semelhante renovação.

Porém, as últimas décadas revelam a “máxima expansão” e “crise” do Estado social, traduzidas no cumprimento de seus objetivos e no advento de uma ofensiva neoliberal.<sup>32</sup> Em um momento no qual o capitalismo abre suas fronteiras e guia-se por uma revolução tecnológica, o Estado vem se retirando do campo econômico-social, com vistas a se tornar “mínimo”, equacionando-se pela máxima “menos Estado, mais mercado”.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Nesse sentido, BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 103, 104.

<sup>29</sup> NOVAIS, Jorge Reis. “Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito”. *Separata de: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 24, 1987, p. 222.

<sup>30</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, pp. 127-154, set./dez. 1992, p. 138.

<sup>31</sup> FIGUEIRA, *op.cit.*, passim.

<sup>32</sup> BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 145, 151.

<sup>33</sup> BENITEZ, *op.cit.*, p. 10.

#### 1.4 O movimento contrário: Valorização da boa-fé e limitação da autonomia da vontade

No Estado social de direito moldam-se as premissas que retiram a boa-fé do esquecimento no qual esteve submergida nas codificações oitocentistas, e projetam suas potencialidades: o “recoo perante o formalismo” e a afirmação do solidarismo.<sup>34</sup>

O “recoo perante o formalismo” se traduz em uma nova função que se atribui à lei e, em novos papéis, ao juiz. A oposição Estado e sociedade, característica do Estado liberal de direito, é abandonada em favor de uma *social engineering*,<sup>35</sup> que requer a intervenção estatal na esfera privada. Trata-se da linha de força presente no Estado social de direito, que se volta para uma jurisprudência criadora.

Há um “recoo em relação ao caráter vinculativo do texto legal”,<sup>36</sup> exigindo-se do juiz a “criação de uma medida própria de valoração e a consideração da justiça do caso concreto.”<sup>37</sup> Por conseguinte, o método da subsunção é relativizado, deixando de figurar como única forma de decidir, que agora volta-se para uma instância valorativa.

Por outro lado, assiste-se à substituição de uma instância individualista por outra, solidarista, que se torna a chave de leitura da boa-fé. Carregado de “nova carga ética”, o Direito Privado toma como pano de fundo a solidariedade social.<sup>38</sup> Abrem-se rupturas em sistemas jurídicos fechados, reportando-se a uma “ordem jurídica extra-legal”,<sup>39</sup> na qual se conjugam princípios e o preenchimento valorativo de cláusulas gerais.

O clássico esquema de contratação pautado no voluntarismo jurídico é rompido: o contrato deixa de ser o reino privilegiado da vontade e da liberdade. Princípios, antes ofuscados pelo dogma da autonomia da vontade, passam a compor o primeiro plano de uma “nova teoria contratual”: boa-fé e justiça contratual substancial. Enquanto o primeiro presta-se à tutela da confiança gerada no outro, o segundo tutela uma justiça comutativa, delineando a equivalência entre as prestações e uma distribuição equitativa dos ônus e riscos entre as partes.

A cláusula geral de boa-fé destaca-se como uma “vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”,<sup>40</sup> ao se delimitar em funções traçadas pela jurisprudência europeia, especialmente alemã: como fonte de deveres anexos e instrumentais na obrigação; como interpretação e integração das cláusulas contratuais, valorizando-se a confiança no destinatário da declaração de vontade; como limite ao exercício de prerrogativas individuais, que se mostram inadmissíveis ao contrariar a

<sup>34</sup> WIEACKER, *História...*, p. 626.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 626.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 627.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 626.

<sup>38</sup> WIEACKER, *História...*, p. 625.

<sup>39</sup> WIEACKER, Franz apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 118.

<sup>40</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15.

boa-fé; como fundamento de revisão do contrato, que se tornou desequilibrado pela onerosidade excessiva gerada pela alteração das circunstâncias que serviam de base ao negócio jurídico.

Nesses termos, a boa-fé mostra-se um canal de comunicação entre os fatos e o Direito, que se altera diante das transformações sociais e econômicas das sociedades pós-industrializadas. Promove-se a passagem de um sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto, dotado de mobilidade, que toma como pano de fundo a passagem de um Estado liberal de direito para um Estado social de direito.

## 2 O Percurso dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas

### 2.1 A negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a “hipertrofia” da autonomia da vontade

Na Modernidade, as Constituições erguem-se nos Estados revolucionários como códigos dotados de unidade lógica, ocupando o topo do direito positivo e revelando-se como a fonte de toda a normatividade jurídica. Nelas, inscreve-se um catálogo de direitos fundamentais, a bandeira de racionalidade do Estado moderno levantada pela burguesia.<sup>41</sup>

Sob o primado da separação entre Estado e sociedade, reservou-se ao constitucionalismo a tarefa de regulação da ordem jurídica estatal, e à codificação, a disciplina da ordem social e econômica. Por conseguinte, Estado e sociedade constituíram-se como esferas autônomas, traduzindo a separação entre política e economia, assentadas na fratura público e privado.<sup>42</sup> Os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal nela inscritos pelo jusracionalismo, sob os contornos do individualismo,<sup>43</sup> revelam a dimensão de direitos de defesa contra o

<sup>41</sup> NOVAIS, *op.cit.*, p. 68.

<sup>42</sup> “A distinção-oposição entre direito público e direito privado não é, pois, ‘natural’: não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista”. (MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989, p. 159).

<sup>43</sup> Recolhendo influências de Guilherme de Occam, a sociedade parte dos indivíduos: átomos isolados, entes abstratos e iguais, destacados do grupo social. Rompendo os laços transcendentais que cercavam o indivíduo, o contratualismo hobbesiano prossegue a via aberta pelo nominalismo, sintetizando o homem em uma evidência racional dos impulsos naturais. Está concluído o individualismo, que destituiu o homem dos laços de socialidade firmados pelo aristotelismo, restando o indivíduo laicizado, apartado de toda metafísica religiosa. (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta proibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997, p. 107).

Estado.<sup>44</sup> Suscitam contornos negativos, de verdadeira abstenção por parte dos poderes públicos na esfera de autodeterminação dos indivíduos.

Por conseguinte, o Estado torna-se intérprete do direito natural,<sup>45</sup> nos parâmetros do contrato social: combinando estatismo e anti-estatismo na salvaguarda do direito da burguesia.<sup>46</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão expressa com clareza esse ideal revolucionário. A sociedade civil é uma “sociedade natural”, na qual se encontra o mercado, regido por leis racionais ou naturais, “invioláveis por parte do Estado”.<sup>47</sup>

Sob a égide do Estado liberal de direito, volta-se ao mito contratualista: sujeitos livres e iguais movem-se segundo seus desejos, empreendendo o mercado, longe das interferências do Estado. Erguido pelos próprios indivíduos em estado de natureza, nada mais justo que o homem artificial (o Estado) mova-se dentro dos limites traçados pelos homens naturais, tornando presente a garantia e liberdade de exercício dos direitos. O Estado subtrai-se a toda intervenção, enquanto projeção do estado de natureza: enquanto aquele se traduz no espaço de legalidade, moldado nos limites da lei, este se traduz em um espaço de auto-regulação, regido pela autonomia da vontade. Nesse contexto, voluntarismo e liberalismo acham-se profundamente arraigados ao individualismo: a vontade é a primeira das liberdades individuais, o dogma que passa a figurar como essência de todas as categorias jurídicas.

No “Estado da ditadura da burguesia”, a codificação traz consigo um significado constitucional: toma o lugar da Constituição. Fator de unidade política dos Estados nacionais modernos, a tal ponto de se dizer, para cada Estado, um código, a codificação espelha o nacionalismo, ainda que sob intensidades diversas: na França, o *Code* é produto dos cidadãos, enquanto na Alemanha, os cidadãos são produto do BGB, prevalece o código como estatuto dos cidadãos.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> “...é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ (...) o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005, p. 53).

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>46</sup> “Statalismo e anti-statalismo trovano così modo di coesistere, ciascuno in un proprio ambito: il primo domina la legislazione, il secondo regna nell’amministrazione. La sovranità dello Stato è, nel primo ambito, illimitata (la legge è attuazione della ‘ragione universale’); è limitata nel secondo ambito, dall’esigenza di salvaguardare il diritto dei borghesi alla più ampia disponibilità delle risorse. Il limite all’azione dello Stato, eretto dall’art. 17 della Dichiarazione (e dall’art. 545 del code Napoléon), è la prima pietra di quell’edificio della borghesia ottocentesca che sarà lo Stato di diritto: c’è già il principio di legalità, giacché la ‘necessità pubblica’, che sola legittima il sacrificio della proprietà, deve essere ‘legalmente constatata’.” (GALGANO, *Il diritto...*, p. 18)

<sup>47</sup> GALGANO, *Il diritto...*, p. 13.

<sup>48</sup> IRTI, *L’età...*, p. 26.

O código traduz o “mundo da segurança” jurídica da burguesia,<sup>49</sup> em oposição ao mundo da insegurança, reservado pela multiplicidade de estatutos jurídicos herdados pelo medievo. É, nestes termos, um instrumento formidável de política econômica, que cumpre as exigências de sistematicidade. Acentuados por Franz Wieacker como “actos de transformação revolucionária”,<sup>50</sup> constituem a “tábua de princípios”<sup>51</sup> do mundo privado, na qual se inscrevem a igualdade, liberdade e propriedade.

Por conseguinte, a rígida dicotomia entre público e privado sucumbe ao código como “verdadeira constituição do ideário liberal”, impresso de autenticidade superior à Constituição.<sup>52</sup>

Nesse cenário, a eficácia dos direitos fundamentais é absorvida pela “hipertrofia da autonomia da vontade”. No contexto do liberalismo burguês, os direitos fundamentais têm por finalidade a proteção da sociedade contra intromissões do poder político.<sup>53</sup>

Sob a dicotomia público e privado, nega-se que os direitos tenham para além do Estado, os particulares como seus destinatários. A fórmula *Drittwirkung* torna-se inútil, visto que se poderia alcançar os mesmos resultados com os instrumentos da civilística clássica.<sup>54</sup> Semelhante argumento é sustentado pela concepção de código como “Constituição do direito privado”. Eis que neste estão contidos os valores de uma classe sócia – a burguesia -, aos quais toda a sociedade é chamada a se reconhecer. Voluntarismo, liberalismo e individualismo se entrelaçam com vistas a fazer da vontade, a primeira das liberdades individuais o dogma que passa a figurar como essência de todas as categorias jurídicas. Se a vontade livre é um direito de resistência e oposição perante o Estado, nega-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sob pena de aniquilar o dogma da autonomia da vontade.

Nesse contexto, move-se Ernest Forsthoff, que rechaça a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares, sob pena de destruição da autonomia privada e a lógica de liberdade expressa nas normas civilísticas.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> IRTI, *L'éta...*, p. 23.

<sup>50</sup> *História...*, p. 366.

<sup>51</sup> IRTI, *L'éta...*, p. 26.

<sup>52</sup> CORTIANO JR., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

<sup>53</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 273.

<sup>54</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 308.

<sup>55</sup> UBILLOS, *op.cit.*, pp. 308, 309.

## 2.2 A “hipertrofia dos direitos fundamentais” e a autonomia privada: a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Por trás da bandeira de igualdade, levantada pela burguesia oitocentista, novas desigualdades surgiram: não mais jurídicas, porém, econômicas, geradas pela concentração de capital. O viés humanista e revolucionário da codificação moderna, revela-se como igualdade tão-somente formal, levantando-se uma nova bandeira: a luta pela igualdade substancial.

Esse processo é motivado por transformações econômicas e sociais que cercam a segunda metade do século XX: a produção industrial em massa, a formação de monopólios, a concentração de capital e os conflitos entre capitalistas e trabalhadores.<sup>56</sup>

Porém, o “Estado da ditadura da burguesia” mostra-se incapaz de dissipar os conflitos entre capital e trabalho. A resposta a essa crise foi proclamada pelo constitucionalismo do século XX: uma configuração diversa dos poderes e funções do Estado, delineada pelo seu intervencionismo na esfera privada.

Com vistas a eliminar a tensão entre capital e trabalho, o Estado social de direito busca um equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar social. Sua intervenção dirige-se à tarefa de proporcionar condições de existência aos cidadãos, operando sua “integração social”.<sup>57</sup>

Promove-se o redesenho nas relações entre Estado e sociedade, com rompimento de dicotomias que sustentavam o Estado liberal. O poder político intervém no mercado estabelecendo normas imperativas que passam a regular setores das relações interprivadas. A intangibilidade do mercado se desfaz, e restam rompidas as barreiras que separavam o público do privado. Nesse redesenho, a ideologia individualista cede diante do princípio do solidarismo, caracterizado pela supremacia da coletividade e do Estado sobre o indivíduo.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores, que norteiam sua atuação política, no sentido de conferir prosseguimento aos direitos sociais. Eis a segunda dimensão de direitos fundamentais: delineados por um caráter positivo, não cuidam mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos, mas de exigir daquele um comportamento ativo na realização da justiça social.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> BARCELONA, *Formazione...*, p. 71.

<sup>57</sup> NOVAIS, *op.cit.*, p. 194.

<sup>58</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 55.

Trata-se de direitos a prestações estatais, que avançam para a consagração de “liberdades sociais”, como o direito de greve, liberdade de sindicalização e os direitos sociais dos trabalhadores.<sup>59</sup> Encontram seu aspecto distintivo em relação aos direitos de primeira dimensão, no princípio da igualdade substancial, que lhes confere fundamento.<sup>60</sup>

Essa nova dimensão de direitos fundamentais inscreve-se nas Constituições do segundo Pós-guerra, delineando a passagem de um “Estado de direito” para um “Estado de direitos”,<sup>61</sup> na qual o constitucionalismo é a via eleita para um renascimento dos direitos do homem. Gustavo Zagrebelski explica o significado desta escolha: o constitucionalismo do Pós-guerra destaca-se como alternativa entre o positivismo jurídico e o direito natural, desempenhando o papel deste último.<sup>62</sup>

Trazendo consigo o “projeto de uma nova sociedade”,<sup>63</sup> os textos constitucionais albergam os princípios de Direito Privado: “a propriedade, a família e o contrato, ingressam nas Constituições”,<sup>64</sup> delineando a constitucionalização da civilística clássica. Inaugura-se o movimento por uma tutela unitária e integral da pessoa, que encontra acolhida em normas abertas, inscritas nos textos constitucionais. Coloca-se em primazia a dignidade da pessoa humana, que fundamenta o reconhecimento dos direitos fundamentais. Eis o “novo humanismo”<sup>65</sup> que subtrai as relações jurídico-privadas do patrimonialismo das codificações modernas.

Assiste-se um movimento contrário: o código despe-se dos contornos de “Constituição do direito privado”.<sup>66/67</sup> Na preocupação de eliminar as desigualdades geradas pelo “despotismo econômico”, reúne-se na Constituição o papel de “fonte suprema do direito público” e “lei fundamental do direito privado”.<sup>68</sup>

<sup>59</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 56.

<sup>60</sup> Do mesmo modo que as dimensões de direitos fundamentais atuam em sentido cumulativo, e não substancial, o Estado social de direito representa a síntese entre Estado social e Estado de direito liberal. (Cf. BARCELLONA, *Formazione...*, p. 80.)

<sup>61</sup> Expressão de: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 65.

<sup>62</sup> *Op.cit.*, p. 65.

<sup>63</sup> IRTI, *L'età...*, p. 75.

<sup>64</sup> GOMES, Orlando. “A agonia do código civil”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 7, pp.1-9, jul. 1988, p. 6.

<sup>65</sup> FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 108.

<sup>66</sup> “Expressão de Michelli Giorgianni”. In “O direito privado e as suas atuais fronteiras”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 747, jan. 1998, pp. 35-55.

<sup>67</sup> “A época da sociedade burguesa, cuja expressão mais tardia foi o Código Civil, chegou ao fim. Com a passagem dessa era retrocedeu também a pretensão de vigência do direito civil e do seu ideal jurídico. Ao retroceder esse modelo avançaram para primeiro plano os momentos ‘coletivo’ e ‘social’ como forças determinantes da ordem jurídico-constitucional. Este desenvolvimento ocorre, num primeiro momento, de forma mais clara, no direito do trabalho, e, depois, na formação de ‘novos’ setores jurídicos.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 276).

<sup>68</sup> GALGANO, *Il diritto...*, p. 58.

Nesse cenário, importa considerar a normatividade constitucional: as normas de direitos fundamentais impõem-se ao Direito Privado como “normas objetivas”, isto é, pelo seu conteúdo.<sup>69</sup> Encontra lugar o “efeito de irradiação”, a “vis expansiva” dos direitos fundamentais sobre a esfera privada, travando-se um debate em torno de sua aplicabilidade direta ou indireta e de sua eficácia perante terceiros.

Os direitos fundamentais expressam “valores jurídico objetivos”, “decisões de valor” que se estendem sob toda ordem jurídica. Assiste-se, segundo Juan María Bilbao Ubillos, a uma incontível vocação expansiva dos direitos fundamentais, delineados por normas, que, ao mesmo tempo em que se mostram passíveis de aplicação direta e imediata contêm um substrato aberto, passível de se expandir pelo ordenamento.

*Asistimos, en efecto, a un proceso de continua expansión de los derechos fundamentales, en varias direcciones. Su contenido se enriquece incesantemente: día a día, los tribunales descubren nuevas posibilidades (a veces insospechadas) de penetración de aquellos derechos. nuevos escenarios en los que se estima que pueden operar.*<sup>70</sup>

Conclui-se o movimento inverso: a “hipertrofia dos direitos fundamentais”<sup>71</sup> impõe-se à autonomia privada, consolidando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

## 2.3 O debate da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

### 2.3.1 As teses monistas: eficácia imediata

A trajetória dos direitos fundamentais, como normas de valor aplicáveis à ordem jurídica, fundamenta-se no princípio da unidade do ordenamento jurídico e na força normativa da Constituição: a normativa constitucional não se reduz à mera regra hermenêutica, é norma de comportamento com aplicabilidade imediata nas relações interpretadas.<sup>72</sup> Eis os fundamentos tomados pela tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na Alemanha, do segundo pós-guerra, delineando as teorias monistas.

Trata-se de conceber a validade absoluta dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou normas de valor, que não vinculam apenas o poder público mas oponíveis a entidades privadas e indivíduos que se constituem em situações reais de poder equiparáveis à supremacia do Estado.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> QUEIROZ, *op.cit.*, p. 274.

<sup>70</sup> UBILLOS, *op.cit.*, p. 306.

<sup>71</sup> QUEIROZ, *op.cit.*, pp. 278, 279.

<sup>72</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

<sup>73</sup> MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 21.



Dentre as primeiras vozes que proclamaram a *Drittwirkung* dos direitos fundamentais, destaca-se Nipperdey, que ao presidir o Tribunal Federal do Trabalho (BAG), em 1954, proclamou os direitos fundamentais como princípios ordenadores da vida social, que têm caráter vinculante, aplicável de forma direta e imediata no tráfico jurídico privado.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não necessitam de qualquer transformação para serem aplicados às relações inter-privadas, pois assumem o significado de direito de defesa oponíveis perante particulares, restando inadmissíveis limitações contratualmente ajustadas.<sup>74</sup>

### 2.3.2 As teses dualistas: eficácia mediata

Não obstante o princípio da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais tenha surgido nas cortes germânicas do segundo Pós-guerra, não foi esta a tese que prevaleceu.

Para tanto, o caso Lüth mostrou-se paradigmático no acolhimento, embora não expresso, de uma eficácia mediata ou tão-somente indireta dos direitos fundamentais entre particulares, compondo o quadro das teses dualistas.

Em 1950, o diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth sustentou um boicote público contra um filme de cunho anti-semita, exibido durante a ditadura nazista. Com base no § 826, do BGB, o Tribunal de Justiça de Hamburgo impôs a Lüth que se abstivesse do boicote. Porém, em sede de recurso, a Corte Constitucional proclamou que o Tribunal Estadual de Hamburgo desconsiderou um direito fundamental de Lüth, nas relações privadas: a liberdade de expressão e de informação. Trata-se de dizer: o tribunal de instância inferior ignorou o efeito de irradiação do direito à liberdade de expressão, ao interpretar a cláusula geral de contrariedade aos bons costumes do § 826, do BGB.

A decisão contém um viés de ruptura com o paradigma até então prevalecente: uma lide entre particulares só pode ser resolvida pelos instrumentos de direito privado, não restando qualquer importância aos direitos fundamentais.<sup>75</sup> Eis que estes últimos são recepcionados como uma ordem objetiva de valores, centrada na dignidade da pessoa humana, estendendo suas influências no direito civil. Contudo, considera-se que a “*vis expansiva*” dos direitos fundamentais como ordem de valores ocorre de forma indireta: sua concretização prescinde de cláusulas gerais inscritas pelo direito infraconstitucional.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In \_\_\_\_\_. (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 122, 123.

<sup>75</sup> MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 26.

Está concluída a tese dualista, afirmada por Günter Dürig, segundo a qual os direitos fundamentais atuam como uma ordem objetiva de valores, que conduz à interpretação do Direito Privado. Para tanto, avulta a mediação do legislador ou do juiz.

A eficácia por meio da ação legislativa deve buscar um equilíbrio entre os direitos e valores em conflito: a realização dos direitos fundamentais depende da lei infraconstitucional.

Já a mediação do juiz mostra-se como uma via “*light*”<sup>76</sup> de irradiação dos direitos fundamentais. No desempenho da função jurisdicional, esses últimos são tomados na interpretação das normas infraconstitucionais. A materialização dos direitos fundamentais ocorre através de normas abertas, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e na interpretação de qualquer norma de Direito Privado. O escopo dessa diretiva é filtrar o conteúdo da normativa constitucional, ao projetar-se sobre a esfera privada, conservando sua autonomia.<sup>77</sup>

Por conseguinte, as teorias dualistas negam aos direitos fundamentais os contornos de direitos subjetivos, que atuariam com eficácia absoluta nas relações entre particulares, requerendo, para tanto, a mediação do legislador ou do juiz. Há, nesta diretiva, o esboço de uma resposta ao temor constante, traduzido pela eficácia imediata dos direitos fundamentais: a completa destituição de autonomia do direito civil, substituindo-o pelo direito constitucional, e aniquilando com seu núcleo, a autonomia privada.

Tais argumentos, que já cerceavam a negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, são apenas parcialmente refutados pelo papel criador do juiz que concretiza cláusulas gerais para subsistir sob contornos positivistas. Os direitos fundamentais restam recepcionados como meros parâmetros interpretativos, ou ainda, princípios gerais do direito com vistas a integrar lacunas e precisar o sentido da lei.<sup>78</sup>

Nesse contexto de vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais, ainda se destacam a teoria dos deveres de proteção e a doutrina americana da *state action*.

Sustenta, a primeira, que as normas definidoras de direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de proteção aos particulares contra agressões que estes sofram aos bens jurídicos constitucionalmente assegurados, ainda que tal agressão advinha de outros particulares. Para além de uma função de defesa, os direitos fundamentais revelam imperativos de tutela: o Estado tem o dever de proteger os particulares contra quaisquer ameaças aos seus direitos fundamentais, quando estas resultem da atividade de outros particulares.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> UBILLOS, *op.cit.*, p. 313.

<sup>77</sup> MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 24.

<sup>78</sup> Cf. UBILLOS, *op.cit.*, p. 314.

<sup>79</sup> MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 28.

Nessa perspectiva, a eficácia indireta encontra aplicabilidade para além das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, impondo ao poder público, a obrigação de zelar pelos direitos fundamentais perante outros particulares. Em última instância, não se ultrapassa o plano da vinculação tão-somente do Estado aos direitos fundamentais.

Com vistas a fugir do debate acerca da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, a alternativa norte-americana da *station action* sustenta que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado aos particulares, mas não os particulares entre si. Porém, as cortes norte-americanas ampliaram o sentido desta vinculação para casos excepcionais: em situações nas quais o particular exerce função estatal típica, ou quando justifica-se imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta do particular.<sup>80</sup>

Os termos mais estritos com que essas duas teorias concebem a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares, permite identificar em seus contornos a permanência no âmbito de vinculação do Estado.

### 3 A Boa-Fé como um “Mar Sem Fronteiras” e os Limites da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais

#### 3.1 A boa-fé nas codificações brasileiras

O movimento de codificação, vivido pela Europa continental, sob o lema “um Estado, um código”, durante o século XIX, somente encontrou lugar no cenário jurídico nacional, em 1917. Dissociado da realidade nacional, o Código de Clóvis Beviláqua reunia o “espírito sistematizador” de perfil geometrizar ao centralismo jurídico de tradição luso-brasileira,<sup>81</sup> restando como: ...obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.<sup>82</sup>

Não obstante as referências contidas no direito pré-codificado e projetado, imperou a ausência de disposição legislativa no Código de 1916 acerca da boa-fé objetiva: as referências esparsas dos artigos 1443 e 1444, que poderiam revelar o princípio em sua vertente objetiva à falta de uma regra geral nos moldes do § 242 do BGB, ganhou uma leitura subjetivada por parte da doutrina, restando delineada como boa intenção. Trata-se da mesma doutrina, cujo papel se traduziu em um silêncio capaz de reduzir as potencialidades do artigo 131, I, do Código Comercial, como orientação para interpretação do negócio jurídico.

<sup>80</sup> MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 38.

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 266.

<sup>82</sup> GOMES, *Raizes...*, pp. 30, 31.

Compõe-se o quadro de “domesticação da boa-fé”: é admitida tão-somente nos limites do princípio da autonomia da vontade. Trata-se da projeção da racionalidade codificada, afeta aos valores do liberalismo, para a doutrina e jurisprudência brasileiras, sob os moldes do positivismo jurídico, asseverando Antônio Junqueira AZEVEDO:

Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé – é o artigo 131, sobre *interpretação* contratual.<sup>83</sup>

Não obstante a ausência de previsão expressa, a boa-fé manteve-se por muito tempo como princípio implícito do direito das obrigações, representando o resultado de exigências éticas.<sup>84</sup>

Em um momento no qual já se considerava a codificação como “modo superado de legislar”,<sup>85</sup> entra em cena a recodificação de 2002, trazendo consigo a positivação do princípio da boa-fé. Reunindo influências do *Codice* italiano de 1942 e da codificação portuguesa de 1966, o novo Código Civil brasileiro conjuga a permanência da tradição jurídica anterior com as inovações alcançadas pela jurisprudência brasileira, ao longo do século XX.

No Direito continental europeu, esse fenômeno suscitou o redesenho das relações entre sociedade política e civil. Assevera Natalino Irti que diante da crise do Estado e das transformações das relações de mercado, os indivíduos encontram refúgio e proteção nas normas codificadas, operando uma “desconstitucionalização” da vida privada e um retorno ao Código Civil, que se restaura como “plusvalor político”.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> “A boa-fé na formação dos contratos”. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 81.

<sup>84</sup> “Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa. A percepção ou a captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. In FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58, p. 49).

<sup>85</sup> SACCO, Rodolfo. “Codificare: modo superato de legiferare?” *Rivista di diritto civile*. Ano XXIX, n° 2, marzo-aprile, pp. 117-135, 1983. O autor quer demonstrar que, embora declare-se que “O código civil está morto. O tempo em que se codificava – especialmente, em que se codificava o direito civil – é um tempo superado”, a codificação permanece como instrumento técnico-jurídico.

<sup>86</sup> *Codice Civile e società politica*. Roma: Laterza, 1995, pp. 9, 12.

No cenário nacional, esse fenômeno se reflete na retirada do Estado brasileiro da sociedade civil, que aos poucos se processa. A Constituição ainda não exaure sua “energia criativa” e “capacidade unificante”.<sup>87</sup> Mas, o código erige-se com o escopo de restaurar-se como “plusvalor político”,<sup>88</sup> o “diploma básico da disciplina das relações de natureza privada...”<sup>89</sup> Para tanto, a nova codificação faz suas as diretrizes da “socialidade” da “eticidade” e da “operabilidade”.<sup>90</sup>

Por conseguinte, quebra-se o silêncio da codificação de 1916, acolhendo-se a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações, sob os contornos de uma cláusula geral, em seu artigo 422. Objeto de críticas por parte da doutrina, esse dispositivo traz consigo o debate acerca do temor das cláusulas abertas.

A mera presença de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 não o afasta completamente do século XIX. Semelhantes “janelas” já existiam nas codificações oitocentistas, revelando-se inúteis diante da racionalidade positivista. A diretriz da “operabilidade” depende do papel do intérprete na tarefa de construção de conteúdo para as normas abertas. Por outras palavras, o atual Código eleva o debate a uma questão hermenêutica, na qual se destaca a leitura constitucional.

É nesse momento, que a axiologia constitucional pode presidir a leitura da boa-fé como ressalta Gustavo Tepedino: “...as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do Direito Privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.”<sup>91</sup>

### 3.2 A abertura constitucional para a boa-fé

No Brasil, o Estado social de direito foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, sob a denominação Estado democrático de direito.<sup>92</sup> Ele revela em

<sup>87</sup> IRTI, *Codice...*, p. 10.

<sup>88</sup> IRTI, *Codice...*, p. 9.

<sup>89</sup> AMARAL, Francisco. “O projeto de Código Civil”. *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro: Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, nº 16, pp. 23-47, 1º sem. 1999, p. 28.

<sup>90</sup> REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 36.

<sup>91</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, pp. XV-XXXIII. In \_\_\_\_ (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XX.

<sup>92</sup> Jorge Reis NOVAIS caracteriza-o como Estado social e democrático de direito: “...o Estado de Direito da nossa época é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjetivação. Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão actualizada do velho ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. De facto, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”. (*op.cit.*, p. 224)

seu núcleo a dignidade da pessoa humana, definindo os contornos de uma axiologia material, herdada do Pós-guerra. Trata-se do movimento por uma tutela unitária e integral da pessoa, que encontra acolhida em normas abertas, inscritas nos textos constitucionais.<sup>93</sup> Colocar em primazia a dignidade da pessoa humana leva ao reconhecimento de direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico e na garantia de condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Por conseguinte, a presença do Estado democrático de direito na Constituição da República de 1988 impulsiona um movimento de constitucionalização do Direito Privado. O contrato, a propriedade e a família passam a ser lidos à luz da Constituição.<sup>94</sup>

Nesse contexto, é insuficiente constatar a mera transposição de princípios do texto codificado para o texto da Lei Maior,<sup>95</sup> pois a constitucionalização não se limita à mera mudança de unidade no cenário legislativo, mas traz consigo um significado axiológico.<sup>96</sup> Os valores constitucionais irradiam de um “valor-fonte”: a dignidade da pessoa humana.<sup>97</sup> Nela repousa a “chave de leitura”<sup>98</sup> da civilística atual, justificando-se que a Constituição da República substitua o Código civil no papel de fonte valorativa da disciplina das relações interprivadas:

A transposição das normas diretas do sistema de Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao ‘indivíduo’, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>99</sup>

<sup>93</sup> Essa tendência inicia-se com a Constituição de Weimar de 1919 e estende-se para as Constituições que promulgam por toda a Europa continental, no período do segundo Pós-guerra: a Constituição de Bonn de 1949 declara que a “dignidade da pessoa humana é inviolável”, e a Constituição italiana de 1947 assevera em seu art. 2.º: “...la República reconhece y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad”. (SESSAREGO, Carlos Fernández. “Protección a la persona humana”. In ADORNO, Luis, et al. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993, pp. 21-80, p. 40).

<sup>94</sup> Gustavo Tepedino aponta o erro de se “pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder em sentido inverso, de modo a reter e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior”. (TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”. In \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 199-215, p. 206)

<sup>95</sup> TEPEDINO, Maria Celina B. M., “A caminho de um direito civil constitucional”. *Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial)*, São Paulo, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993, p. 68.

<sup>96</sup> TEPEDINO, Maria Celina B. M., *op.cit.*, p. 68.

<sup>97</sup> “Assim, a coerência e a univocidade das transformações ocorridas na organização familiar, no contrato e na propriedade são alcançadas por meio da compreensão de tais transformações nos quadros de um direito civil informado pelos princípios estabelecidos na Constituição, dentre os quais, como é de todos sabido, ressalta, com supremacia, o princípio da dignidade da pessoa humana...” (*Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61).

<sup>98</sup> NEGREIROS, *Teoria...*, p. 59.

<sup>99</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 74. “Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar

Proclamado dentre os fundamentos do Estado democrático de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana afirma-se como linha orientadora da interpretação de toda a ordem jurídica, tradução de um personalismo ético que lhe confere unidade.<sup>100</sup> Insere-se nos quadros de uma racionalidade que não se limita à lógica-formal, de contornos formalistas assentados na “regra-exceção”,<sup>101</sup> mas de contornos valorativos. Para tanto, avulta o papel do jurista, que, ao se valer da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, empreende a “repersonalização do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa”, com vistas a “repor o ‘indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*’, não apenas ‘como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação’”.<sup>102</sup>

Como corolário desse “novo humanismo”,<sup>103</sup> os princípios da igualdade, da liberdade e da solidariedade<sup>104</sup> conferem primazia à boa-fé como “cláusula geral de tutela da pessoa humana”.<sup>105</sup>

Se o esvaziamento da civilística clássica de qualquer “significado constitucional” implicou o esvaziamento do conteúdo “eticizante” da boa-fé, diante da “hipertrofia da autonomia da vontade”, este lhe é restituído pela axiologia do “direito civil-constitucional”.<sup>106</sup> Trata-se de uma interpretação sistemática que, centralizada em torno da dignidade da pessoa humana, impõe deveres de solidariedade aos contratantes.<sup>107</sup>

a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.” (MORAES, *op.cit.*, p. 74).

<sup>100</sup> FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 110.

<sup>101</sup> “É a partir da Constituição (arts. 1.º e 2.º) que se consegue estabelecer a unidade do Código Civil, para se evitar que os juristas, presos ao dogma do vício formalista, movendo-se no plano abstracto do sistema jurídico, ordenem as normas, segundo os princípios da lógica-formal, numa relação regra-exceção, levando aos casos concretos soluções injustas por erro de compreensão e de interpretação do ordenamento normativo global.” (FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 110).

<sup>102</sup> CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1: teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites, p. 10.

<sup>103</sup> FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 108.

<sup>104</sup> Cf. MORAES, *op.cit.*, p. 85.

<sup>105</sup> Neste sentido, NEGREIROS, *Teoria...*, p. 117.

<sup>106</sup> Utilizou-se tal denominação, não obstante asseverar Gustavo TEPEDINO: “A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis” (“Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”. In \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21).

<sup>107</sup> NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 261.

A boa-fé subtrai-se à atrofia codificada e traduz um “processo de objetivação da tutela”<sup>108</sup> contratual: despe-se de qualquer configuração residual que lhe possa ser atribuída na órbita dos princípios gerais do direito, conformando, segundo Teresa Negreiros, as situações patrimoniais às situações existenciais.<sup>109</sup> Sob essa instância solidarista, transmutam-se as relações entre boa-fé e autonomia privada: aquela não é mero “instrumento alternativo, reativo, antagônico, mas fundamentalmente construtivo”,<sup>110</sup> à luz do qual, esta resta funcionalizada. Por conseguinte, opera-se o reverso da “represonalização” – a “despatrimonialização” –, como revela Carmem Lúcia Silveira Ramos: “...não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”.<sup>111</sup>

### 3.3 Os limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a cláusula geral de boa-fé

Proclamada como um “*une mer sans rivages*”,<sup>112</sup> a cláusula geral de boa-fé destaca-se pela imprecisão de seus contornos. Nestes termos, delinea-se como uma norma aberta, que “em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.”<sup>113</sup>

<sup>108</sup> MUSIO, Antonio. *La bona fede nei contratti dei consumatori*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 64.

<sup>109</sup> Assiste-se ao esforço de obter-se um equilíbrio mínimo nas relações contratuais, em nome da igualdade substancial; impõem-se deveres de conduta às partes em nome da lealdade da informação e proteção, que deve presidir a relação obrigacional, desde os seus primeiros aos últimos instantes, reputada pela solidariedade; limitam-se as prerrogativas contratuais na medida em que atentem contra a reciprocidade; ou ainda, quando suscitem quebra da confiança, ultrapassando-se os limites da liberdade individual para ater-se ao outro, em homenagem à justiça social, eis que a liberdade conforma-se ao dever de solidariedade social; “A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana”. (NEGREIROS, *Fundamentos...*, p. 281)

<sup>110</sup> “Assim, a boa-fé e a autonomia da vontade constituem princípios que devem ser harmonizados em bases mutuamente includentes”. (NEGREIROS, *Fundamentos...*, p. 272)

<sup>111</sup> Carmem Lúcia Silveira RAMOS: “Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.” (“A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 3-29, p. 16).

<sup>112</sup> DAVID-CONSTANT, Simone. “La bonne foi: une mer sans rivages”. In \_\_\_\_\_. (Org.) *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège*. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

<sup>113</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 229.



Na descrição da *fattispecie*, a cláusula geral combina termos vagos e imprecisos, conferindo ao julgador poder para criar a norma aplicável ao caso concreto. Trata-se de dizer: a cláusula geral permite um espaço de intervenção criativa ao promover a construção de uma norma individual. Tais características rendem à cláusula geral uma abertura para o mundo dos valores, cabendo ao juiz determiná-los, procedendo a uma “decisão de valores”.<sup>114</sup>

Nesse espaço de indeterminação intencional, a cláusula geral desempenha funções de abertura e mobilidade do sistema jurídico. A abertura realiza uma integração no sistema jurídico de acordo com as mudanças sociais, enquanto a mobilidade é traduzida como inserção de elementos extrajurídicos, que operam uma adequação valorativa e um retorno dialético ao sistema. Em atenção a essa mobilidade, a cláusula geral é chamada a realizar ligações intersistemáticas,<sup>115</sup> como a que se revela entre Código Civil e Constituição.

Subtraída da “inutilidade da interpretação positivista”,<sup>116</sup> a cláusula geral de boa-fé, desenhada pelo artigo 422 do Código Civil brasileiro, mostra-se como uma “via suave e flexível”<sup>117</sup> à eficácia dos direitos fundamentais. Eis a tese vencedora nas Cortes germânicas: os direitos fundamentais irradiam no Direito Privado por meio de cláusulas gerais e conceitos carentes de interpretação e integração, suscitando tão-somente, uma eficácia mediata ou indireta.

Na Alemanha, orientado por essa perspectiva, o Tribunal Constitucional Federal fixou os limites da liberdade de contratar no Direito Privado. Em pauta, estavam fianças contraídas por familiares do devedor, que viam-se comprometidos com todos os seus rendimentos futuros com o pagamento dos juros, sem sequer arcar com o principal da dívida garantida.

Corrigindo o formalismo da decisão do Superior Tribunal Federal, segundo a qual a fiança seria válida em homenagem ao princípio da liberdade de contratar, aquela corte proclamou: há nisto violação ao livre desenvolvimento da personalidade, expresso no artigo 2º, I, da Lei Fundamental. Não pode uma parte preponderar sobre outra, a ponto de determinar, unilateralmente, o teor do contrato. Considerando-se o efeito irradiador dos direitos fundamentais, a garantia prevista no artigo 2º, I, da Lei Fundamental deve ser observada, aplicando-se para tanto, o critério dos bons costumes do § 138 e os parâmetros do princípio da boa-fé do § 242 do BGB.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*. Paris: Dalloz, 2001, p. 75.

<sup>115</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

<sup>116</sup> WIEACKER, *El principio...*, p. 32.

<sup>117</sup> UBILLOS, *op.cit.*, p. 313.

<sup>118</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229.

Em outra decisão, proferida pelo mesmo tribunal, as cortes germânicas estabeleceram restrições à liberdade de contratar decorrentes do efeito irradiador dos direitos fundamentais. Um jovem aprendiz de torneiro mecânico publicara no jornal um artigo contra a construção de uma usina nuclear. Tal artigo pareceu ao seu empregador uma violação contra seu empreendimento, levando-o à recusa de celebrar com o jovem aprendiz um contrato de trabalho. Acionado por este, com vistas a obrigá-lo contratar, o empregador viu sua recusa considerada pelo Tribunal como discriminação que violava a liberdade de expressão de opinião, prevista no artigo 5º, I, da Lei Fundamental. Em tal pronunciamento, o Tribunal Constitucional Federal cassou a decisão do Tribunal Federal do Trabalho, fundamentando-se em uma cláusula geral que obriga a observância dos princípios do direito e da equidade por parte do empregador no tratamento de seus trabalhadores, abstendo-se de tratamentos discriminatórios em virtude de suas convicções políticas,<sup>119</sup> termos em que, a violação de um direito fundamental determinou a obrigação de contratar.

Em decisões como essa, o efeito irradiador dos direitos fundamentais move-se no Direito Privado, por intermédio de cláusulas gerais, restando uma influência diferenciada.<sup>120</sup>

Amparado em uma teoria dos deveres de proteção, que em última instância, vinculam tão-somente o Estado aos direitos fundamentais, Claus-Wilhelm Canaris afasta sua “eficácia externa imediata” na esfera privada. Eis que semelhante teoria torna inteiramente supérfluo o recurso às cláusulas gerais, destituindo o direito contratual e a responsabilidade civil de sua autonomia, restando, em larga escala, sua substituição pelo direito constitucional.<sup>121</sup>

Por conseguinte, os direitos fundamentais atuam como um recurso à concretização das cláusulas gerais, delineando-se a “eficácia externa mediata”, asseverando Claus-Wilhelm Canaris:

Ao contrário do que ocorre com as leis, verifica-se que contratos, negócios jurídicos e outros atos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direito com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses atos não são, como já foi exposto, destinatários dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercem sua influência nestes

<sup>119</sup> Trata-se do § 75 da Lei de Organização de Empresas, referida por CANARIS, *A influência...*, p. 231.

<sup>120</sup> “... há uma diferença essencial entre esse caso e o caso Lüth, pois no segundo a influência da Constituição fez que uma cláusula geral juscivilista – a saber, o § 826 do BGB -, não podia ser aplicada, contrariamente à opinião dos tribunais cíveis, pois, caso assim fosse, um direito fundamental – isto é, a liberdade de opinião do Sr. Lüth – teria sido violado. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal supõe nos casos de fiança, de modo exatamente inverso, que uma cláusula geral – a saber, §138 ou §242, ambos do BGB – deve ser aplicada, contrariamente à intenção do Superior Tribunal Federal, pois, do contrário, seria violado um direito fundamental, designadamente o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” (CANARIS, *A influência...*, p. 229)

<sup>121</sup> CANARIS, *A influência...*, p. 235.

casos. (...) os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações interpretadas, e isto, de certo modo, por via oblíqua: precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si.<sup>122</sup>

Na esteira das cortes germânicas,<sup>123</sup> os tribunais brasileiros começam a se pronunciar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, encontra-se a decisão proferida pelo STJ, em pedido de *habeas corpus* com o propósito de afastar decreto de prisão de uma taxista, em razão de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. Considerando-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III), resultam a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais. Tais direitos foram contrariados pelo decreto de prisão, restando afastado.

Para tanto, o Min. Ruy Rosado de Aguiar invocou em seu voto, a eficácia dos direitos fundamentais e a cláusula geral de bons costumes, prevista no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, restando uma ponderação de valores. O direito de cobrança da dívida pelo credor, de natureza patrimonial, deve ceder diante da liberdade de locomoção do devedor e da igualdade entre as prestações do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Em outra decisão, proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, proclamou-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Trata-se de contrato de plano de saúde, no qual a operadora negou-se a indenizar despesas com transplante de órgão realizado pelo segurado, com fundamento em cláusula contratual expressa, excluindo a cobertura.

Porém, o Tribunal asseverou que a saúde é direito fundamental, oponível tanto ao Estado, como ao particular. E para além disso, a prestadora de serviços de saúde não pode se recusar a tal tratamento, sob pena de contrariedade à boa-fé objetiva, pois “... referido princípio impõe a prevalência do interesse social sobre o econômico, tendo em conta o direito à saúde, à vida e à dignidade humana.”<sup>124</sup>

As decisões, acima referidas, movem-se em um contexto de constitucionalização de toda a ordem jurídica. Os direitos fundamentais afirmam-se como uma ordem objetiva de princípios e valores, que conformam a interpretação das normas privadas à Constituição, ponderando Ingo Wolfgang Sarlet: as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-

<sup>122</sup> CANARIS, *A influência...*, pp. 237, 238.

<sup>123</sup> Analogamente à “Dritwirkung mediata” do direito germânico, a regra de *correttezza*, prevista no artigo 1175 do Codice Civile italiano, resta valorizada, como instrumento de inserção dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

<sup>124</sup> MINAS GERAIS. “Tribunal de Alçada de Minas Gerais”. Ap. Cív. nº 264.003-9, rel. Juíza Maria Elza, j. 10.02.99. In *JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. Cível e comércio. Planos de Saúde*, 193. Curitiba: Juruá, 2002, p. 117.

se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar os conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.<sup>125</sup>

Por conseguinte, a boa-fé é subtraída do temor de arbitrariedade e imprecisão que lhe renderam os contornos de “um mar sem fronteiras”. Com vistas a conferir-lhe “precisão-jurídico-teórica” não resta ao intérprete outra saída, senão procurar na Constituição, a pauta axiológica de sua concretização. Nestes termos, os direitos fundamentais mostram-se como diretivas de interpretação e aplicação das cláusulas gerais.<sup>126</sup>

Nesse contexto, recolhe-se a transposição para a jurisprudência brasileira do princípio da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em relações de desigualdade de poder. Porém, essa vinculação não pode ser apenas indireta, como sustentou o Min. Ruy Rosado de Aguiar em seu voto: Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental.<sup>127</sup>

Eis que sustentar uma eficácia tão-somente mediata dos direitos fundamentais significa subtraí-los da condição de direitos subjetivos e reduzi-los à função de meros parâmetros interpretativos, restando-lhes a função de princípios gerais do direito, como sustenta Juan Maria Bilbao Ubillos:

*El precio de una vigencia de los derechos fundamentales en todos los órdenes sería, pues, la renuncia al título de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales informarían la práctica judicial como simples parámetros interpretativos, a los que se acude, sobre todo, cuando existen lagunas que integrar o la ley está redactada de forma imprecisa. Se trataría de una influencia correctora o matizadora en sede interpretativa, característica de todos los principios generales del Derecho. (...) ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.*

Diante da unidade do ordenamento jurídico, importa considerar a normatividade dos princípios constitucionais: toda norma consignada na Constituição tem efeito imediato sobre o tecido infraconstitucional.<sup>128</sup> Deste modo, a um tempo, afasta-se o caráter tão-

<sup>125</sup> A eficácia..., p. 378.

<sup>126</sup> Cf. ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 512.

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 12.547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01º.06.2000, p. 7.

<sup>128</sup> TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”. In \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205.

somente político atribuído a esses princípios, de mera feição programática, imaginando-se no legislador ordinário seu destinatário; e a outro, em desconsiderar os contornos de meros princípios gerais do direito, enunciados por um sentido residual.<sup>129</sup>

Desenha-se o cenário capaz de refutar as críticas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a supremacia da Constituição e a unidade do sistema jurídico.

Sob um viés positivista, invoca-se o argumento da insegurança jurídica suscitada pela indeterminação dos direitos fundamentais e o temor do arbítrio judicial, capaz de desvirtuar o princípio da separação de poderes, afastados por Juan María Bilbao Ubillos:

*... la insatisfacción o la preocupación, compensible en un jurista, por la ausencia de criterios seguros no debería llevarnos a negar sin más la posibilidad de invocar directamente un derecho de rango fundamental frente a una supuesta violación imputable a un particular. ¿Por qué no asumir como inevitable en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa y marcado por la vis expansiva de los derechos fundamentales esa dosis de inseguridad, de imprevisibilidad?*<sup>130</sup>

Ocorre que o juiz destaca-se como um engenheiro social no Estado democrático de direito, restando-lhe os valores e princípios constitucionais na concretização de normas abertas. Para tanto, a Constituição mostra-se como uma nova instância de racionalidade, refutando o temor de insegurança jurídica.

A autonomia do Direito Privado, suscitada por Claus-Wilhelm Canaris, com vistas a afastar a eficácia imediata, perde-se diante da uma tutela integral e unitária do homem. A supremacia da Constituição não permite a subsistência de uma esfera de garantia em relação ao Estado, e outra, reservada à atuação dos particulares. Eis que a normatividade da Constituição impõe a unidade do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, a eficácia imediata dos direitos fundamentais torna-se presente no cenário jurídico nacional, sendo sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, à luz do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988.<sup>131</sup>

Resta indagar acerca da perda de papel privilegiado conferido às cláusulas gerais, como a ponte de irradiação dos direitos fundamentais no Direito Privado, tal qual, suscitado por Claus-Wilhelm Canaris: as cláusulas gerais restariam inúteis diante da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas?<sup>132</sup>

<sup>129</sup> “Em segundo lugar, não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4.º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito”. (TEPEDINO, *Premissas...*, p. 18).

<sup>130</sup> UBILLOS, *op.cit.*, p. 311.

<sup>131</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 379.

<sup>132</sup> Cf. BELVEDERE, Andrea. “Le clause generali tra interpretazione e produzione di norme”. In VISINTINI, Giovanna [Coord.]. *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 326, 327.

A resposta a essa indagação move-se em duas direções. Não é possível interpretar os princípios constitucionais “como um conjunto de soluções *prêt-à-porter*, mas como possibilidades de concretização normativa, por meio de um método que parta da tópica.”<sup>133</sup> Trata-se de dizer, a principiologia constitucional mostra-se como uma pauta importante, mas não exclusiva, para preenchimento das cláusulas gerais.

Por outro lado, a mediação do legislador e do juiz pode ser recomendável, porém, nunca indispensável,<sup>134</sup> pois exigir tal mediação significa, em última instância, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ocorre, que sua eficácia no cenário jurídico privado não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.<sup>135</sup> Para tanto, importa considerar uma ponderação de valores, pautada por uma “análise tópico-sistemática” capaz de alcançar um equilíbrio que não resulte na “hipertrofia dos direitos fundamentais” ou na “hipertrofia da autonomia da vontade”.

### Conclusão

Nas páginas anteriores, revelaram-se dois percursos: da boa-fé e dos direitos fundamentais.

O primeiro deles, foi caracterizado, inicialmente, pelos contornos de um Estado liberal de direito, no qual a boa-fé rende-se à “atrofia” imposta pela “hipertrofia” da autonomia da vontade.

Nesse contexto, também inicia-se o segundo percurso. Em sua primeira dimensão, os direitos fundamentais são delineados como direitos de defesa ou oposição perante o Estado.

A convergência desses percursos sinaliza para a liberdade dos particulares, que segue imune a interferências externas, restando intangível o pactuado pelos particulares.

Porém, as desigualdades materiais levantadas por esse contexto, redirecionaram a opção política por um princípio intervencionista: o Estado social de direito. A mudança de racionalidade jurídica direciona-se para uma abertura que se faz presente na concretização de conteúdo para as cláusulas gerais.

<sup>133</sup> FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In SARLET, Ingo Wolfgang. [org.]. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 101.

<sup>134</sup> “A mi juicio, la mediación del legislador, aún siendo altamente recomendable, no puede considerarse un trámite indispensable (...) La realización de los derechos fundamentales, ha escrito Böckenförde, ‘no puede depender de una configuración infraconstitucional suficiente del ordenamiento jurídico-privado.’ Cuando esa realización puede llevarse a cabo mediante la interpretación y aplicación de preceptos legales o cláusulas generales, la eficacia frente a terceros será indirecta.” (UBILLOS, *op.cit.*, p. 310).

<sup>135</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 379.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem mais em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores que norteiam a atuação estatal em direção aos direitos sociais.

Face às transformações sócio-econômicas, a boa-fé delimita-se em funções que presidem a leitura contratual, invertendo a lógica anterior: a autonomia da vontade rende-se à valorização da boa-fé.

Diante desses dois percursos, que se entrelaçam, a eficácia dos direitos fundamentais mostra-se tão-somente indireta na esfera privada. Considerando-se que os argumentos a favor de semelhante atuação fundamentam-se no temor da distribuição da autonomia privada é possível dizer: a eficácia direta dos direitos fundamentais ainda se rende à “hipertrofia” da autonomia da vontade.

Restam os direitos fundamentais como uma fundamentação interpretativa, norteadas por valores que presidem a concretização de normas jurídicas abertas. Porém, a “*vis expansiva*”, que as últimas dimensões dos direitos fundamentais tomam para si, direcionam-se para a insuficiência dessa asserção: as cláusulas gerais não podem ser consideradas como indispensáveis para que os particulares vinculem-se aos direitos fundamentais.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é diferenciada: depende do caso concreto. E para tanto, deve-se atentar para a desigualdade material que se revela na relação jurídico-privada, bem como, se é afetada a dignidade da pessoa humana, como assevera Juan María Bilbao Ubillos.<sup>136</sup>

Nessa perspectiva, a cláusula geral da boa-fé não resta como via indispensável ou, sequer, inútil à eficácia dos direitos fundamentais.

<sup>136</sup> *Op.cit.*, pp. 332, 333.

## A Constituição e a Democracia Portuguesa

Jorge Miranda\*

### 1 A história Política e Constitucional Portuguesa

Existe em Portugal – como em qualquer outro país – uma relação constante entre história política e história constitucional. Por um lado, aqui como por toda a parte, são os factos decisivos da história política que, directa ou indirectamente, provocam o aparecimento das Constituições, a sua modificação ou a sua queda. Por outro lado, contudo, as Constituições, na medida em que consubstanciam ou condicionam certo sistema político e na medida em que se repercutem no sistema jurídico e social vêm a ser elas próprias, igualmente, geradoras de novos factos políticos.

Daí que, sem se confundirem as perspectivas peculiares de uma e outra, seja possível e necessário considerar em conjunto a história portuguesa dos últimos duzentos anos a partir de três grandes períodos: o período das Constituições liberais, o da Constituição de 1933 e o da Constituição de 1976. É uma divisão muito mais significativa do que o contraste entre constitucionalismo monárquico e republicano.

A *época liberal* vai de 1820 a 1926. Durante ela sucedem-se quatro Constituições – de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911 – que se repartem por diferentes vigências; há duas efémeras restaurações do antigo regime; e passa-se da monarquia à república. E, à distância, as principais diferenças entre essas Constituições (relativas aos poderes recíprocos do Rei ou Presidente e do Parlamento e à forma de eleição deste) parecem bem menores do que aquilo que as une (a separação de poderes e os direitos individuais).

Vem a seguir, entre 1926 e 1974, a quase obnubilação do Estado constitucional, representativo e de Direito ou, doutro prisma, a pretensão de se erguer um constitucionalismo diferente, um “Estado Novo”, um *constitucionalismo corporativo e autoritário*. Eis o período da Constituição de 1933 (apesar de tudo, uma Constituição, ao contrário do que se passou em Itália, Alemanha e Espanha), cujo despontar não surpreende no paralelo com a situação europeia dos anos 20 e 30, mas cuja longa duração não se afigura facilmente explicável.

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.



Com a revolução de 1974, entra-se na época actual – muito recente e já muito rica de acontecimentos, ideologias e contrastes sociais e políticos – em que o país se encaminha para um regime democrático pluralista (ou de liberalismo político) com tendências descentralizadoras, por um lado, e socializantes, por outro lado. A Constituição de 1976, resultante dessa revolução, significa, em primeiro lugar, o termo daquele interregno e, depois, a abertura para horizontes e aspirações de Estado social e de Estado de Direito democrático. E só nesta altura pode falar-se em *constitucionalismo democrático*, porque só agora está consignado o sufrágio universal.

## 2 A Revolução do 25 de Abril e a Constituição de 1976

Não houve só o 25 de Abril de 1974. Houve também o 25 de Abril de 1975 e o 25 de Abril de 1976 – a eleição da Assembleia Constituinte e a entrada em vigor da nova Constituição. E pode perguntar-se qual foi mais importante se o primeiro ou se o segundo 25 de Abril.

Por certo, não teria havido o segundo, se não tivesse havido o primeiro. Contudo, no contexto, em que se realizou, foi essa eleição que determinou o rumo do processo revolucionário e que fez interpretação autêntica do Programa do Movimento das Forças Armadas contra desvios totalitários e autoritários que então procuravam prevalecer.

Participando a mais de 91%, os Portugueses criaram uma legitimidade democrática que iria sobrepor-se à legitimidade revolucionária; e, conferindo mais de 70% de votos aos partidos identificados com a democracia representativa e pluralista, fizeram uma opção clara e irreversível por esta forma de governo.

Depois, a Assembleia Constituinte (com 214 Deputados daqueles partidos em 250) soube estar à altura da sua missão, consagrando um período de antes da ordem do dia para intervenções sobre a realidade quotidiana do país; debatendo, muitas vezes com grande qualidade, as questões políticas e jurídicas da Constituição; e fazendo – por sinal nas semanas em que as cúpulas político-militares em Lisboa pareciam mais adversas – opção pela prioridade dos direitos fundamentais sobre a organização económica, por um regime reforçado e por um catálogo minucioso de direitos, liberdades e garantias, pela divisão do poder, pelos direitos de oposição, pela alternância, pelo papel do Parlamento e pela descentralização.

Fiel ao seu mandato, nunca a assembleia cedeu perante ameaças ou tentativas de coacção. Sofreu, como não podia deixar de ser, a influência do ambiente do país e da época (traduzido em algumas proclamações ideologicamente marcadas, sem verdadeiro conteúdo preceptivo); e, tendo em conta a sua composição partidária, aprovou disposições de teor socialista ou socializante; mas fez depender a sua concretização da intervenção do legislador assente no princípio democrático – conforme a jurisprudência constitucional e sucessivas revisões viriam depois a confirmar.

A entrada em vigor da Constituição em 25 de Abril e a entrada em funcionamento do sistema de órgãos de soberania em 14 de Julho de 1976 marcariam o início da democracia institucionalizada.

### 3 Carácter Geral da Constituição

I. A Constituição de 1976 é a mais vasta e a mais complexa de todas as Constituições portuguesas – por receber os efeitos do denso e heterogéneo processo político do tempo da sua formação, por aglutinar contributos de partidos e forças sociais em luta, por beber em diversas internacionais ideológicas e por reflectir (como não podia deixar de ser) a anterior experiência constitucional do país.

É uma Constituição-garantia e uma Constituição prospectiva. Tendo em conta o regime autoritário derrubado em 1974 e o que foram ou poderiam ter sido os desvios de 1975, é uma Constituição muito preocupada com os direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores e com a divisão do poder. Mas, surgida em ambiente de repulsa do passado próximo e em que tudo parecia possível, procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efectiva, participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia.

Mas foi porque uns temiam pelas liberdades, outros pelos direitos dos trabalhadores, outros pela nacionalizações e pela reforma agrária, outros pelo Parlamento e pela separação dos poderes, outros ainda pela descentralização regional e local, que a Constituição acabou por ficar como ficou.

II. Como marcas de originalidade (ou de relativa originalidade) da Constituição apontem-se:

- O dualismo complexo das liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais e o enlace entre eles operado, designadamente pelo art. 17º;
- A constitucionalização de novos direitos e da vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias;
- A recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem enquanto critério de interpretação e integração das normas sobre direitos fundamentais;
- A perspectiva universalista traduzida no princípio da equiparação de direitos de portugueses e estrangeiros, nas garantias da extradição e da expulsão, na previsão do estatuto de refugiado político e, após 1982, na assunção do respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais;
- O apelo à participação dos cidadãos, associações e grupos diversos nos procedimentos legislativos e administrativos;

- O tratamento sistemático prestado às eleições, aos partidos, aos grupos parlamentares e ao direito de oposição;
- A redobrada preocupação com os mecanismos de controlo recíproco dos órgãos de poder e a constitucionalização do *Ombudsman* (o Provedor de Justiça);
- A coexistência de semipresidencialismo a nível de Estado, sistema de governo parlamentar a nível de regiões autónomas e sistema directorial a nível de municípios;
- O sistema abrangente de fiscalização da constitucionalidade – concreta e abstracta, de acção e de omissão, preventiva e sucessiva – e o carácter misto de fiscalização concreta, com competência de decisão de todos os tribunais e recurso, possível ou necessário, para a Comissão Constitucional, primeiro, e depois para o Tribunal Constitucional.

Os constituintes pretenderam ainda construir uma organização económica nova, conjugando o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada. A realidade do país, as revisões constitucionais e a integração comunitária viriam mostrar que só poderia subsistir se entendida como economia mista ou pluralista, algo diferente, mas não oposta ao modelo típico de Estado social europeu.

#### 4 As Revisões Constitucionais

I. Se a Constituição trouxe a estabilização política segundo um modelo institucional idêntico ou análogo ao das democracias ocidentais, a sua entrada em vigor não significou o apaziguamento ou o consenso constitucional no país. Pelo contrário, desde o início, o debate à volta da constituição de 1976 assumiu um relevo inédito, por vezes excessivo e, em 1980, quase dramático.

Nem isso surpreende a quem evoque o paralelo com outros momentos dos séculos XIX e XX e, mais de perto, as vicissitudes e as sucessivas atitudes políticas que acompanharam a feitura da Constituição. No entanto, ao invés do que sucedeu nessas épocas, não houve mais alterações ou rupturas da ordem constitucional e a Constituição pôde ir-se adaptando à realidade e a novas circunstâncias e enraizando-se na consciência cívica.

II. Globalmente, assinalaram a revisão de 1982:

- a. A redução das marcas ou expressões ideológico-conjunturais vindas de 1975 e, em particular, a supressão das referências ao socialismo em todos os artigos, salvo no 2º (a ponto de se poder questionar se o socialismo tinha ou conservava, doravante, qualquer sentido autónomo);
- b. O aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e a clarificação da Constituição económica numa linha de economia pluralista;

- c. A extinção do Conselho da Revolução e o termo das funções políticas das Forças Armadas;
- d. Em conexão com essa extinção, o repensar das relações entre o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, com reflexos no sistema político, e a criação de um Tribunal Constitucional.

III. Centrada na organização económica, a revisão constitucional de 1989 não se esgotou, porém, aí:

- a. Supressão quase completa das menções ideológico-proclamatórias que ainda restavam após 1982;
- b. Aprofundamento de alguns direitos fundamentais, mormente os dos administrados;
- c. Supressão da regra da irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de Abril de 1974, e, em geral, aligeiramento da parte da organização económica;
- d. Reformulação parcial do sistema de actos legislativos;
- e. Introdução do referendo político a nível nacional, embora em moldes muito prudentes;
- f. Modificação de três das alíneas do art. 290º sobre limites materiais da revisão constitucional.

IV. A revisão de 1992 – provocada pelo Tratado de Maastricht, da União Europeia – incidiu nas transformações por ele exigidas:

- a. No art. 7º da Constituição (sobre relações internacionais), aditou-se um nº 6, dizendo: “*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização do princípio da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia*”;
- b. No art. 15º, consagrou-se a possibilidade de atribuição, em condições de reciprocidade, de capacidade eleitoral a cidadão de países membros da União Europeia residentes em Portugal na eleição de Deputados por Portugal ao Parlamento Europeu;
- c. Alterou-se o art. 105º (sobre o Banco de Portugal) para permitir a adopção da eventual moeda única europeia.

V. Em síntese, a revisão constitucional de 1997 traduziu-se em:

- a. Desenvolvimento da matéria dos direitos fundamentais e das correspondentes incumbências do Estado;

- b. Relativa acentuação do papel da iniciativa privada dentro da organização económica;
- c. Desconstitucionalização de vários aspectos do sistema político (colégio eleitoral do Presidente da República, composição e sistema eleitoral da Assembleia da República, órgãos executivos locais, regiões administrativas);
- d. Reforço de mecanismos de participação dos cidadãos (participação no planeamento urbanístico, referendos nacionais, regionais e locais, iniciativa popular, possibilidade de círculos uninominais, candidaturas independentes às eleições locais);
- e. Desenvolvimento dos poderes das regiões autónomas (no plano legislativo, tributário, administrativo e europeu), bem como das autarquias locais;
- f. Aumento dos poderes formais da Assembleia da República e aumento do número de matérias que exigem maioria qualificada de aprovação;
- g. Reforço do Tribunal Constitucional (com novas competências relativas aos partidos e às assembleias políticas e maiores garantias de independência dos juízes).

VI. À semelhança do que acontecera em 1992, também em 2001 foi desencadeado um processo de revisão constitucional por causa de um tratado: o tratado constitutivo do Tribunal Penal Internacional assinado em Roma em 1998.

Feita para permitir a ratificação desse tratado, a revisão viria a tocar ainda noutras matérias, tais como:

- Previsão, a propósito da Europa, de um “espaço de liberdade, justiça e segurança (art. 7º, nº 6) e, desde logo, desconstitucionalização, para esse efeito, de algumas garantias relativas à expulsão e à extradição (art. 33º, nº 5);
- Proclamação do português como língua oficial (art. 11º, nº 3);
- Alargamento, em paralelo com o disposto na Constituição brasileira, de direitos a atribuir aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com estatuto de igualdade (art. 15º, nº 3);
- Restrições à inviolabilidade do domicílio durante a noite em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (art. 34º, nº 3).

VII. Como haviam passado já mais de cinco anos sobre a última revisão ordinária (apesar dos vícios que tinham inquinado esta), em 16 de Outubro de 2003 foi apresentado um projecto de revisão constitucional a que outros se seguiram, acabando por haver projectos de Deputados de todos os partidos.<sup>1</sup> Mais uma vez se tomou, erradamente, o art. 284º da constituição como determinando uma necessidade, e não uma mera faculdade.

<sup>1</sup> V. os textos in *Diário da Assembleia da República*, 9ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série-A, nºs 8 e 14.

Afastada a ideia de uma revisão mais larga<sup>2</sup> que, em alguns aspectos, comportava uma espécie de Constituição alternativa, os pontos centrais de revisão viriam a ser a integração europeia (apesar de ainda não se saber qual vai ser, em definitivo, o próximo Tratado da União...), a regulação da comunicação social, a limitação de mandatos e a autonomia das regiões insulares (sendo de notar que, quanto a este último, as alterações foram quase todas aprovadas por unanimidade, incluindo, portanto, Deputados do Partido Comunista Português, do Bloco de Esquerda e do Partido Ecologista “Os Verdes”).

As alterações consistiram em:

- Modificação do n.º 6 do art. 7.º, passando, por um lado, a falar-se também em “aprofundamento da união europeia” e “definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum”; mas, por outro lado, a fazer-se depender a “construção” e esse aprofundamento também de “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”;
- Aditamento de um n.º 4 ao art. 8.º dizendo: “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”;
- Criação de uma “entidade administrativa independente”, com membros, em parte, eleitos por maioria de dois terços dos Deputados presentes desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 163.º, alínea *h*) e objecto de lei a aprovar por idêntica maioria (art. 168.º, n.º 6);
- Prescrição de que a “lei pode determinar limites à renovação sucessiva de mandatos de titulares de cargos políticos executivos” (art. 118.º, n.º 2) – a lei *pode*, não *deve*, e lei sujeita também ela à regra de maioria de dois terços (art. 168.º, n.º 6, de novo);
- No tocante às regiões autónomas, aumento dos seus poderes legislativos (arts. 112.º e 226.º a 228.º) – desaparecimento do interesse específico como critério definidor desses poderes e também da referência a leis gerais da República; em vez disso, possibilidade de as regiões legislarem sobre quaisquer matérias não reservadas aos órgãos de soberania e ainda sobre certas matérias de reserva relativa da Assembleia da República, precedendo autorização legislativa; em vez de enumeração, aliás não taxativa, de matérias sujeitas a legislação regional no art. 228.º, devolução para os estatutos;<sup>3</sup> recuperação da faculdade, perdida em 1997,

<sup>2</sup> Cfr. O projecto n.º 2-IX dos Deputados do PSD e do CDS-PP.

<sup>3</sup> Corresponda isso a um fenómeno de desconstitucionalização das matérias ou, ao invés, a um fenómeno de constitucionalização das normas estatutárias.

de transposição de directivas comunitárias; reserva de iniciativa das leis eleitorais respeitantes às Assembleias Legislativas a elas próprias, embora caducando se a aprovação das alterações das leis eleitorais não se fizer em certo prazo e prescrição do reforço do princípio da proporcionalidade (disposição transitória);

- Ainda no tocante às regiões autónomas, assimilação do regime de dissolução das Assembleias Legislativas ao da Assembleia da República (arts. 234º e 232º, nº 4), possibilidade de delegação de competência do Governo da República aos Governos Regionais (art. 229º, nº 4) e substituição dos Ministros da República por “Representantes da República”(art. 230º).

O sentido destas alterações é duplo:

- a. Enfraquecimento do Estado perante a União Europeia e perante as regiões autónomas.
- b. Compromisso dilatatório a respeito da regulação da comunicação social e da limitação de mandatos.

Quanto ao texto a que se chegou, ele surge pouco cuidado, mal redigido, por vezes repetitivo, agravando uma tendência que já vinha das revisões precedentes.

### **5 Mudança e Continuidade na Constituição**

I. A Constituição continua sendo, após seis revisões constitucionais, após a entrada de Portugal para a Comunidade Europeia e a passagem desta a União Europeia e após tantas transformações registradas no País e no mundo, a mesma Constituição que a Assembleia Constituinte aprovou em 1976 – porque uma Constituição consiste, essencialmente num complexo de princípios e não de preceitos.

Foram modificadas dezenas e dezenas de artigos e houve inflexões, formais ou reais, de sentido, mas permaneceram os princípios cardeais que lhes conferem sentido e coerência. A Constituição continua sendo Constituição de liberdade e Constituição de solidariedade.

II. Em primeiro lugar, como se mostrou, as sensíveis modificações relativas aos órgãos políticos de soberania não destruíram a identidade da forma e do sistema de governo; e as restantes alterações sofridas pela parte III – desde o referendo às regiões autónomas e ao poder local – destinaram-se (melhor ou pior) à sua viabilização.

Em segundo lugar, as alterações da parte III, conquanto bem mais profundas, tão-pouco excederam o projecto compromissório e pluralista da Constituição económica. O estatuto da iniciativa privada não apagou o favorecimento da iniciativa cooperativa e a garantia institucional de autogestão

(arts. 61º e 85º, nº 2). Continuam a ser admitidas a apropriação pública e planificação [arts. 80º, alíneas *d*) e *e*), 81º, alínea *g*), 83º e 91º e segs.]. As reprivatizações devem observar regras formais e materiais (art. 296º). Subsistem, conquanto muito atenuadas, as normas de vedação de sectores básicos à iniciativa privada (art. 86º, nº 3) e de eliminação dos latifúndios (art. 94º, nº 1).

Em terceiro lugar, as modificações introduzidas no art. 290º (hoje art. 288º), corroborando a tese da revisibilidade de cláusulas expressas de limites materiais de revisão, não representam também senão benfeitorias e actualizações. O princípio da co-existência de sectores é – e já era em 1976 – mais significativo do cerne da Constituição do que a apropriação colectiva; a modificação respeitante ao planeamento é pouco mais que verbal; a participação das organizações populares de base no exercício do poder local, aliás praticamente sem efectividade, terá sido tão-só um limite de segundo grau, e essas organizações ou associações de moradores não desaparecem do texto constitucional.

III. Uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se realizando através da congregação de interpretação evolutiva, revisão constitucional e costume *secundum, praeter contra legem*. Contudo, pode também acontecer que, noutros casos, o *desenvolvimento* da Constituição se efectue em períodos mais ou menos breves, através da sobreposição dos mecanismos de garantia da constitucionalidade e de revisão, sob o influxo da realidade constitucional.

O desenvolvimento constitucional não comporta a emergência de uma Constituição diversa, apenas traz a reorientação do sentido da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos na versão originária do ordenamento ou nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação igualmente possível.

Foi um fenómeno de desenvolvimento constitucional, e não de ruptura, aquele que atravessou a Constituição de 1976 ao longo destas quase três décadas, por efeito da jurisprudência, das revisões constitucionais (mesmo, apesar de tudo, a de 1997 e de 2004) e da interacção dialéctica da aplicação das normas e do crescimento de cultura cívica do País.

IV. Dúvidas de peso podem, no entanto, suscitar-se a propósito da União Europeia.

Por um lado, em 1976 a Europa tinha sido completamente ignorada no texto constitucional, o que, aliás, se compreende, tendo em conta o contexto do País e do próprio estádio de integração;<sup>4</sup> e agora ela aparece, em numerosos preceitos [arts. 7º, nºs 5 e 6, 8º, nº 4, 15º, nº 5, 133º, alínea *b*), 161º, alínea *n*), 163º, alínea *f*), 164º, alínea *p*), 197º, nº 1, alínea *i*), 227º, nº 1, alíneas *v*) e *x*)].

<sup>4</sup> Só depois do Tratado de Maastricht, de 1992, as Constituições passam a autonomizar o tratamento de integração europeia.



Por outro lado, e sobretudo, pode perguntar-se as alterações ao art. 7º e o aditamento ao art. 8º, acabadas de introduzir, não ultrapassam os limites da soberania do Estado e do primado da constituição e do poder constituinte nacional. Há quem assim o entenda, embora se possa atalhar com a invocação aí feita da subordinação sempre aos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático enquanto princípios constitucionais. De momento, não é possível responder com inteira segurança.

## 6 Da Constituição à Prática

I. O 25 de Abril de 1975 consagrou, pela primeira vez, em Portugal o princípio da legitimidade democrática, e as eleições subsequentes radicaram-no definitivamente. Não foi só sufrágio universal; foi sobretudo a ideia de que não existe outro fundamento temporal para a autoridade dos governantes que não seja a vontade do povo expressa pelo voto; nenhum carisma pessoal, nenhuma vanguarda revolucionária, nenhuma força oculta o pode substituir.

A partir daí implantaram-se e consolidaram-se instituições representativas tanto a nível nacional como a nível regional e local; a liberdade política não tem tido falhas; o pluralismo e o contraditório tomaram-se naturais e irreversíveis; surgiu um sistema de partidos moderno e estável, ainda que deficiente; e a alternância tem funcionado.

A Constituição irradiou para toda a ordem jurídica, implicando alterações profundas em todos os seus sectores. Os tribunais sabem que a devem conhecer e aplicar. E os cidadãos sabem que a podem invocar como carta dos seus direitos, quer como limite da autoridade pública, quer como quadro de exigências de solidariedade.

Finalmente, no plano das relações externas, não foi apenas o reencontro com a Europa, foi também o reencontro com os povos africanos em dignidade. Se a descolonização correu mal – para os dois lados – estes anos têm sido de cooperação económica, cultural e humanitária. Os povos africanos, assim como o povo de Timor, sentem que Portugal representa algo para eles, assim como Portugal sente que a África, Timor e o Brasil (o Brasil, que nunca deve ser esquecido) representam muito para o seu presente e para a sua própria identidade dentro da Europa.

II. Apesar de tudo isto, a prática tem sido, em muitos – talvez em demasiados – aspectos decepcionantes e até subvertedora do sentido da Constituição. Não vale a pena referi-los, tão evidentes eles são neste ano de 2004, desde a educação à saúde, desde a administração pública à economia, desde o desemprego à evasão fiscal.

Só vale a pena salientar que, a par dos vícios e defeitos graves da classe política, também a passividade dos cidadãos, a participação de alguns nesses mesmos vícios ou nos seus benefícios, a queda no consumismo são responsáveis pela situação em que o País se encontra. E só vale a pena acentuar – e agora com mais força – que a solução em caso algum poderá passar pela quebra ou pela revisão permanente da Constituição. Passará, sim, pela efectivação das normas constitucionais com perseverança e equilíbrio.

**Jan/Dez 2005**

**Revista Crítica Jurídica - Nº 24**

## **Constituição Européia e Direito Fundamentais**

**Eduardo Biacchi Gomes\***

**Resumo:** Com o advento da globalização e o surgimento dos blocos econômicos torna-se, necessária a proteção aos direitos humanos. O artigo procura examinar a tendência européia de proteção aos direitos humanos no âmbito do espaço comum.

**Abstract:** With the advent of the globalization and the rise of the economic blocks it becomes necessary the protection of the human rights. The article seeks to examine the European tendency to protect the human rights in the level of the common space.

**Palavras-chave:** Comunidade Européia. Constituição Européia. Supranacionalidade. Direito Comunitário. Direitos Humanos. Constituição dos Estados Membros.

**Key-words:** European Community. European Constitution. Supranationality. Community Law. Human Rights. Constitution of the States Members.

### **Introdução**

Com a evolução da sociedade internacional, principalmente vivenciada no pós-guerra, proliferou a formação de Organizações Internacionais e, conseqüentemente, de blocos econômicos, inspirados na sistemática do antigo GATT/47 que, através da aplicação do princípio da Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida, permite aos Estados se unirem, formando uma verdadeira *bolha de proteção*, com a finalidade de, juntos, buscarem uma melhor inserção no mundo globalizado.

Esse é o fundamento jurídico da criação de qualquer bloco econômico e, normalmente, a finalidade é econômica, como visto acima. Entretanto, deve-se observar de que nada adiantam a construção jurídica e a finalidade econômica se os Estados, efetivamente, não tiverem a vontade política da busca dessa integração.

A Comunidade Européia, instituída pelo Tratado de Roma do ano de 1957, é exemplo vivo da construção de um bloco que surgiu, inicialmente, com uma finalidade

\* Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor de direito internacional da Unibrasil. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). [gomes\\_eduardo@uol.com.br](mailto:gomes_eduardo@uol.com.br).

econômica e pacifista, cujos países, receosos de evitar uma terceira guerra mundial e aproveitando-se do plano Marshall, formaram a antiga Comunidade Econômica Européia, atual Comunidade Européia que, hoje, possui objetivos maiores do que os meramente econômicos, estabelecidos no longínquo ano de 1957.

A Comunidade Européia é o exemplo vivo da construção de um bloco econômico, em regime de mercado comum e união monetária que, cada vez, passa a adotar políticas voltadas aos cidadãos comunitários, quer no âmbito da supranacionalidade, quer no âmbito da intergovernabilidade.

A Constituição Européia é exemplo vivo da construção do Direito Comunitário que passa, cada vez mais, a abarcar questões relevantes ao espaço comunitário, como é o caso dos Direitos Fundamentais, que será objeto de análise neste artigo.

### **1 Evolução da Comunidade Européia: Objetivos<sup>1</sup>**

A construção da atual Comunidade Européia remonta ao interesse norte-americano e europeu na construção econômica da Europa como forma de combater o socialismo preconizado pela URSS, acrescido ao ideal de unificar, através de uma associação econômica, os dois grandes rivais europeus, França e Alemanha, buscando evitar novo confronto bélico de âmbito continental e mundial - teve como ponto de partida a proposta de criação de uma federação européia, apresentada por Churchill, em setembro de 1946.

Os principais beneficiários foram Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica e Áustria, todos atualmente integrantes da União Européia.

Remontando ao período posterior à adoção do Plano Marshall, foi criada através do Tratado de Paris, em abril de 1951, a CECA (Comunidade Européia do Carvão e do Aço), que entrou em vigor em 23 de julho de 1952, integrada pela Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Itália e Luxemburgo, criando-se uma Alta Autoridade, com competências supranacionais para administrar a produção, comercialização e distribuição do carvão e do aço.

Como conseqüência da evolução do processo de integração européia, em 25 de março de 1957, celebrou-se o Tratado de Roma, que instituiu duas outras novas comunidades: a CEE (Comunidade Econômica Européia) e a EURATOM (Comunidade Européia de Energia Atômica).

Com a assinatura desse tratado, os três organismos, CECA, EURATOM e CEE, passaram a constituir o ordenamento jurídico do chamado "Direito Comunitário".

<sup>1</sup> Gomes, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos e solução de controvérsias: Uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2005, 2ª Edição.

Com o sucesso do processo de integração europeu, outros países demonstraram interesse em participar, dentre eles, o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca em 1972; a Grécia, em 1982, e Portugal e a Espanha em 1986; mais recentemente, em 1994, a Áustria, a Finlândia e a Suécia passaram a integrar a atual União Européia.

Iniciavam-se, assim, os trabalhos visando à integração europeia rumo à instituição de um mercado comum, consolidado através da união monetária.

O desenvolvimento do processo integracionista europeu teve início com a assinatura do Ato Único Europeu, em 17 de fevereiro de 1986, que entrou em vigor em 1º de julho de 1987, o qual, além de promover grandes alterações e reformas nas estruturas dos órgãos comunitários, introduziu políticas visando a instituir, ao final de 1992, um mercado comum, cujo perfeito funcionamento dependeria da eficácia das decisões dos organismos comunitários.

Como conseqüência da evolução positiva da integração europeia, a instituição do mercado comum teve importância fundamental, somente possível devido à vontade política dos Estados Membros e à existência de órgãos comunitários capazes de velar pela aplicabilidade de suas normas e políticas.<sup>2</sup>

O mercado comum foi consolidado com a instituição do Tratado de Maastrich (1992), que procedeu a uma revisão do Tratado de Roma (1957), e se ocupou também de outras questões, entre as quais a econômica, gerando reflexos nos mais diversos âmbitos comunitários e culminando no processo de adoção de uma moeda única através do Tratado de Amsterdã (1997).

O Tratado de Roma visava ao estabelecimento progressivo de um mercado comum, através do Tratado de Amsterdã. O bloco europeu evoluiu para o estágio de união monetária, com a eliminação progressiva das moedas dos Estados membros, que deverão ser substituídas pelo EURO em 2002.

Para o sucesso da integração econômica na União Européia, foi necessário o aperfeiçoamento das suas instituições e a adoção pelos Estados membros de políticas monetárias convergentes, visando a estabelecer critérios mínimos que lhes possibilitassem a introdução da moeda única.

Desde janeiro de 1999 o EURO, como moeda de "direito", está presente na economia dos Estados membros e permitida nas operações bancárias e transações comerciais.

A partir da terceira fase de execução da política de união econômica, os Estados membros delegaram os poderes referentes às políticas monetárias para as instituições comunitárias, que gradativamente as aplicarão com as demais políticas comuns dos Estados que integram a União Européia.

<sup>2</sup> É importante destacar que quanto maior o aprofundamento de um bloco econômico, maior a necessidade da existência de instituições capazes de garantir o respeito e observância às políticas comunitárias, com legitimidade para fiscalizar sua correta aplicabilidade e respeito pelos Estados membros.

Em 2001, foi assinado o Tratado de Nice, tendo ele, atualmente, a finalidade de regulamentar o funcionamento do bloco econômico europeu, vez que revogou os demais tratados do bloco econômico. Teve por finalidade reformular as instituições comunitárias para a entrada dos novos parceiros.

No ano de 2004, promoveu-se um grande alargamento no bloco europeu, permitindo-se que oito países do leste europeu (Polônia, Letônia, Lituânia, República Tcheca, Eslovênia, Hungria, Estônia e Eslováquia), além de Chipre e Malta, ingressassem no bloco europeu. Novos países negociam as suas entradas, na Comunidade Européia, como a Bulgária e a Romênia. A adesão da Turquia encontra-se em compasso de espera, pois, devido às peculiaridades daquele país, extensão territorial, localização geográficas, questões religiosas, os Estados Membros da Comunidade Européia estão reticentes quanto à entrada daquele país, principalmente a Grécia e a Áustria que, recentemente, não concordaram com o início do processo de adesão do Estado turco.

No mesmo ano de 2004, foi assinada a Constituição Européia, que deverá entrar em vigor quando todos os Estados Membros da União Européia venham a ratificá-la.

A Constituição Européia tem por finalidade aprofundar o processo de integração, visando ao aperfeiçoamento das políticas comunitárias, com vistas, a quem sabe, futuramente, constituir um verdadeiro Estado Europeu.<sup>3</sup>

Os trabalhos da adoção de uma Constituição Européia tiveram início no Conselho de Nice, em dezembro de 2000, e tiveram por finalidade buscar a alteração, institucional, do bloco econômico para o seu futuro, com a entrada de novos dez países, de forma a dar maior governabilidade às instituições comunitárias.

Com o Conselho de Laeken, 2001, foram iniciados os trabalhos visando à adoção de uma Constituição a ser implementada no bloco econômico. Ao final, foram adotados os seguintes pontos de negociação:

- a. organização e repartição de competências entre a União Européia e os Estados Membros;
- b. repartição das competências entre as instituições comunitárias;
- c. definição das políticas externas entre a União e os demais Estados, extracomunitários, bem como um reforço quanto à estrutura jurídica da União Européia, no sentido de conferir, à elas, maior autonomia nas políticas de integração.

Durante a execução dos trabalhos, houve propostas para o estabelecimento da natureza jurídica, de Direito Internacional Público, da União Européia,<sup>4</sup> além da

<sup>3</sup> Gomes, Eduardo Biacchi. *Constituição Européia: A formação de um futuro Estado Europeu? Direito constitucional europeu: rumos da construção*. Eduardo Biacchi Gomes e Tarcísio Hardman Reis (organizadores). Curitiba: Juruá, 2005, pp. 45-55.

<sup>4</sup> A União Européia, instituída pelo Tratado de Maastrich, 1992, é composto por três pilares: a Comunidade Européia, Políticas de Segurança Externa Comum e Assuntos de Cooperação Judiciária.

alteração de sua denominação para União, de forma a dar a noção de uma maior consistência federalista, no bloco econômico.

No plano da Constituição Européia, ainda, algumas novidades são inseridas, como a inclusão da Carta de Direitos Fundamentais, de forma a reforçar a noção da cidadania européia.

No âmbito externo, são reforçadas as políticas de ação externa, entre a União e os demais países, como as de natureza comercial e de cooperação internacional, políticas externas e de segurança comum e de defesa.

Importante destacar, no plano da Constituição Européia, a adoção de alguns princípios, elevados ao nível comunitário, como o respeito aos direitos humanos, Estado Democrático de Direito, liberdade de mercado, observância ao Direito Comunitário condições essenciais para que um Estado ingresse no bloco comunitário.

Concluídos os trabalhos do tratado constitucional, em primeiro de maio de 2004, esperava-se que o instrumento entre em vigor, em 2006, quando todos os Estados-membros da União Européia devem ratificá-la. Entretanto, o processo encontra-se suspenso tendo em vista as negativas da França e da Holanda em ratificar o tratado, conforme *referendum* realizado no ano de 2005.

### 1.1 Direito comunitário e delegação de competências

Antes de examinarmos o ponto central deste artigo, que são os Direitos Fundamentais no âmbito do espaço europeu, importante analisar o funcionamento do Direito Comunitário, que está calcado nos conceitos de supranacionalidade e de delegação de competências soberanas.<sup>5</sup>

Tanto o instituto da supranacionalidade, como a delegação de competências soberanas justificam o fato de as Instituições Comunitárias adotarem políticas, em nome dos Estados e segundo os interesses da Comunidade Européia, contribuindo-se, assim, para o aperfeiçoamento do bloco econômico europeu.

O Direito Comunitário Europeu é um ordenamento jurídico *sui generis*, posto que nasceu a partir da celebração dos Tratados fundacionais da União Européia e que, portanto, tem as suas origens no Direito Internacional Público. Não obstante, dele se tornou independente e, ao mesmo tempo, autônomo, frente aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essas peculiaridades permitem uma efetiva coercibilidade e sanção em relação à observância das normas comunitárias, fazendo com que o Estado infrator possa, efetivamente, ser penalizado por eventual não observância do Direito Comunitário.

Trata-se, aqui, de se buscarem as respostas aos questionamentos referentes à suposta ausência de efetiva coercibilidade e sanção das normas decorrentes do Direito Internacional Público.

<sup>5</sup> Eduardo Biacchi Gomes. *Blocos econômicos...*

Quanto ao Direito Comunitário, o que permite a ele a coesão em seu sistema jurídico, garantindo um funcionamento harmônico entre esse e os ordenamentos jurídicos nacionais, é a aplicação de três princípios:<sup>6</sup>

- a. aplicabilidade direta da norma comunitária;
- b. uniformidade na aplicação e na interpretação do Direito Comunitário,
- c. primado da norma comunitária sobre as normas nacionais.

Aos respectivos princípios, há de se agregar o instituto da delegação de competências soberanas, através do qual os Estados transferem, temporariamente, parcela de sua soberania para as entidades supranacionais, para que venham a adotar políticas em nome dos Estados, segundo os interesses da própria União Européia.

Há que se destacar ser o Direito Comunitário fruto de longa construção jurisprudencial, a qual, agregada aos princípios e dispositivos constitucionais por parte dos Estados membros, garante a sua efetiva aplicação.

Neste sentido, torna-se de relevante e fundamental importância o papel das constituições dos Estados membros, visto que é, a partir delas, que se buscará o fundamento jurídico para a aplicação desse Direito, garantindo, assim, o funcionamento e o equilíbrio do sistema.

Para possibilitar a caracterização do Direito Comunitário, torna-se necessário o apuramento de alguns dos *princípios fundamentais* que regem tal direito, analisando-os dentro do âmbito da União Européia, tendo em vista decorrer dela a manifestação mais desenvolvida do Direito Comunitário, na atualidade.

O artigo 5º do TCE estabelece os princípios da *proporcionalidade* e da *subsidiariedade*, criando uma aproximação entre o povo e o poder, possibilitando que a comunidade atue nas questões de competência concorrente quando os atos dos Estados membros não forem suficientes ou quando fique claro que os resultados serão melhores se elaborados em um nível comunitário. Porém, sofre estas limitações, pelo princípio da *proporcionalidade*, não podendo a União exceder-se do necessário para atingir suas metas, ou seja, os objetivos do Tratado.

O princípio da *igualdade* encontra-se presente no Direito Comunitário, também nomeado de princípio da *não discriminação*, estando disposto no artigo 6º do TUE, dentre vários outros, a partir do qual se assegura a livre circulação de pessoas no interior da Comunidade, assim como igualdade de tratamento.

O princípio da *solidariedade*, consubstanciado no artigo 5º do Tratado de Roma, e baseado no princípio *pacta sunt servanda*, dispõe a obrigação de os Estados Membros

<sup>6</sup> Gomes, Eduardo Biacchi e Merlin Gabriel Andrade. "Comunidade Andina: (In) Existência de um verdadeiro direito comunitário", *Revista de direito internacional e do Mercosul. La Ley*, ano 9, n. 1, fevereiro de 2005, pp. 33-46.

tomarem todas as medidas possíveis a fim de garantir o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado ou de quaisquer atos das Instituições Comunitárias.

O princípio do *equilíbrio institucional* assegura a não violação da repartição de poderes e competências estabelecidas dentro da Comunidade.

O princípio da *uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito Comunitário* estabelece que as regras comuns de uma Comunidade devem ser aplicadas a todos os Estados Membros e, para que sejam elas cumpridas, deve haver, também, um direito comum. Através da interpretação do princípio da uniformidade, surgiram vários outros conceitos, a saber:

a. Princípio da *primazia do Direito Comunitário* – estabelece a obrigatoriedade da observância das normas comunitárias no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como a não derogabilidade daquelas por estes. Tal princípio fora formulado no *Acórdão Costa/Enel*, que assegurava a não derogabilidade e pelo *Acórdão Aresto Simenthal*, o qual dispunha sobre a obrigatoriedade da aplicabilidade das normas comunitárias sobre a legislação nacional, por parte do juiz nacional.

b. Princípio da *aplicabilidade direta* – assegura a produção de efeitos das normas comunitárias diretamente na ordem jurídica dos Estados Membros. Este princípio teve o início de sua construção jurisprudencial com o julgado *Francovich*, e permite a invocação da tutela das normas comunitárias, por parte dos cidadãos comunitários, frente aos Tribunais Nacionais.

c. Princípio da *uniformidade da interpretação e aplicação das normas comunitárias* – leva em conta o fato de serem os próprios juizes nacionais os instrumentos de aplicação das normas comunitárias e, conseqüentemente, do próprio Direito Comunitário, atuando o Tribunal de Justiça como fiscalizador da aplicação e interpretação do mesmo.

O conjunto dos princípios supracitados, junto à idéia de subordinação dos Estados Membros aos organismos comunitários forma o principal elemento do Direito Comunitário: a *supranacionalidade*.

A idéia de supranacionalidade representa uma evolução frente ao conceito de soberania, pois implica a delegação de parcelas de competências soberanas dos Estados Membros, livremente e por um ato de soberania, em prol da comunidade.

É graças a tal delegação que se torna possível a adoção de políticas comunitárias compatíveis com a legislação interna dos Estados Membros, sem o que, certamente, não seria possível a realização dos objetivos comunitários.

O conceito da supranacionalidade aparecera, pela primeira vez, no Tratado de Paris, em seu artigo 9º, no âmbito da criação da CECA (Comunidade Européia do Carvão e do Aço), no qual se reconheceu a existência de um poder superior ao dos Estados Membros, nomeada de *Alta Autoridade*.



Não há de se confundir, porém, a *delegação de poderes ou competências* com a *transferência de poderes ou competências*. Nesta, os Estados transferem sua soberania de maneira definitiva, não podendo mais exercê-la, enquanto, naquela, os Estados Membros conservam sua soberania, transferindo-a temporariamente, abstendo-se de legislar sobre matérias que não sejam mais de sua competência.

O fundamento do instituto da delegação de competências se encontra nos princípios do Direito Comunitário, seus Tratados fundacionais, e, sobretudo, nos textos constitucionais dos Estados Membros que aquiescem em delegar parcelas de suas competências soberanas para as instituições supranacionais. Nelas, os Estados renunciam, temporariamente, a adotar tais políticas, em prol dos interesses comunitários.

Inquestionavelmente, o fundamento é de ordem constitucional, tendo em vista a necessidade de que haja uma harmonia entre a aplicação do Direito Comunitário e o Direito Constitucional de cada um dos Estados membros.

Especificamente, na União Européia, as Constituições nacionais foram alvo de harmonização de seu conteúdo no que se refere à recepção dos tratados fundacionais na ordem interna, de modo a garantir a efetividade do primado destes sobre o ordenamento jurídico nacional e permitir a aplicabilidade direta do ordenamento supranacional nos Estados membros, conforme a seguir se demonstra:

#### CONSTITUIÇÃO DA ÁUSTRIA:

*"Artículo 50: Los tratados internacionales de índole política, así como los demás, si tuvieren un contenido de modificación o adición de leyes y no están en el ámbito del artículo 16, sólo podrán ser concluidos con la autorización del Consejo Nacional. Cuando dichos tratados regulen materias del ámbito de competencia autónoma de los Estados, requerirán además la conformidad del Consejo Federal.*

*2. Com motivo de la autorización de cualquier tratado internacional comprendido en los supuestos del apartado 1, podrá el Consejo Nacional acordar que el tratado se haga efectivo mediante la promulgación de leyes con este fin.*

*3. Se aplicará por analogía las resoluciones del Consejo Nacional aprobadas al amparo de los apartados 1 y 2 lo dispuesto en los apartados 1 al 4 del artículo 42 y, en caso de que el tratado internacional modifique o adicione normas de derecho constitucional. También lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 44, debiéndose además, en toda resolución adoptada conforme al apartado 1 del presente artículo, calificar espresamente estos tratados o, en su caso, las disposiciones de índole constitucional contenidas en ellos como "emendas constitucionales".*

#### CONSTITUIÇÃO DA GRÉCIA:

*"Artículo 28 - 1. Forman parte integrante del derecho helénico interno y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas.. así como los tratados internacionales, una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno. Estará siempre sujeta a condición de reciprocidad la aplicación a los extranjeros de las normas del derecho internacional general y de los tratados internacionales.*

2. Con el fin de atender a un interés nacional importante y de promover la colaboración con otros Estados será posible atribuir, mediante tratado o acuerdo internacional, competencias previstas por la Constitución a órganos de organizaciones internacionales, si bien se requerirá para la ratificación del tratado o del acuerdo una ley votada por mayoría de tres quintos del total de los diputados.

3. Grécia procederá libremente, por ley votada por mayoría absoluta del total de los diputados, a limitaciones del ejercicio de la soberanía nacional, en la medida en que vengan impuestas por algún interés nacional importante, no lesionen los derechos del hombre ni los fundamentos del régimen democrático y se efectúen sobre la base del principio de legalidad y condición de reciprocidad."

*Constituição de Portugal: "Artículo 8 (Del derecho internacional). 1. Las normas y los principios del Derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués.*

2. Las normas vigentes de convenios internacionales regularmente ratificados o aprobados regirán en el ámbito interno una vez que se hayan publicado oficialmente y en la medida en que obliguen internacionalmente al Estado portugués.

3. Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos."

#### CONSTITUIÇÃO DA DINAMARCA:

"Artículo 20 – 1. Las atribuciones de que están investidas las autoridades del Reino conforme a la presente Constitución podrán ser delegadas por una ley, en los términos que ésta disponga, a determinadas autoridades internacionales creadas en virtud de un convenio adoptado por acuerdo recíproco con otros Estados con vistas a promover la cooperación y el orden jurídico internacionales.

2. Para adopción de un proyecto de ley en este sentido se requerirá mayoría de cinco sextos de los ministros del Parlamento. Si no se alcanzare dicha mayoría, pero sí la que sea necesaria para la adopción de proyectos de ley ordinarios y el Gobierno mantiene el proyecto, éste será sometido a los electores del Parlamento para ser aprobado o rechazado, conforme a las reglas señaladas en el artículo 42 en la relación a los referendos."

#### CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA:

"Artículo 93 – Mediante ley orgánica podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión."

Importante destacar que, ao falarmos em delegação de competências soberanas às Instituições supranacionais, estas somente poderão atuar naquelas áreas em que os Estados renunciaram a possibilidade de legislar. Ditas competências são divididas em: exclusivas e concorrentes.

No âmbito das competências exclusivas, somente as Instituições Comunitárias é que podem legislar, isto é, os Estados delegam, de forma plena e absoluta, a prerrogativa de legislação, devendo acatar, de forma obrigatória, as políticas comunitárias.

Quanto às competências de natureza concorrente, tanto os Estados quanto as Instituições da Comunidade têm a competência para legislar. Entretanto, as legislações dos Estados nunca poderão se contrapor aos interesses comunitários, isto é, em última instância, na hipótese de conflitos entre a legislação nacional e a comunitária, prevalecerá esta.

A Parte I, Título III, da Constituição Européia, estabelece as competências da União, asseverando que a delimitação das competências se rege pelo princípio da atribuição, o que se traduz no fato de as Instituições Comunitárias atuarem segundo os limites e competências estabelecidos pelo Tratado Constitucional.

Às referidas características agrega-se o princípio da subsidiariedade que permite às Instituições Comunitárias atuar, naquelas matérias que não possuem competências exclusivas, supletivamente ao Estado, caso o fim comunitário não venha a ser alcançado.

A Constituição Européia, artigo I-13, define como competências exclusivas: a) união aduaneira; b) normas de concorrência e do mercado interno; c) política monetária; d) conservação dos recursos biológicos; e) política comercial comum.

No âmbito das competências concorrentes, artigo I-14, tem-se: a) mercado interno; b) política social; c) coesão econômica, social e territorial; d) agricultura e pesca; e) meio ambiente; f) proteção dos consumidores; g) transportes; h) redes transeuropeias; i) energia; j) espaço de liberdade, segurança e assuntos jurídicos, e k) assuntos comuns de segurança em matéria de saúde pública.

Ao se mencionar a questão da divisão de competências, importante questionarmos em que plano está situada a proteção dos Direitos Humanos, na Europa, notadamente ante a importância, cada vez maior, que a matéria ganha no cenário internacional contemporâneo.

## **2 A proteção dos Direitos Fundamentais nas Constituições dos Estados Partes da Comunidade Européia e a Inserção da Proteção aos Direitos Humanos no Âmbito Europeu**

Inegável a relação existente entre o Direito Comunitário e os Direitos nacionais dos Estados Membros da Comunidade Européia, conforme expressa Canotilho, a Europa experimenta um pluralismo jurídico, no qual temos, de um lado a “ordem jurídica comunitária” e, de outro lado, os ordenamentos constitucionais dos Estados integrantes daquele bloco econômico fazendo com que determinadas políticas sejam adotadas em conjunto pelos sócios, como as questões decorrentes dos Direitos Fundamentais.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1999, 3ª Edição, pp. 1276-1278.

No espaço comunitário europeu, os Direitos Humanos são considerados como indivisíveis e universais. Nas circunstâncias podem ser aplicados dentro do espaço comunitário como fora dele. Assim a União Européia atua em conjunto com os Estados visando à proteção dos referidos direitos.

O paradigma europeu, relativamente aos Direitos Humanos, foi a celebração, no ano de 2000, da Carta Européia dos Direitos Fundamentais da União Européia.

Anteriormente ao referido documento internacional, houve a celebração de outros tratados, como a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1950, e o referido protocolo modificatório, celebrado no ano de 1998.<sup>8</sup>

Antes de mais nada, importante destacar que em virtude da importância e da relevância que a temática sobre os Direitos Fundamentais alcançou no Século XXI não se pode mais conceber tais direitos em um rol expresso e taxativo e, não obstante haja uma tendência de que as normas decorrentes de Direitos Humanos sejam recepcionadas nos ordenamentos jurídicos nacionais é uma enumeração aberta, vez que as normas internacionais, ainda que não recepcionadas são direitos fundamentais em seu sentido material.

Assim expressa Jorge Miranda:<sup>9</sup>

“Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a numeração (embora ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Dai poder apelar-se o art. 16, n. 1, de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais. O atrás evocado 9º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos é a primeira e a mais importante das cláusulas abertas e não deixa de ser significativo surgir em referência à primeira Constituição moderna, que é também o modelo historicamente mais conseguido de constituição liberal”.

Segundo Canotilho o fenômeno, referente à incorporação das normas de Direitos Humanos em “normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”, dá-se o nome de constitucionalização que tem como consequência principal a proteção dos referidos direitos mediante o controle de constitucionalidade.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Adriane Cláudia Melo Lorentz. “Perspectivas sobre a proteção dos direitos fundamentais na Europa com o advento da Constituição Européia”. *Direito Constitucional Europeu: Rumos da Construção*. Eduardo Biacchi Gomes e Tarcisio Hardman Reis (Coordenadores). Curitiba: Juruá, 2005, pp. 101, 105.

<sup>9</sup> Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3ª Edição. Portugal: Editora Coimbra, 2000, pp. 162, 163.

<sup>10</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1999, 3ª Edição, p. 354.

De outro lado, para o mesmo autor, a *fundamentalização*, “aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.” No sentido formal, “geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a construir limites materiais da própria revisão (...); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.”<sup>11</sup>

Já, no sentido material, nos leva a idéia de que os Direitos Fundamentais compõem um dos pilares da sociedade contemporânea, em um Estado democrático de direito, sendo, portanto desnecessária a constitucionalização das referidas normas. Segundo Canotilho a constitucionalidade material é importante para: “(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, de direito material mas não formalmente constitucionais (...); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura de novos direitos fundamentais (...) Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou *princípio da não ticidade* dos direitos fundamentais.”<sup>12</sup>

A Constituição Européia, com a finalidade de tutelar os Direitos Humanos, no âmbito do espaço comum europeu, inseriu a Carta dos Direitos Fundamentais no corpo de seu texto e, nas palavras de Adriane Lorentz, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias terá a competência para dirimir as questões decorrentes de violação às referidas normas, princípios e valores, atribuindo, assim, valores constitutivos que não estavam presentes na Carta Européia dos Direitos Fundamentais da Europa.<sup>13</sup>

A Constituição Européia estabelece, em seu Título II, os Direitos Fundamentais e da Cidadania da União e, segundo Carlos Francisco Molina Del Pozo,<sup>14</sup> a proteção aos Direitos Fundamentais, no espaço comunitário, através dos Tratados de Amsterdã, 1997, e de Nice, 2001, sempre dispuseram ser de competência dos Estados, através de seus dispositivos constitucionais, bem como das disposições contidas nos Tratados sobre o tema, a proteção dos referidos direitos.

Observa-se, portanto, a estreita relação entre o Direito Comunitário e o Direito Constitucional, no que diz respeito à proteção dos Direitos Fundamentais, tornando-

<sup>11</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1999, 3ª Edição, pp. 354, 355.

<sup>12</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1999, 3ª Edição, p. 355.

<sup>13</sup> Autora e artigo citados, p. 104.

<sup>14</sup> La constitución europea. Editorial Universitaria Ramón Aceres, Madri, Espanha, 2004, fls. 16 e ss.

se necessário, ao aprofundamento dos estudos, tecer-se uma breve abordagem sobre os dispositivos constitucionais dos Estados Membros da União Européia, acerca da proteção dos Direitos Fundamentais:

A Constituição da Alemanha, em seu Capítulo I, artigos 1º a 17 estabelece uma série de proteção aos Direitos Fundamentais, dentre eles: a) dignidade do ser humano; liberdade de ação e liberdade pessoal; c) igualdade perante a lei; d) liberdade de crença, de consciência e de confissão; e) liberdade de opinião; f) proteção ao casamento, família e filhos naturais; g) ensino escolar; h) liberdade de reunião; i) liberdade de associação; j) segredo de correspondência e de comunicações; k) liberdade de circulação e de permanência; l) liberdade de profissão; m) inviolabilidade do domicílio; n) proteção à propriedade; o) direito de asilo, p) direito de petição.

A Constituição da Áustria não contempla, de forma taxativa a proteção aos direitos fundamentais, asseverando haver igualdade entre os cidadãos austríacos, artigo 7º.

A Constituição belga, nos artigos 8º a 32 estabelece um rol de direitos fundamentais, dentre eles: a) direito à naturalização; b) igualdade; garantia às liberdades individuais; c) princípio da legalidade; d) vedação ao confisco; e) proteção da propriedade; livre manifestação, além de outros, que estão presentes na maioria das Constituições do Pós Guerra e se traduzem em uma tendência de equiparação ao *status* constitucional do Enunciado estabelecido na Convenção Internacional dos Direitos do Homem, 1948.

A Constituição Espanhola estabelece, no Título I, artigos 10 a 38, um rol taxativo de proteção aos Direitos Fundamentais.

A Constituição da Finlândia regulamenta a proteção aos direitos fundamentais dos seus cidadãos, no Capítulo II, artigos 5º a 16 estabelecendo a proteção do meio ambiente como uma norma de direito fundamental.

A Constituição francesa, resultado da Revolução Francesa e do Iluminismo incorporou ao seu texto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, confirmando-se assim a sua posição de vanguarda na proteção dos Direitos Fundamentais.

A Constituição grega, Parte II, artigos 4º a 25, estabelece, a exemplo de outras constituições dos países da Comunidade Européia, um rol taxativo de direitos fundamentais.

A Constituição da Itália estabelece, nos artigos 1º a 4º, os Princípios Fundamentais da República, dentre eles a inviolabilidade aos direitos coletivos e individuais, igualdade entre os cidadãos, além do direito ao trabalho e existência digna. Na Parte I, artigos 13 a 28 estabelece, a exemplo de outras constituições, um rol taxativo de proteção aos Direitos Fundamentais.

A Constituição holandesa, em seu Capítulo I, artigos 1º a 23, igualmente, estabelece um rol taxativo de direitos fundamentais que devem ser protegidos pelo Estado.

Já a Constituição de Portugal estabelece, na Parte I, Títulos I e II, artigos 12 a 52, um rol de direitos fundamentais. Estabelece o artigo 16 da Constituição portuguesa que "*os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros*

*constantes nas leis e das regras aplicáveis de direito internacional (bem como) os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*"<sup>15</sup>

No âmbito do Direito Constitucional português, importante destacar que a reforma constitucional do ano de 1992 permitiu a "capacidade eleitoral aos cidadãos de Estados Comunitários na Eleição do Parlamento Europeu". A revisão constitucional do ano de 1997 foi bem mais abrangente e incluiu, em seu texto, diversas garantias constitucionais.<sup>16</sup>

A Constituição do Reino Unido, eminentemente costumeira, regulamenta a proteção aos Direitos Fundamentais, de forma a garantir o Direito de Petição, o *Habeas Corpus* e estabelecendo a Declaração dos Direitos aos ingleses.

Verifica-se que, após a Segunda Guerra Mundial, especificamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem houve uma tendência para que as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos passassem a ter *status* constitucional, mediante a incorporação, nos respectivos ordenamentos constitucionais, das normas previstas nos tratados.<sup>17</sup>

No Século XXI, por sua vez, com o fenômeno da interdependência, a formação dos blocos econômicos e o desenvolvimento da sociedade internacional, verifica-se que o indivíduo passa a ocupar um papel cada vez mais importante no cenário mundial, e os processos de integração, que antes eram eminentemente econômicos, passam a ter outros objetivos, como é o caso da União Européia que objetiva, cada vez mais, inserir o cidadão comunitário nas políticas do bloco, de forma a torná-lo o verdadeiro e real destinatário das políticas comuns.

Com o advento da Constituição Européia e a inserção da Carta de Direitos Fundamentais, espera-se que sejam concretizados os objetivos comunitários no sentido da proteção aos direitos fundamentais na Europa.

O objetivo da inserção da proteção aos Direitos Fundamentais, no âmbito da Constituição Européia, está traduzido no Preâmbulo da Carta Européia, em que se busca uma maior proteção, no espaço comunitário dos referidos direitos, tendo em vista o aprofundamento do processo de integração, permitindo-se, assim, uma maior efetividade na proteção dos referidos direitos.

<sup>15</sup> Verifica-se, portanto, que o constituinte brasileiro de 1988, neste sentido, caminhou no sentido de equiparar as normas decorrentes de tratados de direitos humanos ao grau de hierarquia constitucional. (artigo 5º, parágrafo 2º).

<sup>16</sup> Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição. Portugal: Editora Coimbra, 2000, p. 143.

<sup>17</sup> Neste sentido, vide Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição. Portugal: Editora Coimbra, 2000. pp. 117, 118.

Passaram, dessa forma, ser protegidos, de maneira eficaz, os direitos à dignidade humana, à vida, integridade da pessoa, à proibição do uso da tortura e de penas cruéis e desumanas, além de se garantir o direito à liberdade e a segurança, igualdade, solidariedade, cidadania e acesso à justiça.

No âmbito da proteção internacional dos Direitos Humanos, o indivíduo é colocado no centro, pois, enquanto sujeito de direito internacional pode ter acesso aos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, como é o caso da Corte Européia, sediada na cidade de Strasburgo.

Nas palavras de Canotilho, existe um patamar mínimo de direitos a serem tutelados, tanto pelos Estados como pelos sistemas regionais de proteção, sendo eles: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, além da Convenção Européia dos Direitos do Homem.<sup>18</sup> Há que se agregar, a partir do ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais.<sup>19</sup>

Estabelece a Constituição Européia que a Carta Européia dos Direitos Fundamentais deve ser observada e aplicada por todas as Instituições Comunitárias e pelos próprios Estados.

Não está aqui a se defender a existência de uma Constituição única para a Europa, até porque referido documento se traduz, em verdade em um tratado que tem por finalidade alterar a estrutura institucional do bloco econômico.

Assim expressa Jorge Miranda:<sup>20</sup>

*(...) a Constituição Européia não participa da natureza de Constituição no sentido nascido no Século XVIII, na Europa e na América. E, por isso, tão pouco se manifestou até hoje um poder constituente europeu que possa considerar-se da mesma natureza do poder constituinte exercido no interior de cada Estado.*

*(...)*

*De resto, ao contrário do que Maastricht poderia pronunciar, todas as vicissitudes dos últimos anos mostram um retorno dos factores intergovernamentais no funcionamento das instituições das Comunidades e um avultar de divergências relativamente às suas reformas. Assim como uma tendência crescente para o contraste entre países grandes, médios e pequenos, nada favorável à aceitação de desígnios de unidade.*

Com a entrada em vigor da Constituição Européia, haverá maior efetividade na proteção aos Direitos Fundamentais, no âmbito do espaço comum europeu, de

<sup>18</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1999, 3ª Edição, p. 485.

<sup>19</sup> No âmbito da proteção individual dos Direitos Humanos o cidadão europeu pode ter acesso direito à Corte Européia de Direitos Humanos, buscando reparação indenizatória, contra o Estado que tenha ratificado a Convenção Européia de Direitos Humanos, na hipótese de violação deste direito.

<sup>20</sup> Jorge Miranda. *Integração europeia, direito eleitoral, direito parlamentar*. Portugal: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 2001. pp. 11, 12.



forma a que esses direitos possam ser irradiados aos demais Estados, que ainda não integram o bloco econômico, tamanha a importância desses Direitos, que devem ser interpretados como sendo únicos, indivisíveis e universais.

Assevera Plá Coelho<sup>21</sup> que “ a proteção dos Direitos Fundamentais é entendida como condição inarredável para o reforço da legitimidade da União”, de forma a garantir maior legitimidade às políticas adotadas pelas instituições comunitárias que devem sempre, tutelar os interesses dos cidadãos comunitários.

Na medida que os Direitos Fundamentais passam a ser tutelados no espaço comunitário existe maior legitimidade para a aplicação dessas normas, que são supranacionais, tanto nas jurisdições nacionais, pois o juiz nacional também aplica o Direito Comunitário, quanto no âmbito do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, posto que tais direitos, a partir da Constituição Européia passam a estar protegidos no espaço comum europeu.

### Considerações Finais

Tendo-se como marco referencial histórico a Revolução Francesa, sempre houve a preocupação, por parte dos Estados de protegerem os Direitos Fundamentais, o que ganhou destaque internacional com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, celebrado em 1948, tratando-se de um documento internacional, adotado pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. Mesmo que, não seja tecnicamente um tratado, o seu cumprimento obriga aos Estados em virtude de sua força imperativa absoluta, podendo ser entendida como uma norma geral e imperativa equiparada ao *jus cogens*.

Após a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, as Constituições contemporâneas passaram a estabelecer o grau de hierarquia constitucional às normas decorrentes de Direitos Humanos, na conformidade do exemplo das constituições europeias.

Com a proliferação das Organizações Internacionais, surgiram os sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, como é o caso da Corte Européia dos Direitos Humanos e da Convenção Européia de Direitos Humanos, 1950, alterada, em 1998, e da Carta Fundamental dos Direitos Humanos, adotada na Europa em 2000.

No âmbito dos blocos econômicos, os Estados passam a ter uma preocupação maior com a adoção das políticas comuns que transcendem aos aspectos meramente econômicos e, cada vez mais, passam a irradiar os seus efeitos nas mais diversas áreas.

<sup>21</sup> Rosa Júlia Plá Coelho. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na União Européia*. Brasília: OAB Editora, 2005, p. 103.

Dita evolução, experimentada no âmbito do espaço europeu, faz com que o indivíduo (o cidadão comunitário) seja colocado no centro do processo de integração tornando-se necessária, a existência de efetivos mecanismos que venham a proteger os seus direitos.

Nesta linha de raciocínio, extremamente salutar a inclusão da Carta Européia de Direitos Fundamentais à Constituição Européia, de forma a assegurar, efetivamente, a proteção dos referidos direitos.

De outro lado, pode-se afirmar que o processo de integração europeu, cada vez mais aprofundado, caminha, agora, para uma valorização maior dos direitos e garantias dos cidadãos não somente os que possuem a cidadania comunitária, mas a todos do continente europeu, tendo em vista a unidade e a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais que transcendem as fronteiras do Estado e de qualquer espaço integrado.

Nas palavras de Jorge Miranda,<sup>22</sup> o princípio da universalidade é fundamental na compreensão dos Direitos Fundamentais, à medida que os direitos existentes na ordem jurídica devem ser aplicados a todos, sendo assim titulares de direitos e deveres. No espaço comunitário a aplicação do princípio é o mesmo: todos os pertencentes à comunidade política (União Européia) são titulares de direitos e deveres do referido estatuto jurídico, não havendo qualquer distinção entre nacionalidade, credo, cor ou religião.

<sup>22</sup> Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição. Portugal: Editora Coimbra, 2000, p. 215.

## Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial

Clèmerson Merlin Clève\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A fisionomia da Constituição de 1988 e a liberdade de expressão; 3. Liberdades de expressão, de informação e de comunicação na Constituição de 1988; 3.1. Liberdade de expressão e propaganda comercial; 3.2 Direito de informação e propaganda comercial; 3.3 Liberdade de iniciativa, concorrência e propaganda comercial; 3.4. Propaganda e meios de comunicação de massa: - um problema conceitual; 4. Restrição e reserva absoluta de lei qualificada proporcional; 4.1 Cláusula de advertência, contrapropaganda e reserva de lei qualificada; 5. Controle de restrição desproporcional de direito fundamental; 6. Conclusões.

**Summary:** 1. Introduction; 2. The physiognomy of the Constitution of 1988 and the freedom of expression; 3. Freedoms of expression, information and communication in the Constitution of 1988; 3.1. Freedom of expression and commercial advertising. 3.2. Right to information and advertising. 3.3. Freedom of initiative, competition and advertising; 3.4. Advertising and media means: a conceptual problem; 4. Restriction and absolute reservation of proportional qualified law; 4.1. warning clause, contrapropaganda and reservation of qualified law; 5. Control of disproportionate restriction of fundamental right; 6. Conclusions.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, liberdade de expressão, direito constitucional, democracia.

**Key-words:** fundamental rights, freedom of expression, constitutional law, democracy.

### Introdução

Convivem, na realidade brasileira, hoje, graves problemas sociais, próprios de um país em desenvolvimento com os desafios postos pelo mundo globalizado, próprios de um país moderno, pós-industrial. Nesta seara, as preocupações quanto ao meio ambiente, direitos humanos, saúde pública, democratização dos meios de comunicação, avanços da ciência médica, entre outros, se fazem presentes, desafiando a implementação de políticas públicas, além da definição - ou redefinição - de marcos regulatórios e do aparelhamento do Estado. Nesse contexto, cumpre lançar um olhar mais atento para os efeitos da regulação estatal da liberdade de expressão e de informação sobre a esfera de escolha dos cidadãos.

\* Professor Titular de Direito Constitucional da UniBrasil e da UFPr. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST).

No presente estudo importa verificar se as políticas adotadas pelo país são compatíveis com a Constituição. Ou seja, se as autoridades públicas, ao desenhar o mapa de afirmação da liberdade de expressão, formulando escolhas que serão convertidas em lei, estão tomando as devidas cautelas com o propósito democratizador deste direito/princípio, resguardado pelo Estado plural, mas não paternal, consagrado em nossa Constituição. Não é o caso de simplesmente plantar aqui as soluções normativas adotadas no exterior, sem operar uma adequação às necessidades inerentes ao grau de emancipação de nosso povo. As experiências sentidas em outros países certamente haverão de ser consideradas; nada, porém, autoriza, no direito constitucional brasileiro, o simples transladar de soluções e modelos.

Infelizmente, nem sempre esta preocupação prevalece em face do atropelo e da falta de atenção para com a normativa constitucional e os direitos fundamentais. Assim, manifestado-se o legislador com excesso, olvida que o direito conforma sistema que exige integridade, coerência, enfim, racionalidade, e que seu manejo para atender determinados fins, por mais nobres que sejam, tem limites ditados pela específica ordem constitucional brasileira.

A Constituição de 1988, marcada pelo espírito democratizador da época de sua elaboração, assegura como direitos fundamentais a liberdade de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX) e o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV). A livre iniciativa, por seu turno, foi erigida à condição de fundamento da República (art. 1º, inciso IV) e da Ordem Econômica Constitucional (art. 170, *caput*). Na Constituição brasileira, a liberdade de comunicação foi, ainda, mais reforçada. O Constituinte dedicou-lhe, além dos já citados dispositivos, um capítulo específico (*“Da Comunicação Social”* – arts. 220 a 224 da Constituição), no qual fundiu o princípio segundo o qual as atividades de divulgação de informações “não sofrerão qualquer restrição” (art. 220, *caput*): “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

É claro que estão delineados, particularmente em dois parágrafos, limites aos direitos em questão:

“§ 3º Compete à lei federal:

I – *Omissis*

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221,<sup>1</sup> bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

<sup>1</sup> “Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

É compreensível, diante da amarga experiência dos mais de vinte anos de regime autoritário, que a censura, ou seja, a proscrição de todos ou de certos discursos, nos meios de comunicação de massa, tenha sido rechaçada no texto da Constituição Cidadã. No entanto, isso não sugere uma leitura equivocada das liberdades de expressão e informação. Assim como todos os demais direitos fundamentais, não há que se falar em direito absoluto, isento de conformação e limitação. Estas, no entanto, não estão à livre disposição do legislador; devem necessariamente se pautar no interesse público e guardar proporcionalidade com os legítimos fins do Estado. Tome-se como exemplo a publicidade e a propaganda.

No direito dos micro-sistemas, que recupera sentido e identidade através da normativa constitucional (a idéia de Constituição como *centro* que ordena – na verdade *reordena* mediante um processo de *reconstrução*), emergem fórmulas legislativas tratando de temas pertinentes com distintos critérios de ordenação adotados pelo legislador. Assim é que a matéria relativa à publicidade e propaganda é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em particular, pelo art. 37 e parágrafos:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Certamente, aqui, o interesse reside na defesa do consumidor, razão pela qual o direito de livre expressão sofre restrição, justificável e proporcional, para permitir a satisfação, ao mesmo tempo, do art. 5º, inciso XXXII, da Lei Fundamental, segundo o qual, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e do art. 170, inciso V, segundo o qual a defesa do consumidor consubstancia princípio da ordem econômica. Ora, não há relação de consumo na sociedade tecnológica, na era do conhecimento e da troca de impressões intermediada pelos meios de comunicação de massa, senão através da informação sobre os produtos entregues ao comércio, o que se opera fundamentalmente com a publicidade e a propaganda. A publicidade honesta, a publicidade despida de vícios e, por isso mesmo, não enganosa é indispensável para que o consumidor maduro, suficientemente informado, possa livremente decidir a propósito do que é de seu interesse.

Não se fundamenta aqui, portanto, uma proibição da propaganda de produtos lícitos, mas sim uma definição dos seus contornos, tudo para permitir a emergência de um consumidor capaz de operar, de forma consciente, uma escolha racional.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) contempla restrições à propaganda comercial. Com efeito, nos termos da lei:

“Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Tratam-se de restrições circunscritas ao universo dos periódicos impressos, voltadas à publicidade em geral, que atingem, por igual, e não poderia ser diferente, os produtos especificados no § 4º, do art. 220, da Constituição. Ninguém deixará de concordar que tais restrições são pertinentes, conformando um juízo de concordância prática do direito à liberdade de expressão com a disposição constitucional inscrita no art. 227, segundo a qual “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Além das incursões do legislador,<sup>2</sup> também o CONAR<sup>3</sup> (*Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária*) impõe limites à expressão publicitária para manter a ética na sua difusão. Entre os seus objetivos encontra-se (i) a promoção da liberdade de expressão publicitária salvaguardando os interesses dos consumidores e (ii) a composição de litígios éticos<sup>4</sup> sobre questões relativas à indústria da propaganda.

Até aqui estamos no campo da constitucionalidade. Situação distinta é aquela em que há uma proibição da publicidade ou propaganda de um produto lícito, ou imposição de medidas que substanciam patente contrapropaganda. Quando a restrição não se dá a partir de um juízo adequado de concordância prática e de ponderação, a normativa constitucional, que autoriza restrição, e restrição orientada a uma finalidade específica, mas não proscrição, é desrespeitada. Com a proscrição, impede-se que a pessoa ou a família exerça por si um juízo de valor que não é dado ao legislador usurpar.

<sup>2</sup> Sobre a evolução da regulação da matéria, ver JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 37-40.

<sup>3</sup> Sociedade civil sem fins lucrativos fundada em 1980, verdadeiro instrumento de regulação autônoma do mercado publicitário, conformando interessante experiência de auto-governo e de auto-restrição da atividade de comunicação com fins comerciais.

<sup>4</sup> Para essa finalidade o CONAR conta com o Conselho de Ética formado por representantes de vários setores interessados: dos Profissionais de Criação, dos consumidores, das Associações de Propaganda, da Central de Outdoor, da Associação Nacional de Jornais, da Associação Nacional de Editores de Revistas, da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, da Associação Brasileira de Agências de Publicidade e da Associação Brasileira de Anunciantes.

## 1 A Fisionomia da Constituição de 1988 e a Liberdade de Expressão

Alvo de controvérsias na parte que organiza o aparelho do Estado brasileiro (tributação, previdência e serviços públicos, v.g.) e na disciplina da ordem econômica (particularmente o regime das empresas nacionais de capital estrangeiro e a rigidez do monopólio do petróleo), ninguém afirmará que a Constituição brasileira é insensível aos apelos da democracia. Ao contrário, a nova Lei Fundamental, desde um prisma normativo, reconstruiu as bases da formação social brasileira (sociedade e Estado), conformando uma sociedade (civil e política) pluralista, democrática e pautada no respeito aos direitos fundamentais. Daí a razão pela qual a tensão natural entre a *autonomia privada* e a *autonomia pública* que, na experiência constitucional, está na raiz de todas as filosofias e que se manifesta enquanto matriz de todas as políticas e ideologias (parciais ou compreensivas), foi resolvida de modo particularmente feliz pelo Constituinte. Habermas admite a co-originalidade da autonomia privada (direitos fundamentais) e da autonomia pública (democracia).<sup>5</sup> O Constituinte brasileiro não precisou da tese habermasiana para desenhar a arquitetura normativa que ora é saudada. O que fez foi, a partir do princípio geral da liberdade<sup>6</sup> (art. 5º, *caput*), desenhar um regime constitucional para os direitos fundamentais, de tal ordem estabelecido, que a atuação do legislador democrático é justificada, seja para produzir a melhor eficácia dos direitos normativamente positivados, seja para, através da imposição de restrições proporcionais, operar a concordância prática com outros direitos (o problema da colisão ou da concorrência), seja, finalmente, para, no

<sup>5</sup> "O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de forma não-reduzida no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguirmos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos." (JURGEN, Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 1997, pp. 138, 139).

<sup>6</sup> Neste campo, calha tratar da máxima "in dubio pro libertate". Na lição de PÉREZ LUÑO: "Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio in dubio pro libertate. Com este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favor de la libertad del ciudadano. (...) El principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto." (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos. estado de derecho y constitucion*, 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 315).

terreno dos deveres de proteção, definir as pautas para a manifestação do Poder Público quanto à tutela de determinadas circunstâncias singulares sugeridas ou expressamente indicadas no discurso constitucional. Os direitos fundamentais, portanto, a um tempo – eis aqui o paradoxo –, *limitam* a ação do legislador (a lei nos termos dos direitos fundamentais e não o contrário) e *exigem* a sua manifestação (o legislador, limitado pelos direitos fundamentais, tem um papel indispensável a cumprir no Estado Constitucional para a preservação dos próprios direitos fundamentais).

O Estado brasileiro haverá de ser democrático (uma democracia permanentemente reinventada) projetando um valor que deve estar presente igualmente no corpo societário.

Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há, a não ser nas circunstâncias expressamente definidas por razões mais do que justificáveis, lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro, enfim, para a compressão da alteridade.<sup>7</sup> Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo das idéias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda a sua força, a importância da liberdade de imprensa,<sup>8</sup> de expressão, de pensamento, de comunicação. Emerge aqui, na sociedade tecnológica, a exata significação da informação para os sujeitos, os cidadãos ou consumidores. Sem a liberdade de expressão os mercados se contaminam, o espaço público empalidece, os sujeitos deixam de ostentar a condição necessária para bem decidir a propósito do que é de seu interesse.

Não foi à toa, portanto, que o Constituinte, já no Preâmbulo, anunciou que instituía, em nome do povo brasileiro, “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

Não é à toa, também, que o Constituinte, no art. 3º, inciso I, propõe-se a construir uma sociedade livre, assegurando a liberdade de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX) e o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV). Não é à toa, por fim, que o Constituinte cria um capítulo específico de sua obra dedicado à disciplina da

<sup>7</sup> Neste sentido, veja-se a constrição da liberdade de associação quando esta servir a propósitos criminosos (art. 17, inciso X, da Constituição); a proibição de práticas racistas (art. 5º, inciso XLII, da Constituição); a proibição de utilizar partidos políticos para ameaçar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais (art. 17, caput e § 4º, da Constituição), entre outros exemplos.

<sup>8</sup> Sobre a liberdade de imprensa, conferir, FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na Esfera Pública*. Trad. De Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 99-134.



comunicação social (arts. 220 a 224). O arranjo constitucional tem sentido, eis que, no mundo mediatizado, a *Ágora* não se confunde mais com a praça, onde a comunicação se dava através dos corpos dos sujeitos, apresentando-se, antes, como qualquer espaço, mesmo virtual, onde possa o livre fluxo de comunicação se estabelecer. A *Ágora*, nos dias que correm, é a casa invadida pelos *mass media* e a geografia virtual das *redes* encontráveis na sociedade de informação ou de conhecimento.<sup>9</sup>

De outro ângulo, o Constituinte fez residir entre os *fundamentos* da República, os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV). No capítulo dedicado aos princípios gerais da atividade econômica, definiu que referida ordem encontra-se fundada no trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, *caput*), para, depois, apontar como princípios da disciplina econômica (i) a *livre concorrência* (art. 170, inciso IV) e (ii) a *liberdade de iniciativa* (art. 170, parágrafo único). Nesse ponto importa lembrar que a doutrina aceita que a conquista da clientela, inclusive pela comunicação com finalidade comercial, configura uma das expressões do princípio da liberdade de iniciativa.<sup>10</sup> E que, por outro lado, não há, verdadeiramente, livre concorrência sem a expressão publicitária.

O discurso normativo constitucional protege a liberdade de expressão, de comunicação, de informação, assim como as liberdades de iniciativa e de concorrência. Mas, de que modo as protege? Tendo em conta que tipo de ação estatal? E mais do que isso, a partir de qual compreensão a propósito do ser humano? Uma compreensão que o toma como dependente da tutela estatal, como mero destinatário de uma ação normativa heterônoma, como um ser incapaz de gerir a sua própria existência, como um não-sujeito tributário sempre da atividade paternalista do Estado? Ou, ao contrário, o ser humano é tomado como sujeito, como responsável pela sua história, dotado de poder decisório, capaz de gerir a si (auto-governo privado) e de participar do processo de construção de uma ordem pública autônoma (auto-governo público)?<sup>11</sup> Não se põe, aqui, verdadeiramente, um problema. A Constituição é clara quanto à opção do Constituinte, sendo, ademais, transparente, quanto à base antropológica que a sustenta.

<sup>9</sup> Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. trad. Roneide Venancio Majer, vol. I, 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

<sup>10</sup> Neste sentido, afirmou GRAU que o princípio da liberdade de iniciativa econômica apresenta também o sentido de liberdade de concorrência, enquanto liberdade privada de conquistar a clientela. In GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 239, 240. Cf. também ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, pp. 212, 213, entre outros.

<sup>11</sup> A questão é respondida, em face da Constituição norte americana, por Owen Fiss nos seguintes termos: "O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, 'desinibido, robusto e amplamente aberto.'" *op.cit.*, p. 30.

Deveras, tratou-se, para o Constituinte, de erigir um Estado Democrático (Preâmbulo), definido enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), sendo certo que não há democracia sem cidadão, sujeito livre, capaz de exercer o auto-governo (público ou privado).<sup>12</sup> Por isso mesmo, substanciam fundamentos desse Estado a *soberania* (art. 1º, inciso I), também expressão da idéia de auto-governo (está-se a referir à soberania interna, que remanesce nas mãos do *povo*),<sup>13</sup> a *cidadania* (art. 1º, inciso II), igualmente vinculada à idéia de auto-governo (especialmente no sítio que toca com a cidadania política: art. 14, da Constituição) e a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III) que, em determinadas dimensões, apresenta-se tributária do conceito de autonomia (e, por isso, de auto-governo público e privado).

O princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de verdadeiro princípio fundante, do qual, de modo direto ou indireto, derivam os direitos fundamentais, consagrado inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, apresenta-se, de modo expresse, na Constituição de 1988, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio. Além do art. 1º, inciso III, o princípio, em um ou outro caso referido de modo distinto, encontra-se previsto, também, no art. 170, *caput* (Ordem Econômica), no art. 227, *caput*, (tutelando a criança e o adolescente) e no art. 226, § 6º (ao tratar do planejamento familiar).

Trata-se, neste momento, não propriamente de discorrer sobre as implicações do princípio para a ordem jurídica brasileira, mas, antes, de apontar apenas a circunstância que é reclamada para a melhor compreensão da idéia de ser humano residente do discurso normativo constitucional.

De modo feliz, lembra Ingo Wolfgang Sarlet que o princípio da dignidade da pessoa humana sintetiza a condição, simultânea, de *limite e tarefa* do Estado, da comunidade e dos particulares. Daí a razão pela qual “impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.<sup>14</sup> Ora, na preciosa lição de Peres Luño, “a dignidade da pessoa

<sup>12</sup> No conceito trazido por Owen Fiss, democracia “é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo”. *op.cit.*, p. 99.

<sup>13</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. trad. Carlo Cocchioli e Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*, 3º ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.<sup>15</sup> (trad. livre)

O desenvolvimento da personalidade é indissociável da noção de autonomia. Convém, neste ponto, citar mais uma vez Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos políticos

“igualmente apresentam vínculo direto e indissociável com a idéia de dignidade da pessoa. Se um Estado democrático que mereça ostentar esta condição pressupõe respeito e promoção da dignidade da pessoa humana, também os direitos fundamentais à nacionalidade e os assim denominados direitos políticos ativos e passivos, constituem de algum modo exigência e decorrência da dignidade. Com efeito, a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade) reclama a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral. Assume relevo, nesta linha de entendimento, a lição de Celso Lafer, no sentido de que a inserção do indivíduo (pessoa) numa determinada ordem estatal é crucial para que lhe sejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais (como, de resto, a própria proteção da dignidade), de tal sorte que o direito à nacionalidade e cidadania (esta tida como exercício de direitos políticos) pode ser considerada, de certa forma, como o direito a ter direitos”.<sup>16</sup>

De outro viés, no Brasil, diante dos termos da Constituição, nem mesmo um suposto interesse comunitário manejado pelo Estado-legislador seria suficiente para justificar a agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Calha, nesta circunstância, transcrever a reflexão de Castanheira Neves, em tudo aplicável entre nós, para quem:

“se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe”.<sup>17</sup>

Quer-se afirmar, com isso, que na ordem constitucional brasileira, como de resto em outras ordens constitucionais presididas por análoga principiologia, a dignidade da pessoa humana não se afirma nem se sustenta, na sua inteireza, sem o apoio da noção de autonomia (privada e pública). A pessoa humana tutelada pela Constituição substancia, portanto, um ser capaz de decidir a propósito de seu destino. O papel do Estado-legislador,

<sup>15</sup> “La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.” PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 318.

<sup>16</sup> SARLET, *op.cit.*, pp. 95, 96.

<sup>17</sup> NEVES, Castanheira, apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 190, 191.

então, não é o de suprimir a esfera de decisão do cidadão, mesmo por meio de políticas dotadas de inequívoco valor comunitário, comprometidas com o interesse público na sua melhor conformação, sendo, antes, o de dotar os cidadãos das condições necessárias para bem decidir. Daí o valor do espaço público de debate, absolutamente necessário para o livre transitar da comunicação, das informações, em síntese, da construção do conhecimento e da convicção que sustentará as escolhas.

É evidente que, tratando-se de um discurso normativo contemporâneo, derivado do novo constitucionalismo, a Constituição zelou dos direitos fundamentais de modo a conferir tratamento mais cuidadoso a determinados grupos, particularmente, em função da necessidade de adotar políticas setoriais adequadas. A experiência constitucional demonstrou que nem sempre as políticas genéricas atingem de modo satisfatório a todos os indivíduos e grupos. Eis a razão pela qual dedica atenção especial aos (i) portadores de necessidades especiais (art. 222, § 2º), (ii) às crianças e adolescentes (art. 227), (iii) aos idosos (art. 230), (iv) aos quilombolas (art. 68, do ADCT), (v) aos povos indígenas (art. 231), (vi) ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII), (viii) aos micro e pequeno empresários (art. 170, inciso IX), (ix) e ao pequeno produtor rural (art. 5º, inciso XXVI), entre outros.

As situações de especial vulnerabilidade a justificar ação estatal (material e normativa) singular não são suficientes, todavia, para transformar os beneficiários em não-sujeitos. Trata-se, antes, mesmo em semelhantes hipóteses, com a possível exceção (apenas relativa e contingente) da criança e do adolescente, do desencadear da atividade estatal dirigida exatamente para a obtenção da autonomia. O Estado, nesse caso, haverá de oferecer as *condições* indispensáveis para a plena integração dos grupos e indivíduos gozando de proteção especial à comunidade e, em particular, para o desenvolvimento das respectivas esferas autônomicas. Apanhe-se o caso do consumidor. O fato de a Constituição conferir proteção especial aos direitos do consumidor não é suficiente para fazer dele alguém despido de auto-governo. Ao contrário, não é o Estado que decide por ele, cumprindo, todavia, ao Poder Público, oferecer ao consumidor as *condições* (derivadas da atividade estatal material e normativa) necessárias para, nas relações de consumo, manifestar ou afirmar o seu poder decisório (autonomia). Ora, o legislador quando tratou das relações de consumo e dos direitos do consumidor não se apartou da base antropológica que sustenta a Constituição. Tanto isso é verdade que o tratamento da propaganda comercial, por exemplo, impõe certas restrições adequadas, exigíveis e proporcionais, de modo a preservar a esfera de informação e conseqüente decisão do consumidor.

Como adverte Tércio Sampaio Ferraz, “ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação”.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “Parecer”. In *Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária. Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. São Paulo: CONAR, 2000, p. 12.

## 2 Liberdades de Expressão, de Informação e de Comunicação na Constituição de 1988

Desenhada a fisionomia da Constituição de 1988 e definida a base antropológica a sustentar o seu arcabouço normativo, é tempo de explorar o sítio das liberdades de expressão, de informação e de comunicação. A Constituição da República é generosa ao tratar desses direitos, o que é compreensível diante das vicissitudes pelas quais o país passou durante o período autoritário mais recente.<sup>19</sup>

As liberdades de expressão e de comunicação derivam da liberdade de pensamento. Enquanto esta liberdade é *interior*, as duas outras são *exteriores*. Por isso:

*"La liberté d'expression peut ainsi se définir comme la faculté d'exprimer librement sa pensée de manière orale ou écrite.*

*La liberté de communication s'analyse comme la faculté de communiquer librement sa pensée, ce qui nécessite une interdépendance entre le 'message' (contenu) e le 'médium' (contenant), pour reprendre les enseignements de Mac Luhan et ce qui implique une interaction entre l'émetteur (celui qui émet le message) et le 'récepteur' (celui qui reçoit le message).*

*Liberté d'expression et de communication ont trouvé leur application pratique privilégiée dans la liberté de presse, d'une part, et dans la liberté de communication audiovisuelle d'autre part".<sup>20</sup>*

Konrad Hesse argumenta, com inteira procedência, que:

"o alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direito de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro lado, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos 'meios de comunicação de massa' modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e

<sup>19</sup> Como antes reportado, nos termos da Lei Fundamental, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (art. 5o, inciso IV). Mais adiante, nos incisos IX e XIV, do mesmo art. 5o, fica estabelecido que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" e, mais, que "é assegurado a todos o acesso à informação". No capítulo dedicado à comunicação social, o Constituinte prescreveu que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

<sup>20</sup> "A liberdade de expressão pode também se definir como a faculdade de exprimir livremente seu pensamento de maneira oral ou escrita. A liberdade de comunicação se analisa como a faculdade de comunicar livremente seu pensamento, o que necessita uma interdependência entre a 'mensagem' (conteúdo) e o 'meio' (continte) para resgatar os ensinamentos de Mac Luhan e o que implica uma interação entre o emissor (aquele que emite a mensagem) e o receptor (aquele que recebe a mensagem). Liberdade de expressão e de comunicação encontraram sua aplicação prática privilegiada na liberdade de imprensa, de um lado, e na liberdade de comunicação audiovisual, de outro." (trad. livre) FAVOREU, Louis (coord.). *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000, pp. 221, 222.

alternativas pluralistas, assim como a 'formação preliminar da vontade política' não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental 'simplesmente constitutiva'.<sup>21</sup>

Alerta ainda Konrad Hesse que a liberdade de expressão (fala em manifestação da opinião) constitui ao lado de outras liberdades análogas, "aquele âmbito no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre da influência estatal, ela protege liberdade espiritual simplesmente e ela é elemento essencial do estado de direito".<sup>22</sup>[sic]

As liberdades de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento mantém estreita conexão com a liberdade de informação, daí a importância dos meios de comunicação, que envolvem já a dimensão transindividual das liberdades antes anunciadas. Ora, "a liberdade de informação é pressuposto de publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático".<sup>23</sup>

Fazendo a síntese, no sistema constitucional brasileiro: (i) é livre a manifestação do pensamento (sendo vedado o anonimato); (ii) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (independentemente de censura ou licença); (iii) é assegurado a todos o acesso à informação e, finalmente, (iv) é assegurada a liberdade de comunicação, razão pela qual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo são insuscetíveis de restrição (exceto se dotadas de matriz constitucional).

Para evitar qualquer dúvida quanto ao alcance das apontadas liberdades, o Constituinte, por duas vezes (art. 5º, inciso IX e art. 220, § 2º), deixou claro que o regime constitucional não tolera a censura. E o que é a censura? O Dicionário Houaiss da língua portuguesa indica:

"1. ação ou efeito de censurar. 2. Exame a que são submetidos trabalhos de cunho artístico ou informativo, *ger.* com base em critérios de caráter moral ou político, para decidir sobre a conveniência de serem ou não liberados para apresentação ou exibição ao público em geral. 3. *p.met.* restrição à publicitação de informações, pontos de vista ou produções artísticas, com base nesse exame ...".

A idéia de censura, em geral, está ligada às experiências autoritárias, às ditaduras, aos regimes de exceção. É indubitável que a associação não é arbitrária. Todavia, periodicamente a tentação da censura reaparece, de maneira sorrateira, de modo manso,

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302, 303.

<sup>22</sup> HESSE, *op.cit.*, p. 303.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 305.

quase imperceptível, no contexto de regimes democráticos e, mais, supostamente para a defesa de valores comunitários ou consensualmente compartilhados. São exemplos os exames prévios da publicidade, como aquele proposto pela Medida Provisória nº 2039-19, que concedia à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) poder para controlar preventivamente o cumprimento, pelas peças publicitárias, das restrições legais; apresentam-se como reprovação governamental a determinado veículo da imprensa, importando em tratamento discriminatório quanto à distribuição da verba publicitária; decorrem, eventualmente, da atuação inadequada do Judiciário no contexto da tutela de direitos fundamentais supostamente violados pela liberdade de expressão (decisões normativas de proscrição do tratamento de certo tema pela imprensa) e, inclusive, da atuação do legislador que, sob o pretexto de conformar legislativamente dada matéria, impõe restrições à liberdade de expressão que chegam ao ponto de anulá-la em uma ou mais dimensões.

Em todos os casos, certamente, estará o Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário) atuando de modo compatível com o direito na sua dimensão formal e, mais do que isso, supostamente materializando medidas (decisórias, materiais ou normativas) consistentes com determinados valores. Nem por isso, deixam as medidas de constituir censura. Não se está aqui a advogar o caráter absoluto das liberdades. Ao contrário, sabe-se configurarem, como os demais direitos fundamentais, direitos relativos que, por isso mesmo, reclamam a atuação do legislador para conformá-los e, especialmente, através de um adequado juízo de ponderação, mantê-los, no plano normativo, em harmonia com os demais direitos. Ocorre que o caráter relativo do direito não autoriza o Estado a desenvolver, mesmo que perseguindo valores defensáveis, uma ação capaz de esvaziar, sem mais, o seu conteúdo. Não acreditando nas qualidades do ser humano, imaginando tratar-se de alguém com precisão de tutela, em nome deste ou daquele princípio, pretende o Estado vedar o acesso a específico tipo de informação ou a determinada forma de apresentação da informação, da atividade intelectual ou artística ou científica. Tem, muitas vezes, a pretensão de educar os adultos, lembra Tércio Sampaio Ferraz Junior.<sup>24</sup> Todavia, “quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política”.<sup>25</sup>

Ora, salvo em circunstâncias claramente justificáveis (é o caso, v.g., do cuidado com a criança e o adolescente), pretender o Estado substituir-se à esfera decisória do cidadão, exercendo tutela, ditando o *que deve* e o *que pode* ser informado, *como deve* ou *como pode* manifestar-se a criação intelectual, implica clara agressão às liberdades de informação e de expressão. Afinal, o Estado “não pode degradar o ser humano à condição de incapaz, por si só, de discernir entre o bem e o mal. Cabe ao Estado dar-lhe os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas”.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 12.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 225.

<sup>26</sup> FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 12.

## 2.1 Liberdade de expressão e propaganda comercial

Nos EUA, discutiu-se, por muito tempo, se a propaganda comercial (*commercial speech*) estava protegida pela Primeira Emenda.<sup>27</sup> No direito americano, o *commercial speech* é um discurso ou um anúncio voltado à divulgação de produtos ou serviços com fins comerciais. No caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* (425 U.S. 748,96) a Suprema Corte tomou o *commercial speech* como o “discurso que tem por objetivo uma transação comercial”.

Ora, a Suprema Corte, por muitos anos, deixou de incluir a propaganda comercial entre as liberdades protegidas pela Primeira Emenda. Entendia a Corte que os poderes deferidos ao Congresso para regular o comércio envolveriam também a disciplina da publicidade. No caso *Velentine v. Chrestensen* (316 U.S. 52,54,86 L. Ed. 1262, 62 S.Ct. 920 (1942)), por exemplo, a Corte decidiu que a Constituição não impunha restrições à atividade de regulamentação da propaganda comercial. O entendimento foi reforçado no caso *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Human Relations Comm'n* (423 U.S. 376 (1973)). Aqui, o voto majoritário do Justice Powell foi no sentido de que a propaganda constitui exemplo clássico de *commercial speech* não protegido pela Primeira Emenda.

O entendimento da Suprema Corte reorientou-se a partir do caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, acima citado. Aqui, embora entendendo que a propaganda comercial reside no âmbito de incidência da Primeira Emenda, aceitou que pudesse sofrer algumas restrições, ao suposto de que a Constituição não protege o comercial da mesma forma que as demais modalidades de discurso.<sup>28</sup> Em outros casos<sup>29</sup> o entendimento foi mantido, permanecendo até os dias que correm.

<sup>27</sup> CONSTITUIÇÃO DOS EUA – PRIMEIRA EMENDA: O Congresso não fará nenhuma lei estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o seu livre exercício; ou limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de as pessoas reunirem-se pacificamente, e peticionarem ao Governo para reparação de agravos. (US CONSTITUTION – FIRST AMENDMENT: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances – tradução livre).

<sup>28</sup> Esse é o entendimento trazido por Gerald Gunther e Kathleen M. Sullivan: “Assim, o discurso comercial continua a ser a única exceção formal aos dois níveis de análise do discurso expostos no caso *Chaplinsky*; diferente da incitação, das palavras de briga, de calúnias maliciosas, obscenidade, ou pornografia infantil, ele [o discurso comercial] goza da proteção da Primeira Emenda, mas não da mesma maneira como o fazem outras modalidades de discurso.” (“Thus, commercial speech continues to stand as the lone formal exception to the two-level approach to speech set forth in *Chaplinsky*: unlike incitement, fighting words, malicious libel, obscenity, or child pornography, it enjoys First Amendment protection, but not as much First Amendment protection as other speech” – tradução livre) (GUNTHER, G.; SULLIVAN, K. M. *Constitutional Law*. 13th ed., Westbury, New York: The Foundation Press, 1997, p. 1.175).

<sup>29</sup> Cumpre citar *City of Cincinnati v. Discovery*; *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*; *Liquormart v. Rhode Island*; *United States v. United Foods e Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*; *Shapero v. Kentucky Bar Ass'n*; *Edenfield v. Fane e Rubin v. Coors Brewing Co.*



O reconhecimento da proteção do discurso comercial não implica a impossibilidade de sofrer restrição. Significou, todavia e certamente, a impossibilidade de seu banimento. É o que se deduz do voto do *Justice Stevens* no julgamento de *44 Liquormart Inc. v. Rhode Island*:

“Porém, quando um Estado proíbe inteiramente a disseminação de mensagens comerciais verdadeiras e não enganosas por razões não relacionadas com a preservação de uma justiça na atividade negocial, há muito menos razões para se afastar a rigorosa revisão que a Primeira Emenda em geral requer. O completo banimento de um discurso, diferentemente do conteúdo neutro de restrições de tempo, lugar e modo de expressão, é particularmente perigoso porque exclui a possibilidade de disseminação de certas informações”.<sup>30</sup>

Os parâmetros para o controle das restrições à propaganda comercial foram delimitados pela Suprema Corte no caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm 'm* (447 U.S. 557,100 (1980)):

“No final das contas, nós devemos determinar se a expressão é protegida pela Primeira Emenda. Para o discurso comercial apresentar-se como passível de proteção, deve ele ao mesmo tempo estar relacionado com uma atividade legal e não ser enganoso. A seguir, nós respondemos se o interesse governamental afirmado é substancial. Se as duas questões têm respostas afirmativas, nós devemos determinar se a regulação faz avançar diretamente o interesse governamental afirmado, e se não é mais extensiva do que o necessário pra servir àquele interesse”.<sup>31</sup>

No Brasil, com a Constituição de 1988, não há possibilidade de dúvida a respeito. Deveras, no art. 220, § 4º, como já referido, o Constituinte tratou, exaustivamente, da propaganda comercial. As liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento protegem, também, a atividade publicitária.

<sup>30</sup> “However, when a State entirely prohibits the dissemination of truthful, nonmisleading commercial messages for reasons unrelated to the preservation of a fair bargaining process, there is far less reason to depart from the rigorous review that the First Amendment generally demands. Complete speech bans, unlike content-neutral restrictions on the time, place, or manner of expression, are particularly dangerous because they all but foreclose alternative means of disseminating certain information.” (44 LIQUORMART INC. v. RHODE ISLAND 517 U.S. 484 (1996)).

<sup>31</sup> “At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest.” (CENTRAL HUDSON GAS v. PUBLIC SERVICE COMM’M - 447 U.S. 557,100 (1980)).

## 2.2 Direito de informação e propaganda comercial

Luís Roberto Barroso reporta-se à função social da propaganda lembrando que “é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar a garantia de todos os consumidores, reais e potenciais”.<sup>32</sup>

Não é outro o entendimento de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem a mensagem publicitária “deve ser incluída na estrutura do direito de informação”.<sup>33</sup> Ou de Pilar Cousido: “*actualmente entiende la doctrina que el concepto de informaciones incluye todo lo que pueda comunicarse, tanto los mensajes internos o ideas como los mensajes de hechos o noticias*”.<sup>34</sup> Aliás, segundo Teresa Freixes Sanjuán, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos incluiu a propaganda expressamente no conceito de informação nos casos (i) *Barthold*, (ii) *Marktintern Verlag GmbH y Klaus Beerman* e (iii) *Casado Coca*.<sup>35</sup>

A própria jurisprudência da Suprema Corte Americana opera uma associação entre a publicidade e o direito de informação dos consumidores. No caso *Virginia Pharmacy*, entre as razões que justificaram a modificação do entendimento anterior a propósito da incidência da Primeira Emenda sobre o *commercial speech*, foi destacado o direito dos (i) consumidores de receberem informações sobre os produtos e (ii) dos meios de comunicação e anunciantes de veicularem estas informações (“*turning from the interests of consumers to receive information to the asserted right of advertisers to communicate*”). Referiu-se, ainda, à necessidade da economia de mercado funcionar com informações confiáveis, possibilitando à população melhor decidir a respeito das particularidades envolvendo consumo,<sup>36</sup> e a autonomia, noção ancorada na visão anti-paternalista que implica a capacidade dos atingidos se auto-determinarem de acordo com os respectivos interesses sem a necessidade de serem tutelados.<sup>37</sup> Esta

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 253.

<sup>33</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68.

<sup>34</sup> COUSIDO, Pilar, *apud*. CARVALHO, *id.*

<sup>35</sup> SANJUAN, Teresa Freixes. *Libertades informativas e integración europea*. Madrid: Colex, 1996, p. 32.

<sup>36</sup> GUNTHER; SULLIVAN, *op.cit.*, p. 1182.

<sup>37</sup> Neste sentido, Daniel A. Farber et alii: “Enquanto o caso ‘Virginia Board’ não é tão claro a respeito do tema da capacidade governamental para regular a propaganda comercial verdadeira, a racionalidade anti-paternalista de formação de opinião parece ser desfavorável a tal regulamentação.” (“While ‘Virginia Board’ is less clear about the government’s ability to regulate truthful commercial speech, the anti-paternalism rationale of the opinion seems unfavorable to such regulation” – tradução livre). *In Constitutional law: themes for de the constitution’s third century*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing, 1993, p. 651).

particularidade da propaganda comercial foi destacada, também, pela Corte Superior do Québec e pela Suprema Corte do Canadá:

“Além e acima de seu valor intrínseco como expressão, a propaganda comercial que, como já foi apontado, protege os que ouvem tal qual os que falam, desempenha um papel significativo de capacitar os indivíduos a fazerem escolhas econômicas informadas, um importante aspecto da satisfação pessoal e da autonomia individual”.<sup>38</sup>

Entre nós, a questão, considerada do ponto de vista da indústria, do comércio e das empresas dedicadas à produção publicitária, implica um direito de *produzir* e *veicular* discurso publicitário. Ou seja, um direito de levar ao público as mensagens publicitárias necessárias para dar a conhecer o produto (quando lícito). Do ponto de vista do consumidor, reclama um direito à informação adequada, não abusiva nem enganosa,<sup>39</sup> para que, com autonomia e transparência, possa integrar relação de consumo. O fato é reconhecido inclusive pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Deveras, Luís Roberto Barroso anota que, por sua assessoria de comunicação social, a ANVISA fez circular mensagem onde reconhece que “é indiscutível que a propaganda é o principal meio pelo qual o consumidor toma conhecimento das características de um produto, exercendo sua opção de compra em função destas informações”.<sup>40</sup>

Diante das relações de consumo, o direito à informação se apresenta como (i) direito do consumidor conhecer o produto, podendo compará-lo com outros análogos; (ii) exigência de correspondência entre o que foi anunciado e o que é oferecido; (iii) respeito à pluralidade e à indeterminação do universo que receberá a mensagem e as diferentes formas de recebê-lo, observando-se, em especial, a condição dos que ostentem incapacidade de discernimento (criança, adolescente, etc.), e, (iv) direito do consumidor saber que está recebendo informação publicitária.<sup>41</sup>

Tais posições jurídicas são dedutíveis, direta ou indiretamente, da Constituição e do especificado nos artigos 4º e 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

Ora, do ponto de vista do fornecedor ou do consumidor, a publicidade é essencial, na sociedade contemporânea, para a circulação das informações necessárias à dinâmica da economia de mercado e à transparência das relações de consumo que

<sup>38</sup> Disponível na internet em <www.lexum.umontreal.ca>.

<sup>39</sup> Lei 8.078, de 1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como sobre os riscos que apresentem;”

<sup>40</sup> *Op.cit.*, p. 255.

<sup>41</sup> Com apoio na lição de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *op.cit.*, p. 70.

nela são materializadas. Não são um mal a ser combatido, nem um bem acima de qualquer julgamento. Substanciam, antes, um fenômeno da sociedade de massas, da sociedade da informação, complexo, certamente, que apresenta, como tudo, conseqüências positivas e negativas e que, por isso, pode sofrer restrição, pode desafiar a manifestação do legislador democrático, não podendo, porém, sofrer banimento, ainda que parcial e seletivo.

O fato de o direito de informação, na dimensão agora anunciada, como de resto as demais liberdades correlatas, ser, muitas vezes, titularizado por pessoa jurídica não lhe retira a condição de fundamentalidade. Isto porque, inclusive entre nós, a doutrina, atualmente, manifesta consenso no sentido de que os direitos fundamentais não se dirigem apenas às pessoas físicas.<sup>42</sup> A possibilidade de as pessoas jurídicas ostentarem a condição de titulares de direitos fundamentais, em particular daqueles suscetíveis, por sua natureza, de serem por elas exercidos, não desafia hoje maior explicação, tendo em conta a sua evidência. Aliás, não fosse assim, na sociedade contemporânea, restariam esvaziados os âmbitos materiais de proteção de não poucos direitos.

### 2.3 Liberdade de iniciativa, concorrência e propaganda comercial

É neste passo que se situa, mais uma vez, o problema da livre concorrência e da liberdade de iniciativa quando associados à expressão publicitária. Não é demais, aqui, buscar auxílio na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“... o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*. Os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da

<sup>42</sup> Cita-se, por todos, Paulo Gustavo Gonet Branco: “Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In MENDES, GILMAR FERREIRA; *et. alii*. *hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165.

ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do *laissez faire*, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas, a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. *Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado*.<sup>43</sup> (g. n.)

De outro viés, o princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição), associado e, de certa forma, decorrente do princípio da liberdade de iniciativa, supõe o livre jogo das forças do mercado na busca da clientela; supõe, igualmente, como lembra Eros Roberto Grau, “desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”.<sup>44</sup> Supõe, além disso, repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, da Constituição e Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), exatamente para impedir o domínio dos mercados ou outras manifestações disfuncionais e restabelecer, até onde isso for possível, num contexto de economia industrial e de acumulação do capital, a *concorrência livre* (não mais a liberdade de concorrência, mas já, insiste-se, a *concorrência livre*). A livre concorrência, portanto, manifesta-se como um “processo comportamental competitivo”,<sup>45</sup> que implica a descentralização das decisões, inclusive no domínio da formação de preços (e por isso tutela o interesse do consumidor), constituindo, ademais, “garantia de oportunidades iguais a todos os agentes”, substanciando, por isso mesmo, “uma forma de desconcentração de poder”.<sup>46</sup>

Ora, não há liberdade de iniciativa ou livre concorrência sem possibilidade do manejo do discurso publicitário. Na sociedade de massas, onde a informação circula não diretamente, mas através dos meios de comunicação, proscrever a propaganda comercial, ainda que parcial e seletivamente, importa na fratura de uma das pernas da liberdade de iniciativa e, mais do que isso, significa impedir ou restringir a concorrência tendo em conta a situação particularmente privilegiada dos produtos já residentes no mercado<sup>47</sup> (e, por isso, já maduros do ponto de vista da aceitação pelo consumidor).

<sup>43</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “A economia e o controle do Estado”. Parecer publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 04 de junho de 1989.

<sup>44</sup> GRAU, *op.cit.*, p. 244.

<sup>45</sup> FERRAZ JR, *A economia...*

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> “Para propósitos constitucionais, o mercado relevante é o informacional, o domínio a partir do qual o público descobre o mundo além de sua experiência.” FISS, *op.cit.*, p. 102.

## 2.4 Propaganda e meios de comunicação de massa: um problema conceitual

Apanhe-se, outra vez, o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, com manipulação apropriada para encontrar o significante *publicidade*. Assim é apresentado o seu sentido: “Característica do que é público. Arte, ciência e técnica de tornar (algo ou alguém) conhecido nos seus melhores aspectos, para obter aceitação do público”.

Indo além, investigue-se, no mesmo lugar, o sentido da palavra propaganda. Ver-se-á que se apresenta como: “Divulgação, propagação de uma idéia, uma crença, uma religião, apostolado, proselitismo, catequese. Ação de exaltar as qualidades de (algo) para um número *ger.* grande de pessoas; anúncio, reclame”.

Não se trata de definir a locução *propaganda comercial* (art. 220, § 4º) com apoio no dicionário. Quer-se apenas iluminar uma primeira compreensão de seu significado. De qualquer modo, importa lembrar que o Constituinte, despreocupado com a questão técnica, refere-se à mensagem publicitária fazendo uso das expressões *propaganda comercial* (artigo citado) e *publicidade* (art. 37, § 1º, da Constituição).

Poder-se-ia, eventualmente, imaginar que o Constituinte aproveita-se da expressão *propaganda* para reportar-se às informações parciais voltadas à atividade comercial e despidas dos atributos da informação jornalística e do significante *publicidade* para fazer menção a qualquer informação com o sentido de propagação de qualidades positivas despidas dos atributos da informação jornalística e, mais, da finalidade comercial. Não parece que seja assim, todavia, por dois motivos. Da leitura do texto constitucional deduz-se que não há evidência da utilização das palavras em sentido técnico. Depois, porque, se o uso fosse técnico, não poderia se manifestar de modo invertido.<sup>48</sup>

Com efeito, ensina Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que:

“a publicidade tem por fim o negócio, a compra e venda de bens e produtos e a prestação de serviços, etc., enquanto a propaganda é simplesmente a propagação de idéias não comerciais, ou seja, idéias religiosas, políticas, filosóficas, etc. A distinção, portanto, é que a publicidade visa ao lucro, ao interesse comercial, enquanto a propaganda não. Outra distinção fundamental é que a publicidade deve pautar-se no princípio da verdade quanto às qualidades anunciadas, enquanto que a propaganda é a expressão de uma opinião, que, por essência, não se submete à prova da verdade”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> A idéia de que a Constituição fez uso não técnico das expressões pode ser bem apreendida da exposição dos teóricos do conhecimento midiático, que, enfatizando a ausência de qualquer confusão entre os termos propaganda e publicidade, em linhas gerais, atribuem à propaganda a atividade de livre divulgação de idéias, princípios, conhecimentos, entre outros, sendo campo específico da publicidade a ação profissional de divulgação de determinada mensagem. Cf. VERONEZZI, José Carlos. *Mídia de A a Z*. São Paulo: Flight Editora, 2002, p. 21.

<sup>49</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 67. No mesmo sentido, Antônio Herman, citando Malanga, conceitua publicidade como o “conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente”, e propaganda como o “conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um

Como se vê, basta cotejar a distinção com o disposto nos arts. 37, § 1º e 220, § 4º para se perceber que, no texto constitucional, ela não guarda sentido. Daí a razão pela qual, no presente estudo, ambas as expressões são utilizadas indistintamente. O que importa, porém, é o fato de que a propaganda ou a publicidade para fins comerciais, na sociedade tecnológica, desafia, necessariamente, a dinâmica dos meios de comunicação de massa. Não há, propaganda, hoje, portanto, sem os meios de comunicação de massa. Por isso, Houaiss associa a propaganda à obtenção da aceitação do público e a publicidade com o meio de exaltação de qualidades *para um grande número de pessoas*. É o que se deduz, por exemplo, da lição de Dorothy Cohen,<sup>50</sup> para quem a mensagem publicitária envolve uma atividade comercial “que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas *nos meios de comunicação de massa*, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor (...)”. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em linha análoga, ressalta que: “dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*”.<sup>51</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra a advertência do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Faria de Mello segundo a qual:

“a flexibilidade de conceitos, o câmbio de sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente é um Corpo Político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais.”<sup>52</sup>

Por isso: “A propaganda comercial tem por objeto a publicidade de produtos e serviços em veículos e processos de comunicação. (...) Propaganda comercial sem exteriorização, não é propaganda enquanto atividade econômica”.<sup>53</sup>

A afirmação é incensurável, eis que o Constituinte, reiterar-se, tratou da propaganda sujeita a restrição ao disciplinar normativamente o direito de comunicação (capítulo dedicado à Comunicação Social). A escolha do lugar é eloqüente, operando

dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 253, 254.

<sup>50</sup> COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Editorial Diana, 1984, p. 50.

<sup>51</sup> BENJAMIN, *op.cit.*, p. 252.

<sup>52</sup> FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 17.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 18.

consequência. Ora, o direito de comunicação envolve, certamente, a manifestação do pensamento, a informação, a expressão da criação intelectual, artística, científica ou de comunicação pelos meios de comunicação de massa.

### 3 Restrição e Reserva Absoluta de Lei Qualifica Proporcional

Percebe-se na experiência legislativa brasileira que certas matérias sujeitas à reserva de lei (absoluta ou relativa) acabam sendo manejadas por instrumentos outros, gerando, assim, ofensa a disposições constitucionais. Tendo em vista que as liberdades tratadas no artigo 220 da Constituição estão debaixo de tal regime, cumpre despendar algumas palavras sobre o tema.

A doutrina mais festejada tem se orientado no sentido de, afastando-se da teoria interna, admitir qualquer intervenção do legislador nos direitos fundamentais como hipótese de restrição.<sup>54</sup> Ora, as restrições supõem um regime apropriado, que cuida do correspondente veículo de introdução na ordem jurídica (reserva de lei) e dos limites ao seu manejo (princípio da proporcionalidade, preservação do núcleo essencial do direito restringido, etc.). Importa, aqui, considerar que o legislador está autorizado (i) implícita ou (ii) explicitamente a operar, dentro de limites controláveis, restrição nos direitos fundamentais, tudo para, através de um juízo de *concordância prática*, de *ponderação*, concretizador de um *balancing*, harmonizar os direitos em função da possível emergência de colisão ou de concorrência. Na primeira situação, apresentam-se as restrições aos direitos fundamentais *não expressamente autorizadas pela Constituição*.<sup>55</sup> A segunda constitui hipótese de *restrição expressamente autorizada pela Constituição*. Em ambas, avulta o papel do Poder Legislativo, especialmente no contexto de uma ordem constitucional como a brasileira. É que, entre nós, assumem particular significação os princípios da legalidade e da reserva de lei. Nos termos do art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Apenas, a lei, no direito brasileiro, pode inovar *originariamente* a ordem jurídica, a ponto de criar direitos e obrigações.<sup>56</sup> No Brasil, portanto, mesmo depois do advento da Emenda

<sup>54</sup> “Sobre la base de la interpretación amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cada ley del parlamento termina convirtiéndose en una intervención en el derecho fundamental.” BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 59.

<sup>55</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

<sup>56</sup> “No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora, pois, entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei. Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para criar direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade. O art. 5º, II, da Constituição, deixa claro que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’” CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 280. Em sentido contrário André Rodrigues Cyrino



Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que admitiu um sensível elastecimento do poder normativo do Chefe do Executivo, o regulamento, como ato de eficácia externa, goza, no campo dos direitos fundamentais, de uma função acessória, secundária, apresentando-se como medida destinada a facilitar a execução da lei que o precede (princípio da precedência) e, mais, que o vincula (princípio da preeminência). Não há, aqui, em princípio, lugar para o regulamento autônomo, para a partilha de matérias entre a lei e o regulamento (como ocorre v.g. na França),<sup>57</sup> sequer calhando, exceto a eventualidade da lei delegada, possibilidade de lícita delegação de poder normativo do legislador para a Administração. Não há fundamento, portanto, para os regulamentos delegados (encontráveis em outras ordens jurídicas). A delegação legislativa, em território brasileiro, haverá de atender necessariamente ao especificado no art. 68 da Constituição, sendo certo que qualquer outra iniciativa configura delegação indébita, vedada, inconstitucional, ainda que velada, informal, ou sutil.<sup>58</sup>

A questão fica ainda mais evidente quando se está diante do *princípio da reserva absoluta de lei*. É que, não satisfeito com o princípio da legalidade (*princípio da reserva relativa de lei*) a exigir manifestação do Legislativo (ou, excepcionalmente, nas hipóteses do arts. 62 e 68 da Lei Fundamental, de outro órgão constitucional exercente de função legislativa) em toda providência normativa voltada a inovar originariamente a ordem jurídica, providência que haverá de abordar os pontos essenciais do regime da substância regulada (*teoria da essencialidade*),<sup>59</sup> para o tratamento de certas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o *esgotamento*,

entende que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 32/01, resta inquestionável a presença do regulamento autônomo no Brasil: "Uma mudança radical operou-se no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32 (EC n.º 32/01). Em 11 de setembro de 2001, modificara-se no Brasil, legítima e constitucionalmente, o escopo das 'torres' dogmáticas da separação dos poderes e das relações entre a lei e o regulamento. Não se pode mais discutir se regulamentos autônomos existem ou não em nosso país. Com as alterações da EC n.º 32/01, eles existem sim, e o importante passa a ser a verificação de seus limites e formas de controle." CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n.º 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129.

<sup>57</sup> A propósito, cf. FAVOREU, Louis (dir.). *Le domaine de la loi et du règlement*. 10ª ed., Paris: Economica, 1981; TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi: compétence législative et constitution*. Paris: Economica, 1997.

<sup>58</sup> Neste sentido, cf. CLÈVE, *op.cit.*, e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>59</sup> "Tal como foi desenvolvido pelo Tribunal constitucional alemão - com um sucesso doutrinário e jurisprudencial crescente, apesar das diferentes críticas que lhe são dirigidas -, a teoria da essencialidade, que na origem podia ser interpretada como ampliação da reserva de lei, já que deixava de a limitar só às intervenções restritivas na liberdade e propriedade, constitui, também, uma expressão de retração da anterior tendência expansionista e parlamentar da reserva de lei, uma vez que, de algum modo, pretende redistribuir as imposições, que até então se dirigiam quase exclusivamente à Administração, também na direção do legislador sobre quem recaem, agora, aliviado que fica da regulação exaustiva das questões não essenciais, exigências cada vez mais dogmaticamente elaboradas de densificação normativa e de obrigatoriedade de regulação nos domínios essenciais em que se considera a sua intervenção materialmente justificada." NOVAIS, *op.cit.*, pp. 829, 830.

pelo legislador (muitas vezes sem possibilidade de incursão de outro órgão constitucional capaz de produzir ato normativo com força de lei), de toda a esfera de regulação. Está-se a reportar nesta linha, reafirme-se, à *reserva absoluta de lei*. Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração é ainda mais insignificante, destacando-se, com toda evidência, ademais, a insuscetibilidade do transpasse pelo Congresso Nacional, ainda que velado, de parcial competência normativa a órgão constitucional incumbido da aplicação da lei. Pois, em geral, as *restrições expressamente autorizadas pela Constituição* apontam para um âmbito material tributário de reserva absoluta de lei. É, particularmente, o que ocorre, parece indisputável, com o art. 220, § 4º, da Constituição da República, quando prescreve, de modo eloqüente e cristalino, que a propaganda comercial dos produtos que especifica “*estará sujeita a restrições legais*”. O comando não exige maior esforço hermenêutico. Dai porque (i) a propaganda comercial em geral e, na circunstância dos produtos que indica, define que (ii) a publicidade estará sujeita a restrições, (iii) não, todavia, a quaisquer restrições, mas, sim, e exclusivamente, a *restrições legais*, aquelas dispendo de fronteiras inteiramente desenhadas pela lei.

Não há autorização constitucional, portanto, para a delegação legislativa, para o repasse a órgão distinto da tarefa vinculando o legislador ou, eventualmente, para o compartilhamento, ainda que em virtude de decisão do legislativo, entre o Congresso Nacional e o Executivo, da competência (o princípio da reserva de lei envolve um problema de distribuição de competências) com exclusividade conferida a apenas um dos órgãos constitucionais.

A ilustração da tese ora sustentada pode ser feita com o auxílio de doutrina de invulgar suposição. Carlo Lavagna, por todos, em lição aplicável ao direito brasileiro, risca os campos das reservas absoluta e relativa de lei:

*“La riserva assoluta implica il divieto categorico ed integrale di regolare certe materie con atti diversi dalla leggi ordinária (né a questa equiparti) e di intervenire concretamente in esse con atti che nos siano da quella espressamente previsti, consentiti ou regolati. Si tratta, cioè, di una riserva che non solo inibisce l’azione di fonti diverse, ma che rende impossibile od illecito l’esercizio di qualsiasi altra pubblica attività (in ispecie quella amministrativa), per il combinato disposto com il principio di legalità degli atti amministrativi e giurisdizionali.”*<sup>60</sup>

De outro ângulo: *“La riserva relativa, per contro, non inibisce l’intervento su certe materie di fonti diverse, ma lo condiziona alla emanazione di uma legge che regoli i capisaldi e gli elementi essenziali di ogni istituto”*.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> LAVAGNA, Carlo. *Instituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Torino: Utet, 1993, p. 221.

<sup>61</sup> *Id.*

A distinção é lugar comum na doutrina, inclusive na nossa. Não há motivo, portanto, para mais profundamente desenvolver o tema.<sup>62</sup> Importante é reter a consideração de que, embora sujeita a reserva absoluta de lei, a restrição à propaganda comercial referida no art. 220 da Constituição não pode ser objeto de ação legislativa que culmine na censurável delegação, ao Executivo, de âmbito normativo indelegável.

Não fica, apenas, aí, porém, a ofensa à reserva absoluta de lei. É que o princípio pode ser ferido, também, em função do manejo de fórmulas ainda mais sutis, capazes de interferir de modo discreto, silencioso, na ordem jurídica, tudo com energia suficiente para, como as patologias mortais imperceptíveis ao olhar desaparelhado, corroer a arquitetura constitucional do *Estado com poderes divididos*.<sup>63</sup> É o que se dá quando o Legislativo, obrigado a gizar inteiramente os contornos normativos da matéria sob reserva, o faz através da manipulação de termos absolutamente vagos, imprecisos, ambíguos, despidos propositalmente de carga semântica minimamente precisa, enfim, despossuídos de determinidade normativa. Ora, a técnica denunciada, absolutamente comum nos dias de hoje, é até mesmo aconselhável em recomendados casos, em particular naqueles satisfeitos, diante da opção do Constituinte, com o regime da reserva relativa de lei. Ele implica, claramente, o alargamento da esfera discricionária do Executivo que, singularmente, nas hipóteses de discricionariedade técnica,<sup>64</sup> poderá manifestar-se, seja com fundamento na função de aplicação (administrativa), seja com fundamento na função normativa (secundária), agora robustecida. Não há lugar para ela, entretanto, quando se está a transitar pelas matérias sujeitas a reserva absoluta de lei. Em semelhante circunstância, o expediente, em outra situação operacional e aceitável, implica corrosão do esquema constitucional de distribuição de competências, arranjo este que, como se sabe, sendo pacífica a jurisprudência brasileira, não está à disposição dos Poderes, porque antes os vincula.

<sup>62</sup> A propósito conferir, entre outros, GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; NOVAIS, Jorge Reis, *op.cit.*; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987; TREMEAU, Jérôme, *op.cit.*; VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei*. Porto: APPACDM, 1992; MIRANDA, Jorge. "O regime dos direitos, liberdades e garantias". In *Estudos sobre a constituição*, v. 3, Lisboa: Petrony, 1979, pp. 41-102.

<sup>63</sup> Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. trad. Antonio Cabral de Moncada, 2º ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

<sup>64</sup> Tratando dos regulamentos de editados com fundamento na discricionariedade técnica, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem influxo de rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regulamento e princípio da legalidade*. RDP, São Paulo, n. 96, out/dez. 1990, p. 48.

Não é demais, neste ponto, chamar o auxílio de Jorge Reis Novais, para com ele realçar que é:

"sobretudo nos argumentos democráticos que a dimensão competencial cobra pleno desenvolvimento, assumindo, aí, a reserva de lei parlamentar o papel de protagonista principal. Basicamente, a idéia é que há decisões tão essenciais para a vida da comunidade que devem ser tomadas pela instituição representativa de todos os cidadãos. Entre essas decisões contam-se imediatamente, qualquer que seja a fundamentação apresentada, as decisões que afectam os direitos fundamentais, mormente as suas restrições, entendendo-se que a excepcionalidade da sua ocorrência e a gravidade dos seus efeitos exige a participação decisiva dos representantes dos próprios interessados".<sup>65</sup>

Tudo, considerando, mais, que:

"Com efeito, o processo legislativo parlamentar garante a *função de publicização* da lei (Kisker), com participação das oposições e da opinião pública na discussão das questões politicamente controversas antes da tomada de decisão, com consideração e ponderação, por vezes, reflectida na lei, dos diferentes pontos de vista e interesses sociais em confronto, a que acresce a *função de protecção* (Krebs) que advém da transparência do processo parlamentar quando comparada com a relativa opacidade que antecede as decisões legislativas do Governo".<sup>66</sup>

O princípio da reserva absoluta de lei, portanto, não tolera a delegação, ainda que parcial, sutil, silenciosa, da competência normativa do Congresso Nacional para o Executivo, seja decorrente (i) do alargamento da função normativa subordinada deste, (ii) seja mediante a manipulação de expressões vagas, despidas de carga semântica adequada, tudo de molde a conferir à Administração poder que ela não detém nos termos da arquitetura da divisão de competências condensada na Constituição.

### 3.1 Cláusula de advertência, contrapropaganda e reserva de lei qualificada.

Chama-nos a atenção o contido no § 4º do artigo 220 da Constituição, em especial, o lugar e conteúdo das cláusulas de advertência.

Nos dias que correm, as embalagens vão assumindo uma dimensão comunicacional evidente. E não se trata, a toda evidência, de comunicação neutra, cuidando, antes, nas relações de consumo, de abordagem em tudo análoga à propaganda. Poder-se-ia, eventualmente, sugerir que, disciplinando a Constituição, no art. 220, § 4º, a propaganda comercial e não ostentando, as embalagens, natureza de peça publicitária, o legislador, neste ponto, poderia obrigar a colocação de

<sup>65</sup> NOVAIS, *op.cit.*, p. 833.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 834.

cláusulas de advertência sobre os produtos. A tese teria sentido, especialmente quanto às disposições do Código de Defesa do Consumidor, diante da relativa incerteza a propósito do regime aplicável à informação censurável, se o do art. 31 (que considera, também, a embalagem) ou o da publicidade. Neste caso, a imposição da sanção prevista no art. 60 do Código em questão só se aplicaria à publicidade enganosa ou abusiva, mas não na circunstância de *déficit* ou de inautenticidade das informações referidas no art. 31. Isto porque embalagem e rótulo de produto não substanciariam modo de expressão publicitária. Não é o caso de chegar a tanto. Cumpre formar fileira com aqueles que “reconhecem a possibilidade de identificar-se caráter publicitário em determinadas embalagens e rótulos de produtos, conforme sirvam para a promoção a venda, para a indução do consumidor ao ato de compra. Este, aliás, parece ser o sentido determinante das normas legais e administrativas sobre rotulagem”.<sup>67</sup> Desde este prisma, não seria criticável, antes pelo contrário, a ação do legislador conducente a exigir cláusulas de advertência sobre o consumo do produto não apenas na propaganda, mas já, também, nas embalagens, especialmente considerando que, aqui, o legislador teria agido com fundamento na competência para legislar sobre direito do consumidor e não propriamente com fundamento no art. 220, § 4º, da Lei Fundamental.

O mesmo não se pode afirmar, entretanto, quanto a determinar-se que (i) apontada cláusula seja apresentada de *forma ostensivamente destacada e*, mais, (ii) fazendo-se acompanhar de *imagens e figuras que demonstrem o sentido da mensagem*, implicando, inequivocamente, excesso do legislador no tratamento da matéria.

É certo que os produtos referidos no art. 220, § 4º importam em riscos à saúde dos utentes. É certo, ademais, que a saúde constitui direito fundamental que, dada a sua extremada significação, reclama uma atuação cuidadosa dos Poderes Públicos. Daí o acerto do Constituinte no sentido de permitir que a publicidade dos produtos nocivos à saúde (ou ao meio ambiente) possam sofrer restrição pela ação legislativa, quando voltada, na forma do § 1º, inciso II, *ao estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem* (a idéia do franqueamento dos meios para a auto-defesa e para o auto-governo).

A obrigatoriedade da cláusula de advertência, na propaganda comercial, manifesta-se como fórmula interessante e adequada. Ao discipliná-la, não obstante, o legislador não pode agir com excesso, devendo ponderar com especial cautela os pólos (em tensão) da relação. A liberdade de conformação normativa neste caso, conquanto ampla, não pode transformar cláusula de advertência em fenômeno dotado de natureza diversa. Cláusula de advertência é o que o nome indica e não outra coisa. As palavras, afinal, definem as coisas. Elas, mesmo padecendo de imprecisão,

<sup>67</sup> MARQUES, Cláudia Lima *et. alii*. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003, p. 784.

conformam limite<sup>68</sup> (maior ou menor) para a tarefa do hermenêuta, inclusive do legislador.<sup>69</sup> Então, determinar a presença ostensiva e acompanhamento de imagens ou figuras (sequer previstas pelo Constituinte) significa transmutar a cláusula de advertência em propaganda adversa, é dizer em contrapropaganda.

O legislador, portanto, não só está autorizado, como deve exigir do produtor que, ao vender seu produto, alerte o consumidor, de modo objetivo e transparente, sobre os riscos à saúde derivados de seu uso. Não pode, entretanto, chegar ao ponto de exigir, no sistema constitucional brasileiro, que a indústria e o comércio operem propaganda contra o produto (o que se manifesta em decorrência da magnitude das restrições fixadas pelo legislador).<sup>70</sup> Ora, a contrapropaganda, instituto conhecido no direito brasileiro, assume particular regime em tudo apartado da cláusula de advertência. Tem-se aqui conceitos que não são intercambiáveis, daí o equívoco do legislador.

<sup>68</sup> “El punto de partida de toda interpretación jurídica es la literalidad de la disposición que debe ser interpretada. Las posibilidades que permitan la literalidad delimitan el ámbito dentro del cual tenerse en cuenta los resultados de los demás argumentos interpretativos.” BOROWSKI, *op.cit.*, pp. 102, 103.

<sup>69</sup> “Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisto, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição.” HESSE, *op.cit.*, p. 69. Cf. MULLER, *op.cit.*, pp. 187-193.

<sup>70</sup> Nesse sentido, cumpre trazer, a título de exemplo, o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 3º, da Lei nº 9.294, de 1996, com as inovações introduzidas pela Lei nº 10.167, de 2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001: “Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000.) § 1º Omissis. § 2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001). § 3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001). § 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor. § 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será sequencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses”. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000).”

A contrapropaganda pode ser definida como “a punição impondível ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora de engano ou de abuso cometido em publicidade precedente do mesmo fornecedor”<sup>71</sup> É instituto que, “utilizando-se exatamente da publicidade, retifica as afirmações destituídas de veracidade e publicamente penaliza aqueles que praticam determinado tipo de delito econômico”.<sup>72</sup> Consiste, pois, em espécie de sanção aplicada com finalidade de corrigir os efeitos deletérios da publicidade enganosa ou abusiva, suportada, inclusive economicamente, pelo fornecedor e veiculada de preferência no mesmo veículo, com a mesma intensidade, nos mesmos locais e horários, tudo para bem informar o consumidor acerca da carga negativa da publicidade ilícita anteriormente difundida.<sup>73</sup>

A contrapropaganda, *corrective advertisement*, surgiu nos Estados Unidos há cerca de trinta anos, a partir da atividade da *Federal Trade Commission* (FTC). Informa Paulo Vasconcelos Jacobina que essa entidade federal passou, no início dos anos setenta:

“a combater a publicidade ilícita da seguinte forma: convocava o anunciante faltoso e lhe oferecia duas alternativas – retificar a publicidade anterior, bem esclarecendo ao público em geral sobre as afirmações inverídicas contidas no seu anúncio, ou enfrentar uma ação instaurada pelo órgão federal pela veiculação da mensagem ilícita. A FTC podia, inclusive, influir nos termos e conteúdo da retificação, seu alcance, forma e tempo de duração, e a mensagem era publicada às expensas do anunciante”.<sup>74</sup>

O instituto ingressou no direito brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor, que cuida do tema nos arts. 56, inciso XII e 60. Importa ressaltar, nesta altura, para o propósito deste estudo, que a contrapropaganda supõe (i) situação de

<sup>71</sup> CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1991, p. 133.

<sup>72</sup> DOMINGUES, Douglas Gabriel. “Publicidade e propaganda das marcas e retificação publicitária”. *Revista Forense*, v. 285, 1984, p. 109.

<sup>73</sup> Neste sentido: “a definiríamos [contrapropaganda] como a sanção cautelar, impondível administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente [sic] das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizado, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.” JACOBINA, *op.cit.*, pp. 101, 102.

<sup>74</sup> JACOBINA, *op.cit.*, p. 102. Segundo o mesmo autor, o “leading-case da imposição coercitiva da contrapropaganda, nos EUA, foi o caso Warner-Lambert. Há anos essa companhia anunciava um colutório que atuava nos resfriados e dores de garganta – o Listerine. Os laudos periciais, no entanto, constataram a enganosidade e a FTC decidiu: ‘Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano, claro e contínuo, contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado, com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de por fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam’.” *Id.*

publicidade enganosa ou abusiva, (ii) imposição de ônus ao anunciante, (iii) paralelismo da forma de veiculação (forma, frequência, dimensão, veículo, hora, local, etc.), (iv) cumulatividade (a sanção administrativa não exclui outras, de natureza judicial, civil ou penal) e, finalmente, (v) imposição mediante processo administrativo, observada a cláusula do *due process of law*.<sup>75</sup>

Aliás, inversão suprema, o regime da contrapropaganda, porque associado ao conceito de administração sancionatória, com os rígidos limites que ela carrega, acaba sendo mais generoso que a apresentação da cláusula de forma ostensivamente destacada, fazendo-se acompanhar de imagens e figuras que demonstrem o sentido da mensagem. A ofensa à Lei Fundamental, em conseqüência, decorre da agressão ao princípio do devido processo legal, não apenas em sua face formal, mas também, em sua dimensão substantiva (razoabilidade, proporcionalidade, racionalidade, etc.).<sup>76</sup> Sim, porque, nessa situação, a carga coativa imposta ao titular da liberdade de comunicação é excessiva, desnecessária, importando em onerosidade desmedida. E qual é a finalidade da cláusula de advertência? Impedir a escolha do cidadão-consumidor ou proporcionar-lhe as condições (*meios de defesa*) para bem decidir?

No caso dos produtos mencionados no § 4º do artigo 220 da Constituição, além da reserva absoluta de lei, está configurada, igualmente, situação de *reserva de lei qualificada*. É que a restrição haverá de operar-se, reafirme-se, *com a finalidade de* (art. 220, inciso II, da Constituição) “*estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*”. O especificado no art. 220, inciso II, irradia efeitos também sobre o contido no art. 220, § 4º, da Constituição. Daí a razão pela qual não pode chegar ao ponto de, através de ostensiva contrapropaganda, impedir o consumidor de exercitar juízo (a propósito do consumo) capaz de levar em conta as específicas dimensões (positivas e negativas) da escolha (v.g., as decorrentes da tensão prazer/preservação da saúde). A defesa, exceto quanto às pessoas vulneráveis, não é (nem pode ser) operada pelo Estado, mas pelo cidadão, em função dos meios (informação) colocados à sua disposição.

O desvio da finalidade, o excesso, a falta de simetria entre o meio e o fim, a desmedida, isto tudo importa em manifestação de inconstitucionalidade, decorrência natural do regime da reserva de lei qualificada.<sup>77</sup> Nesta circunstância,

<sup>75</sup> Cf. JACOBINA, *op.cit.*, pp. 103, 104.

<sup>76</sup> Por todos, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

<sup>77</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo, Celso Bastos editor, 1998, p. 34; e STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 35.



como se sabe, a autorização de restrição exige o atendimento de certos pressupostos ou a prossecução de determinados fins ou objetivos. É o que ensina Juan Carlos Gavara de Cara, segundo o qual, "... se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y numerados".<sup>78/79</sup>

Se é certo, portanto, que a *liberdade de conformação legislativa*, não se confundindo com a mera tarefa de *aplicação* da Constituição, é ampla,<sup>80</sup> não é menos certo que o legislador não desenvolve sua função normativa de modo absolutamente livre. Há parâmetros constitucionais, maiores ou menores, conforme o âmbito de intervenção, a orientar a atividade. Na situação vertente, haveria o legislador, ao impor restrições à liberdade de expressão vinculada à atividade comercial, de operar, necessariamente, (i) por meio de lei (*principio da reserva de lei*) que cobrisse, ademais, (ii) toda a esfera de regulação da matéria (*principio da reserva absoluta de lei*), com o especial fim de (iii) estabelecer meios para que o consumidor possa se defender dos efeitos da propaganda (*principio da reserva qualificada de lei*) - *pressupostos formais da manifestação normativa* -, isso tudo (iv) solucionando, no plano abstrato, conflito entre o direito comprimido e o direito fundamental à proteção da saúde - *pressuposto material da intervenção*.

<sup>78</sup> 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, p. 146.

<sup>79</sup> A propósito, conferir lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, com apoio na doutrina de Pasquale Lillo: "Na doutrina italiana fala-se em reserva absoluta e reserva reforçada. No primeiro caso 'o legislador ordinário tem (obrigatoriamente) competência plena e exclusiva na matéria', e a Constituição não restringe sua 'relativa discricionariedade substancial'. No caso da reserva reforçada, 'a intervenção do legislador deve ser especificamente e unicamente direcionada à busca dos escopos e objetivos exatamente indicados na Constituição'." PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, v. II, Tese, UFRJ, 2004, p. 185.

<sup>80</sup> " No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de 'cláusulas gerais', o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de 'ponderação', de 'avaliação' e de 'escolha' implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de 'execução' ou 'aplicação' de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva deveria ser uma 'política constitucional', mas não se reconduziria à realização de normas constitucionais. Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 198, p. 218.

#### 4 Controle de Restrição Desproporcional de Direito Fundamental

O controle das leis restritivas, desde um ponto de vista substancial, desafia as técnicas oferecidas pela moderna teoria constitucional, pós-positivista,<sup>81</sup> pós-convencional,<sup>82</sup> principialista,<sup>83</sup> tributária da concordância prática<sup>84</sup> e/ou da ponderação,<sup>85</sup> enfim, que se inscreve no sítio que tem sido chamado de neoconstitucionalismo.<sup>86</sup> A observação não traduz nenhuma novidade. As novas técnicas, com maior ou menor intensidade, sem que isso importe em marginalização dos úteis e tradicionais esquemas metódicos incorporados à razão jurídica ocidental (derivados da subsunção), - as normas constitucionais, afinal, apresentam-se como *regras e princípios* - têm sido manejadas com crescente intensidade pela jurisdição constitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo, de longe ou de perto, os passos do Tribunal Constitucional alemão ou da Suprema Corte americana.

A metodologia da ponderação de bens (*balancing*), ainda antes de sua disseminação na Europa, a partir dos anos cinquenta, foi alvo de controvérsia nos Estados Unidos. Do debate entre os defensores do (i) *approach* absolutista (caso dos Juízes Black e Douglas) e os (ii) defensores do *balancing* (em especial a partir dos argumentos dos *Justices* Frankfurter e Harlan) vai se delineando, com avanços e recuos, a jurisprudência da Suprema Corte que, afinal, a partir de uma orientação pragmática e eclética vai agregar as vantagens e neutralizar os inconvenientes das duas posições (formalismo exagerado, falta de plasticidade, compreensão da Constituição como conjunto de regras, na circunstância do *approach* absolutista; risco de subjetivismo, no caso dos *balancers*).

É neste horizonte que avulta a importância da (iii) *categorização* (cujo manejo permite a inclusão ou exclusão de determinadas condutas no específico âmbito de proteção do direito), derivada de uma espécie de temperamento das posições absolutistas, da metodologia do (iv) *definitional balancing* (ensaio de operação de síntese entre *categorização* e *balancing*) e, mesmo, do (v) *ad hoc balancing*

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In \_\_\_\_\_ (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-48.

<sup>82</sup> Cf. GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>83</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999; ALEXU, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

<sup>84</sup> Cf. HESSE, *op.cit.*; MÜLLER, *op.cit.*

<sup>85</sup> Cf. mais uma vez ALEXU, *op.cit.*. No Brasil, entre outros, conferir ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4a ed., São Paulo: Malheiros, 2004; BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos...*; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>86</sup> Cf., entre outros, FERRAJOLI, Luigi in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

(ponderação levada a termo caso a caso, decorrente da apreciação da circunstância concreta). O *definitional balancing* orienta-se no sentido de produzir uma ponderação que seja aplicável a toda uma categoria de casos, prescindindo-se, daí em diante, de ponderação ulterior em feito concreto, podendo tal caso, portanto, ser solucionado com a aplicação da regra antes construída mediante processo subsuntivo.<sup>87</sup>

Como lembram Tribe<sup>88</sup> e Aleinikoff<sup>89</sup> a Suprema Corte lança mão das várias metodologias, variando em função do específico direito em questão ou do interesse do Poder Público em causa. Jorge Reis Novais, por seu turno, argumenta com inteira procedência, que essa atitude “permitiu que uma jurisprudência constitucional continuamente filtrada e influenciada pelo crivo reflexivo de uma elaboração doutrinária intensa pudesse ir cristalizando, não uma qualquer teoria unilateral, abrangente e fechada, dos limites aos direitos fundamentais, mas antes modos de controlo suficientemente estabilizados para garantir a previsibilidade de conseqüências dos comportamentos individuais e uma sólida garantia das liberdades comunicativas ...”<sup>90</sup>

A jurisprudência constitucional americana, na atividade de controle das restrições, recorre, como na Europa, a pautas derivadas das exigências do *rule of law* ou do princípio da proibição do excesso, procurando, todavia, “sistematizar e tipificar esse controlo através dos chamados *tests* ou *standards* de escrutínio da regulação estatal, de exigência ou rigor diferenciados em função da natureza dos direitos fundamentais afectados, do tipo de restrição em causa e da intensidade dos efeitos restritivos por ela produzidos”<sup>91</sup>

Quanto à proteção constitucional da propaganda comercial, o universo das restrições aceitáveis não era suficientemente claro até o julgamento do caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n* (447 U.S. 557, 100 (1980)), verdadeiro *leading case* no qual foram traçadas as etapas de avaliação (*test*) de uma lei que pretenda comprimir o *commercial speech*. Os passos, que mereceram, mais tarde, a adesão dos *Justices* que foram vencidos na votação originária,<sup>92</sup> importam para o juiz: (i) verificar

<sup>87</sup> É verdade, porém, que a distinção acaba assumindo pálida significação diante do *stare decisis*, princípio do direito americano vinculante dos precedentes judiciais.

<sup>88</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2<sup>o</sup> ed., New York: Foundation Press, 1988, pp. 789 e ss.

<sup>89</sup> ALEINIKOFF, T. A. *Constitutional Law in the age of balancing*. In *Yale L. J.*, 96, 1987, p. 1002.

<sup>90</sup> NOVAIS, *op.cit.*, 677.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 920.

<sup>92</sup> Uma parte dos *Justices* reivindica proteção integral ao *commercial speech* sob o manto da 1<sup>a</sup> Emenda pela aplicação do *strict scrutiny* na avaliação de legislação restritiva sobre a matéria, não entendendo que deveria ser aplicável o roteiro do *Central Hudson case*. Mas a posição majoritária da Corte ainda é pela aplicação dos passos ali estabelecidos, como relatam GUNTHER e SULLIVAN: “A number of justices have advocate full strict scrutiny for at least some regulations of commercial speech: Justices Brennan, Marshall, Blackmun and Stevens did so in pre-Liquormart concurrences or dissents, and Justices Stevens, Kennedy, Ginsburg and Thomas did so in Liquormart. But never have five of them sat on the Court at the same time or on the same case. Thus, while the plurality in Liquormart questions the wisdom of Central Hudson test, a majority (those joining Justice O’Connor’s concurrence plus Justice Scalia, concurring in the result) declines to alter or abandon it. Thus, even after Liquormart, Central Hudson remains the governing test for reviewing commercial speech regulations.” (GUNTHER; SULLIVAN, *op.cit.*, p. 1202).

se a expressão restringida é protegida pela Primeira Emenda (atividade de *categorização*). Não estão incluídos no âmbito de proteção da Primeira Emenda os discursos comerciais (i.1) relativo a atividade ilícita ou (i.2) enganoso); (ii) examinar se o interesse do Poder Público na restrição é *substancial*, implicando significação suficiente para a compressão; (iii) determinar se a restrição satisfaz a finalidade (adequação do meio ao fim); (iv) averiguar se a restrição é razoável, proporcional, se não é mais ampla do que o necessário para atingir a finalidade (*balancing*).<sup>93</sup>

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional evoluiu, constituindo marco desta evolução a decisão prolatada no caso *Lüth*, para a compreensão, em especial, do (i) caráter vinculante dos direitos fundamentais (afastada a concepção experimentada no contexto da República de Weimer) e (ii) da ordem constitucional enquanto ordem objetiva de valores. Ora, numa ordem constitucional entendida como "ordem de valores geram-se inevitavelmente situações de tensão ou conflito não previamente decididos e que os poderes constituídos não podem resolver senão com recurso a procedimentos de ponderação ...".<sup>94</sup> A partir, portanto, do final dos anos cinquenta (casos *Lüth* e *Apotheken* de 1958), o Tribunal Constitucional vem elevando a metodologia da ponderação de bens, quase sempre com o tratamento simultâneo do princípio da proporcionalidade, à condição de chave indispensável para a iluminação do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

O processo que sugeriu a mudança de paradigma no direito constitucional alemão vem se manifestando também, guardadas as respectivas especificidades, nos países que admitem a jurisdição constitucional, em particular os europeus e latino-americanos. A ponderação, portanto, passa a traduzir, ainda quando associada a outras técnicas, metodologia indispensável para a solução de conflitos entre direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e outros bens constitucionais. Aqui avulta o princípio da proporcionalidade,<sup>95</sup> peça integrante do "limite dos limites",<sup>96</sup> como mecanismo necessário para o rigoroso controle da atividade de harmonização conduzida pelo operador jurídico.

<sup>93</sup> "At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest."

<sup>94</sup> NOVAIS, *op.cit.*, p. 679.

<sup>95</sup> Não é o caso aqui de entrar na discussão sobre a natureza do princípio da proporcionalidade, se é um princípio, uma regra, uma máxima ou um postulado. Sobre o tema, conferir a obra citada de Humberto Ávila.

<sup>96</sup> "A expressão limite dos limites, que se difundiu na dogmática germânica sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, visa a designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais. Tal locução originou-se de uma conhecida conferência sobre os limites dos direitos fundamentais proferida por Karl Betterman, na

O Supremo Tribunal Federal não desacolhe as mudanças que vêm, há certo tempo, reconfigurando o discurso constitucional.<sup>97</sup> Por isso a ponderação, a compreensão da Constituição como ordem normativa comportando regras e princípios e o princípio da proporcionalidade como meio de testar a racionalidade das restrições estabelecidas pelo legislador não implicam *démarches* estrangeiras ao universo argumentativo presente nas decisões da Excelsa Corte.

Antes da promulgação da vigente Lei Fundamental, as decisões proferidas no RE nº 18.331, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato, onde ficou assentado que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de

sociedade jurídica de Berlim, em 1964. Segundo Betterman, as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos fundamentais. Consoante seu pensamento, as condições mais importantes estabelecidas na Lei Fundamental são a garantia do conteúdo essencial (art. 19,2) e a dignidade humana (art. 1,1), sendo também relevante o imperativo de que todas as limitações aos direitos fundamentais devem objetivar a promoção do bem comum. Embora não haja consenso sobre quais são os limites dos limites dos direitos fundamentais, esta expressão é largamente empregada na doutrina europeia para designar as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais. No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como limites do limite o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido. Uma discussão importante sobre esse tópico diz respeito a saber se os limites dos limites são institutos autônomos e dissociáveis dos direitos fundamentais, vale dizer, se estes são barreiras adicionais à atividade legislativa que, paralelamente aos direitos fundamentais demarcam o campo de liberdade política do legislador, ou se, diversamente, são pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos. Desde a perspectiva adotada neste estudo, os limites dos limites dos direitos fundamentais não podem ser entendidos de forma desligada destes, porquanto não podem operar, isoladamente, como obstáculos à atuação legislativa. Com efeito, as regras que limitam a atividade restritiva dos direitos fundamentais – como, v. g., os princípios da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial – carecem de sentido normativo autônomo, devendo ser entendidas como pautas complementares e acessórias, destinadas a assegurar a supremacia dos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de instrumentos normativo-metódicos de aplicação dos direitos fundamentais, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, v. II, Tese, UFRJ, 2004, pp. 266, 267.

<sup>97</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998. pp. 67-83; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; pp. 89-93; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 157-200; SARMENTO, *op.cit.*, pp. 171-193; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento*. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. *Inconstitucionalidade*. RT, v. 736, 1997, pp. 521-526.

destruir”, e na Representação nº 930, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin, tratando das condições de capacidade para o exercício das profissões, constituem importantes precedentes tratando do princípio da proporcionalidade. Também na Representação nº 1.077 (RTJ 112:34) e na Representação nº 1054 (RTJ 110:937 e ss.) o princípio, ainda que de modo menos completo, foi manipulado. Nos apontados casos, porém, sem expressa referência, o que veio a acontecer, pela primeira vez, já sob a égide da nova ordem constitucional, na ADIn nº 855-2, onde se discutia a propósito da lei paranaense que determinara a obrigação de pesagem de botijões de gás à vista do consumidor por ocasião da venda, com pagamento imediato da eventual diferença a menor. Na decisão, verdadeiro *leading case*, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, ainda que em sede de providência cautelar, manifestar-se hipótese de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. Decisões dotadas de sentido semelhante são encontradas na ADIn nº 1.158, onde era impugnada disposição constitucional do Amazonas que concedera vantagem pecuniária a ser paga nas férias dos servidores inativos (sic), nas ADIn nº 966-4 e nº 958-3, aforadas contra disposições constantes da Lei. nº 8.713, de 1993, criando embaraços aos partidos políticos para o lançamento de candidaturas aos cargos majoritários e, finalmente, na ADIn nº 2.019-MC, proposta contra normativa do Estado do Mato Grosso do Sul que instituíra programa de pensão de um salário mínimo para crianças geradas a partir de estupro. Aqui, a Excelsa Corte argumentou no sentido de inoportunidade na concessão do benefício, eis que não se tratava de medida vinculada ao estado de necessidade dos beneficiários, mas que levava em conta, apenas, a forma com que foram gerados.

O manejo da técnica da ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado, ainda, no HC nº 71.374-4, que discutiu a possibilidade da condução coercitiva do paciente para colheita de material indispensável ao exame de DNA em ação de investigação de paternidade ou no MS 23.466, no qual, em importante decisão, o Ministro Sepúlveda Pertence, tratando de quebra de sigilo bancário, alinhava sua manifestação com apoio na metodologia (ponderação) considerada à luz do princípio da proporcionalidade. É evidente que os casos reportados não traduzem todo o universo decisório da Excelsa Corte vinculado aos recursos oferecidos pelo neoconstitucionalismo. Trata-se, afinal, nesta oportunidade, apenas de demonstrar que a ponderação apresenta-se já como solução metódica incorporada ao cotidiano da atividade jurisdicional da Suprema Corte brasileira.

Convém nesta oportunidade salientar que, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para apartar conceitualmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Derivando de matrizes teóricas e experiências diversas (o primeiro do direito europeu, o segundo da experiência americana), precipitando-se, mesmo entre nós, com fundamentos

distintos<sup>98</sup> (o primeiro deriva do art. 1º, *caput*, da Constituição, que trata do princípio do Estado de Direito, enquanto o segundo encontra seu fundamento no art. 5º, inciso LIV, da Lei Fundamental, é dizer do princípio do devido processo legal no sentido substantivo) e, no limite, cobrindo âmbitos territoriais marginais particulares, a verdade é que, têm sido utilizados, indistintamente, enquanto categorias intercambiáveis, pela Excelsa Corte, para dar conta de um idêntico campo conceitual, razão pela qual, não desconhecendo as respectivas especificidades e, mais, as eventuais vantagens, principalmente do ponto de vista teórico (mas também operacional), da apartação, não se manifesta, aqui, razão suficiente para procedê-la.<sup>99</sup>

Poder-se-ia, desde logo, identificando o juízo de proporcionalidade, num sentido largo, com a concordância prática, meio de harmonização entre direitos ou bens contrapostos sugerido pelas doutrinas de Konrad Hesse e Friedrich Müller,<sup>100</sup> sustentar que a inconstitucionalidade da restrição de propaganda comercial que configure verdadeira proibição é manifesta. Com efeito, o princípio da concordância prática, implicando coordenação entre bens constitucionalmente protegidos nas hipóteses de tensão, também

<sup>98</sup> “Ao que parece, as doutrinas e jurisprudências constitucionais, de um modo geral, admitem a hipótese de várias bases normativo-constitucionais, mesmo que confiram maior peso a uma do que a outras. Assim, a título de exemplo, na Alemanha, a preferência recai sobre o Estado de Direito; no Brasil, tendencialmente, sobre o *due process of law*. O caso brasileiro é bastante ilustrativo da pluralidade de fundamentos normativos. Bonavides concebe o princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito implícito com fundamento normativo-constitucional no Estado de Direito, mas também identifica expressões nítidas e especiais de proporcionalidade em inúmeras disposições normativas da CRFB/88, tais como: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, § 3º; art. 37, IX; art. 40, V; art. 84, parágrafo único e vários outros e, por fim, no artigo 5º, § 2º. Guerra Filho, um dos juristas brasileiros que mais atenção têm dado em suas reflexões ao princípio da proporcionalidade, fundamenta-o de várias formas: (a) a postulação do princípio da proporcionalidade é uma exigência lógica e axiológica, para que se respeitem os princípios na hipótese de colisão; (b) o princípio da proporcionalidade é densificação do princípio fundamental geral da dignidade humana; (c) é princípio dos princípios, ‘verdadeiro principium ordenador do direito’, ‘máxima expressão da norma fundamental (Grundnorm)’ de inspiração kelseniana; (d) é princípio que se reconhece com fundamento na disposição normativa do § 2º do art. 5º, da CRFB/88; e, por fim, (e) é princípio que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.” STEINMETZ, *op.cit.*, p. 167.

<sup>99</sup> Entre os autores que adotam a identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cita-se Luís Roberto Barroso. *op.cit.*, pp. 154-157. Para Willis Santiago Guerra Filho. *Processo constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 66, 67, nota 60, Humberto Ávila, *op.cit.*, pp. 102-127 e Gustavo Ferreira Santos. *op. cit.*, pp. 127-130 não há fungibilidade entre os princípios.

<sup>100</sup> “Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro.” HESSE, Konrad. “La interpretación constitucional”. In *Escritos de derecho constitucional*. trad. Pedro Cruz Villalon, 2º ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45. Cf. também MÜLLER, *op.cit.*, pp. 285-287.

envolve ponderação. A concordância prática, porém, não admite nenhum sacrifício aos direitos em conflito. É que os direitos, apresentando valor igual, desafiariam igual satisfação. O intérprete, em semelhante contexto, haveria de resolver a tensão buscando uma otimização igualitária ou um saldo nulo de sacrifício. Não é o que ocorre com o banimento da propaganda dos produtos dispostos no § 4º do artigo 220 da constituição. A tensão entre os direitos à comunicação (além dos demais a ele associados), de um lado, e o direito à (proteção da) saúde, de outro, foi resolvida não mediante um ensaio de harmonização (*cedência recíproca*, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos),<sup>101</sup> mas já através do indiscutível sacrifício de um dos pólos. Ora, o sacrifício, cumpre nesta quadra insistir, não teria sido autorizado em nenhum momento pelo Constituinte, que se reporta à tarefa do legislador como vinculada à específica finalidade de oferecer ao consumidor meios de defesa contra a propaganda de produtos nocivos à saúde (e ao meio ambiente). A idéia aponta para a necessidade de compatibilização, harmonização, conciliação; jamais, todavia, de sacrifício, ablação, amputação, exceto quando incidente, de modo equivalente, sobre ambos os pólos.

O princípio da proporcionalidade, não obstante, a não ser quando indicado de forma amplíssima, não se identifica com o da concordância prática. Há distinções abraçando (i) o universo de situações sobre as quais incidem e (ii) o tipo de otimização que perseguem. Enquanto a concordância prática cuida de situações de tensão exigentes de harmonização ou de sacrifícios simétricos e recíprocos, o princípio da proporcionalidade aceita que um direito possa, eventualmente, ser mais sacrificado do que outro, “desde que haja proporcionalidade na ação que busca resguardar um direito, entre o direito protegido e o atingido.”<sup>102</sup> De outro modo, tomando a proporcionalidade como máxima (e não como postulado normativo de aplicação na linha de Ávila),<sup>103</sup> compreendido, na esteira do pensamento de Alexy, também como *mandamento de otimização dependente de possibilidades fáticas e jurídicas*,<sup>104</sup> irrompe nova apartação, eis que o princípio da concordância prática nada diz quanto à esfera de consideração fática, agasalhando, apenas, mandamento de harmonização de interesses contrapostos desde um ponto de vista das possibilidades jurídicas.<sup>105</sup> Na circunstância, portanto, de residir no art. 220, § 4º, da Constituição autorização para o legislador operar de modo mais intenso (*restrição*) que o consistente na mera *harmonização* dos direitos em disputa, é o princípio da proporcionalidade que haverá de ser provocado para o controle da constitucionalidade e não o princípio da concordância prática.

<sup>101</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62.

<sup>102</sup> SANTOS, *op.cit.*, p. 133.

<sup>103</sup> Ávila entende a proporcionalidade como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”. *Op.cit.*, p. 113.

<sup>104</sup> ALEXY, *op.cit.*, p. 112.

<sup>105</sup> “O princípio da proporcionalidade trata das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que o princípio da concordância prática apenas cuida de possibilidades jurídicas, ou seja, das relações entre regras jurídicas igualmente válidas e da solução de seus conflitos.” SANTOS, *op.cit.*, p. 133.



Na espécie, conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, a linha de argumentação do Supremo Tribunal Federal, ao testar a legitimidade de eventual medida restritiva, “há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang*), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)*”.<sup>106</sup> Com efeito:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da *reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”.<sup>107</sup>

Em semelhantes termos, a medida restritiva, considerando (i) a unidade hierárquico-normativa da Constituição que implica a incoerência de posições de vantagem *prima facie* de determinados direitos diante de outros, (ii) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão e, por conseqüência, (iii) a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso (Alexy)<sup>108</sup> deve, sob pena de invalidade, ser *adequada* (apropriada), *necessária* (exigível) e *proporcional* (justa medida). Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

“O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e conforme os fins justificativos de sua adopção”. [...] “O princípio da exigibilidade, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’ coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.” [...] “Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”<sup>109</sup>

<sup>106</sup> MENDES, *op.cit.*, p. 39.

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> “... la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de todo-o-nada, sino de una tarea de optimización.” ALEXY, *op.cit.*, p. 166.

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270. Ainda sobre a estrutura de aplicação do princípio da proporcionalidade conferir: CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. “Algu-

Sintetizando, diante da orientação que se firma no Pretório Excelso, o escrutínio, ou teste, a ser realizado, para a aferição da constitucionalidade da lei restritiva, ao lado da carga argumentativa adequada, envolve o transitar por três níveis de análise: (i) adequação (idoneidade), (ii) necessidade (exigibilidade) e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Será constitucional a providência restritiva<sup>110</sup> (i) apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (ii) adotada pelo legislador diante da impossibilidade de lançar mão de solução igualmente eficaz, todavia menos gravosa; (iii) quando o benefício alcançado com a restrição a um interesse compensa (*justa medida*) o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

O fim imediato, porém, nos termos da Constituição, não pode ser outro senão oferecer *os meios* para a *defesa* do consumidor contra os efeitos da publicidade de produtos nocivos à saúde. Assim considerando, é evidente que uma restrição que importe em ablação não satisfaz a requisito de adequação ao objetivo da tarefa legislativa (conexão material entre meio e fim) conforme determinado pelo Constituinte.

A providência restritiva, como se sabe, dentre outras dotadas de semelhante eficácia, deve ser necessária e exigível, ostentando a menor carga coativa, identificando-se com aquela menos onerosa para o direito fundamental comprimido. Trata-se, aqui, portanto, de manifestação do princípio da menor ingerência possível. Ou, na linguagem de Gavara de Cara, "*una medida es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular*".<sup>111</sup>

Verifica-se, neste degrau do teste da proporcionalidade, (i) se a restrição atendeu ao conceito de ingerência ou intervenção mínimas no exercício do direito fundamental, (ii) ocorrente hipótese de medida alternativa menos gravosa (princípio da desconfiança), (iii) em virtude de um paralelo que leve em conta prejudicialidade e eficácia das alternativas em cotejo e, (iv) tudo isso em função de um juízo dotado de conteúdo empírico.<sup>112</sup>

mas notas sobre colisão de direitos fundamentais". In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 238-240; STEINMETZ, *op.cit.*, pp. 149-155; ALEXY, *op.cit.*, p. 111-115; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 687-798.

<sup>110</sup> Cf. SARMENTO, *op.cit.*, p. 96.

<sup>111</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1994, p. 305.

<sup>112</sup> Neste sentido conferir SEINMETZ, *op.cit.*, p. 151, com apoio em GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 189 e ss.

Finalmente, a medida de proscricção da propaganda comercial nos meios de comunicação de massa não suporta, também, o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, como antes sugerido, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.<sup>113</sup> O que significa dizer que os meios manejados devem manter uma equação razoável com o fim almejado. Alexy, a propósito, formula feliz síntese (*lei da ponderação*): “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.<sup>114</sup>

O que se vê, não obstante, na situação de proibição de propaganda de certos produtos (lícitos) é a supressão de um direito fundamental sem a correspondente satisfação, em igual proporção, do outro (proteção da saúde) situado na fronteira oposta da colisão. Pesadas as desvantagens dos meios (que são eloqüentes) e as vantagens dos fins (que são pouco evidentes), percebe-se uma relação desmedida, desequilibrada, desproporcional, contaminada pelo excesso e pelo *déficit* de razoabilidade, não justificável à luz da razão prática (irracionalidade) e, por isso mesmo, agressiva, injusta, distanciada do cumprimento do princípio da reserva de lei proporcional, revelando, em síntese, quanto à lei compressiva, a precipitação de inconstitucionalidade também por este fundamento. Não se preservou sequer o *núcleo essencial do direito* sobre o qual incidiu a restrição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não repele a idéia segundo a qual os direitos ou princípios apresentam, como exigentes de especial cuidado, um *núcleo* ou *conteúdo essencial*. Calha, à altura, citar o voto do Ministro Moreira Alves, prolatado ainda antes da promulgação da nova Constituição, onde aparece o conceito.<sup>115</sup>

Sob a égide da Constituição de 1988, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI – 2024/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence), outra vez a construção conceitual irrompe. É bem de ver que, em ambas as situações, tratava-se, para a Excelsa Corte, de desenhar as fronteiras das cláusulas pétreas, as indicadas como intangíveis mesmo em virtude da manifestação do poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, da Constituição). Nesta ocasião, orientava-se a Corte no sentido de que “as limitações materiais ao poder de reforma constitucional não significam uma intangibilidade literal, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação é assegurada pelas ‘cláusulas pétreas’”.<sup>116</sup> Não envolviam, portanto, o problema dos limites às restrições a direitos fundamentais (introduzidas

<sup>113</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional ...*, p. 270.

<sup>114</sup> ALEXY, *op.cit.*, p. 161.

<sup>115</sup> *In Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 99, 1980, pp. 1040, 1041.

<sup>116</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 401.

pela obra legislativa). Além, disso, outros casos, eventualmente, poderiam ser levantados. Não obstante, a incursão não é impertinente quando demonstra que a idéia de núcleo essencial não constitui nenhuma novidade para o Supremo Tribunal Federal.

A concepção segundo a qual os direitos fundamentais apresentam um *núcleo último identitário*, um *conteúdo essencial*, portanto, risca as fronteiras da liberdade de conformação do legislador na circunstância de manifestação de restrição. A idéia central da proposta não exige maior grau de elaboração, constituindo já senso comum teórico no sítio da dogmática dos direitos fundamentais. Polêmica, entretanto, nasce, na doutrina e na jurisprudência, quando se trata de considerar o (i) *objeto da proteção* e (ii) o *valor da proteção*.<sup>117</sup>

A primeira polêmica é definida a partir da afirmação da natureza *subjetiva* ou *objetiva* da proteção, disputando as teorias (subjetivas e objetivas) quanto à natureza da salvaguarda, implicando, de um lado, proteção das dimensões subjetivas do direito protegido, e de outro, imunização do direito protegido exclusivamente em sua dimensão objetiva. A segunda polêmica identifica-se com o confronto entre as *teorias absolutas* e as *relativas*. As primeiras consideram o núcleo essencial como uma dimensão material irrestringível, abstrata e ontologicamente definida. As *teorias relativas* traduzem o núcleo essencial como o resultado de um bem elaborado processo de ponderação de bens. O conteúdo essencial, diante desta singular concepção, constitui o direito tal como ele se apresenta após o processo de ponderação (restrição limitada ao justo e necessário).

Não é o caso, aqui, de tomar partido por uma das teorias. Isto por dois motivos. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal, até onde se sabe, não teve, ainda, oportunidade de assentar seu entendimento quanto à matéria, muito embora, nos julgados acima referidos, possa ser encontrada frágil sinalização no sentido da aceitação, quanto *ao valor da proteção*, da teoria absoluta. Depois, porque nenhuma das teorias isoladamente dá conta da complexidade dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de lançar mão de uma consistente argumentação que leve em conta, até onde isso seja possível, as advertências das teorias em disputa (subjetivas e objetivas, relativas e absolutas).

Não há núcleo essencial que resista à radical ablação da liberdade de comunicação, à abolição da publicidade nos meios de comunicação de massa, que possa, enfim, sobreviver à censura. Qualquer das teorias, no presente caso, seria suficiente para demonstrar a vulneração da cláusula imunizatória do conteúdo essencial e o desconhecimento da salvaguarda da essencialidade do direito restringido.

<sup>117</sup> Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional ...*, pp. 458, 459.

### Conclusões

A Constituição de 1988 inaugura um Estado Democrático de Direito, uma ordem jurídica que, não obstante, erigida a partir do princípio geral da liberdade, soluciona de maneira adequada as tensões inevitáveis com o princípio democrático. A autonomia privada (direitos fundamentais) e a autonomia pública (democracia), portanto, apresentam-se em arranjo arquitetônico delicado, complexo, mas satisfatório, autorizando, a um tempo, o aprofundamento da experiência democrática e a garantia dos direitos fundamentais.

O Poder Público não pode substituir-se ao ser humano, sujeito (histórico), cidadão e consumidor, quanto às escolhas. Ao contrário, cumpre ao Estado, aí sim, oferecer as condições indispensáveis para que o ser humano impulse o seu poder decisório. A função primordial do Estado, neste ângulo de abordagem, é formular e conduzir as políticas adequadas para o governo autônomo dos sujeitos. O despir-se de autonomia, a invocação da tutela, significa a vulneração do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição, de modo eloqüente, recusa a censura. Toma-a como incompatível com a liberdade de expressão e, portanto, com a sociedade contemporânea do pluralismo das idéias. A censura, nesta circunstância, não pode ser compreendida, apenas, como o tipo de controle do pensamento exercitado na circunstância do governo autocrático. Mais do que isso, a censura, na experiência democrática, sobrevive de modo mais discreto, sutil, dinamizada sempre com o fito de promover fins, em tese, aceitáveis. Daí a necessidade do cuidado permanente. O proscrever determinado tipo de comunicação, o banimento de específica fórmula expressional, mesmo a pretexto de operar restrição constitucionalmente admitida, implica excesso equivalente à censura.

Na sociedade tecnológica, na era da informação e do conhecimento, a publicidade pressupõe residência no espaço público. Afinal, o espaço público é pressuposto conceitual da propaganda comercial. Não há publicidade senão quando nele operada e, em particular, no contexto dos meios de comunicação de massa.

A liberdade de conformação do legislador é ampla, não se confundindo com a mera função de aplicação da Constituição. No universo dos direitos fundamentais a tarefa do legislador é dupla. Ele deve (i) atuar de acordo com os direitos fundamentais (*a lei nos termos dos direitos fundamentais*), que não estão à sua disposição (*daí o afastamento da idéia de direitos fundamentais nos termos da lei*), e (ii), de outro ângulo, deve desempenhar a função normativa com o sentido de solucionar conflitos envolvendo disputa de direitos fundamentais entre si ou com outros bens e princípios constitucionais. Aqui se apresenta o assim chamado *paradoxo dos direitos fundamentais*. O legislador subordinado aos direitos fundamentais exerce importante papel dirigido a dotar de eficácia ótima os mesmos direitos fundamentais.

As restrições a direitos fundamentais exigem, no constitucionalismo contemporâneo, o manejo de renovadas técnicas, em especial o acesso à metodologia da ponderação de bens, presente, não obstante as especificidades, na jurisprudência constitucional, seja da Suprema Corte americana, seja do Tribunal Constitucional alemão, seja, ainda, do Supremo Tribunal Federal.

Avulta, em semelhante seara, a problemática do *limite dos limites*, a exigir que a ponderação se faça de modo racional, justificável, observando determinados pressupostos. O (i) *princípio da reserva de lei* (absoluta ou relativa, qualificada ou não), os (ii) *princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação do excesso* (a justificar que se fale já em reserva de lei proporcional) e (iii) o *princípio da preservação do núcleo essencial* exercem papel indispensável no controle da atividade legislativa voltada à restrição (expressa ou implicitamente autorizada) dos direitos fundamentais.

## Organização Mundial do Comércio e Propriedade Intelectual Um “Direito Global” Substituindo Legitimidades

Carol Proner\*

**Resumo:** O direito internacional econômico revela a correlação de força e poder político que atua a cada momento histórico. O período do pós-guerra revelou-se significativo para a idealização da “ordem mundial” cuja arquitetura complementa-se em todas as áreas, unindo comércio, finanças, paz e solidariedade, fazendo prevalecer os interesses de economias desenvolvidas em detrimento de economias dependentes. As regras de comércio em relação às patentes industriais encaixam como peças nesta engrenagem que produz desenvolvimento tecnológico de poucos e dependência econômica e social de 4/5 da humanidade.

**Abstract:** The Economical International Law reveals the correlation between force and political power that acts in every historical moment. The post-war period turned out to be significant for the idealization of the “world order”, whose architecture is supplemented in all áreas, joining commerce, finance, peace and solidarity, making the predominance of the interests of developed economies and damaging dependent ones. The commerce rules related to industrial patents fit like pieces in the gear that produces technological development of few and economical and social dependence of 4/5 of the humankind.

**Palavras-chave:** propriedade intelectual industrial, direito internacional, comércio internacional, direitos humanos, direito ao desenvolvimento.

**Key-words:** industrial intellectual property; international law; international commerce; human rights; right to development.

### Introdução

A propriedade intelectual tornou-se importante fator de aquecimento das economias de países industrializados. O contexto político e econômico existente a partir da década de 80 favoreceu a implementação de regras impositivas, sem as tradicionais barganhas entre países industrializados e dependentes.

\* Professora de Direito Internacional da Unibrasil, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECÓNST). [carolproner@uol.com.br](mailto:carolproner@uol.com.br).

A forma de legitimidade assumida pela atual proteção da propriedade intelectual no plano internacional passa a ser a *legitimidade do consenso*; consenso que nas negociações de comércio da Rodada do Uruguai significaram, na maioria das vezes, *omissão* ou *silêncio* por parte de economias dependentes; um *consenso por consentimento*.

As exigências de liberalização de comércio passaram a ser incorporadas como *inevitáveis* e *necessárias*. Dificilmente em outro tempo histórico os direitos de propriedade e o contrato foram tão absolutos e inquestionáveis como agora e, como veremos adiante, nunca a propriedade atingiu tão amplamente a vida humana como nos tempos da biotecnologia. A simbologia adquirida pelo *equilíbrio concorrencial* e a *livre iniciativa* sustentam princípios de comércio e viciam o *a priori* normativo, dando origem a uma estrutura acometida em suas bases. Por "inevitável", o *escopo mínimo* traçado pelo TRIPS passou a ser rigorosamente respeitado, modificando o direito interno de países como o Brasil.

As conseqüências apontam para o aprofundamento do subdesenvolvimento e o aumento da dependência em todos os níveis, com especial incidência no âmbito tecnológico. O saber tecnológico passa a ser definitivo para garantir *status* de nação desenvolvida ou, na sua ausência, dependente, constituindo fator de geração de riqueza de poucos e pobreza de muitos, acompanhando o ritmo da nova divisão de trabalho mundial.

Para além da análise meramente normativa presente nos acordos de comércio internacional e na aplicação de tais acordos em âmbito interno, a temática da propriedade intelectual no contexto do aumento da dependência tecnológica reclama seja analisado o condutor teórico de base, prévio às formulações dos tratados. Sugere-se que seja enfrentada a análise do chamado "direito global" e sua manifestação impositiva - por intermédio do princípio da condicionalidade - nas cláusulas gerais de comércio internacional.

## 1 Um "Direito Global" Substituindo Legitimidades

A expressão "direito global" tem o sentido de se descrever o processo econômico-jurídico que vem sendo conduzido com mais intensidade a partir da década de 80, ainda que suas origens encontrem elementos em épocas anteriores.

Seguramente, outras expressões poderiam ser utilizadas para revelar o fenômeno detectado como "direito global". Por fazer parte do momento atual, seus efeitos são estudados exaustivamente sob as mais diversas perspectivas. Alguns utilizam a expressão *globalização econômica*, outros, *mundialização da economia*, *internacionalização da economia* para descrever processos de interconexão econômica entre países, empresas e organizações internacionais.



Sugerem-se expressões como *neoliberalismo*,<sup>1</sup> *ultraliberalismo*,<sup>2</sup> *direito imperial*,<sup>3</sup> *capitalismo desorganizado*<sup>4</sup> significando uma nova fase liberal, mais acentuada em alguns aspectos, distinta em outros, que impera a partir dos anos 80. A opção pela expressão “direito global” teve como objetivo ressaltar o aspecto de *condicionalidade* presente nas reivindicações argumentativas de economias desenvolvidas. Os discursos em defesa de mais ampla liberalização tem utilizado como fundamento a necessária adequação das legislações dos diversos Estados ao “direito global”.

A última ronda de negociações, a Rodada do Uruguai, não apenas marca o nascimento da OMC e de seus amplos acordos, mas representa o fim da fase mais participativa que já existiu no tabuleiro internacional. As formulações econômicas e políticas que permeavam o período de negociações da Rodada Tóquio, a presença das idéias da *teoria da dependência* (momento conhecido como desenvolvimentista) e também dos movimentos neocoloniais serviram de apoio para que resistências políticas importantes fossem criadas, desvelando a realidade de subdesenvolvimento causadas pelas condições e pelas imposições econômicas globais.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>A expressão tem data fixa como doutrina política econômica que representa uma tentativa de adaptação dos princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno. Estruturou-se em finais dos anos 1930 por meio das obras do norte-americano Walter Lippmann, dos franceses Maurice Allais, Jacques Rueff e L. Baudin e dos alemães Walter Eucken, W. Röpke, A. Rüstow. Os neoliberais acreditavam que a vida econômica seria regida por uma ordem natural formada a partir de livres decisões individuais e cuja mola mestra é o mecanismo de preços. A escola neoliberal fazia contraponto aos modelo Keynesiano no pós-guerra. A concepção originária sofreu modificações na década de 80, quando seus representantes passaram a defender a livre atuação das forças do mercado, o término do intervencionismo do Estado, a privatização das empresas estatais e de serviços públicos essenciais, a abertura da economia e sua integração com o mercado mundial.

<sup>2</sup> Conforme ressalva feita no capítulo primeiro, a expressão *ultraliberalismo* é preferível por trazer à tona o sentido acentuado da doutrina do *livre mercado*, sem as garantias previstas na teoria liberal clássica. As propostas *neoliberais*, enquanto projeto de reforma de economia e política de Estado, não reflete efetivamente um *novo* liberalismo à semelhança do antigo.

<sup>3</sup> Fazendo referência específica à obra citada de HARDT e NEGRI. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001

<sup>4</sup> Explica Boaventura de Sousa Santos que esta designação é ambígua e traiçoeira pois pode fazer crer que no período atual o capitalismo não é organizado, o que está longe de ser verdade. Mas explica que “a expressão *capitalismo desorganizado* significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do segundo período estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstituídas num nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, precisamente por esse processo estar a decorrer, é muito mais visível a demolição das antigas formas organizativas do que o perfil ds novas formas que irão substituí-las.” SOUSA SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente*. op.cit., p. 153.

<sup>5</sup> Bárbara Stalling, citada por Boaventura de Sousa Santos, chama o movimento desta nova economia política de “*modelo de desarrollo orientado hacia el mercado*”, identificando, como principais expressões, as seguintes: “*Las economías nacionales deben estar abiertas al comercio, y los precios domésticos deben estar conformes con los precios internacionales del mercado; las políticas fiscal y monetaria deben ser prudentemente dirigidas al mantenimiento del precio y a la estabilidad de la balanza de pagos; los derechos de propiedad privada deben ser claros y inviolables; las*

A resistência dos grupos de países periféricos sucumbiu diante da crise econômica mundial dos anos 70 e, com ela, desapareceu também de certo modo, a mobilização nacionalista que ganhara coro em países latino-americanos e africanos.<sup>6,7</sup>

Para o tema da propriedade intelectual, importa notar a desmobilização ocorrida, em finais dos anos 70, com o esvaziamento dos fóruns de discussão do Plano de Ação para a formação da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI-1974) e, concomitantemente, o surgimento da pressão organizada por Estados desenvolvidos denunciando práticas de "pirataria" por parte dos países do Sul. Serão tempos de mudança interna e externa, preparando campo para aplicação de "outra nova ordem", completamente diferente da imaginada pela NOEI.

Os fenômenos são bastante conhecidos. No plano interno dos países periféricos foram aplicados programas de reestruturação e planos de ajuste econômico. A partir da década de 80, FMI e Banco Mundial unem seus programas e planos de ação para aplicar "receitas" de gestão estatal, que incluem programas de *ajuste estrutural*, privatização, desregulamentação, corte de gastos públicos, dentre outras medidas comentadas por Boaventura de Sousa Santos:

*La liberalización del comercio, la privatización de las industrias y de los servicios, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de agencias reguladoras y mecanismos de licencias, la desregulación del mercado laboral e la 'flexibilización' de la relación salarial, la reducción y comercialización de los servicios sociales (...), la menor preocupación por los asuntos ambientales, las reformas educativas dirigidas a entrenamientos laborales más que a la construcción de ciudadanía, las políticas familiares que agravan aún más la condición de las mujeres y los niños - todos éstos son rasgos intencionales/no intencionales del 'Consenso de Washington' y requieren a menudo cambios jurídicos masivos.<sup>8</sup>*

Conforme explica Samir Amin, o Banco Mundial destina um terço de seus recursos aos denominados programas de ajuste setorial, o necessário complemento às estratégias instituídas pelo FMI e ditadas pelo G7 e pela administração

*empresas productivas de propiedad del Estado deben ser privatizadas; la toma de decisiones privada, guiada por precios no distorsionados, debe dictar los patrones nacionales de especialización, distribución de recursos y remuneración de factores de producción, con regulación o política sectorial gubernamental mínima mas; el presupuesto gubernamental residual debe ser dirigido a una política educativa y social con propósitos definidores*" SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho*. Colombia: ILSA, 1998, p. 40.

<sup>6</sup> Ver MONCAYO, Héctor-León. "Globalización y dependencia" en *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?* Colombia: ILSA, 1996, p.21.

<sup>7</sup> Boaventura de Sousa Santos identifica esse fenômeno da perda de centralidade do Estado ao mesmo tempo que faz notar a intensificação das inter-relações além das fronteiras tradicionais e a emergência da organização de uma classe capitalista transnacional. SOUSA SANTOS. *La globalización o del derecho*, op.cit., p. 41.

<sup>8</sup> SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho*, op.cit., p. 82.

estadunidense: “*La ideología del desarrollo murió con el fin del proyecto de Bandung. Ahora es el momento de ‘recomprar’ das periferias mediante los programas de ajuste estructural. (...) la historia del BM está estrechamente unida a la expansión del proyecto desarrollista del Tercer Mundo.*”<sup>9</sup>

No plano internacional, o passo decisivo aconteceu com a instituição da OMC e seus tratados acoplados como resultado da Rodada do Uruguai, concluída em 1994. Dentre as 26.000 páginas de acordo, muitos aspectos foram tratados de forma geral e incompleta; muitos temas foram postergados.<sup>11</sup> Mas, ao mesmo tempo, outros tantos temas de comércio receberam tratamento definitivo. Além disso, pela primeira vez institui-se no plano supranacional um Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) com capacidade de impor decisões aos Estados. Os acordos de comércio do “pacote OMC” implicam sujeição ao OSC quando de suas violações e este painel utiliza, para dizer o direito, as estritas regras consentidas nos diversos acordos.

O acontecimento chamado Organização Mundial do Comércio instalou-se no plano internacional inaugurando um período completamente distinto dos momentos anteriores. No caso da propriedade intelectual, se até o fim da Rodada do Uruguai os grupos internacionais de pressão (Comissões Trilaterais de EUA, Japão e União Européia) ainda eram ativistas em busca de maior proteção aos seus interesses, uma vez que estes foram assimilados pelo estatuto do TRIPS, consumava-se um feliz final para os portadores do livre-comércio e praticantes do protecionismo.

A partir de então, as regras seriam multilaterais, universais, civilizadas, obrigatórias, imperativas, inapeláveis, irreversíveis e, acima de tudo, democráticas, já que concluídas por *consenso*. A legitimidade do *consenso* não se traduz apenas no sentimento democrático adquirido pelos preceitos concluídos nos acordos da OMC, mas também no estabelecimento de um espaço multilateral supranacional como nunca antes existira na história.

A nova legitimidade passa a ser reconhecida como a *legitimidade do “direito global”*, válida por si mesma, auto-evidente, que supostamente exclui a necessidade e, mesmo, a pertinência da busca por outras fundamentações. Nesse sentido é válida a definição de Boaventura de Sousa Santos, que identifica a *lex mercatória* como sendo apolítica, capaz de dispensar referências a elementos extracontratuais, vez que os contratos transnacionais são puramente contratuais para sustentar-se como

<sup>9</sup> La Conferencia de Bandung dio testimonio de la toma de conciencia de los Estados de Asia y de África promocionados a la independencia total, más allá de sus diversidades que pese a todo son numerosas, frente a una nueva tarea a cumplir en el destino humano, particularmente en lo concerniente a la abolición del régimen colonial. Ver TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza, 1998, p. 92.

<sup>10</sup> AMIN, Samir. *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2001, p. 40.

<sup>11</sup> Foi o caso da maioria dos *novos temas*, como agricultura, serviços, investimentos e compras governamentais.

ordenamento normativo legítimo: “*la lex mercatória ha sido considerada a menudo como la expresión de la ‘cultura jurídica global’, una especie de ‘tercera cultura’, independiente de las diversas culturas jurídicas nacionales y situada por encima de ellas en su área de regulación específica.*”<sup>12</sup>

Tendo em vista os muitos argumentos utilizados na defesa de mais ampla e eficaz proteção dos direitos de propriedade intelectual industrial – em especial no caso das patentes de invenção – e, principalmente, diante da conclusão de que nenhum dos *argumentos* seria, por si só, válidos para justificar uma maior proteção da propriedade intelectual,<sup>13</sup> cabe perguntar: Com que fundamentos sobrevive e é respeitada a proteção dos direitos intelectuais no plano internacional? Que forma de legitimidade assume a atual proteção da propriedade intelectual no plano internacional? Por que o *escopo mínimo* traçado pelo TRIPs passou a ser rigorosamente respeitado, modificando o direito interno de países periféricos?

Estas perguntas encontram respostas complexas e que variam de acordo com o viés de análise. A seguir serão analisados alguns elementos seguindo o enfoque do direito internacional econômico e a operacionalidade das chamadas *cláusulas gerais de comércio internacional*. A constituição da suposta imperatividade do “direito global”, neste sentido, encontra suas bases nas *condicionalidades econômicas* e no *princípio da igualdade entre nações*.

## 2 Condicionalidades Econômicas

A expressão *condicionalidade* tem sido alvo de estudo no campo da economia internacional nos últimos tempos. Não em sua acepção positiva, mas antes em sua interpretação negativa, sugerindo encargo, obrigatoriedade e subordinação. O “direito global” norteia-se pela *condicionalidade* como algo implícito no contexto multilateral.

Com a formação das Nações Unidas e com o surgimento das organizações internacionais, a paisagem internacional passou a refletir efetivamente um mundo multilateral. Como visto, os Estados desejavam criar, no pós guerra, um ambiente estável e previsível, permitindo atribuir harmonia às relações comerciais supra-nacionais. O elemento constitutivo dessas novas organizações encontra legitimidade de existência

<sup>12</sup> SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho*, op.cit., pp. 107, 110.

<sup>13</sup> Em outro trabalho já se enfrentou alguns dos principais argumentos utilizados como elementos de justificação do aumento de proteção dos direitos de propriedade intelectual industrial, tais como: argumento da proteção como justa recompensa; argumento da proteção como estimulante à atividade criativa e indutora de processo tecnológico; argumento da proteção como estímulo ao investimento em pesquisa e em desenvolvimento (P&D); argumento da proteção como fator de expansão do conhecimento público; argumento da proteção como estímulo ao desenvolvimento econômico; argumento da proteção como instrumento de combate à pirataria.

na manifestação de vontade soberana dos sócios, por intermédio da assinatura dos tratados. As organizações internacionais são definidas como *associações voluntárias de Estados*, conforme descreve Seitenfus: “*trata-se de uma sociedade de Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros*”.<sup>14</sup>

O ambiente internacional multilateral prometia segurança e legitimidade aos Membros, mas, não obstante o requisito fundamental da *livre associação às organizações internacionais*, sua constituição não significaria o fim da correlação de forças e de interesse no “campo de batalha” internacional.

A posição da cada Estado-Membro não estava apenas reduzida a “um voto”, mas exerceria alguma ou nenhuma influência de acordo com algum poder ou nenhum poder econômico e político. Ao estudar o processo decisório de dez organizações internacionais, Seitenfus concluiu que o nível de influência desses atores diferenciava-se segundo a organização e o tema a ser tratado:

*A metade das oito organizações analisadas apresenta um grande interesse para os Estados-Membros mais poderosos. Trata-se do GATT, do FMI, da UIT e da AIEA. Elas pertencem ao chamado subsistema representativo preponderante. A atuação dos Estados poderosos nestas organizações dominava completamente suas políticas e processos decisórios. Inclusive 'seus representantes constituíam uma oligarquia no seio destas organizações.*<sup>15</sup>

O autor conclui a existência do que chama “*uma espécie de hegemonia consensual*”. Os acordos de comércio em âmbito multilateral obedecem, antes de qualquer princípio democrático ou igualitário, à correlação das forças que atuam sobre um tema específico. A busca pelo consenso implica um longo processo negociador em que atuam interesses e habilidades dos atores que dele participam. A *unanimidade*, entendida como única vontade de todos os envolvidos, torna-se algo inalcançável, tendo em vista a diversidade de interesses. Em acordos de comércio logra-se apenas a *unanimidade fracionada*, concluída em acordos parciais, e o *consenso* resulta dessa *unanimidade formal*. Conforme define Seitenfus, o *consenso* neste sentido teria validade como uma espécie de *não-voto*, uma ausência de contrariedade para que validar a conclusão do acordo.

A correlação de forças incide igualmente no grau de autonomia de determinada organização internacional:

<sup>14</sup> SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 24-26. O autor define como características da organização internacional a *multilateralidade*, a *permanência* e a *institucionalização*.

<sup>15</sup> As siglas referem-se ao Acordo Geral sobre as Tarifas Aduaneiras e o Comércio, Fundo Monetário Internacional, União Telegráfica Internacional, Agência Internacional de Energia Atômica. As outras organizações analisadas e que não estão na lista de prioridades dos países mais poderosos são Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial da Saúde (OMS), UNESCO e Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED). SEITENFUS, *op.cit.*, p. 46.

*As organizações internacionais, como já enfatizamos, desfrutam de limitada ou de escassa autonomia. Se para os países débeis, as organizações internacionais tendem a representar uma garantia de independência política e uma forma de buscar o desenvolvimento econômico, para os países poderosos elas significam, na maioria das vezes, tão-somente um terreno suplementar – o da diplomacia parlamentar – onde atuará o seu poder nacional; as organizações internacionais são para estes simples apêndices de sua política externa.<sup>16</sup>*

Embora tais características relativas às organizações internacionais existam desde que se constituiu a ONU, e até mesmo antes,<sup>17</sup> a correlação de forças no tabuleiro mundial variou enormemente, passando nos últimos tempos a formatar condição completamente atípica. Para Seitenfus, o papel das organizações internacionais transitou por fases de *funcionalismo*,<sup>18</sup> de *desenvolvimentismo*,<sup>19</sup> de *transnacionalismo*,<sup>20</sup> de *globalismo*,<sup>21</sup> até chegar à fase da *globalização*, tendo como características principais a diminuição do papel do Estado em benefício das forças transnacionais privadas, essencialmente comerciais, tecnológicas e financeiras.<sup>22</sup>

Para Héctor-Leon Moncayo, o atual processo de globalização econômica poderia ser definido simplesmente como "*la marcha hacia un mercado único a escala planetária*".<sup>23</sup> Este grande mercado planetário sugere a idéia de ausência de fronteiras e ausência de centro decisório. Uma rede complexa de capitais e de fluxos financeiros, de liberalização cambial e conversibilidade entre moedas,<sup>24</sup> de interferências externas que, incidindo principalmente sobre países periféricos (vulnerabilidades externas),<sup>25</sup> representam alguns dos fenômenos que impedem ou que inviabilizam a identificação

<sup>16</sup> SEITENFUS, *op.cit.*, p. 43.

<sup>17</sup> Considerando algumas funções definidas pela Liga das Nações, fundada em 1919. SEITENFUS, *op.cit.*, pp. 89 e ss.

<sup>18</sup> Correspondendo ao período inicial e baseadas na idéia de que as organizações internacionais deveriam servir à sociedade, descartando a preponderância e a intermediação dos Estados.

<sup>19</sup> A partir dos anos 60, as organizações encontram uma justificativa ideológica para a ação, o vínculo entre paz e desenvolvimento.

<sup>20</sup> Fase de intervencionismo das empresas transnacionais tendo em vista a incapacidade dos países pobres disporem de divisas, inviabilizando a importação de capitais e induzindo-lhes a oferecer condições para a instalação em solo pátrio de filiais de empresas estrangeiras.

<sup>21</sup> Fase que identifica os limitados recursos em matéria-prima disponíveis no planeta, além dos efeitos ecológicos perversos implícitos no processo de desenvolvimento econômico. Foi sintetizado pelo Clube de Roma.

<sup>22</sup> Para estas e outras definições ver SEITENFUS, *op.cit.*, pp. 45, 46.

<sup>23</sup> Ver MONCAYO, *op.cit.*, p. 15.

<sup>24</sup> Ver STRANGE, Susan. *Dinero loco. El descontrol Del sistema financiero global*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 163.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Reinaldo. "Globalização financeira, liberalização cambial e vulnerabilidade externa da economia brasileira" em *O Brasil na economia global*. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p. 133.

do centro decisório, sugerindo um processo de “*governança sem governo*”,<sup>26</sup> uma pretensa “*ordem sem centro*”,<sup>27</sup> como imperativo internacional.

No entanto, conforme explica Wilson Ramos Filho, a ordem possui centro:

*O centro decisório não é físico, não é um lugar. Dito de outro modo: as decisões podem ser tomadas em qualquer lugar do planeta, e nem é necessário que haja uma reunião de pessoas que deliberem, dados os recursos tecnológicos disponíveis. (...) parece inequívoco que o centro (ou, melhor, os centros, ou nós dessa enorme rede em que se transformou o capitalismo atual) exerce sua influência determinante sobre a periferia por meio de monopólios.*<sup>28</sup>

Identificar a existência de um *centro decisório* ou ainda de vários centros revela-se essencial para evitar a existência naturalizada dos fluxos mundiais. O processo que dá início à institucionalização de um acordo internacional não decorre de criações espontâneas, mas de comunicação entre os diversos grupos de poder atuando no campo político e no econômico. Na definição das regras de comércio, empresas transnacionais e governos atuam juntos, transformando demandas de comércio em regras de *interesse nacional* ou *mundial*.

Pesquisas demonstram o poder das grandes empresas transnacionais, duzentos grandes conglomerados cujas atividades planetárias cobrem sem distinção a todos os setores – primário, secundário e terciário – e que estão distribuídas entre dez países: Japão, Estados Unidos, Alemanha, França, Grã Bretanha, Suíça, Coreia do Sul, Itália e Holanda. Conforme afirma Frédéric F. Clairmont, “*el peso aplastante de las sociedades transnacionales en la economía mundial no tiene su equivalente en el campo político*”.<sup>29</sup>

Hardt e Negri definem como elementos do modelo de autoridade global nos dias de hoje a convergência entre positivismo jurídico, teorias de direito natural, contratualismo, formalismo e sistematismo:

*Positivismo jurídico e teorias de direito natural, contratualismo e realismo institucional, formalismo e sistematismo podem, cada um, descrever um aspecto seu. O positivismo jurídico pode salientar a necessidade de existir um poder forte no centro do processo normativo; teorias de direito natural podem realçar os valores de paz e equilíbrio que*

<sup>26</sup> Ver HARDT e NEGRI, *op.cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> Ver RAMOS FILHO, W. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999, p. 82.

<sup>28</sup> RAMOS FILHO, *op.cit.*, p. 81. Samir Amin cita cinco monopólios principais: O primeiro seria o *monopólio tecnológico*, que sem o respaldo do Estado não existiria. O segundo seria o *controle dos mercados financeiros mundiais*. O terceiro, o do *acesso aos recursos naturais do planeta* dominado por um seletivo grupo de Estados. O quarto, o *monopólio dos meios de comunicação* concentrado também em um número cada vez menor de conglomerados e nações, e, finalmente, o quinto seria o *monopólio das armas de destruição*, agora não mais num mundo bipolarizado, mas unipolar, com ausência total de controle democrático internacional. AMIN, Samir. “El futuro de la polarización global” en *Nueva Sociedad*, 132. Caracas: Nueva Sociedad, 1994, pp. 120, 121.

<sup>29</sup> CLAIRMONT, Frédéric F. “Doscientas sociedades controlan el mundo” en *Pensamiento crítico vs. Pensamiento único*. Madrid: Le Monde Diplomatique, 1999, p. 47.

*o processo imperial proporciona: contratualismo pode pôr em primeiro plano a formação do consenso; realismo pode trazer à luz os processos formativos das instituições adequadas às novas dimensões de consenso e autoridade; e formalismo pode dar apoio lógico àquilo que o sistematismo justifica funcionalmente, salientando o caráter totalizador do processo.*

Esse conjunto de elementos daria suporte à atividade do império: "*O Império está surgindo hoje como o centro que sustenta a globalização de malhas de produção e atira sua rede de amplo alcance para tentar resolver todas as relações de poder dentro de uma ordem mundial – e ao mesmo tempo exhibe uma poderosa função policial contra novos bárbaros e escravos rebeldes que ameaçam sua ordem.*"<sup>30</sup>

Admitindo-se a existência de um centro, ou vários, e de suas estratégias, impõe-se desvendar as origens e os efeitos de tais centros: "*Es necesario recuperar un punto de vista que nos permita entender cómo la lógica de la actual economía mundial reproduce las desigualdades. Lógica que de ninguna manera es impersonal; el proceso histórico muestra claramente que las relaciones de poder han actuado para configurar el actual orden.*"<sup>31</sup>

O termo *condicionalidade*<sup>32</sup> pode ser definido como um mecanismo institucional supranacional capaz de restringir o campo de opções políticas e de ação do Estado.<sup>33</sup> Trata-se da emergência de uma ordem jurídica ou de uma regulação que compromete os Estados, transcendendo-os e tendo vigência para além deles.<sup>34</sup> A atuação independente da vontade dos Estados exclui qualquer necessidade de fundamentação, já que a proteção deve existir por necessidade imperativa.

Alguns exemplos de *condicionalidade* econômica podem ser identificados:

a. condicionamentos impostos pelos acordos de Bretton Woods, pelo FMI e pelo Banco Mundial.<sup>35</sup> Seitenfus explica que os programas de ajuste estrutural do Fundo criam o *princípio da condicionalidade*, subordinando a liberação de recursos quando efetivado o cumprimento das metas

<sup>30</sup> HARTD e NEGRI, *op.cit.*, pp. 35-39.

<sup>31</sup> MONCAYO, *op.cit.*, p. 20.

<sup>32</sup> Alguns autores preferem a expressão *condicionamentos*. Neste trabalho as duas expressões serão utilizadas tendo mesma significância semântica.

<sup>33</sup> O *condicionamento* entendido em sentido positivo, como poderia ser a subordinação de regras econômicas ao atendimento de parâmetros humanitários, ecológicos ou de desenvolvimento humano, será visto no terceiro capítulo.

<sup>34</sup> MONCAYO, *op.cit.*, p. 24.

<sup>35</sup> DIAS, Clarence. "La condicionalidad: ¿condiciones y alternativas?" en *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?* Santafé de Bogotá: ILSA, 1996, p. 32. A autora afirma que "(...) vuelve cada vez más claro que el 'programa escondido' detrás de tales condicionalidades es la privatización, la desregulación y la imposición de la economía de libre mercado".



definidas nas cartas de intenções.<sup>36</sup> Boaventura de Sousa Santos, comentando a atuação do Estado sob a intensificação das práticas transnacionais globais, afirma que “*bajo esas presiones, las funciones reguladoras del Estado-nación pasan a ser derivadas, es decir, pasan a depender de los imperativos de la globalización de la economía tal como son formulados por las organizaciones internacionales.*”<sup>37</sup>

b. condicionamento para o pagamento da dívida externa, que pode decorrer dos próprios organismos financeiros internacionais – FMI e Banco Mundial – ou de banqueiros privados.<sup>38</sup> Esta subordinação revela-se a mais rigorosa dentre todas. Comentando “*el imperio de la Ley*”,<sup>39</sup> Franz Hinkelammert afirma que o império se traduz no mandamento “*pagar las deudas*”: “*El Tercer Mundo tendrá que seguir pagándolas, sin consideraciones. Si no paga con dinero, parará con sangre. Pero pagará en nombre de la ley.*”<sup>40</sup>

c. condicionamento pela participação dos acordos de comércio e pela imposição das cláusulas gerais, em especial a *cláusula da nação mais favorecida* e *cláusula do tratamento nacional*; estes princípios gerais estendem-se a todos os acordos que compõem o Acordo Constitutivo da OMC e, portanto, atingem o TRIPS e o estabelecimento de condicionamentos em matéria de propriedade intelectual;

d. condicionamento ao mecanismo de soluções de controvérsias da OMC; o reconhecimento da jurisdição do Órgão de Soluções de Controvérsias é prévio e sua decisão, uma vez cumprido o rito previsto, não permite recurso;<sup>41</sup>

e. condicionamento aos próprios tratados multilaterais ou bilaterais de comércio e aos acordos regionais de integração.

<sup>36</sup> SEITENFUS, *op.cit.*, p. 155. O autor comenta que o Fundo condiciona a liberação dos recursos à adoção de medidas de reforma estrutural nos países solicitantes. Os planos de ajuste definem política orçamentária, emissão monetária, taxa de câmbio, política comercial e pagamentos externos. O Estado assina uma *carta de intenções* e se obriga a cumprir anualmente as metas previstas.

<sup>37</sup> SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho. op. cit.*, p. 32.

<sup>38</sup> Ver também HURRELL, Andrew. “Sociedade internacional e governança global” em *Revista Lua Nova*, n. 46, 1999, p. 65.

<sup>39</sup> O autor comenta a intervenção no Iraque pelo presidente estadunidense Bush pai e afirma que “*La absolutización de la ley no es de por sí algo nuevo. Desde John Locke constituye el centro de la ideología burguesa. Cuando Locke habla de la guerra justa, declara que aquél en contra del cual se hace una guerra justa, no mantiene ningún derecho humano*” HINKELAMMERT, Franz. *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*. Costa Rica: DEI, 1995, p. 49.

<sup>40</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Cultura de la esperanza ... op.cit.*, p. 49.

<sup>41</sup> Na primeira etapa os países Partes num suposto litígio são obrigados a proceder a *consultas* com vistas aos esclarecimentos dos fatos. Caso não alcancem solução, o Diretor Geral da OMC pode propor seus *bons ofícios*, uma *mediação* ou uma *arbitragem*. A ausência de acordo conduz o caso ao âmbito do mecanismo de solução de controvérsias estabelecido no Tratado de Marrakesh. SEITENFUS, *op.cit.*, p. 162.

Moncayo faz notar que a *condicionalidade* para países periféricos ocorre em "sentido único": "*en el caso de los Estados de la periferia son siempre ellos los que aceptan la condicionalidad. Nunca son sujetos que la impongan. Por ello no resulta convincente el argumento de que no hay ninguna novedad puesto que son contratos y todo contrato implica obligaciones para las partes.*"<sup>42</sup>

A conclusão mais importante reside em afirmar que esses contratos não são iguais em razão de que os atores e suas realidades de contexto também não são iguais. Aplicar a sujeitos de direito internacional – Estados-Membros – as mesmas regras sem estabelecer diferenças estruturais, tecnológicas, operacionais, de população, recursos econômicos, recursos estratégicos, potencial político, desenvolvimento humano, capacidade militar, e tantos outros aspectos que tornam cada ente territorial completamente distinto dos demais, transforma a aplicação de normas multilaterais em meras imposições desiguais, produtoras e perpetuadoras de subdesenvolvimento.

Para Bernard Founou-Tchuigua, "*La condicionalidad se define como el conjunto de condiciones en las cuales los actores de los centros capitalistas, los Estados y las empresas, someten a las sociedades periféricas para que continúen siendo periféricas; dicho de otra manera, la condicionalidad es anterior a la mundialización actual.*"<sup>43</sup>

Apesar de reconhecer fatores condicionantes anteriores, Founou-Tchuigua também reconhece que a partir dos anos 80 a *condicionalidade* assume um caráter multidimensional e mais explícito se estabelecida a comparação com a situação encontrada nos anos de 1950 a 1975:<sup>44</sup> "*(...) el núcleo duro de la nueva condicionalidad, que apunta como la antigua a debilitar las sociedades Del Sur para perpetuar la polarización, es de ordem económico. La mundialización a través dl mercado, la privatización y la desregulación globales privan a los Estados del Sur de poder industrializarse pues hacen a las Sociedades Transnacionales (STN) dueñas del juego económico en el Sur.*"<sup>45</sup>

<sup>42</sup> MONCAYO, *op.cit.*, p. 25.

<sup>43</sup> FOUNOU-TCHUIGUA, Bernard. "La condicionalidad en el contexto de la cueva globalización-polarización" em *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?* Santafé de Bogotá: ILSA, 1996, p. 59. O autor faz um recorrido pela é poca chamada *mercantilista* ressaltando o condicionamento imposto às Américas como centros de genocídios, seguida do período de condicionamentos pela colonização e pela formação capitalista industrial a seguir. Importante se faz a denúncia ao Quarto Mundo por sua passividade e aliança com as forças da condicionalidade (transnacionais).

<sup>44</sup> Dentre as dimensões apontadas estão: programas de ajuste estrutural, social, cláusula social, política, direitos humanos e meio-ambiente.

<sup>45</sup> FOUNOU-TCHUIGUA, *op.cit.*, p. 62.

A periferia emaranha-se em uma rede de condicionamentos que se afirmam como plausíveis, democráticos e inevitáveis. Sophia Mappa, comentando “*del ajuste estructural al ajuste democrático*” afirma que:

*La asociación entre derechos humanos, democracia, desarrollo económico y el credo según el cual este último estaría determinado por los tres primeros ha pasado a ser, en el curso de los últimos años, el objeto de una unanimidad sorprendente en el seno de las agencias occidentales. El Banco Mundial, el FMI, el Grupo de los Siete, la Cumbre francófona (la Baule, 1990 y Paris, 1991), La Cumbre de la Commonwealth (Harare, 1991), La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (Viena, 1993) se han turnado para afirmar la convicción de que existiría una interdependencia entre la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*<sup>46</sup>

A autora prossegue em sua análise, declarando que as ações em favor de uma democratização mundial envolvem uma *radical conformidade do planeta com o modelo político ocidental*, que exige determinadas normas de desenvolvimento econômico.

Para Eduardo Cáceres, “*la condicionalidad es una realidad en el mundo contemporáneo, no solo porque existe una creciente globalización material sino porque en las imágenes y representaciones usuales del mundo se supone una cierta homogeneidad de gustos, sensibilidad y valores.*”<sup>47</sup>

Existe a indicação, portanto, de que a *condicionalidade* não atua apenas no plano econômico e material, mas adquire outras formas de propagação, como a política, a sociologia, o direito e a cultura. Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos afirma que: “*En vista de la naturaleza jerárquica del sistema mundial, se vuelve crucial identificar grupos, clases, intereses y estados que definen culturas parciales como cultura globales, estableciendo por esta vía el programa de dominación política bajo el manto de la globalización cultural.*”<sup>48</sup>

Não haveria espaço para tratar desta complexa trama de inter-relações neste trabalho, mas como indicação para possível investigação sobre o tema, as categorias desenvolvidas por Pierre Bourdieu, *poder simbólico*, as versões de *capital simbólico* (*capital econômico, social e cultural*) e, especialmente, *a força do direito*, podem revelar alguns mecanismos assumidos pelo “*direito global*” para ocupar lugar de *direito absoluto* nos dias atuais:

*O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de dominação. Não é exagerado dizer que o direito faz o mundo social, mas com a condição de que é feito por esse mundo. (...) O direito confere o selo de universalidade, fator por excelência de*

<sup>46</sup> MAPPA, Sophia. “La prescripción democrática en las políticas europeas” en *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?* Santafé de Bogotá: ILSA, 1996, p. 45.

<sup>47</sup> CÁCERES, Eduardo. “Una problemática más allá de los Estados nacionales” en *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?* Santafé de Bogotá: ILSA, 1996, p. 66.

<sup>48</sup> SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho*. op.cit., p. 47.

*eficácia simbólica, a um ponto de vista sobre o mundo social que, como se tem visto, não se opõe em nada ao ponto de vista dos dominantes e através dele se pode conduzir à generalização nas práticas de um modo de ação e expressão próprio até então de uma região do espaço geográfico ou social. (...) A instituição jurídica contribui universalmente a impor uma representação da normalidade em relação à qual toda as práticas diferentes tendem a parecer como desviadas, anômicas, ou seja, anormais e patológicas.*<sup>49</sup>

O estudo mereceria análise específica, mas, ainda que superficialmente, são visíveis alguns elementos de institucionalização e reificação do “direito global” como paradigma universalmente válido, caminho de normalidade e sanidade, deslegitimando qualquer prática que destoe e revele-se anormal ou patológica. Alguns mecanismos de afirmação do “direito global” serão vistos a seguir.

### 3 Princípio da (Des)Igualdade Entre Nações

Uma das críticas mais comuns e razoáveis que podem ser lançadas contra a ordem econômica mundial diz respeito à desmistificação do princípio de *igualdade entre Estados*. Surpreendentemente, algo que não encontra sustentáculo nem mesmo “em tese” parece encontrar espaço na afirmação retórica dos documentos internacionais, instrumento suficiente para fazê-lo existir como fundamento último do sistema econômico, base sobre a qual estruturam-se todas as regras de comércio do GATT e, por tradição, da OMC.

A Carta da ONU prevê igualdade entre Estados em mais de uma passagem, do preâmbulo (proclamando a *fé na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas*) aos artigos:

Art. 1º: Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos (...)

Art. 2º, 1. A organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

Não obstante, a história do direito econômico revela-se, por excelência, uma história de desigualdades.<sup>50</sup> E seria definitivamente assim com a consolidação da nova ordem internacional a partir da criação das Nações Unidas e de seus

<sup>49</sup> BOUDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao, Desclee editora, 2000, p. 212 (tradução livre).

<sup>50</sup> Ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 31. O autor utiliza a obra de Robert W. Tucker. *The inequality os nations*. Nova York: Basic Books, 1977, p. 3, para descrever que a ordem internacional é desigual *a priori*. Utiliza também a obra de Davil Vital. *The inequality os States*. Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 29. para dizer que a desigualdade parte da própria política externa dos estados mais fracos, que não possuem pessoal competente e nem informações para formularem uma política externa que leve em consideração a situação real de seu estado.

organismos. Desnecessário torna-se demonstrar a desproporcionalidade de poder existente no Conselho de Segurança, assim como na formação de grupos econômicos que reúnem apenas países ricos (G7 e Organização de Comércio e Desenvolvimento Econômico - OCDE).<sup>51</sup> Ou ainda a desigualdade decorrente do tratado de não proliferação de armas nucleares, concluído em 1968, estabelecendo como limite divisor entre países aqueles que possuem daqueles que não possuem armas nucleares. Estes são apenas os exemplos mais flagrantes.

A Carta das Nações Unidas procura afirmar a igualdade soberana entre Estados, ou seja, a igualdade jurídica que garante independência de vontades no plano internacional. Mas a afirmação de soberania não contempla tratamento normativo equivalente em consonância com as diversidades estatais. As normas incidem igualmente sobre nações soberanas não estabelecendo distinções econômicas, políticas ou sociais. Nas palavras de Celso Albuquerque Mello:

*Sempre existiu nas relações internacionais uma grande distância entre o 'ser' e o 'dever ser'. isto é, entre o fato e o direito. O direito é eminentemente formal e abstrato deixando um amplo campo aberto à política. Nesta (...) não existe igualdade, porque ela leva em consideração os elementos de fato (poder, riqueza, etc.) do Estado. É impossível falar-se em igualdade jurídica de um modo genérico sem que haja igualdade econômica. Não se pode separar a forma do conteúdo a não ser 'teoricamente'.<sup>52</sup>*

Dentre as conseqüências do princípio da igualdade entre Estados a doutrina aponta duas principais:<sup>53</sup> a) a regra de não discriminação; b) o princípio da reciprocidade. A primeira impõe ao Estado um dever de abstenção, de não praticar tratamento discriminatório contra outro Estado. A segunda apresenta-se quando um Estado assegura ou promete a outro Estado, a seus agentes ou nacionais, ou ao comércio, tratamento igual ou equivalente ao que este último lhe assegura. Este último traduz-se no mandamento do *princípio do tratamento nacional*, que será analisado adiante.

O princípio da igualdade também poderia ser entendido, partindo da teoria realista, como o resultado de um acordo pelo qual os Estados poderosos aceitam não estenderem sua dominação institucional sobre os mais fracos. O *status* diferenciado respeita a proporção da capacidade diferenciada de cada Estado e está presente, como visto, na correlação de forças e no potencial de utilização das *condicionalidades*.

A garantia do princípio da soberania, traduzida em não-intervenção em assuntos internos de outro Estado (*domínio reservado*), desnuda imediatamente outro princípio, o *princípio da intervenção* ou *ingerência*, que anula o anterior.

<sup>51</sup> Formada por vinte e quatro países mais avançados. Ver BERZOSA, Carlos. "Medio siglo después de Bretón Woods" in *El orden económico mundial*. Madrid: Síntesis, 1994, p. 232.

<sup>52</sup> MELLO, *op.cit.*, p. 37.

<sup>53</sup> Celso Albuquerque Mello cita Charles Rousseau. *Droit international public*. Paris: Sirey, t.IV, 1980, pp. 28, 29.

A Carta da ONU apenas prevê a possibilidade de intervenção na hipótese de *manutenção da paz*, reservando ao Conselho de Segurança o trabalho de identificação de cada hipótese. Mas a ordem internacional pode recorrer a outras modalidades de *ingerência* que, na maioria das vezes, instalam-se implicitamente. Por intermédio das *condicionalidades*, muitas formas de *ingerência* de Estados fortes sobre Estados fracos revelam-se “bem sucedidas”.

Seitenfus identifica modalidades de *ingerência* segundo diferentes motivações:<sup>54</sup> a) as pressões em sentido lato; b) a ruptura de relações diplomáticas e comerciais; c) o embargo; d) a intervenção consentida; e) a intervenção armada.

De acordo com a natureza das modalidades de *ingerência*, o autor cita os seguintes: a) a ingerência como o uso da força legítima; b) a ingerência como consequência da interpenetração de interesses econômicos; c) a ingerência como consequência de um processo institucional.

Para o tema do comércio e da propriedade intelectual interessa especialmente a ingerência como consequência da interpenetração de interesses econômicos. Esta incide sobre questões que envolvem tentativa de se fazerem respeitar condutas circunscritas nos limites esperados pelo “direito global”. A conduta unilateral estadunidense de impor sanções ao Brasil pela omissão de uma “lei civilizada” em matéria de propriedade intelectual – ausência de proteção patentária em setores específicos do comércio – constitui um exemplo dessa forma de *ingerência*.

Seitenfus comenta que, com a instituição da OMC, não ficou claramente estabelecida a proibição de tomada de medidas de retaliação de forma unilateral. Portanto, os países poderão tomar iniciativas sem submeter-se ao sistema de solução de controvérsias da OMC, quando se sentirem que seus direitos de política comercial são lesados por outrem: “*Esta é uma prática corrente dos Estados Unidos, que deverá prosseguir*”.<sup>55</sup>

Por fim, o autor define como importante espécie de intervenção em assuntos internos de outros Estados a concessão de empréstimos a órgãos multilaterais, como Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID): “*A negociação das dívidas externas de muitos países e questões fundamentais, tais como o papel do Estado, o processo de privatização e o gerenciamento da máquina pública, são assuntos que, ao vincular-se com estratégias forasteiras, fogem da alçada dos Estados. Os governos destes transformam-se, muitas vezes, em meros gerentes de planos e projetos estabelecidos alhures.*”<sup>56</sup>

<sup>54</sup> SEITENFUS, *op.cit.*, p. 67.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 166.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 68.

Esse modelo de intervenção econômica atende às características de uma típica *coação*, já que inibe ou obriga a atos que não seriam adotados caso não existisse uma *condicionante* essencial. Mas a prática internacional, fundamentada na Carta das Nações Unidas, interpreta a *coação* apenas em casos de uso da força armada:<sup>57</sup> *“Nada existe que proíba a coação econômica, talvez pela dificuldade dela ser bem caracterizada, bem como, talvez, para beneficiar os estados mais poderosos que têm interesse em não ser ela caracterizada e proibida internacionalmente.”*<sup>58</sup>

A *ingerência* em assuntos econômicos, políticos e sociais de um Estado ultrapassa os limites das diversidades estruturais, descaracterizando definitivamente qualquer tese a respeito da *igualdade entre nações*, e desnudando a ilegitimidade implícita na cobrança das metas dos *planos de ajuste estrutural* e no cumprimento dos *programas* orientados pelo Banco Mundial. Ao mesmo tempo, questionar tal ilegalidade ou sua nulidade tendo em vista a situação de tratados “desiguais” decorrentes de situações subordinadas já não se impõe como argumento nos tempos atuais.

Emprestando a dogmática da *teoria dos contratos* de Enzo Roppo, ao definir os vícios de vontade capazes de gerar anulação ou rescisão de um contrato civil, seria possível concluir, por analogia, que contratos internacionais viciados pela *coação* deveriam ser anulados:

*Uma regra elementar no jogo contratual é esta: aquele que assume compromissos, no âmbito de uma operação econômica que pretende levar a cabo, deve estar em condições de avaliar as suas conveniências, de modo razoavelmente correcto, sem que intervenham elementos tais, que perturbem ou alterem gravemente o processo conducente à decisão de concluir o contrato e de o concluir com determinado conteúdo. Se não existem, pelo menos, estes pressupostos de sensatez e de racionalidade das decisões contratuais, não parece oportuno, nem justo, manter o contraente vinculado às mesmas. (...) a lei toma em consideração, assegurando remédios oportunos, uma série de hipóteses genericamente caracterizadas pelo facto de o processo de formação de vontade contratual de uma das partes ser perturbado ou falseado por circunstâncias externas ou internas ao sujeito, mas em termos tais de privar de razoável credibilidade o cálculo económico erigido como fundamento da iniciativa. Isto acontece quando o sujeito se encontra, no momento em que conclui o contrato, em condições físico-psíquicas tais que excluem a sua normal capacidade de entender e de querer (incapacidade de agir); (...) ou, enfim, por graves ameaças propositadamente exercidas contra ele para obriga-lo a concluir o negócio (coação). Em todos estes casos a lei estabelece que o contrato é anulável.*<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Art. 52 da Carta da ONU: “é nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas”.

<sup>58</sup> MELLO, *op.cit.*, p. 39.

<sup>59</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 226, 227.

O vício da *coação* foi argumentando quando da elaboração da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) pelos países periféricos, mas não logrou ser aceito como exceção ao *pacta sunt servanda*. O veredicto final, que optou pela não aprovação de exceções, assim decidiu como forma de precaução impeditiva de futuras transgressões às normas nesse âmbito, as quais poderiam acarretar permanentes discussões a respeito da aplicabilidade ou não dos demais tratados.<sup>60</sup>

O dogma da *igualdade jurídica entre Estados* prevalece, superando inclusive as principais teorias de oposição surgidas nas décadas de 60 e 70 e do chamado *direito internacional do desenvolvimento*.<sup>61</sup>

#### 4 Tratamento Nacional e Autogestão do Mercado

A *cláusula do tratamento nacional* encontra fundamento no *princípio da reciprocidade*, que, por sua vez, tem como base um princípio fundamental de direito econômico: o *princípio da não discriminação*.

Conforme visto anteriormente, o *princípio da reciprocidade* constitui uma das conseqüências do *princípio da igualdade entre Estados*. Portanto, toda crítica derramada sobre este último recai automaticamente sobre as regras de reciprocidade, representando outro dogma sedimentado no direito internacional.

Celso Albuquerque de Mello afirma que a igualdade jurídica costuma ser defendida pelos países em desenvolvimento, mas que ela não significa reciprocidade: "*Em outras palavras, tenta-se atingir uma igualdade real e não apenas formal. O grande problema é que durante muito tempo se fez da reciprocidade um corolário da igualdade jurídica, ocasionando as maiores injustiças. A reciprocidade, em princípio, só pode ser exigida entre os que apresentam uma igualdade em sentido material.*"<sup>62</sup>

A *cláusula do tratamento nacional* define-se quando um Estado se compromete a conceder a outro Estado, a seus agentes ou nacionais, ou ao comércio, mesmo ou equivalente tratamento que recebem os nacionais (agentes, nacionais ou comércio) desse Estado.

No plano internacional, a existência da *cláusula do tratamento nacional* não se reveste de caráter inovador. Conforme analisado, a exigência de tratamento nacional já era previsão da Convenção da União de Paris, de 1883 e da Convenção da União de

<sup>60</sup> Ver MELLO, *op.cit.*, p. 40.

<sup>61</sup> A temática do direito internacional do desenvolvimento oferece, no histórico das teorias desenvolvimentistas das décadas de 60 e 70, exemplos de nem mesmo a numerosa coordenação de Estados periféricos foi capaz de suplantar a mística suposição da igualdade entre Estados.

<sup>62</sup> MELLO, *op.cit.*, p. 45.



Berna, de 1886. Naquela época a exigência de paridade no tratamento de nacionais e estrangeiros constituía a base da existência unionista.<sup>63</sup>

A previsão do tratamento nacional é regra geral do GATT, que no art. 3º define:

Art. 3º: Tratamento Nacional em Matéria de Tributações e de Regulamentação Internas:

1) As partes contratantes reconhecem que as taxas e outras tributações, bem como as leis, regulamentos e prescrições que afetem a venda, a colocação à venda, a compra, o transporte, a distribuição ou a utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações quantitativas preservem a mistura, a transformação ou a utilização em quantidades preservem a mistura, a transformação ou a utilização em quantidades ou em proporções de certos produtos não deverão ser aplicadas aos produtos importados ou nacionais de modo a proteger a produção nacional.

Atualmente a OMC prevê a cláusula do tratamento nacional como um de seus princípios fundamentais, repetido em todos os acordos setoriais. O TRIPs prevê o tratamento nacional no art. 3.1:

*Art. 3.1: Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual (...).*

Tanto inventores nacionais quanto estrangeiros colocam-se em situação de igualdade, assegurando *condições iguais de concorrência em todos os inventos (patentes)*, qualquer que seja a sua origem. Desta forma, o fundamento último recai sobre as suposições clássicas de autogestão das forças do mercado, incorporadas na essência do “Consenso de Washington”, vetando, com poucas exceções, a possibilidade de intervenção estatal para proteger a economia nacional.

Como já dito em outro momento, esta passa a ser uma questão fundamental para os países subdesenvolvidos. A regra constitui a materialização do discurso neoliberal de reforma de Estado e atração de capital estrangeiro, defendendo atuação mínima do Estado para que não seja prejudicada a recomendada estrutura concorrencial interna (dentro de seu próprio território) e, com isso, produzindo, com atuação omissiva, o barateamento de preços e a entrada facilitada de capital e investimentos. Os efeitos são sentidos por todos os países que aplicaram o famoso consenso.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Ver BARBOSA, *op.cit.*, pp. 196, 197 e RAMINA, Larissa e FRIEDRICH, Tatyana Scheila. “Direito internacional e direito interno nas relações de propriedade intelectual: O acordo TRIPs e a lei brasileira de patentes” em *O direito internacional e o direito brasileiro*. Wagner Menezes org.. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 593.

<sup>64</sup> Ver PRONER, Carol. “Desenvolvimento econômico como limite ao desenvolvimento humano: mitos nas regras de comércio internacional” em *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, n. 2, jan-jul/2003, p. 99.

Segundo Del Nero, a cláusula do tratamento nacional traz uma hipotética igualdade e reciprocidade que, convenientemente, ilude as realidades do contexto político-econômico em que se pratica o comércio, condicionando todo o funcionamento do GATT.<sup>65</sup>

Mesmo as hipóteses legais que excepcionam a aplicação da cláusula, matizando a situação de países em desenvolvimento, devem submeter-se a prazos, que variam de acordo com a situação, mas que, em média, limitam-se ao tempo de uma ou de duas décadas.<sup>66</sup> Imaginar que a dependência econômica poderia ser suprida em dez ou vinte anos significa dar guarida à tese do desenvolvimento progressivo das nações, que, *em desenvolvimento*, poderiam atingir o nível em que se coloca o Primeiro Mundo, caso tais nações logrem cumprir os passos que os países ricos percorrem.<sup>67</sup>

### 5 Algumas Nações mais Favorecidas que Outras

Igualmente à cláusula da nação mais favorecida, o *princípio da não-discriminação* implica simultaneamente outra cláusula geral de comércio: a *cláusula da nação mais favorecida*, consagrada no GATT nos artigos 1º e 2º:

Art. 1: Tratamento da Nação Mais Favorecida: 1) Todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por uma parte contratante a um produto originário ou com destino a qualquer outro país serão, imediatamente e incondicionalmente, estendidos a qualquer produto similar originário ou com destinação ao território de quaisquer outras partes contratantes. Esta disposição concerne aos direitos alfandegários e às tributações de qualquer natureza incidentes na importação ou na exportação(...)

Art. 2: Lista de Concessões: 1. a) Cada parte contratante dispensará, às outras partes contratantes, em matéria comercial, um tratamento que não será menos favorável que o que está previsto na parte apropriada na lista correspondente anexada ao presente Acordo.

Antecedentes da cláusula são controversos,<sup>68</sup> mas teria sido no século XVII que o princípio passaria a adquirir as peculiaridades de que hoje se reveste. No Brasil a cláusula figurava no tratado de reconhecimento assinado com Portugal em 1825.

<sup>65</sup> DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual. A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 111.

<sup>66</sup> No caso do TRIPs o prazo especial para economias menor potencial de desenvolvimento respeita o tempo máximo de 10 anos.

<sup>67</sup> Sobre as exceções ver MIER, Miguel Angel Diaz, "El Acuerdo General sobre Comércio y Aranceles (GATT)" *en El orden económico mundial* (Jesus De La Iglesia org). Madrid: Síntesis, 1994, pp. 174-176.

<sup>68</sup> MELLO, *op.cit.*, p. 91. Registros apontam que no século XI (1055) o Imperador Henrique III se garantiu que a cidade de Mântua lhe assegurasse o gozo dos costumes que fossem obtidos por qualquer cidade. Outros autores encontram a origem da cláusula no século XIII, outros no século XV.

Como finalidade principal, a cláusula procurou criar igualdade nas condições de concorrência entre “iguais” economias. Como “pano de fundo” atua a teoria da *livre concorrência* e, com ela, todas as críticas ao (des)equilíbrio de mercado:

A estrutura da norma está baseada na idealização segundo a qual o mercado internacional se auto-regula e qualquer benefício concedido de forma bilateral poderá comprometer o equilíbrio dinâmico e a livre concorrência. Este raciocínio estabelece com princípio que as economias dos distintos países devem voltar-se à suas peculiaridades estruturais e institucionais e buscar vantagens comparativas para atrair concorrência dentro de um sistema liberalizado equilibrado.<sup>69</sup>

Defensores da aplicação do princípio geral afirmam que a cláusula permitiria a adaptação das convenções às necessidades econômicas, evitando a necessidade de outros tratados. Além disso, a cláusula garantiria uma certa uniformidade no tratamento dado por um estado a países estrangeiros. Serviria para oferecer previsibilidade à expectativa de comportamento no âmbito da comunidade internacional; em outras palavras: segurança jurídica no ambiente internacional.

No entanto, assim como a cláusula do tratamento nacional, a da nação mais favorecida também apresenta efeitos em prejuízo dos Estados periféricos: “(...) *se pode acrescentar que é difícil (...) se conseguir um equilíbrio jurídico quando existe um desequilíbrio nas relações econômicas*”<sup>70</sup>

Na OMC a cláusula encontra lugar de destaque como uma dos princípios fundamentais e, assim como a anterior, também encontra previsão em todos os acordos setoriais. No TRIPS a previsão está definida no art. 4º:

Art. 4: Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros. (...)

Uma das exceções mais importantes à cláusula refere-se às hipóteses de processos de integração econômica desenvolvidas ao largo da história do GATT (uniões aduaneiras, zonas de livre comércio),<sup>71</sup> conhecido como “regionalismo aberto”.<sup>72</sup> Sabe-se que podem ser considerados estáveis os processos de integração econômica estabelecidos entre países desenvolvidos. Já as iniciativas

<sup>69</sup> PRONER, “Desenvolvimento econômico como limite ao desenvolvimento humano *em Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, n. 2, jan-jul/2003, p. 99, p. 97.

<sup>70</sup> MELLO, *op.cit.*, p. 92.

<sup>71</sup> Sistema de preferências do BENELUX, Commonwealth, União Européia e Mercosul são previstos no artigo XXIV do GATT.

<sup>72</sup> BARRAL, Welber. “De Bretton Woods a Seattle” *em Brasil e OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 34.

de formação de zonas de livre comércio, como o MERCOSUL, encontram dificuldades para tornar efetivas suas instituições e obter vantagens com a livre fixação de benefícios e vantagens mútuas.

Na década de 60, com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI) e com a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTD), os países periféricos encontraram espaço para exigir a *derrogação da cláusula da nação mais favorecida*, em virtude da qual se fazia extensível aos países industrializados qualquer concessão relativa ao comércio internacional outorgada por um país subdesenvolvido a outro países pobre.<sup>73</sup>

Welber Barral, descrevendo as principais linhas diferenciadoras existentes em favor dos países em desenvolvimento desde o GATT, menciona, dentre outros, o *princípio da não-reciprocidade*, que atuaria como exceção genérica e permitiria que vantagens concedidas por países desenvolvidos àqueles em desenvolvimento não necessariamente implicassem concessões recíprocas dos países em desenvolvimento beneficiados e a *cláusula da habilitação*, pela qual concessões comerciais a países em desenvolvimento não se estendessem automaticamente aos demais membros da OMC, firmando-se, então, esse princípio como ressalva à cláusula da nação mais favorecida.<sup>74</sup>

A nova fase de *condicionalidades*, a partir dos anos 80, eliminaria as reivindicações desenvolvimentistas, mantendo a existência da cláusula como princípio geral de comércio internacional e, no plano simbólico, exigência do “direito global”.

### 6 Single Undertaking: Liberdade entre “Tudo ou Nada”

O princípio do *single undertaking*, cláusula constitutiva da OMC, pode ser traduzido como a “regra que valida o particular pelo todo”.<sup>75</sup> Também chamado de “compromisso único”, “pacote único”, “tudo ou nada”, significa que acordos e os instrumentos legais conexos incluídos nos Anexos 1, 2 e 3 (denominados a seguir de ‘Acordos Comerciais Multilaterais’) integram o mesmo Acordo Constitutivo, com obrigações extensivas a todos os Membros.

<sup>73</sup> BERZOSA, Carlos; BUSTELO, Pablo; IGLESIA, Jesús de la. *Estructura económica mundial*. Madrid: Síntesis, 2001, p. 485.

<sup>74</sup> BARRAL, Welber. “Perspectivas para o desenvolvimento na OMC” em *O direito internacional e o direito brasileiro*. (Wagner Menezes org.). Ijuí: Unijui, 2004, p. 554.

<sup>75</sup> *Verbete single undertaking*. NORONHA, *Dicionário jurídico*. São Paulo: Observatório Legal, 4 ed., 2000, p. 261.

Dáí decorre a *unidade* do sistema, que permite uma consensual equação capaz de conferir total ao Acordo. Os países têm liberdade de não participarem da OMC, mas não poderão eleger um ou outro acordo isoladamente. Esta *condicionante*, que talvez seja a mais eficiente de todas já analisadas, atende a vários objetivos: a) obriga os países a negociarem todos os temas de comércio ao mesmo tempo; b) anula a possibilidade, para efeitos de negociação, de exclusão de setores (acordo por setores) de comércio; c) implica o comércio como um “todo indissociável” que deve seguir a marcha determinada pela *liberalização progressiva*; d) permite a ação do órgão de solução de controvérsias (OSC) aos “acordos abrangidos”<sup>76</sup> (*covered agreements*) por intermédio da unificação de procedimentos;<sup>77</sup> e) permite a inter-relação entre os setores para efeitos de sanção comercial, já que o direito de retaliação poderá ser exercido sobre a atividade econômica como um todo e não apenas naquele setor que motivou o litígio perante o OSC.

Com relação ao OSC, as estatísticas a respeito das disputas comerciais revelam a importância do tema propriedade intelectual para os países industrializados. Até abril de 2004, das 311 disputas submetidas ao OSC, 27 (8,7%) relacionavam-se com o TRIPs e, em sua maioria, envolvendo produtos farmacêuticos.<sup>78</sup>

Conforme já visto, ao longo das rodadas de negociação registrou-se aumento do número de países integrantes do sistema multilateral de comércio, chegando atualmente a 147 membros.<sup>79</sup> Tendo em vista que a maior participação ocorreu a partir do início das negociações da Rodada do Uruguai, quando o discurso dos países desenvolvidos fazia ecoar a necessidade de maior liberalização dos “novos setores” como alternativa para a crise econômica mundial, a existência da regra do “tudo ou nada” tornou-se essencial para consolidar o compromisso dos novos e dos antigos participantes com a liberalização da economia.

Ao ingressar na OMC o Estado opta pelo comércio internacional multilateral, aceitando os princípios gerais, os acordos setoriais, o Órgão de Solução de Controvérsias e, principalmente, acatando o processo de *liberalização progressiva*, sem se considerar o *estágio* de desenvolvimento em que se encontra tal Estado. Muitos internacionalistas, preocupados com as disparidades estruturais dos Estados e com a correlação de forças que atua no ambiente internacional, têm defendido o ambiente

<sup>76</sup> BARRAL, Welber e PRAZERES, Tatiana. “Solução de controvérsias” em *O Brasil e a OMC*. Curitiba: Juruá, 2 ed., 2002, p. 33.

<sup>77</sup> Existência de um único modelo de solução de controvérsias independentemente da matéria tratada, iniciativa que substituiu a dispersão trazida pelos diversos códigos introduzidos durante a Rodada Tóquio.

<sup>78</sup> Ver CRETILLA NETO, José. “Taking TRIPs through human history: dos direitos absolutos sobre a propriedade aos direitos fundamentais” em *O direito internacional e o direito brasileiro*. Wagner Menezes org.. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 581.

<sup>79</sup> Dados da OMC relativos a abril de 2004.

multilateral e seus organismos internacionais de comércio como único foro capaz de confrontar a atuação do *poder* nas relações internacionais e, ainda que precariamente, servir de campo seguro para os países periféricos; em outras palavras: seria melhor algum direito a nenhum direito.

Como solução de *curto prazo*, a defesa do efetivo cumprimento do direito internacional multilateral tem sido bem argumentada, mas sempre mantendo a ressalva de que não se pode anular ou excluir o contexto do qual surgiram as organizações internacionais e suas respectivas regras. Alguns analistas encontram na OMC uma instância “democrática” quando efetivamente cumpridos os acordos e regras gerais de comércio. Esta forma de pensar ignora toda a trama de *condicionalidades* que foram analisadas nos apartados anteriores e traz implícita a aceitação de que as nações são iguais, embora “algumas mais iguais que outras”.

### 7 Princípio da Transparência: a Boa Fé do “Direito Global”

Outro princípio importante para a construção da estrutura multilateral de comércio diz respeito à obrigação de os Membros informarem suas leis, regulamentos, atos judiciais e administrativos que tratem de matérias de comércio reguladas pelos diversos acordos. A regra constitui a “boa fé” internacional na constituição de interesses comuns e, portanto, deve ser defendida como necessária na constituição de organizações multilaterais de *good faith*.

Com certa ironia, seria possível afirmar que, não sendo o “livre mercado” dotado de onisciência para conhecer as peculiaridades acordadas em cada Estado, a comunidade internacional necessita de uma regra que fixe a obrigação de se *informar* o mercado a respeito das novas conjunturas sobre as quais “ele” naturalmente exercerá seu determinismo.

A “boa fé” também necessita, para exercer sua finalidade constitutiva, de um ambiente de “boa fé”, o que não ocorre nas trocas multilaterais. A constituição de princípios gerais, cláusulas, regras e exceções, como tem sido visto, favorecem o equilíbrio econômico dos países industrializados, tendo o *princípio da publicidade* como um ato de colaboração benéfico em relação às economias pobres.

No TRIPs, o art. 63, na Parte V do Acordo, estabelece o *princípio da transparência*:

Art. 63.1: As leis e regulamentos e as decisões judiciais e administrativas finais de aplicação geral, relativas à matéria deste Acordo (...) que forem colocadas em vigor por um Membro serão publicadas ou, quando essa publicação não for conveniente, serão tomadas medidas públicas, num idioma nacional, de modo a permitir que Governos e titulares de direito delas tomem conhecimento.

A expectativa de comportamento informa a comunidade internacional a respeito das ocorrências envolvendo matérias específicas de cada Estado. Os países centrais

observam atentos e procuram manter-se informados sobre as políticas públicas e privadas dos países periféricos além de, em grande parte dos casos, participarem da elaboração dessas matérias por intermédio de organismos financeiros (FMI e Banco Mundial), ou por vias mais agressivas, como a aplicação unilateral de sanções.<sup>80</sup>

A cláusula da publicidade atua como um atestado de 'boa-fé' por parte dos países pobres aos países ricos. Internacionalistas reconhecem a aplicação de protecionismos como impeditivos à realização do princípio da transparência.<sup>81</sup> O aumento de tarifas, as cotas restritivas, as cláusulas de salvaguarda, os subsídios a exportações e as barreiras técnicas são algumas modalidades de *neoprotecionismos* praticados amplamente por economias industrializadas e que, em essência, representam impeditivos ao livre comércio.

Muitas informações consideradas estratégicas para economias de países industrializados são mantidas na categoria de *segredo de Estado*, não sendo partilhadas no ambiente internacional. Considerando-se a atuação amplamente protecionista de setores da indústria americana, não há razão para se esperar o cumprimento voluntário do princípio da transparência por este e por outros países que constantemente descumprem regras mais objetivas e estritas que este princípio.

## 8 Cooperação Técnica e Alfabetização das Nações

Cooperação define-se como a associação de esforços em busca de vantagens recíprocas. Assim como os demais, este princípio também está presente em todos os acordos de comércio internacional, mas, ao contrário dos anteriores, não se baseia na suposta igualdade entre nações. Define-se pela necessidade de auxiliar países *em desenvolvimento* na construção do arcabouço técnico-legislativo necessário para o adequado e fluido funcionamento das regras de comércio do "direito global".

Definem-se na OMC dois tipos de cooperação: a) interna, no âmbito da OMC entre seus membros; b) externa com a TRIPs e a OMPI e outras organizações internacionais.

No caso da propriedade intelectual, a previsão da cláusula inclui a cessão de pessoal técnico qualificado para a elaboração e para o entendimento de normas técnicas, como também o devido treinamento para a prevenção contra abusos de direito. Assim determina o definido no art. 67:

Art. 67: A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos Membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de

<sup>80</sup> Lembrar do conflito, já comentado, entre EUA x Brasil no caso dos *softwares* e dos *medicamentos*. A sanção e o temor pela incidência de novas sanções e desgastes diplomáticos serviu de guia para a submissão do país aos interesses internacionais em matéria de propriedade intelectual.

<sup>81</sup> PRONER, "Desenvolvimento econômico como limite ao desenvolvimento humano", *op.cit.*, p. 100.

proteção dos direitos de propriedade intelectual bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fornecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.

A deficiência técnica de economias periféricas recebe a resposta cooperativa que transforma suas legislações nacionais em “leis de padrão internacional” como delas dispõem países desenvolvidos. O “direito global”, neste sentido, plenifica-se de simbologia que o traduz como sendo algo do “Primeiro Mundo”, civilizado, que supõe progresso e desenvolvimento.

A hipótese de cooperação técnica para a propriedade intelectual significa a adequação das normas internas às exigências do TRIPs. Trata-se, em essência, de um *condicionamento* que não se cumpre implícita mas explicitamente, com previsão normativa que estabelece a possibilidade de intervenção cooperativa dos técnicos do “direito global” no direito interno de um país periférico a fim de ajustar as condições de aplicação, e, no caso da propriedade intelectual, das normas do TRIPs.

Um dos importantes alertas realizados pela organização não-governamental Médicos Sem Fronteira (MSF) refere-se à utilização perniciosa da assistência técnica no caso da implementação do TRIPs e da Declaração de Doha sobre TRIPs e Saúde Pública, que será analisada em outro capítulo:

*Infelizmente alguns países têm recebido assistência técnica inapropriada e perigosa de fontes bilaterais e multilaterais, refletindo mais os interesses do provedor do que do recipiente. Um exemplo proeminente é da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), que é uma agência das Nações Unidas que possui um acordo com a OMC para fornecer assistência técnica e legal aos seus países membros. A OMPI tem sido extremamente lenta em considerar a Declaração de Doha em suas atividades.*<sup>82</sup>

A assistência técnica, conclui a MSF, pode ser freqüentemente lesiva aos interesses de nações em desenvolvimento, principalmente quando a relação de poder hegemônico apresenta-se em total desequilíbrio, prevalecendo um dos pólos com preponderância hegemônica. Essa situação ocorre com maior freqüência em acordos bilaterais e regionais de comércio.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> MÉDICOS SEM FRONTEIRA. “Doha descarrilhou: Relatório sobre o acordo TRIPs e acesso a medicamentos” apresentando da 5ª Conferência Ministerial da OMC, Cancun, 2003. <<http://www.msf.org.br/noticia/cancun.pdf>>, em 19 de junho de 2004.

<sup>83</sup> Ainda sobre o tema patentes de medicamentos, os EUA vêm negociando uma série de acordos comerciais bilaterais ou regionais com vistas a enfraquecer ou até mesmo anular os efeitos da Declaração de Doha, que institui garantias aos países periféricos (ver capítulo quinto). O exemplo mais severo encontra-se na Área de Livre Comércio das Américas – ALCA – que, como proposta, prevê limites circunstanciais sob os quais licenças compulsórias podem ser emitidas, limites às importações paralelas, direitos exclusivos sobre testes de produtos farmacêuticos. Além da ALCA, os EUA estão negociando atualmente acordos com a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua (na América Central), República



### Considerações Finais

As cláusulas e princípios anteriores poderiam ser interpretadas a partir de *lacunas legais* em favor das economias *em desenvolvimento*, considerando a ressalva de que *melhor algum direito a nenhum direito*. Esse resgate do direito internacional com papel emancipatório encontra formas diversas e valiosas de argumentação, como por exemplo o papel do direito da integração fortalecendo demandas regionais em contraposição ao multilateralismo da OMC, ou mesmo a utilização das exceções temporais e condicionais para economias com menor potencial relativo.

A idéia da análise crítica realizada no presente artigo teve como objetivo premente retirar do corpo normativo seus aspectos instrumentais, responsáveis pela subordinação (*condicionamento*) de economias periféricas em benefício de economias industrializadas, na tentativa de desmistificar algumas das mais reiterantes exigências da ordem internacional de comércio.

Esta *condicionalidade*, conforme estudada, dá origem à conjectura de autonomia das normas e princípios de direito econômico, tornando-os auto-evidentes e condicionantes das condutas no plano internacional e no plano interno. Reconhecer a mística presente nas cláusulas gerais de comércio abre caminho para a formulação de alternativas negociadoras diversas das atuais, conforme já ocorrido em momento histórico menos assimétrico, favorecendo maior equilíbrio na distribuição de poder mundial.

## Solidariedade Fiscal e a Substancial Inconstitucionalidade da Contribuição dos Inativos. Para uma Necessária Revisão da ADIN nº 3.128-DF

Octavio Campos Fischer\*

**Resumo:** Procuramos desenvolver no presente trabalho uma análise crítica da ADIN nº 3.128 do Supremo Tribunal Federal, na qual se julgou constitucional a Contribuição dos Inativos, e, de forma geral, uma crítica contundente ao problema da legitimidade do tributo no Brasil. Neste sentido, fundamentamos nosso raciocínio na idéia de que o princípio da solidariedade na tributação não pode ser tomado isoladamente. Todos devem contribuir, é verdade; mas os fins devem ser legítimos. Assim, se deve haver solidariedade no pagamento do tributo, deve haver moralidade na sua aplicação. Do contrário, a exação passa a ter um *déficit* de legitimidade. Especificamente, o que se verifica no Brasil é um Estado que mais se orgulha, mensalmente, de bater recordes de arrecadação, quando, por se tratar de um Estado que se pretende um Estado Democrático de Direito, deveria estar focado em bater recordes de prestação de serviços públicos com qualidade para toda a sociedade.

**Abstract:** In the present work we tried to develop a critical analysis of ADIN no. 3128 of the Federal Supreme Court, in which the Contributions of the Inatives was judged as constitutional and in a general way, a cutting criticism to the problem of the legitimacy of the tribute in Brazil. In this sense, we base our reasoning in the idea that the solidarity principle of tributation cannot be taken separately. Everyone has to contribute, it is true, but the aims must be legitimate. Thus, if there must be solidarity in the payment of the tribute, there must be morality in its application. Otherwise, the strict charge starts to have a *déficit* of legitimacy. Specifically, what happens in Brazil is a State being prouder of breaking monthly collection records, when, being a State, pretentiously a Democratic State of Right, it should be focusing the records of qualified public services for the whole society instead.

**Palavras-Chave:** Solidariedade fiscal, legitimação do tributo no brasil, contribuição dos inativos, inconstitucionalidade, desvio de poder.

**Key-words:** Fiscal solidarity, legitimacy of the tribute in Brazil, Contribution of the Inatives, Unconstitutionality, power deviation.

\* Mestre e Doutor em Direito Tributário pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). Membro do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Representação da CNI). Advogado e Parecerista em Curitiba/PR. e-mail: [octavio@octaviofischer.com.br](mailto:octavio@octaviofischer.com.br).

*Nós queremos as contribuições pagas, com justiça,  
mas queremos o povo protegido com eficácia.  
(...)*

*Doutro modo o imposto é um roubo fiscal.  
Um roubo porque o Estado não cumpre o contrato cívico:  
recebe a sua quota e não faz o serviço.  
(Eça de Queiroz).*

*Não existe nada mais solidário do que a mediocridade.  
(Carlos Heitor Cony).*

### **1 Considerações Iniciais: O Tão Almejado “Paraíso Fiscal”**

Com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 41/2003, procurou-se encontrar, novamente, uma legitimação constitucional para instituir a “Contribuição de Servidores Inativos e Pensionistas”. O tema é bastante polêmico e envolve não somente considerações jurídicas, como, também, políticas e, principalmente, econômicas. Do ponto de vista jurídico, dificilmente, encontramos doutrina que seja favorável a essa contribuição. Aliás, desde já, é preciso deixar claro que a “questão tributária” no Brasil, como um todo, não reclama mais uma solução normativa, mas, tão somente, uma solução cultural. Porque há uma forte cultura de desrespeito à Constituição, que, urgentemente, precisa ser banida de nosso convívio social.

Para tanto, um primeiro e importante passo está em reconhecermos que as agressões à Constituição partem não só do Poder Público, mas, também, dos próprios integrantes da sociedade. Normalmente, transferimos a culpa pelo desgaste da normatividade constitucional a um ente abstrato (o “Estado”) ou às pessoas que nele trabalham. Mas esquecemos que esse ente abstrato é formado por cidadãos, por membros da sociedade que, quando nele ingressam, trazem consigo todos os valores que regem seus comportamentos na esfera privada. É possível dizer, assim, que *os vícios públicos, fundamentalmente, têm origem privada*.

Por isto que, não adianta alterarmos, constantemente, a Constituição com a ilusão de que, simplesmente assim, mudaremos a nossa realidade e alcançaremos “O Paraíso Fiscal” (um local onde todos os tributos sejam perfeitos, adequados, não arbitrários e, principalmente, destinados corretamente ao fim para o qual são criados)!

Os fatos, por si só, comprovam esta afirmação. Criou-se uma insensata “cultura de reformas”. São 54 Emendas Constitucionais (06 de Revisão e 48 “normais”). Se contarmos todos os dispositivos alterados (ainda que mais de uma vez), verificaremos que mais de 60% da Constituição de 1988 já foi reformada. A tributação cresceu absurdamente. Houve um enxugamento da “máquina estatal”. Mas não tivemos uma melhoria significativa na retribuição pelo que contribuímos e, por conseqüência, a sociedade brasileira continua vivendo em conflito com o Estado (paradoxalmente, um ente que, em tese, teria sido criado para realizar o “bem comum” em favor da sociedade!).

## 2 O Império da Lógica Econômica e a Constituição como Instrumento de Governo

Quando tratamos da Contribuição a ser paga pelos inativos e pensionistas, devemos ter em mente, também, que através dessa “cultura de reformas constitucionais”, que historicamente se implantou e fixou profundas raízes no Brasil (“governar é reformar” parece ser o lema da nossa política), transparece a forte sensação de que o Poder Público, especialmente (mas não exclusivamente) em matéria tributária, privilegia a lógica econômica em total detrimento às determinações jurídico-constitucionais.<sup>1</sup> Não se vê o direito como um limite à atuação, mas como um obstáculo (à governabilidade) que deve ser superado para se alcançar os fins desejados.

Assim, se as Emendas Constitucionais demoram a ser aprovadas não é porque se tem preocupação com possível ofensa a direitos fundamentais, mas, simplesmente, porque ainda não se alcançou um consenso político necessário. Isto demonstra que, em nosso País, apesar do profundo avanço que a Teoria Constitucional tem experimentado, notadamente no sentido de desenvolver um sentimento constitucional forte, ainda não temos a Constituição como um instrumento de limitação do governo. Muito pelo contrário. Infelizmente, desde 1824, em maior ou menor grau, as Constituições podem ser vistas como reféns, marionetes do Poder Público.

É claro que, de 1988 para cá, já fizemos muito.<sup>2</sup> Não vamos ser radicais e cétricos e pensar que a atual Constituição é uma mera *folha de papel* (Lassale). Mas, as 54 intervenções normativas realizadas em pouco mais de 17 anos são um sinal de que ela sequer se firmou como um instrumento de limitação do poder político, no sentido que o constitucionalismo moderno instaurou,<sup>3</sup> quanto mais como um instrumento de direção daquele (para a realização de direitos sociais).

*Em verdade, temos a sensação de que, há muito, procura-se fazer da Constituição um mero instrumento de governo; uma espécie de normatização de programas dos partidos políticos dominantes.*

<sup>1</sup> MARTINEZ, Wladimir. “A contribuição previdenciária dos servidores federais inativos e seus pensionistas”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 44, São Paulo: Dialética, 1999, p. 150.

<sup>2</sup> Luis Roberto Barroso tem o seguinte pensamento: “A viagem no tempo reforça a constatação evidente: um País muito melhor do que antes. Conforme o espírito e a ideologia de cada um, pode-se ter maior ou menor apreço pelo elenco; pode-se criticar o enredo, o texto e até, supremo preconceito, a incultura da platéia. Mas é inegável”, temos uma história de sucesso. (BARROSO, Luis Roberto. “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988”. In \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4).

<sup>3</sup>Sobre este assunto, Karl Loewenstein leciona que “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad existente. (...) En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político” (*Teoría de la constitucion*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, pp. 150, 151).

No direito tributário, ramo fortemente marcado por uma visão liberal da Constituição, se, de um lado, a doutrina procura robustecer a tese da existência de um *Estatuto do Contribuinte*, de outro, percebemos que a jurisprudência vem se mostrando cada vez mais sensível a argumentos econômicos em favor do interesse estatal (camuflado em interesse público) e, portanto, mais restritiva em relação aos direitos fundamentais.<sup>4</sup> E, se assim continuar, não tardará o momento em que presenciaremos a adoção irrestrita de uma espécie de *Teoria da Deferência Judicial*: "...allí donde caben diferentes opciones interpretativas, no hay ningún motivo para que la interpretación de la Constitución realizada por el legislador quede anulada por outra interpretación posible realizada por el Tribunal Supremo, más aún cuando este último presenta un déficit de legitimidad democrática del que carece el legislador, que es el representante del pueblo".<sup>5</sup>

Sem querermos ingressar na discussão a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil,<sup>6</sup> não podemos deixar de registrar que, a cada dia, torna-se mais dramático o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) para uma justa averiguação da validade da legislação tributária, pois não basta apenas decidir; é necessário decidir rápido, tão logo o STF seja provocado, sob pena de ter que levar em consideração o argumento de que o Poder Público não tem como restituir o tributo pago indevidamente ou, se o fizer, terá que ser instituído novo tributo ou majorado o já existente para compensar o déficit orçamentário provocado pela decisão judicial. Para além disto, é importante tomar consciência de que o STF, também, deve controlar (e, em certa medida, colaborar para direcionar adequadamente) os gastos tributários (a destinação efetiva do tributo), sob pena de quebrarmos a solidariedade que legitima o tributo.

### 3 Solidariedade, Neoconstitucionalismo e Tributação

Neste ponto, é importante tocar em uma relevante questão de fundo para a compreensão do problema tributário no Brasil: a legitimação do tributo.

A teoria do direito tributário não pode deixar de perceber que a recente reaproximação entre moral e direito tende a causar uma profunda mudança de perspectiva na compreensão do direito tributário, na medida em que este não pode mais ser encarado como uma "ilha isolada no meio do oceano constitucional". A partir do momento que a Teoria Constitucional (i) consolidou a distinção entre "texto de lei"

<sup>4</sup> Especificamente em relação ao Supremo Tribunal Federal, ver: ÁVILA, Humberto. "Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance". In *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. nº 07, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 98.

<sup>5</sup> PORRAS, Javier Dorado. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 13.

<sup>6</sup> Sobre o assunto, ver nosso FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

(“programa normativo”) e “norma” (esta não é somente o juízo que se faz daquele, mas, também, uma construção de sentido envolvendo, ainda, o “âmbito normativo”,<sup>7</sup> a partir de uma “razão dialógica”) e (ii) assentou que os princípios não são apenas normas, mas, mais do que isto, são normas que trazem para o ordenamento jurídico os valores aceitos e buscados por uma determinada sociedade (estabelecem um elo entre os valores e as regras), reconhece-se que o sistema jurídico é um sistema (semanticamente) aberto<sup>8</sup> e que isto produz importantes conseqüências para a tributação e para a relação entre Poder Público e contribuinte. Aliás, a abertura do sistema é uma condição necessária para a sua própria manutenção, porque se a Constituição reflete um desejo faustiano de permanência dos valores fundamentais<sup>9</sup> e se pretende resolver “...as múltiplas situações críticas historicamente cambiantes seu conteúdo deverá permanecer necessariamente aberto ao tempo”.<sup>10</sup>

Fala-se, então, em pós-positivismo e, mais recentemente, em neoconstitucionalismo,<sup>11</sup> termos ainda não muito bem definidos, mas que estão sendo utilizados na tentativa de indicar um movimento não muito claro de superação do positivismo tradicional e o reconhecimento de que inexistia possibilidade de uma

<sup>7</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 53 e ss.

<sup>8</sup> Como pondera Heloísa Carpena, “Há atualmente marcante preocupação da ciência jurídica com a abertura do sistema, que se caracteriza pela juridicização dos princípios, bem como pela possibilidade de suas mutações, seja pela descoberta de novos princípios, novos conhecimentos da ciência jurídica ou por modificações na jurisprudência, de forma a tornar o sistema mais dinâmico” (“Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”). In TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 374).

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 11.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. “Concepto y cualidad de la Constitución”. In \_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 18.

<sup>11</sup> Na esteira de Paulo Ricardo Schier, constitucionalista da Unibrasil, “Precisou o neo-constitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, falamos do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhecemos certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união lingüística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios. (...) Em linhas gerais, essas são algumas das ousadias do neo-constitucionalismo. (...) Precisávamos de referenciais teóricos para justificar a normatividade integral da Constituição e, com isso, permitir a luta por sua também integral realização. Por isso foi inevitável, primeiramente pela via da assunção da dogmática constitucional principialista, também a assunção de outros pressupostos e instrumentais do neo-constitucionalismo” (“Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais”). In <[http://www.unibrasil.com.br/detalhe\\_categoria.asp?id=427](http://www.unibrasil.com.br/detalhe_categoria.asp?id=427)>. Acesso em 04.09.05). Para outras considerações sobre o assunto, sugiro, também, a leitura do livro *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), organizado por Miguel Carbonell e que conta com a participação de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Riccardo Guastini, Suzana Pozzolo, dentre outros. Ainda, é importante o contato com trabalho de Luis Prieto Sanchis: *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2003).

separação – quanto mais uma separação rígida – entre Direito e Moral. Também, já não se acredita mais em neutralidade, imparcialidade, em verdade única, porque se passou a ver na interpretação uma atividade aberta e de difícil controle, que reclama uma argumentação pujante, sólida e honesta para se legitimar. “Mas o dado mais importante”, nesta virada kantiana, assevera Ricardo Lobo Torres, “é que a Constituição, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, e não a lei formal, passa a ser o centro da normatividade jurídica. No direito tributário é visível a nova abordagem constitucional da relação jurídica tributária, que continua a se definir como obrigação *ex lege*, mas que aparece totalmente vinculada pelos direitos fundamentais”.<sup>12</sup>

Muda-se com isto, porém, o modo de enxergar o direito tributário. Se o princípio da segurança jurídica, que se desdobra, inicialmente, na legalidade, na anterioridade e na irretroatividade, é o pilar – por excelência - do Estado de Direito, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, passa a ser um dos seus pilares. Este discurso abre espaço para uma nova constitucionalização do direito tributário, com o apontamento de valores como boa-fé, moralidade, proibição de abuso, razoabilidade, dentre outros, que não possuem um conteúdo objetivado, nem um território delineado de forma rigorosa.

Não que as garantias do cidadão contra a atividade tributária possam ser mitigadas ou relativizadas. Não que se venha a admitir, por exemplo, que a legalidade na instituição ou na majoração de um tributo possa ser objeto de ponderação de valores ou de interesses constitucionalmente protegidos. Não. Muito pelo contrário. É certo que se deve superar “a crença algum tanto ingênua na possibilidade de permanente fechamento dos conceitos tributários, como se nesse ramo do direito [no direito tributário] houvesse a perfeita adequação entre pensamento e linguagem e se tornasse viável a plenitude semântica dos conceitos”.<sup>13</sup> É certo, também, que os direitos e as garantias do contribuinte não podem ser utilizados abusivamente, de forma a aniquilar a idéia de capacidade contributiva e de justiça fiscal.<sup>14</sup> Todavia, esse introduzir de uma dimensão substancial no mundo jurídico deve, antes, significar uma nova possibilidade de fortalecimento e de realização dos direitos fundamentais, no reconhecimento de que o positivismo não foi capaz de lidar com todas as formas de tributação realizadas para além do permitido pelo ordenamento jurídico.

<sup>12</sup> *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 411, 412.

<sup>13</sup> *Idem. ibidem*, pp. 425, 426.

<sup>14</sup> Sobre o assunto, veja-se o nosso: Abuso de direito: o ilícito atípico no direito tributário. In GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Ademais, cresce em importância aqui, em nosso modo de pensar, o papel do Orçamento, que possibilita uma nova configuração da cidadania fiscal. Fernando Scaff é incisivo e certo na sua avaliação a respeito da questão, defendendo “a existência do princípio da afetação para as contribuições, o que obrigaria o sujeito ativo da obrigação a utilizar sua arrecadação nas finalidades que geraram sua criação, bem como que as contribuições se configuram como uma expressão dos direitos humanos de segunda dimensão”.<sup>15</sup> Daí que é possível dizer que, agora, a legitimidade de um tributo não se funda tão somente na compatibilidade de sua regra-matriz com o texto constitucional. É imperioso que a destinação dos recursos dele oriundos esteja de acordo com a Carta Magna, não só no plano normativo, mas, principalmente, no plano fático. O resgate da idéia de cidadania mostra-se, assim, importante para o direito tributário, pois se trata de uma noção que, nas lições de Ricardo Lobo Torres, “pode contribuir extraordinariamente para o equilíbrio entre valores e princípios e para a sua concretização na era dos direitos”.<sup>16</sup>

Portanto, a questão que se põe em torno da legitimação do tributo demonstra que se está a cambiar o paradigma de compreensão do direito tributário.

Tradicionalmente, a Teoria da Tributação no Brasil vem enxergando o direito tributário como um *Estatuto do Contribuinte*: um conjunto de regras e princípios erigidos para defender o cidadão contra os arbítrios tributários do Poder Público. Reflexo disto está na forma como as Constituições Brasileiras, e, em especial, a Constituição de 1988, trataram do assunto.

Desde 1965, com a Emenda nº 18, passamos a contar com um (sub) sistema constitucional dedicado integralmente à matéria tributária. A atual Constituição, por exemplo, definiu rigorosamente os termos em que a tributação pode ser realizada no Brasil. Nisto, não se encontra paralelo em qualquer outra Constituição dos demais países.

Tem-se, aqui, uma Constituição que estabeleceu, minuciosamente, (i) quem pode criar os tributos, (ii) quais os tributos (suas espécies e sub-espécies) que podem ser criados e seus respectivos desenhos estruturais (indicação dos possíveis sujeitos passíveis, dos “fatos geradores” possíveis, das bases de cálculo possíveis dos impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios), (iii) quais os limites que devem ser seguidos na criação dos tributos (princípios e imunidades) e (iv) qual a destinação que pode e qual a que não pode ser dada aos mesmos. Isto é, o regime jurídico-tributário brasileiro foi fundamentalmente estruturado pela Constituição de 1988, sendo certo – e inquestionável – concluir que podemos daí retirar, inclusive, um *conceito constitucional de tributo*.

<sup>15</sup> “A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição”. In \_\_\_\_\_ & MAUÉS, Antônio G. Moreira. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 96.

<sup>16</sup> “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In \_\_\_\_\_ (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 324.



Do contrário, não faria sentido a Constituição estabelecer regras tão rígidas e minuciosas a respeito da competência tributária e dos direitos e garantias do contribuinte que funcionam como limites ao exercício daquela. É que o conceito de tributo é um conceito nuclear para o direito tributário, porque saber o que é o tributo é saber até onde se aplicam todas as normas constitucionais tributárias. Dito de outra forma, saber se tributo é "a+b+c" ou se é "a+b+c+d+e" é definir o campo de atuação daquelas.

Bem por isto não se pode deixar nas mãos do legislador infraconstitucional liberdade para conceituar o tributo, sob pena de deixar nas suas mãos a definição do âmbito de aplicação das normas constitucionais tributárias e que, justamente, a ele são dirigidas. Ou seja, dar condições ao legislador infraconstitucional de conceituar o tributo é o mesmo que lhe conferir poderes sobre até onde devem ser aplicadas as normas constitucionais tributárias. É conferir a um poder constituído um poder para limitar a obra do poder constituinte.

Neste sentido, vemos a prescrição do art. 146, III, "a" da CF/88, mais como uma determinação para o legislador infraconstitucional esclarecer, tornar explícito o que se encontra nas entrelinhas da Constituição do que como um comando para estabelecer como quiser o conceito de tributo.

Felizmente, o art. 3º do Código Tributário Nacional, apesar dos excessos de linguagem, não se põs em conflito com a Carta Magna. Ao contrário, parece ter deixado claro que o conceito de tributo, implicitamente adotado por essa, é de uma prestação pecuniária compulsória que não seja sanção por ato ilícito.

Portanto, se determinada figura, independente do nome, estipular uma prestação pecuniária compulsória e que não tenha a natureza de uma sanção por um ato ilícito, tributo será; como é o caso das Contribuições, exceto a do art. 8º, IV, primeira parte, CF/88.

Outra conseqüência de suma importância é que, pelo menos neste ramo do direito, o uso do direito comparado, no Brasil, deve ser visto com certas reservas e muita cautela. Afinal, os poderes constituídos, aqui, têm muito menos liberdade de atuação do que os seus pares em outros países.

É verdade que, a importação de teorizações desenvolvidas em outros países pode, sem dúvida alguma, ajudar a abrir novos caminhos para a compreensão do nosso direito, mas é uma tarefa muito árdua, complexa e que deve ser realizada com extremo rigor, sem precipitações. Não basta, simplesmente, verificar a existência de normas semelhantes no direito estrangeiro, porque, ainda que o sistema jurídico de dois países sejam totalmente idênticos, a experiência social envolvida em cada um deles pode levar à sua distinção.

Lembramos aqui que o ordenamento jurídico é formado por normas e não por textos de lei. E aquelas, na lição de Paulo de Barros Carvalho,<sup>17</sup> são o resultado do juízo que fazemos da leitura destes. Portanto, se um texto de lei pode ser o mesmo em dois

<sup>17</sup> *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 7, 8.

países, a norma que dele deriva, certamente, terá grandes chances de ser diferente, porque, aí, estamos lidando com o componente humano, com o intérprete, sua história, crenças e convívio social.

Neste sentido, diz Andreas Krell, baseando-se em João M. Adeodato, que “os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira”. E continua: “Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômicos-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”.<sup>18</sup>

Além disto, o jurista, no estudo da comparação, deve procurar analisar atenciosamente (i) todo o sistema no qual se inclui a regra que ele busca estudar; (ii) qual a interpretação que a doutrina e a jurisprudência conferem a esta regra; (iii) qual a eficácia da regra jurídica no ordenamento comparado e, finalmente, além de outros, (iv) os problemas de tradução e da linguagem jurídica .

Assim, o que temos de reter em mente é que as especificidades do direito brasileiro devem ser testadas e postas em prática no seu limite pelos poderes constituídos, sem a preocupação de que isso possa ou não ter correspondência alguma com o que se pratica no direito alienígena. Evidentemente, esta atitude pode levar ao rompimento de tradições e afetar concepções já solidificadas. Mas, o operador jurídico no Brasil deve saber aplicar a Constituição brasileira a partir de seus próprios pressupostos e não à luz do que foi construído em outras comunidades, porque, do contrário, podemos cair em qualquer uma das situações mencionadas por Martin Shapiro:

*“Comparative law becomes one of two things. Either it is a kind of curious cultural adornment worn to amuse and amaze the mundane, or it is a catalogue of bits and pieces rather arbitrarily, but nonetheless usefully, arranged to serve the legal bricoleur. If our garden wall of law seems to be crumbling or our door to be sticking, we may leaf through the catalogue to see what we can borrow from some other legal system to mend our legal collapse or friction. Of course, to each call: ‘It worked there, it might work here’. comes the response: ‘But there is different from here’.”<sup>19</sup>*

<sup>18</sup> KRELL, Andreas. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 36. Sobre o assunto, também, são importantes as considerações desenvolvidas no livro *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, organizado por Diego L. Garrido, Marcos Feo Massó Garrote e Lúcio Pegoraro (GARRIDO, Diego L.; GARRÓTE, Marcos F. M.; PEGORARO, Lúcio. *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. pp. 46, 47).

<sup>19</sup> SHAPIRO, Martin. “The success of judicial review”. In KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. *Constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: St. Martin's Press, Inc., 1999. pp. 193, 194.

Todavia, não se quer fazer defesa de um xenofobismo teórico, mas apenas fixar a idéia de que as soluções propostas no presente trabalho não serão buscadas irrefletidamente no direito comparado. Queremos consignar que o apoio no direito alienígena far-se-á apenas e na medida em que o mesmo seja necessário e útil para conferir melhor e maior efetividade ao direito brasileiro, porque, voltamos a frisar, se, de um lado, o estudo do direito comparado é importantíssimo, pois nos oferta a possibilidade de melhor conhecer e aperfeiçoar o nosso próprio direito, por outro, é um campo cheio de armadilhas, onde o jurista pode ser levado a fazer importações inócuas, inoportunas e até mesmo perigosas para o desenvolvimento do direito brasileiro.<sup>20</sup>

O ponto de partida reside no fato de que o (Sub) Sistema Constitucional Tributário de 1988 é forte na defesa do cidadão e na limitação ao poder público. Trata-se de uma conquista importante.

Por isto, com o reconhecimento de uma mudança de paradigma na tributação, não se pode defender a superação e o abandono do “direito tributário de defesa”. A nova dimensão (e não geração) do direito tributário não pretende destruir e esquecer a segurança jurídica, não pretende enfraquecer qualquer “direito fundamental”. Muito pelo contrário.

A questão é que, quando se fala, de forma irretocável, como fez Paulo Bonavides, que “Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições”,<sup>21</sup> devemos compreendê-los não somente em sua primeira dimensão, pois, para além dos direitos de oposição ao Estado, há os direitos a prestações positivas deste (assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.), que são de segunda dimensão e os de terceira dimensão.<sup>22</sup>

Portanto, se enxergamos o direito tributário apenas como um *Estatuto do Contribuinte*, no sentido de ser um conjunto de normas protetoras do contribuinte contra o exercício abusivo da tributação, temos que reconhecer que estamos a lidar com uma visão parcial da realidade constitucional.

Trata-se, por certo, de uma concepção política e historicamente situada em um contexto onde se tem por tradição uma tributação excessiva, não razoável e instável; onde o poder público é o primeiro a desobedecer a Constituição. Aliás, a

<sup>20</sup> Em erudita palestra, José Carlos Barbosa Moreira, tratando dos mitos que envolvem o discurso a respeito do futuro de uma Justiça melhor, toca na delicada questão da “supervalorização dos modelos estrangeiros”. Para este renomado processualista, há uma enorme e relevante diferença entre “a atenção crescente ao direito comparado” e “o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros”, recomendando “cautela necessária para não submeter o transplante [do direito estrangeiro] ao risco manifesto de rejeição” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 102, 2001, pp. 233, 235).

<sup>21</sup> *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 553.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 50.

existência de um tratamento tão minucioso e exaustivo da matéria tributária na Constituição de 1988 bem retrata a dificuldade do Poder Público em submeter-se aos ditames do ordenamento jurídico. Não fosse isto, não precisaríamos ter tantas normas constitucionais tributárias!

Todavia, o gozo dos direitos do contribuinte não pode ser de tal forma abusiva que venha a afetar a concretização dos demais direitos fundamentais. Principalmente, porque, a partir das precisas lições de Ingo Sarlet, "...a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta tão somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional..."<sup>23</sup>

O princípio da unidade axiológica da Constituição pode auxiliar, aqui, no sentido de evitar que um choque entre as normas constitucionais provoque o aniquilar de uma em benefício de outra. Em caso de conflito, recorre-se à técnica da "ponderação", onde a doutrina moderna reconhece que tem papel de destaque "...a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais"<sup>24</sup> No mesmo sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro assevera que "...o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades"<sup>25/26</sup>

Esta visão da Constituição Aberta, certamente, pode contribuir para um aprimoramento da hermenêutica tributária. A interpretação dos direitos fundamentais do contribuinte, também, deve trabalhar para a realização do princípio da dignidade do ser humano. Mais do que isto, é importante reconhecer que os direitos fundamentais do contribuinte não se resumem aos direitos de primeira dimensão. Não há somente direitos do contribuinte de não pagar tributos inválidos ou direitos de não se submeter ao tributo mais oneroso. Porque é importante ter em mente que o pagamento do tributo é um pressuposto necessário para a realização de todos os direitos. Neste sentido, deve-se romper com a cultura de "não pagar tributo porque não se tem retorno em serviços adequados", uma vez que a realização

<sup>23</sup> *Idem. ibidem*, pp. 47, 48.

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional". In BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109.

<sup>25</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 15, 16.

<sup>26</sup> Ricardo Lobo Torres pondera que "Com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais". (p. 13).

dos direitos fundamentais, mesmo os de primeira dimensão, tem um custo.<sup>27</sup> Aliás, Ricardo Lobo Torres faz uma interessante leitura dos direitos sociais que os coloca em intensa interação com aqueles. Preconiza uma transformação dos direitos sociais em mínimo existencial, no sentido de que “O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade. (...) O mínimo existencial protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”.<sup>28</sup>

Por certo, então, que o princípio da dignidade do ser humano, no direito tributário, pode ser visto, ao menos, sob duas perspectivas: uma negativa e outra positiva. Naquela, proíbe-se uma tributação que atinja níveis excessivos, que incida sobre o mínimo necessário para uma existência digna, impedindo o desenvolvimento pessoal, profissional e nacional. Afinal, se um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é o desenvolvimento nacional, então a carga tributária não pode funcionar como óbice à sua realização. Nas palavras de Betina Treiger Grupenmacher, “O Estado Democrático está, portanto, adstrito aos compromissos de liberdade e igualdade materiais, objetivando uma vida digna para todos”.<sup>29</sup>

De outro lado, a dignidade do ser humano, em sua feição positiva, no direito tributário, apóia-se nas idéias de solidariedade e de capacidade contributiva positiva. A escolha constitucional de um Estado Democrático de Direito, cujos objetivos principais são a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*, torna o direito tributário um instrumento à disposição da realização destes fins.<sup>30</sup> É que, na esteira de José Fernando de Castro Farias, “A racionalidade do direito de solidariedade,..., representa uma mudança no modo

<sup>27</sup> Sobre o assunto, interessante é o trabalho de SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: Norton, 1999. A partir da lição destes autores, Flávio Galdino sustenta que, em verdade, todos os direitos são “direitos positivos”: “Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos, ou, o que é pior, em direitos fundamentais “gratuitos”, até porque, como já se pode perceber, direitos não nascem em árvores” (O custo dos direitos. TORRES, Ricardo Lobo [org.]. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215).

<sup>28</sup> “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

<sup>29</sup> “Tributação e direitos fundamentais”. In FISCHER, Octavio Campos. *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 15.

<sup>30</sup> Veja-se o estudo de GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

de pensar as relações indivíduo/sociedade e indivíduo/Estado. Ela forma um conjunto de práticas positivas constitutivas de um novo imaginário político-jurídico que podemos chamar de Estado de solidariedade”.<sup>31</sup>

Portanto, em nosso entendimento, é a partir do princípio da dignidade do ser humano que podemos extrair a conclusão de que o contribuinte não pode gozar de um direito de forma abusiva. Aqui, temos que ser firmes ao sustentar que o direito ao planejamento tributário – como todo e qualquer direito aliás – não é um direito absoluto. Há sim liberdade para uma auto-organização das atividades do contribuinte de tal forma que incida menos tributo. Mas, esta liberdade deve ser balanceada com o princípio da capacidade contributiva, de tal forma que não se legitime situações em que contribuintes com largo potencial contributivo venham a pagar menos do que aqueles que não possuem capacidade econômica expressiva.

#### 4 Solidariedade e Tredestinação

Como se vê, estamos a tomar um discurso de cunho fortemente social; na visão de Marco Aurélio Greco: “não podemos ver a tributação apenas como técnica arrecadatória ou de proteção ao patrimônio; devemos vê-la também da perspectiva da viabilização da dimensão social do ser humano”.<sup>32</sup> Mas, é um discurso que não se pode legitimar de forma unilateral. É dizer, a reaproximação entre direito e moral na tributação e o prestigiar a idéia de solidariedade na tributação têm uma outra ponta que é a necessidade do Poder Público usar os recursos tributários de forma legítima, perante o sistema constitucional.

Frise-se: o discurso da solidariedade não pode servir apenas como um pretexto para tributar mais.

É justamente neste ponto que a *curva legitimidade do tributo* se perde em países moralmente fracos.

Em tais Estados, a má utilização do dinheiro do tributo acarreta um desvalor muito grande na idéia de solidariedade, porque a sociedade (i) não consegue sentir os benefícios da sua contribuição e, assim, (ii) passa a ter a sensação de que o tributo muito se assemelha a uma espoliação do seu patrimônio. O tributo, por conseqüência, passa a ter um maior índice de rejeição,<sup>33</sup> fomentando-se a realização de planejamentos tributários ou a pura evasão fiscal.

<sup>31</sup> *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 285.

<sup>32</sup> “Solidariedade social e tributação”. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 179.

<sup>33</sup> Por maiores que sejam os benefícios, o tributo será sempre, em qualquer sociedade e em maior ou em menor medida, considerado um “mal necessário”. Cabe ao Poder Público demonstrar os benefícios que a sua existência é capaz de trazer.

É neste contexto que se deve enxergar a tributação no Brasil. Solidariedade é, equivocadamente, assemelhada à idéia de maior tributação,<sup>34</sup> sem compromisso efetivo com a utilização dos recursos captados da sociedade para a realização de um Estado Democrático de Direito.<sup>35</sup>

Entramos, aqui, no campo da vedação à tredestinação; da proibição do desvio de finalidade. É preciso conscientização para o fato de que um tributo não se legitima mais se utilizado para fins diversos do interesse público calçado na Constituição.<sup>36</sup> É claro que a expressão *interesse público* é de difícil percepção, porquanto, como bem leciona Marçal Justen Filho, ... Mas, não se pode admitir a utilização livre e espúria da arrecadação tributária, mormente em relação àqueles tributos que a própria Constituição estabeleceu uma específica destinação.

A questão não é apenas teórica. Vive-se em um Estado que mais se orgulha de bater níveis recordes de arrecadação do que de prestação de serviços de qualidade em favor da sociedade! Por isto, José Marcos Domingues de Oliveira, a partir de informações do próprio Poder Público, asseverou: "O desvio dos recursos afetados a determinados projetos constitucionais insinua-se também no campo da Seguridade Social onde já é notório que o Governo dela se serve para 'garantir superávit primário' destinado ao pagamento da dívida pública, que a carga tributária crescente nunca chega a custear.

Assim, com base em dados do Siafi – Sistema Integrado de Administração Financeira, noticia-se que nos primeiros seis meses de 2003 a União Federal usou mais de R\$ 26 bilhões da Seguridade para o fim acima assinalado: dos R\$ 8 bilhões então arrecadados com a CSLL – contribuição social sobre o lucro líquido, R\$ 3,7 bilhões foram *retidos*; dos R\$ 35,5 bilhões da contribuição previdenciária, R\$ 781 milhões retidos; dos R\$ 27,4 bilhões da Cofins, R\$ 24 bilhões retidos. Enquanto isso a Receita Federal anuncia um incremento de arrecadação de 8.9% de CSLL e de 21,25% de Cofins entre abril de 2003 e 2004".<sup>37</sup>

*Em suma, se deve haver solidariedade no pagamento, deve haver moralidade na destinação dos tributos.* Do contrário, o tributo torna-se inconstitucional.

É neste específico contexto que se deve enxergar o problema da Contribuição Social sobre Inativos e Pensionistas.

<sup>34</sup> Para uma crítica a respeito dessa idéia, ver SACCHETTO, Cláudio. "O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano". In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coords.). Solidariedade social e tributação. *Op.cit.*, pp. 31-34.

<sup>35</sup> Nota-se isto, inclusive, na doutrina, porquanto não se tem uma preocupação maior com a figura do Orçamento, o seu controle e a sua realização. A disputa situa-se, fundamentalmente, no plano do "pagar mais" (defensores do Fisco) e do "não pagar" (defensores dos Contribuintes).

<sup>36</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. "Contribuições sociais, desvio de finalidade e a dita Reforma da Previdência Social Brasileira". In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 108. São Paulo: Dialética, 128, 2004.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p. 125.

## 5 Natureza Tributária das Contribuições dos Servidores Públicos

Poucos são os doutrinadores que, atualmente, sustentam a tese de que as Contribuições, em geral, não têm natureza tributária. Mencione-se, por exemplo, o pensamento de Valdir de Oliveira Rocha e a doutrina de Marco Aurélio Greco.

Em relação à Contribuição Social dos Servidores Públicos, tem-se o entendimento específico de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem ela não decorre de uma imposição do Poder Público e sim da adoção de um regime contributivo próprio: configuram-se como exação *pro labore facto*.<sup>38</sup>

Trata-se de uma concepção complexa e que merece uma análise mais detida. Em primeiro lugar, porque não se deixa levar pelo *nome* do instituto em questão. Afinal, é sabido que o nome é irrelevante para a caracterização da natureza jurídica de qualquer instituto, pois não é somente porque se chama *contribuição* que se trata de um tributo.

O mesmo se passa, como já mencionamos no item anterior, com a *contribuição confederativa*, prevista no inc. IV do art. 8º da CF/88. Apesar do nome, grande parte da doutrina, inclusive o Supremo Tribunal Federal, entende que não é um tributo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SINDICATO. CONTRIBUIÇÃO INSTITUÍDA PELA ASSEMBLÉIA GERAL: CARÁTER NÃO TRIBUTÁRIO. NÃO COMPULSORIEDADE. EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS: IMPOSSIBILIDADE DO DESCONTO. C.F., art. 8º, IV. I. - A contribuição confederativa, instituída pela assembléia geral - C.F., art. 8º, IV - distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário - C.F., art. 149 - assim compulsória. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato. II. - R.E. não conhecido.<sup>39</sup>

Aliás, poderíamos, até mesmo, utilizar o exemplo desta *contribuição confederativa* para corroborar o entendimento de Tércio Sampaio.

O art. 8º, IV da CF/88 prevê a existência de duas contribuições relativas à matéria sindical. De um lado, a *contribuição sindical*, de natureza tributária, compulsória, independente de filiação sindical e com previsão no art. 149 da CF/88 (Contribuição de Interesse de Categorias Profissionais/Econômicas). De outro, a referida *contribuição confederativa*, cobrada somente de quem é associado a um sindicato. Entretanto, como a filiação sindical não é obrigatória, tal contribuição não é compulsória e, portanto, não é tributo.

No caso dos servidores públicos, também poderíamos considerar que a sua contribuição não é tributo porque não se tem uma compulsoriedade no ingresso na

<sup>38</sup> *Aposentadoria dos servidores públicos e a legitimidade do regime contributivo da Emenda Constitucional n.º 20*. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 91, São Paulo: Dialética, 2003, p. 122.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 198092/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJU I de 11.10.96, p. 38509.



carreira pública. Assim como somente se filia a um sindicato quem quiser, também somente toma-se servidor público quem quiser. Ninguém é obrigado a se tornar servidor público e assim permanecer para o resto da vida. Por consequência, não há uma compulsoriedade no pagamento da contribuição: contribuem somente os que quiseram (e conseguiram) se tornar servidores públicos!

Tal raciocínio, porém, não nos parece adequado à presente situação. Apesar de entendermos,<sup>40</sup> na esteira do STF, que a *contribuição confederativa* não é tributo, as mesmas razões não podem ser estendidas à *contribuição dos servidores*.

A *contribuição confederativa* decorre de uma situação em que aquele que está contribuindo tem um certo domínio, uma certa autonomia em relação ao que dele está sendo exigido. O associado poderá votar e ser votado e com isto poderá participar, se quiser, na estipulação, em assembléia, do valor a ser pago a título de contribuição. Diferentemente, na *contribuição dos servidores*, a fixação do seu valor não depende de qualquer vontade destes, mas decorre de uma imposição do Poder Público. Sob esta ótica, trata-se, sim, de algo compulsório. Não seria tributo, entretanto, se o servidor tivesse alguma possibilidade de decidir o quanto deve contribuir, se a contribuição fosse fixada em assembléia ou, ainda, se tivesse um mínimo de possibilidade de escolher o tipo de contribuição que gostaria de fazer (sistema privado).

Neste contexto, entendemos que a *contribuição dos servidores* é tributo. Não, simplesmente, porque se encaixa no art. 3º do CTN; o que já seria fundamento suficiente para esta tese. Mas, porque se encaixa no conceito constitucional de tributo, supramencionado: é compulsória e não é sanção por ato ilícito.

De qualquer forma, entendemos que o fato da *contribuição dos servidores* ser ou não ser tributo não tem relação direta com a possibilidade de ser exigida dos servidores inativos e pensionistas.

## 6 A ADIN nº 3.128/DF

A Contribuição Social dos Inativos e Pensionistas passou a ter expressa previsão na Constituição de 1988 com a Emenda Constitucional nº 41/2003, que através de seu art. 4º, assim dispôs:

“Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

<sup>40</sup> FISCHER, Octavio Campos. *A Contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999.

O e. Supremo Tribunal Federal foi provocado, através da ADIN 3.128/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros dos Procuradores da República – ANPR, para se manifestar a respeito da legitimidade de tal alteração constitucional.

Alegou-se ofensa ao Direito Adquirido dos servidores que se aposentaram ou daqueles que preenchiam os requisitos para tanto até 19.12.03 (data da promulgação da EC 41/03), pois teriam eles o direito de aplicação da legislação vigente no momento da aposentadoria ou em que poderia pleiteá-la. Sustentou-se, ainda, a ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos.

A Ministra Ellen Gracie, como relatora, proferiu voto pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois restou agredido o princípio da proibição de bi-tributação (art. 154, I da CF/88), que se trata de garantia individual e, portanto, de cláusula pétrea. Por outro lado, trata-se de uma contribuição “despida de causa eficiente, posto que não corresponde à necessária contrapartida de novo benefício”, com o que se fere, também, “o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que impõe para o sistema previdenciário a manutenção do equilíbrio atuarial”. Tal voto foi seguido pelos Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

Todavia, não foi a orientação que predominou.

Em erudito e profundo voto, o Min. Cezar Peluso abriu a divergência, que foi acolhida pelos demais Ministros.

O Min. Cezar Peluso, após discorrer de forma brilhante sobre a natureza tributária das contribuições e sobre o histórico do regime previdenciário brasileiro, superou, um a um, os argumentos defendidos pelos autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

De forma muito apropriada, defendeu que não se pode alegar direito adquirido à não tributação, nem mesmo opor o princípio da irredutibilidade dos vencimentos à exigência de um tributo. Enfim, também, não acatou o raciocínio de que se está diante de uma ofensa ao princípio da proibição de bi-tributação, pois, em relação às contribuições, o mesmo deve ser ponderado não só a partir do binômio “fato gerador x base de cálculo”, como, especialmente, em função da finalidade e da destinação específica que tais tributos possuem. Afinal, o fato de tomar a mesma base de cálculo do que o Imposto de Renda não ofende qualquer preceito constitucional, eis que o próprio inciso II do art. 195 da CF/88 autoriza uma tal tributação.

Enfim, quanto à alegação de que se tem uma *contribuição sem causa*, o Ministro Cezar Peluso fundamentou o seu pensamento a partir da idéia de que a Constituição de 1988 instaurou um regime contributivo de cunho solidário e distributivo, em superação à idéia de um sistema solidário e distributivo ou apenas contributivo. Tal mudança se deu em razão de vários fatores, mas, especialmente, pelo “aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso aos

quadros funcionais públicos. Essa equação, de crescente pressão financeira sobre uma estrutura predominantemente solidária e distributiva, conduziria a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime”. Trata-se, aliás, no seu entender de uma questão que não é recente, nem específica do sistema brasileiro. Em outros países do mundo o sistema previdenciário tem sido objeto de intensas discussões e reformas.

Por outro lado, o sistema instaurado pela Constituição de 1988 se funda na idéia de *universalidade do custeio da seguridade social* (esta deve ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta), que poderia ser chamado de *princípio estrutural da solidariedade*.

Portanto, a bússola do v. acórdão do e. Supremo Tribunal Federal é a idéia de solidariedade/universalidade do custeio, que serve de fundamentação para um alargamento das bases de contribuição. É dizer, todos devem contribuir, inclusive os inativos e pensionistas.

### 7 Entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior

À luz da Emenda Constitucional n.º 20/1998, Tércio Sampaio Ferraz Júnior foi um dos poucos juristas a defender a validade da Contribuição Social dos Servidores Inativos e Pensionistas.

Sustentou que a imunidade do art. 195, II da CF/88, não se aplica ao regime de previdência dos servidores públicos, que é um regime próprio e não o geral, mesmo quando o §12º do art. 40, prescreve que “...o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”, pois esse art. 195, II nada tem a ver com tais “...requisitos e critérios do regime geral. *Caráter contributivo* não é nem condição nem requisito do regime geral. É característica do seu custeio”.<sup>41</sup> Além do mais, a Contribuição dos Servidores Públicos, incluindo os Inativos, não tem natureza tributária: “As contribuições sociais são *imposições* destinadas aos trabalhadores e demais segurados decorrentes de um poder de império e, por isso, sujeitas a um regime tributário, nos termos do *caput* do art. 149. Já as contribuições dos servidores não são, propriamente, imposições, fruto de ato de império, dirigidas aos seus funcionários, mas *componentes* da condição mesma de *ser servidor*, portanto, de natureza contratual/estatutária (“ato-união”), não submetidas ao mesmo regime tributária, mas às condições de custeio/financiamento público, próprias dos orçamentos fiscais. Daí não possuem a mesma natureza”.<sup>42</sup> Assim, se as

<sup>41</sup> “Aposentadoria dos servidores públicos e a legitimidade do regime contributivo da Emenda Constitucional n.º 20”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 91, São Paulo: Dialética, 2003, p. 121.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 121.

contribuições em tela não são “...imposições de um poder de império tributante, mas de uma exação *pro labore facto*, uma imunidade não faria sentido”.<sup>43</sup>

Há, neste entendimento, a idéia de que (a) as contribuições dos servidores públicos não são tributos e que (b) a regulamentação do sistema contributivo do art. 195 não tem ligação com o sistema do art. 40 e do §1º do art. 149 da CF/88.

### 8 A Imunidade do Art. 195, II da CF/88 e a Imunidade Implícita

Todavia, discordamos de tal orientação.

Antes de desenvolvermos nosso raciocínio sobre a validade da contribuição em questão, devemos reconhecer que está correta a tese de Tércio Sampaio de que imunidade do art. 195, II da CF/88, não se aplica ao regime contributivo dos servidores públicos. Não é só porque a aposentadoria e a pensão do regime geral de previdência social são imunes à Contribuição desse dispositivo que as aposentadorias e pensões no serviço público, também, são. Como bem explicou referido doutrinador, o regime próprio dos servidores possui um sistema contributivo diverso em relação ao regime geral de previdência.

Claro que se pudéssemos estender a imunidade em questão ao regime dos servidores públicos a alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 41/2003 no art. 40 da CF/88 seria, inquestionavelmente, inconstitucional. Nunca é demais lembrar – principalmente nos atuais tempos de desenfreada busca de recursos financeiros – que a imunidade é uma limitação ao poder de tributar que se traduz em uma garantia ao cidadão de não tributação. Como garantia de que não haverá tributo que é, a imunidade não pode ser abolida por Emenda Constitucional. Trata-se de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inc. IV da CF/88).<sup>44</sup> Trata-se, por isto, de um direito fundamental que, também, deve ser visto na sua *dimensão objetiva*: a imunidade não visa proteger o patrimônio de fulano ou sicrano, mas assenta-se em valores fundamentais da ordem jurídica, servindo de limite e “de norte para a ação de todos os poderes constituídos”.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>44</sup> Roque Carrazza bem leciona que “...a imunidade é uma incontornável garantia constitucional do contribuinte, que inibe a própria ação legislativa das pessoas políticas e, por maior razão, a ação administrativa (aplicativa da lei) e o labor exegético” (Imunidade, isenção e não-incidência. In: BARRETO, Aires F. e BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de iniciação em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 98). Por sua vez, no julgamento da ADNI 2.010-2/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, o STF, em sede liminar, utilizou, como um dos argumentos para não admitir a Contribuição dos Inativos, a interpretação sistemática do art. 40, §§8º e 12, combinado com citado art. 195, II, todos da CF/88. Por esta via, se adotada a tese de que as imunidades são cláusulas pétreas, a EC 41/2003, na parte em que autoriza a instituição da referida contribuição, é inconstitucional.

<sup>45</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais”. In \_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 153.

Mas, ao admitirmos que a imunidade do art. 195, II da CF/88, não se aplica ao sistema contributivo dos servidores públicos, não significa que aceitamos a tributação sobre a aposentadoria destes através de contribuições.

Tomamos de empréstimo, aqui, as lições de Ricardo Lobo Torres,<sup>46</sup> para sustentarmos que não há somente imunidade explícitas. Ao lado daquelas previstas expressamente no art. 150, inc. VI (e demais dispositivos), a normativa constitucional impõe, implicitamente, outras proibições de tributar. A rigor, a partir da distinção entre “texto de lei” e “norma”, podemos sustentar que toda norma de imunidade encontra-se implícita no texto constitucional. Portanto, é admissível sustentarmos que a instituição de uma *contribuição dos servidores inativos e pensionistas* pode esbarrar em proibição constitucional implícita.

### 9 A Inconstitucionalidade da Contribuição dos Inativos e Pensionistas na Doutrina

Aliás, como já mencionamos, muitos são os autores que sustentam ser inadmissível a instituição de uma *contribuição dos servidores inativos e pensionistas*. À luz da Emenda Constitucional n.º 41/2003, por exemplo, Sacha Calmon Navarro Coelho, após discorrer sobre o evidente caráter sinalagmático das contribuições sociais, sustentou que

“A tributação que se pretende 11% (onze por cento) sobre as aposentadorias e pensões do setor público inverte a lógica do sistema de repartição e fere o princípio da isonomia:

- Dentre todas as categoria de pagantes, os aposentados e pensionistas serão os maiores contribuintes do sistema previdenciário, em prol dos que vão se aposentar, rompendo com a lógica do sistema de repartição simples.

- Enquanto os aposentados e pensionistas do regime geral de previdência (RGPS), estão imunes à incidência da ‘contribuição’, os do setor público teriam que pagar 11% (onze por cento), para que os segurados em atividade se aposentem com proventos que jamais superarão o teto do regime previdenciário, ou seja, R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), em vero disparate atuarial e escândalo de desigualdade.

A contribuição dos inativos – a partir da unificação dos sistema previdenciário brasileiro – além de ter perdido objeto, porque a *atuação estatal* corporificada na concessão dos proventos a eles devidos já se materializou, se faz discriminatória, ferindo de morte o princípio da isonomia, na medida em que continua a valer a imunidade dos segurados do ex-regime geral (art. 195, II), estendida pelo STF aos funcionários públicos, numa interpretação conforme a Constituição<sup>47</sup>. Assim, “Não existe déficit previdenciário a justificar o sacrifício de aposentados e pensionistas, *os sujeitos primaciais do sistema previdenciário*”.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Sobre a distinção entre imunidade implícita e explícita, ver TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 88, 89.

<sup>47</sup> “A tributação dos inativos”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 103, São Paulo: Dialética, 2004, p. 167.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 171.

Paulo Pimenta demonstrou a inconstitucionalidade com base no direito adquirido, no princípio da segurança jurídica, no princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios e, também, no princípio da proporcionalidade. Neste, porque "...com a instituição da exação dos inativos buscou-se arrecadar mais recursos financeiros para o sistema de seguridade dos servidores públicos. No entanto, este desiderato poderia ser atingido por outros meios. Além disso, nada garante que esta nova modalidade de custeio será suficiente para o alcance do fim por ela visado. Sendo assim, ao nosso sentir o aspecto da adequação não se faz presente". Enfim, "A contribuição para a seguridade social dos servidores, exigida dos inativos, impõe um sacrifício irrazoável nos proventos dos aposentados".<sup>49</sup>

Crítica contunde, também, partiu de José Afonso da Silva. Em alentado Parecer elaborado a pedido da CONAMP e da AMB, desenvolveu a tese de que a *contribuição dos inativos e pensionistas* é inconstitucional porque é um *tributo sem causa* válida. Mais propriamente, a partir do contido na exposição de motivos da PEC 40, no sentido de que uma das principais razões para a instituição dessa contribuição é a necessidade de se "...contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente...", tem-se um *tributo de capitação*:

"De tudo isso se conclui que as razões (causas) dadas pela *Exposição de Motivos* para a criação da contribuição de previdência sobre os proventos de aposentadoria não têm uma conexão lógica com as finalidades que dão fundamento de legitimidade à sua exação. Portanto, não são causas reais, vinculadas. São utilizadas como simples pretextos para a sua criação, mas, como se viu acima, a simples menção da finalidade (causa) não satisfaz os princípios constitucionais da tributação. No caso ter-se-á uma contribuição *sem causa*, um tributo *sem causa*, incidente sobre certa categoria de pessoas, o que lhe dá caracterização de *tributo de capitação*".<sup>50</sup>

Por outro lado, tal contribuição, também, pode ser vista como uma espécie de "taxa cívique", porque os inativos são chamados a 'contribuir para a cobertura de vultoso desequilíbrio financeiro', a título de solidariedade".<sup>51</sup> É que, a partir do momento em que o servidor adquire direito à aposentadoria, cumpre todos os requisitos, inclusive o de ter contribuído, "...qualquer outra incidência sobre ele dali por diante não tem mais vinculação com a finalidade previdenciária. É preciso reafirmar que, no sistema previdenciário de participação, a solidariedade dos trabalhadores está vinculada com a vantagem pessoal que ele auferirá no futuro. Se ele já auferiu a vantagem, não há mais finalidade em sua participação".<sup>52</sup>

<sup>49</sup> "Da Contribuição dos Inativos para a Seguridade Social: inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 41/2003". In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 103, São Paulo: Dialética, 2004, p. 123.

<sup>50</sup> "Reforma da Previdência". In *Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: CONAMP, 2003, p. 43.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 44.

Assim, concluiu que, se não for considerado um *tributo sem causa*, é uma tributação desigual da renda, pois incide "...apenas sobre uma categoria de pessoas, num *bis in idem* ilegítimo, que caracteriza um tratamento desigual em relação a quem não pertence à mesma categoria".<sup>53</sup>

Carlos Valder Nascimento, nesta linha, também sustenta, que, em tal contribuição, "Não há a rigor nenhum benefício ou serviço criado, majorado ou estendido, que justifique a busca de nova fonte de custeio. Trata-se de contribuição sem causa, posto inexistir complementação de quaisquer benefícios previdenciários para os servidores inativos...".<sup>54</sup> Em verdade, operou-se "...inversões de papel na medida em que deixaram de ser beneficiários do sistema previdenciário para assumirem a condição de financiadores do plano securitário".<sup>55</sup> Ademais, com essa incidência, a carga tributária, nitidamente, passa a ser confiscatória, eis que insuportável ao assalariado. "Chegou a um limite avassalador, em razão da falta de criatividade dos gestores públicos, que buscam sempre soluções de menos esforço".<sup>56</sup> E, "...a continuar nesse ritmo, é bem provável que não muito longe o servidor receberá seu contracheque ZERADO em face da voracidade fiscal destinada a cobrir dívida resultante da má gestão do dinheiro público retirado do bolso do cidadão do contribuinte".<sup>57</sup>

À luz da Emenda Constitucional n.º 20/98 e da Lei n.º 9.783/99, Hugo de Brito Machado, também, emitiu profundo Parecer, onde sustenta que a tributação em questão é inconstitucional porque, contrariando o art. 3º da CF/88, é flagrantemente injusta. Partiu da idéia de que jamais teria ocorrido o repasse das contribuições da seguridade social arrecadadas pela Receita Federal e que, além da existência de outras possibilidades de tributação, o problema do déficit público estaria eliminado "...com a simples entrega à Previdência, dos valores arrecadados a título de Cofins e CSL".<sup>58</sup> Por fim, além de outros argumentos, entendeu não ser razoável exigir "...que alguém, depois de haver sido satisfeito no benefício a que tem direito, pela seguradora, venha a ser obrigado a pagar a esta, novamente, o mesmo prêmio que havia pago anteriormente".<sup>59</sup>

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>54</sup> "Contribuição Social dos Inativos: vulneração a princípios constitucionais". In NASCIMENTO, Carlos Valder; FERREIRA, Sérgio de Andréa e BARROS, Sérgio Resende de. *Reforma da previdência e contribuição dos inativos: direito adquirido e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2003, pp. 40, 41.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>58</sup> "Contribuição Social dos Aposentados – Lei n.º 9.783/99 – Inconstitucionalidades". In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 45, São Paulo: Dialética, 1999, p. 86.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 89.

## 10 Nosso Entendimento

É compreensível a existência de dificuldades financeiras e orçamentárias para o Poder Público. As vicissitudes econômicas, internas e internacionais, certamente, podem exigir um maior sacrifício da sociedade e do Estado. O que não se admite é que, em tais situações, o Poder Público opte sempre pela solução que lhe é mais cômoda, mais fácil: o aumento da carga tributária.

Moralmente, é repudiável a constante utilização de tributos para o atingir fins incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Neste sentido é que se deve entender a afirmação de Klaus Tipke, renomado tributarista alemão, de que “No puede sorprender que en ciertos sectores la lealtad a la Ley haya desaparecido como consecuencia del estado de la legislación”.<sup>60</sup> Se o tributo é instrumento para a construção de um Estado Democrático de Direito, para uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88), não deve ser utilizado seguidamente para cobrir déficits orçamentários. Assim, da mesma forma que o contribuinte não pode se utilizar abusivamente de seus direitos de liberdade e de propriedade, com o fim de escapar à incidência tributária, também, o Poder Público não pode utilizar-se abusivamente de sua competência tributária.

Em relação à *contribuição dos servidores inativos e pensionistas* temos um exemplo inquestionável de abuso do poder de tributar; um verdadeiro desvio de poder.

Pode até ser que, sob o aspecto formal, não se encontre qualquer óbice constitucional para a criação de um tal tributo. Afinal, tirante a questão da imunidade, não vislumbramos qualquer outra proibição expressa para esse intento. Ocorre que, a partir do momento que reconhecemos os princípios como normas e normas que trazem para o ordenamento jurídico os valores fundamentais de uma sociedade, a Constituição, também, deve ser analisada sob um ângulo material. Simplesmente, porque ela passa a ser vista como um parâmetro normativo de uma determinada concepção de justiça. Um *standard* de justiça.

Não há, assim, como se aceitar, com fundamento nas lições de Juarez Freitas, a aplicação de uma lei injusta. “Destarte, diante do problema máximo da aplicação jurídica – a lei injusta – cabe ao decisor, mesmo porque a lógica jurídica não é uma lógica formal ou abstrata, realizar uma interpretação teleológica ou finalística, recorrendo, primordialmente, aos princípios gerais do Direito e aos princípios fundamentais da Constituição, que estão...na base e simultaneamente no topo do sistema jurídico”.<sup>61</sup> Em suma: “...a tarefa do intérprete é buscar um sentido justo das normas jurídicas, as quais, como normas de conduta, sempre possuem duas facetas: uma justa, outra injusta”.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 125.

<sup>61</sup> *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Editora Vozes, 1989, p. 21.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 90.



Em nosso sentir, a *contribuição social dos inativos e pensionistas* possui uma substancial inconstitucionalidade, por se tratar de uma exigência flagrantemente injusta, como bem asseverou Hugo de Brito Machado. É injusta porque sua causa verdadeira não tem supedâneo constitucional: *cobrir déficit previdenciário*. Antes de tudo, seria importante verificar se todas as contribuições do art. 195 da CF/88 têm, na prática, como destino a seguridade social. Não se pode criar mais uma fonte de custeio se as já existentes não estão direcionadas para a sua verdadeira destinação.

De qualquer forma, é injusta, ainda, porque vai de encontro à lógica do sistema previdenciário contributivo, pelo qual há contribuição na ativa para ter-se um benefício (aposentadoria remunerada) quando se passa para a situação de inativo. Aliás, como bem asseverou Carlos Valder Nascimento, opera-se, com isto, "...inversões de papel na medida em que deixaram de ser beneficiários do sistema previdenciário para assumirem a condição de financiadores do plano securitário",<sup>63</sup> sem considerar que não se poderia aceitar a criação de mais uma fonte de custeio sem qualquer contrapartida por parte do Poder Público.

Neste último sentido, deparamo-nos com o maior problema dessa nova contribuição. À luz da mais moderna doutrina, ao regular o sistema tributário, a Constituição de 1988 adotou um método causal para alguns tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria) e um método finalístico para os demais (contribuições, imposto extraordinário e empréstimos compulsórios). Em relação às contribuições, de um modo geral, não houve uma maior preocupação com a sua materialidade, pois o texto constitucional "...se contentou em precisar a *finalidade* da exação. Vale dizer, a competência tributária, neste caso, é vinculada aos fins, não ao motivo (meios)".<sup>64</sup>

Mas, a estipulação de finalidades amplas não significa um *cheque em branco* em favor do Legislador. Porque, para alcançar as finalidades constitucionais, não podem ser utilizados quaisquer instrumentos e meios. O postulado da proporcionalidade exige, aqui, que o fim escolhido seja alcançado com meios adequados e não excessivos. Ademais, na esteira do que leciona Helenilson Cunha Pontes, "...não se concebe a exigência válida de contribuição sem que concretamente exista a realização da atuação estatal".<sup>65</sup> Não basta, portanto, dizer que uma contribuição está sendo criada para tal e qual finalidade, sem que exista uma atuação estatal em contrapartida (um novo benefício).

Interessante, nesta linha, é um entendimento do STF de que "*O Regime Contributivo é, por essência, um Regime de Caráter Eminentemente Retributivo. A Questão do Equilíbrio Atuarial (CF, art. 195, §5º). (...) Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no*

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>64</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.

<sup>65</sup> *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 161.

regime de previdência de caráter contributivo, *deve* haver, *necessariamente, correlação* entre custo e benefício. A existência de *estricta* vinculação causal entre *contribuição* e *benefício* põe em evidência a *correção* da fórmula segundo a qual *não pode* haver contribuição *sem* benefício, *nem benefício sem* contribuição”.<sup>66</sup>

Por outro lado, o fato da seguridade social ser regida pelo *princípio da universalidade do custeio* não significa que se deve levar em consideração toda e qualquer capacidade contributiva para fins de tributação. Afinal, como princípio que é, tal norma não pode ser encarada de forma absoluta. Não há princípios absolutos e que não possam ser ponderados. É importante retomar o que expusemos acima no sentido de que a solidariedade não pode ser vista somente como uma forma de aumentar a arrecadação. Solidariedade, também, se faz com retirada de tributação ou com a não tributação, porque “Se a exigência se dirige a sujeitos socialmente frágeis, ofende-se não só o mínimo vital, a *Existenzminimum* mas também a função social da propriedade porque, neste caso, ela cumpre uma função social de sobrevivência”.<sup>67</sup>

Do que se expôs, entendemos, portanto, que há uma imunidade implícita em relação aos valores percebidos pelos inativos e pensionistas contra uma contribuição previdenciária.<sup>68</sup> A Constituição proíbe a criação de um tal tributo, porque nele não se encontra uma legitimação jurídica justa. Trata-se de tributo para cobrir *déficit* que não haveria se ao sistema de seguridade social brasileiro fossem destinados todos os recursos constitucionalmente previstos. Bem por isto, terminamos o presente estudo tomando de empréstimo as lições de Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“Em realidade, ao assumir consciência do poderio da soberania fiscal, em sintonia com a conhecida máxima de Justice Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos (“*the power to tax is the power to destroy*”), o Estado democrático começa a acautelar-se contra os excessos de tributação, cuidando de estabelecer, pelo menos no plano teórico, um sistema de relações Fisco-Contribuinte em que já se impõe às exações fiscais a observância de limites de “razoabilidade”.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> BRASIL. “Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2, Liminar, Rel. Min. Celso de Mello”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 81, São Paulo: Dialética, 2002, p. 224.

<sup>67</sup> SACCHETTO, Cláudio. *O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano*. *Op.cit.*, p. 32.

<sup>68</sup> Claro que não se discute, aqui, a incidência do Imposto de Renda, porque este é um tributo que não exige uma justificação como a contribuição.

<sup>69</sup> *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 200.