



NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

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



NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2008/1

NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Volume 28 – jan/jun – 2008/1

Editora Chefe

Ana Maria D´Ávila Lopes

Editora Sub-chefe

Denise Lucena Cavalcante

Conselho Editorial

Ana Maria D´Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

Coordenador de Design Gráfico

Roberto Santos

Design Gráfico

John Harry

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Direito.



SOBRE OS AUTORES

Ana Maria D'Ávila Lopes

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Andréia da Silva Costa

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Curso de Direito das Faculdades Cearenses – FAC, da Faculdade de Fortaleza – FAFOR e da Faculdade Christus

Carmen Lúcia Macedo

Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro,(UFRJ).

Denise Almeida de Andrade

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora da UNIFOR e da Faculdade Christus. Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica da FAECE.

Elisa de Sousa Ribeiro

Graduanda em Direito pelo UniCEUB e bolsista do programa PIBIC-CNPq.

Emmanuel Furtado

Doutor em Direito. Professor Adjunto da Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Ceará. Juiz Titular 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

Fayga Silveira Bedê

Coordenadora de Atividades Complementares, Seminários e Extensão do Curso de Direito da Faculdade Christus. Coordenadora de Responsabilidade Social da Faculdade Christus. Coordenadora da Revista Opinião Jurídica. Professora universitária. Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Fernando B. Ferraz

Doutor em Direito pela PUC/SP Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Graduado em Educação, com Especialização em Ensino pela UFPI. Professor Associado I do Curso de Direito e do Curso Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Christus. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Francisco Davi Fernandes Peixoto

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista da CAPES.

Francisco Gérson Marques de Lima

Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal do Ceará (Graduação e Mestrado), Procurador Regional do Trabalho (PRT-7ª Região).

Germana Oliveira de Moraes

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Associada do Curso de Mestrado em Direito Constitucional e do Curso Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Juíza federal da Seção Judiciária do Ceará - TRF 5a Região. Ex-membro do Conselho Nacional de Justiça

Germana Parente Neiva Belchior

Professora de Ciência Política a Teoria Geral do Estado da Graduação em Direito da Faculdade Christus. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus.

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Doutora em Direito pela UFPE, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR, Consultora Técnico-Jurídico da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

Gretha Leite Maia

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Curso de Graduação da Faculdade Christus.

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

João Alves Silva

Membro adscrito do Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, e Pesquisador do Directorio Jurídico del Banco do Brasil (DIJUR) no Curso de Doutorado da Universidad de Buenos Aires (UBA).

Jorge Miranda

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Léa Auffret

Mestranda no Curso de Mestrado em Comércio com a América Latina da Université du Havre (França).

Leda Rouquayrol Guillemette

Diretora do Curso de Mestrado em Comércio com a América Latina da Université du Havre (França).

Leyza Ferreira Domingues

Mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB e bolsista do programa PROSUP/CAPES

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito. Professora Universitária.

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus. Fundação Escola de Advocacia do Estado do Ceará (FESAC-OAB/CE).

Roberta Laena Costa Jucá

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora e Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Membro da Comissão de Implantação e Acompanhamento da Lei Maria da Penha.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora do Uni-ceub e do IESB, Chefe de Gabinete de Ministra do Superior Tribunal Militar.

Vanessa Oliveira Batista

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Yamila M. Castagnola

Profesora de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad de Belgrano (UB), Becaria de Investigación UB e integrante del Proyecto UBACyT “Daños Producidos por Inundaciones. Percepción, Cuantificación y prevención: rol de Derecho y trascendencia social (Análisis del caso Santa Fe)”.



EDITORIAL

O Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará, com a autoridade de sua tradição e com o espírito crítico que caracteriza o seu corpo docente e discente, se renova.

No ano de 2008 está programado um conjunto de atividades de ensino, pesquisa e extensão que demonstra a dinâmica inovadora e atesta a importância do Programa no meio social em que está inserido.

A ampliação da grade curricular, com a criação de novas disciplinas, que em sua totalidade serão oferecidas, será importante ferramenta para a melhoria das atividades de ensino. Novos professores foram credenciados ao Programa.

Diversos grupos e projetos de pesquisa, sobre os mais variados temas, vinculados ao eixo temático do Programa, estão sendo desenvolvidos, oportunizando o desenvolvimento de pesquisas aos mestrandos e alunos da graduação. Em efetiva demonstração de solidariedade e em cumprimento de sua função social, tem sido oportunizada a participação de alunos de outras IES nos grupos e projetos de pesquisa.

Na extensão, destacam-se as atividades desenvolvidas no âmbito do CEDIC – Centro de Estudos de Direito Constitucional e do NECC – Núcleo de Estudos de Ciência Criminal, com a participação de mestrandos e alunos da graduação, com foco centrado nos direitos fundamentais, eixo temático do Programa.

Diversos eventos serão realizados ao longo do ano, merecendo referência especial o Congresso Franco-Brasileiro de Direito Constitucional, denominado Justiça Social no Século XXI: Alternativas Jurídicas, em comemoração aos 20 anos da Constituição Federal, que será realizado em outubro, reunindo professores do Programa e da Université Le Havre, da França, contando ainda com expositores de outras IES.

A Revista NOMOS é o veículo oficial do Programa, integralmente inserido no contexto de permanente renovação, contando com professores estrangeiros em seu conselho editorial, vincula os artigos ao eixo temático do Programa e evita a endogenia.

No Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará produz-se ciência, a NOMOS é o meio de sua divulgação.

Fortaleza, 15 de junho de 2008

João Luis Nogueira Matias
Coordenador



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

GÊNERO: FATOR DE DISCRIMINAÇÃO NA TEORIA E PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES
Ana Maria D'Ávila Lopes - Andréia da Silva Costa - Denise Almeida de Andrade - Roberta Laena Costa Jucá.....15

PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL
Emmanuel Furtado35

A SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO INVESTIGATIVO DE DESVELO DAS MAQUIAGENS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
Francisco Gérson Marques de Lima51

O PÚBLICO E O PRIVADO: DESLIZAMENTOS E RUPTURAS
Fayga Silveira Bedê69

PECULIARIDADES DA NAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO
Fernando B. Ferraz.....91

O BIODIREITO ATRAVÉS DO PRISMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Germana Oliveira de Moraes - Francisco Davi Fernandes Peixoto.....103

STF, LEGITIMIDADE E CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL
Germana Parente Neiva Belchior129

PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL E ANÁLISE DA VIDA PREGRESSA E DAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO
Gina Vidal Marçílio Pompeu.....147

INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO POLÍTICO DE CORNELIUS CASTORIADIS E SUA APLICABILIDADE NA COMPREENSÃO DA DEMOCRACIA
Gretha Leite Maia167

SEGURANÇA JURÍDICA E LEI COMPLEMENTAR
Hugo de Brito Machado179

NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO E O MARCO INICIAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	
<i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	191
PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	
<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	209
A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO	
<i>Samantha Ribeiro Meyer-Pflug</i>	221
O PATRIMÔNIO CULTURAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	
<i>Vanessa Oliveira Batista - Carmen Lúcia Macedo</i>	237
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
DAÑO AMBIENTAL Y OPINIÓN PÚBLICA: LA GENTE, LOS MEDIOS Y LA POLÍTICA	
<i>João Alves Silva - Yamila M. Castagnola</i>	263
NOTAS SOBRE O DIREITO DE PETIÇÃO	
<i>Jorge Miranda</i>	281
PARTENARIAT STRATEGIQUE UNION EUROPEENNE – BRESIL	
<i>Léda Rouquayrol Guillemette - Léa Auffret</i>	295
A ADESÃO DA VENEZUELA AO MERCOSUL: O MANIFESTO DA EXPANSÃO INTEGRACIONISTA	
<i>Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Leyza Ferreira Domingues. Elisa de Sousa Ribeiro</i>	311

DOUTRINA NACIONAL



GÊNERO: FATOR DE DISCRIMINAÇÃO NA TEORIA E PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES ^{*1}

Ana Maria D'Ávila Lopes ^{*2}
Roberta Laena Costa Jucá ^{*3}
Denise Almeida de Andrade ^{*4}
Andréia da Silva Costa ^{*5}

RESUMO

Durante a história da humanidade, os direitos das mulheres têm sido limitados e, às vezes, até totalmente negados pelo Estado. A sociedade ocidental, majoritariamente machista, tem sido dominada por valores masculinos e pela discriminação de gênero. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é evidenciar a necessidade de modificação dessa visão estigmatizadora da mulher por meio da redefinição da identidade feminina. Com essa finalidade, a partir de alguns problemas enfrentados pelas mulheres na sociedade brasileira – escassa participação política, tráfico para fins de exploração sexual e redução do planejamento familiar a práticas de controle de natalidade- serão questionadas as tradicionais construções valorativas e os padrões preconceituosos de comportamento impostos pela sociedade às mulheres, os quais muitas vezes são, senão a causa, fatores agravantes do problema. Somente, a partir desse novo entendimento, é que o Estado poderá elaborar políticas reais de promoção e proteção dos direitos das mulheres, assim como encontrar soluções efetivas para os entraves que diretamente as afetam.

Palavras-chave

Gênero. Direitos das mulheres. Feminismo. Participação política. Tráfico de mulheres. Direitos reprodutivos

^{*1} Texto elaborado a partir que dos resultados parciais de pesquisa realizada pelas autoras no âmbito das atividades do Centro de Pesquisa e Assessoramento em Bioética e Interculturalidade (CPABI).

^{*2} Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

^{*3} Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora e Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Membro da Comissão de Implantação e Acompanhamento da Lei Maria da Penha.

^{*4} Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora da UNIFOR e da Faculdade Christus. Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica da FAECE.

^{*5} Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Curso de Direito das Faculdades Cearenses – FAC, da Faculdade de Fortaleza – FAFOR e da Faculdade Christus.

RESUMEN

Durante la historia de la humanidad, los derechos de las mujeres fueron limitados y, algunas veces, hasta totalmente negados por el Estado. La sociedad occidental, mayoritariamente machista, há sido dominada por valores masculinos y por discriminación de género. En ese contexto, el objetivo de este trabajo es evidenciar la necesidad de modificación de esa visión estigmatizadora de la mujer por medio de la redefinición de la identidad femenina. Con esa finalidad, a partir de algunos problemas enfrentados por las mujeres en la sociedad brasileña – escasa participación política, tráfico para fines de explotación sexual y reducción de la planificación familiar a prácticas de control de natalidad- serán cuestionadas las tradicionales construcciones valorativas y los padrones preconceptuosos de comportamiento impuestos por la sociedad a las mujeres, los cuales muchas veces son, si no su causa, factores agravantes del problema. Solamente, a partir de ese nuevo entendimiento, es que el Estado podrá elaborar políticas reales de promoción y protección de los derechos de las mujeres, así como encontrar soluciones efectivas para las dificultades que directamente las afectan.

Palabras-clave

Género. Derechos de las mujeres. Feminismo. Participación política. Tráfico de mujeres. Derechos reproductivos.

1 INTRODUÇÃO

No início de um novo século, ainda há muito por fazer em relação à conquista da igualdade entre homens e mulheres. Ainda hoje, após mais de 25 séculos de história da civilização ocidental, é comum encontrar na mídia, notícias informando fatos nos quais uma mulher é a “primeira no mundo a fazer isso ou aquilo”.

O preconceito e a discriminação contra as mulheres continuam presentes na sociedade contemporânea, que persiste em repetir os erros do passado ao impor-lhes determinados padrões de comportamento concebidos como moral e socialmente bons ou corretos.

Esta é uma situação cuja origem remonta-se ao início da própria história do ser humano.

Nos tempos antigos, a sobrevivência da própria humanidade dependia da distribuição dos papéis das pessoas, com base nas suas qualidades ou habilidades físicas. Uma família para sobreviver precisava do maior número de membros, tanto para garantir a sua própria defesa, como para realizar as atividades básicas de sustento, como caçar, pescar, coletar frutos etc. Sendo assim, enquanto o homem se aventurava fora das paredes da caverna, a mulher nela tinha que permanecer, por estar grávida ou por ter que cuidar dos filhos pequenos.

Nessa estrutura social, os homens com melhores habilidades físicas eram os que conseguiam não apenas o sustento mínimo para sua família, mas também os que acumulavam riqueza, o que, por sua vez, lhes permitia dedicar-se a outras atividades, como a estruturação e organização de sua comunidade.

O homem com poder econômico era também aquele que acumulava poder político, ambos poderes impossíveis de serem alcançados pelas mulheres, cuja área de atuação limitava-se às quatro paredes de sua caverna, de seu lar.

O homem, que dominava o espaço público, era também aquele que dominava o espaço privado, porque era ele que trazia para a família o sustento, se tornando, portanto, o chefe da casa, o chefe da família.

A separação entre o espaço público e privado, entre o homem como ser público e a mulher como ser privado teve, assim, uma origem circunstanciada pela necessidade, pela luta pela sobrevivência. Essa estrutura hierárquica da sociedade tanto no sentido econômico, como político e social, vai se fixar historicamente, trazendo no seu bojo essa distinção de papéis entre homens e mulheres.

O topo da estrutura social vai ser ambicionado por todos, sendo necessário que, os que aí se encontram, busquem mecanismos de permanência no poder. Dentre estes, torna-se necessário reforçar a idéia de que o espaço público é lugar para os homens. Embora com a formação das cidades não fosse mais necessário que as mulheres ficassem em casa, em sua caverna, tendo filhos e mais filhos, era mantida a idéia de que o papel – o único papel - da mulher na sociedade era o de ser mãe e esposa.

O homem com poder econômico, político e social vai ser o criador não apenas das normas jurídicas, mas também das normas sociais que irão relegar a mulher a um segundo plano na sociedade.

As construções sociais preconceituosas sobre o que é bom ou correto no comportamento de uma mulher irão auxiliar o homem na sua luta pela permanência no poder.

E isso é o que é conhecido como gênero.

Gênero é o conjunto modificável de características culturais, sociais e educacionais atribuídas pela sociedade ao comportamento humano, qualificando-o de masculino ou feminino.

Sexo, diferentemente, é o conjunto de características físicas, biológicas e psicológicas, naturais e imodificáveis⁶, que qualificam um ser humano como homem ou como mulher.

O gênero é socialmente construído, o sexo é determinado biologicamente.

Tradicionalmente, os dois conceitos foram identificados como sinônimos. Assim, o gênero masculino era entendido como correspondente ao homem e o gênero feminino à mulher.

Nesse entendimento, o homem não pode ter um comportamento feminino, nem a mulher um comportamento masculino, porque isso implica ir contra os padrões comportamentais impostos pela sociedade como corretos, bons, adequados, verdadeiros, válidos, decentes.

⁶ Embora a cirurgia de mudança de sexo permita a alteração da aparência física dos órgãos e rasgos sexuais que identificam alguém como sendo mulher ou homem, geneticamente ainda não é possível alterar a condição biológica de alguém ter nascido mulher ou homem.

É exemplo de gênero, de construção social, afirmar que as meninas têm que brincar com bonecas e panelas e os meninos com espadas, carrinhos e bolas, porque são esses comportamentos femininos e masculinos que respectivamente devem ser esperados das meninas e dos meninos.

A origem dessa distinção é do tempo das cavernas. As meninas têm que se preparar para, quando adultas, se tornarem boas mães, boas donas de casa. Os meninos, por sua vez, têm que desenvolver a força física, as habilidades técnicas e intelectuais, para terem êxito no espaço público.

É feminino uma mulher chorar porque é feminino ser frágil. Já ocultar os sentimentos, não chorar, ser forte é masculino e, pelo tanto, é o comportamento que é esperado dos homens.

A boa mulher, a mulher honesta é a que sai da casa do pai direta e unicamente para casar e ter filhos e cuidar sempre deles e do marido. Porque feminino é ser mãe, ser esposa. O homem é o permanente caçador, o conquistador, o guerreiro, o lutador, porque masculino é acumular riqueza e poder para cuidar da família e do seu sustento.

Nessa separação da sociedade entre feminino/mulher e masculino/homem é que a discriminação de gênero contra a mulher tem sua origem.

Durante séculos, o espaço privado foi considerado como intocável pelo Estado. As únicas leis, elaboradas por homens, não buscavam reverter nem modificar essa situação de desigualdade, mas eram para exatamente o contrário, para assegurar, para manter, o poder do homem na família, no lar.

Isso porque o Direito, enquanto ciência social, não apenas vai refletir os valores da sociedade que pretende regular, mas vai ser, também, o valioso instrumento usado pelos homens para consolidar e manter seu poder, seu domínio na sociedade.

Assim, desde o direito romano existe a clássica distinção entre direito público e direito privado, sendo que neste último as regras de intervenção do Estado nas relações entre os particulares eram mínimas.

Aliado ao Direito, os preconceitos sociais, reforçados pela distinção de gênero que padroniza o comportamento das mulheres, vão contribuir para a consolidação dessa estrutura social machista e paternalista.

Estamos em pleno século 21, quando não mais é possível continuar aceitando essa situação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no caput do art. 1º, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual não mais é possível aceitar a separação absoluta entre espaço público e privado. O Estado não pode continuar ignorando a situação de discriminação que as mulheres continuam enfrentando.

É objetivo constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), evidenciando um

novo paradigma jurídico no qual toda pessoa, sem importar suas características materiais ou imateriais, tem os mesmos direitos que outra, banindo-se qualquer forma de discriminação, além das expressamente elencadas nessa norma.

A igualdade de todas as pessoas, como norma fundamental do Estado brasileiro, é reforçada no caput do art. 5º no qual se afirma que “todos são iguais perante a lei (...)”, devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do Liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal - no texto na norma - mas devendo ser interpretada como uma igualdade material - igualdade no texto e na aplicação na norma - impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. Essa exigência decorre do fato de que, embora enquanto ser humano toda pessoa é igual à outra, na sociedade não todos os seres humanos exercem ou cumprem o mesmo papel, encontrando-se alguns em situações de clara desvantagem em relação aos outros, o qual, por sua vez, exige do Estado a aplicação da norma conforme o caso concreto ou a previsão de normas especiais que visem a igualar os desiguais.

Nesse entendimento é que o inciso I do art. 5º prevê a igualdade entre homens e mulheres admitindo, porém, exceções previstas na própria Constituição, como, por exemplo, as normas sobre aposentadoria (alínea “a” do inciso III do §1º do artigo 40 e o §7º do artigo 201) que prevêem cinco anos menos às mulheres para se aposentarem – seja por idade ou por tempo de contribuição – haja vista a dupla jornada de trabalho enfrentada pela mulher que, na sua quase totalidade, além de trabalhar fora de casa tem que cuidar de todos os afazeres domésticos. Sem dúvida, esse é um tratamento jurídico formalmente desigual, mas materialmente igual, na medida em que considera uma situação fática de diferença entre homens e mulheres que, embora em alguns países seja uma diferença superada e que no Brasil já estejam começando a aparecer algumas exceções a esse padrão comportamental, ainda é uma situação majoritariamente presente na sociedade, que o Estado não pode deixar de considerar, sob pena de incorrer em grave injustiça.

Com o intuito de evidenciar a necessidade da reformulação não apenas das normas jurídicas, mas das políticas públicas para reverter a situação de desigualdade em que as mulheres se encontram, é que a seguir se apresentam três problemas sociais onde a discriminação de gênero joga um papel determinante na sua configuração. Trata-se da escassa participação política das mulheres nos espaços formais de poder, do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, e do enfoque machista na aplicação das normas e políticas públicas no âmbito dos direitos reprodutivos das mulheres.

2 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES

2.1 Discriminação de gênero no direito de participação política

Considera-se participação política o processo de atuação do povo na esfera pública de um Estado, seja por meio da ação conjunta nos processos

decisórios formais e informais, seja por intermédio do planejamento e da atividade fiscalizadora.

A participação política é um processo social construído a cada dia, que permite ao homem se realizar como tal, "(...) é o próprio processo de criação do homem ao pensar e agir sobre os desafios da natureza e sobre os desafios sociais (...) um processo dinâmico e contraditório..."⁷, de enfrentamento dos problemas da sociedade e de reconhecimento da própria essência política do homem.

São pressupostos da participação prática do diálogo entre as partes – sociedade civil e Estado –, a conscientização do povo e a solidificação de uma cultura democrática, bem como a existência de mecanismos institucionais que lhes ofereça uma condição de permanência e regularidade.

Referido conceito guarda estreita relação com o de cidadania, esta entendida não só como a qualidade de possuir direitos e deveres, mas, sobretudo, como ação e mobilização de pessoas imbuídas do sentimento de solidariedade. É a consciência do povo da necessidade de se tomar parte na construção da esfera pública e no processo de decisão dos rumos da sociedade.

No Brasil, a participação é um direito fundamental do povo, concretizador do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo vários preceptivos reveladores do direito à participação, a começar pelo princípio da soberania popular, previsto no parágrafo único do seu artigo 1º, consoante o qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", e pelo regime democrático, previsto no *caput* do mesmo artigo.

Tais dispositivos prevêm, expressa e implicitamente, o direito à participação, inclusive no Título II, nominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", como, por exemplo, o artigo 14, cujo preceito estabelece o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Entretanto, a participação **política** não está adstrita aos institutos preconizados no artigo 14 da Constituição, havendo vários outros preceitos consagradores do direito à participação na Carta Magna, a exemplo do art. 144, que dispõe sobre a segurança pública, do art. 194, VII, que assegura a participação política na seguridade social, e os arts. 205 e 206, VI, que prevêm a gestão democrática da educação.

Propomo-nos a pensar o direito à participação como conquista maior do Estado Democrático de Direito e como síntese dos direitos humanos. (...) a formulação e implementação do direito à participação visa buscar a superação da exclusão social, pela possibilidade de ingresso dos excluídos do discurso democrático à mesa de debates (...)⁸.

⁷ SOUZA, Maria Luiza de. *Desenvolvimento de comunidade e participação*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2004, p. 81.

⁸ MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.119.

Participar ativamente das instâncias públicas de decisão é um direito fundamental. Primeiro, porque o direito à participação no Brasil traduz a noção de dignidade humana hoje prevista na ordem jurídica brasileira. De fato, influenciar nos atos de interesse da coletividade é condição básica das pessoas que a formam, sem a qual não se tem uma vida digna; significa, igualmente, concretizar os princípios constitucionais da soberania popular e do regime democrático. Nesse viés, Ingo Sarlet declara ser o direito de participação indissociável da noção de dignidade humana, porque “a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade) reclama a possibilidade concreta de participação na vontade geral”⁹.

Em segundo lugar, porque o direito à participação entremostra-se como elemento legitimador do Estado Democrático, na medida em que representa uma forma de controle estatal. Com efeito, o direito à participação permite tanto que o povo inspecione e acompanhe atos, órgãos e agentes públicos, como que as mais importantes decisões do Estado sejam por ele adotadas.

Pérez Luño, ao discorrer sobre o direito à participação política, pontua:

La participación se considera una condición necesaria de la actividad y funcionamiento del Estado social de Derecho y en especial en sus medidas de planificación económica, que para ser democrática exige la presencia activa de los afectados en la adopción de procedimientos (...)¹⁰.

Assim, a participação política é um processo que garante ao povo sua efetiva interferência na formação da vontade política do Estado, ou seja, na criação de políticas públicas, no planejamento, na fiscalização e na organização administrativa do Estado, sempre com a finalidade de concretizar práticas participativas e legitimar o Estado Democrático de Direito.

2.2 Legislação nacional e internacional

Especificamente no que se refere à participação política das mulheres, as alíneas “b” e “c” do artigo 7º da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* garantem, respectivamente, o direito das mulheres de “participar da formulação da política do Estado e na sua execução, de ocupar empregos públicos e de exercer todos os cargos públicos em todos os níveis de governo”, assim como de “participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país”. No mesmo viés, o artigo 14 do referido diploma legal resguarda o direito das mulheres que vivem em zonas rurais de “participar plenamente da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis” e de “participar de todas as atividades comunitárias”.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 208.

A *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* estipula no artigo 4º, 10, “o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões”¹¹.

Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 preconiza que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*) e expressamente dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Tais normas corporificam o princípio da igualdade, que, dirigido à atuação do legislador e aos particulares, tem por essência tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Ocorre que, apesar da natureza de direito fundamental da participação popular, e não obstante o alcance e o significado do princípio da igualdade, ainda não se tem no Brasil um cenário igualitário no que concerne à prática participativa, sendo fato incontestado a disparidade entre os índices de participação dos homens e das mulheres, mormente nas instâncias formais de decisão.

A discriminação de gênero consiste em uma das principais causas desse baixo índice de participação das mulheres.

Com efeito, fatores socialmente construídos, como a discriminação, a opressão, o machismo e o patriarcado, fizeram com que, durante um longo período, as mulheres não tivessem acesso às instâncias públicas de decisão.

Tais fatores têm raízes históricas. A discriminação contra a mulher remonta à Democracia Grega passando por influências religiosas da Idade Média e pelas teorias científicas do século XVI. Por muito tempo, a mulher foi excluída do conceito de cidadão e das instâncias de poder, cabendo ao homem exercer a cidadania e decidir os destinos da sua sociedade.

Com essa opressão, desenvolveu-se uma cultura machista de desvalorização da mulher. A sociedade cultuava, propagava e repassava a outras gerações valores representantes da dominação masculina e da submissão feminina, como se houvesse uma superioridade natural do homem que devesse ser aceita e ensinada às gerações futuras.

Edificou-se, assim, uma sociedade patriarcal que tinha o homem como chefe da família, responsável pelo sustento do lar e pela educação dos filhos, restando à mulher a função reprodutora e as tarefas domésticas. À mulher cabia o espaço privado, restando ao homem o domínio do espaço público. Para as mulheres, a política era assunto proibido.

¹¹ O artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, preconiza que os direitos e garantias expressos em tal preceptivo 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. Destarte, a ordem constitucional vigente reconhece como fundamentais os direitos constantes em referidos tratados, ressaltando-se que a citada expressão deve ser interpretada em sentido lato, abrangendo outros documentos internacionais, como os pactos e as convenções.

As marcas dessa história ainda podem ser vistas na sociedade atual. Apesar das conquistas femininas, como o direito ao voto, da evolução dos costumes, das reivindicações do movimento feminista¹² e de acontecimentos como as grandes guerras - que fizeram com que as mulheres assumissem tarefas tradicionalmente reservadas aos homens -, ainda não se vislumbra uma paridade entre os sexos neste tocante.

De todas as fronteiras, a da política foi, em todos os países, a mais difícil de transpor. Como a política é o centro da decisão e do poder, era considerada o apanágio e o negócio dos homens. A polis grega exclui as mulheres (...)

A idade média é 'máscula' (...)

A Revolução Francesa (...) reconduz a lei sálica, que exclui as mulheres da linha de sucessão, e acrescenta suas razões, todas romanas, para a exclusão política das mulheres¹³.

2.3 A participação política das mulheres no Brasil atual

O resultado desse processo histórico pode ser visto hoje na predominância masculina nos processos participativos, especialmente na ambiência dos poderes institucionais, como o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Se é verdade que a mulher tem cada vez mais tomado parte nos processos participativos informais – manifestações, associações de bairro, conselhos municipais, organizações não-governamentais, não é menos verdade que, nas instâncias formais de poder, o direito à participação concretiza-se mais com a presença dos homens do que com a atuação das mulheres, não sendo rara a disparidade percentual dos índices masculinos e femininos de participação. “Ainda existe um vazio da representação feminina nos quadros da política brasileira”¹⁴.

No que se refere à participação nas eleições, por exemplo, apesar de a Lei 9.504/97 prever percentuais mínimos de participação de candidatos dos sexos masculino e feminino (art. 10, § 3º¹⁵), a participação das mulheres brasileiras nas eleições de 2006 não demonstrou avanços em relação às eleições anteriores, em 2002. Para Presidência da República, apenas duas mulheres se candidataram; para os governos estaduais, as mulheres somaram 26 candidatas (12,68% do total de candidaturas), sendo que em 9 Estados nenhuma mulher se candidatou. No Senado Federal, o índice foi de 15,91% de candidatas mulheres, mas das 35

¹² No Brasil, o Partido Feminino foi fundado em 1910. Em 1918, foi organizado um movimento pelos direitos das mulheres, em 1919 foi criada a Legião da Mulher Brasileira e, em 1920, a Liga de Emancipação da Mulher.

¹³ PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. Tradução de Ângela M. S. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2007, p. 151.

¹⁴ GALVÃO FILHO, Francisco. *O papel da mulher na sociedade*. Fortaleza: [s.e], 2002, p. 91.

¹⁵ Art. 10, § 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

que se candidataram apenas 8 se elegeram; já a Câmara dos Deputados teve apenas 12,66% de mulheres candidatas. Por sua vez, as assembleias estaduais e câmaras municipais tiveram 1.784 (mil, setecentos e oitenta e quatro) candidatas mulher, significando apenas 14,22% do total das candidaturas¹⁶.

Outros exemplos podem ser constatados no Poder Judiciário. Atualmente, conta-se apenas com 2 (duas) mulheres no Supremo Tribunal Federal e 5 (cinco) no Superior Tribunal de Justiça; nos Tribunais Superiores os dados, a presença feminina se dá da seguinte forma: 5 (cinco) mulheres no Tribunal Superior do Trabalho, 1 (uma) no Tribunal Superior Eleitoral, na condição de ministra substituta, e 1 (uma) no Superior Tribunal Militar. Na Diretoria do Conselho Federal da OAB, há apenas 1 (uma) mulher, não havendo nenhuma figura feminina entre os Conselheiros Federais que representam o Ceará; nos demais Estados da Federação, apenas Mato Grosso, Pará, Alagoas, Rio Grande do Sul e Santa Catarina têm conselheiras mulheres. Na Defensoria Pública da União, dos 27 (vinte e sete) Estados apenas Rio Grande do Norte, Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás, Bahia, Piauí e Ceará contam com mulheres no cargo de Defensor Público Geral. Dos 63 (sessenta e três) Subprocuradores-gerais da República, somente 17 (dezesete) são mulheres, enquanto que, dos 23 (vinte e três) Subprocuradores-gerais do Trabalho, apenas 10 (dez) são do sexo feminino.

Diante desse quadro, afigura-se imperiosa a construção de políticas públicas que viabilizem uma maior participação política das mulheres, mormente nas instâncias formais de poder, garantindo-se, assim, a igualdade material preconizada pela Constituição de 1988. Apenas com o aumento desse índice de participação, as mulheres viverão o pleno exercício da cidadania e, conseqüentemente, o respeito à sua dignidade.

3 A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO COMO CIRCUNSTÂNCIA FAVORECEDORA AO CRIME DE TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

O tráfico de seres humanos vem causando grande repercussão no mundo, merecendo destaque tanto no contexto nacional como no internacional. A razão pela qual, nos dias de hoje, referida modalidade criminosa converge para si as atenções mundiais consiste na celeridade de seu alastramento por todo o globo.

Vários são os fenômenos trazidos pelos estudiosos do tema como possíveis causas favorecedoras do surgimento e incremento do tráfico de seres humanos no Brasil e no mundo. Damásio de Jesus, perguntado por que ocorre o tráfico de pessoas nos dias atuais, elenca a ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos, a discriminação de gênero, a violência

¹⁶ CFEMEA. *Dados estatísticos*. Eleições 2006. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/temasedados/detalhes.asp?IDTemasDados=154>. Acesso em: 01. 05. 2008.

contra a mulher, a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda, a instabilidade econômica, as guerras, os desastres naturais e a instabilidade política como algumas de suas possíveis causas.¹⁷

O tráfico de pessoas pode ocorrer tanto dentro de um mesmo país, quanto entre países e até mesmo entre diferentes continentes. O comércio humano se desenvolve paralelamente ao trânsito de mercadorias e, à medida que a globalização abre caminhos para as trocas comerciais, a migração de pessoas também não encontra muitos obstáculos, o que enseja o incremento desse tipo de comércio.

O comércio ilegal de pessoas para fins de exploração sexual se consubstancia em um dos negócios mais lucrativos para os grupos criminosos em razão dos altos valores recebidos e do baixo risco que lhe são inerentes. Para os traficantes e para os aliciadores é bem mais fácil e lucrativo comercializar seres humanos do que coisas, pois as pessoas podem ser “usadas” e vendidas repetidas vezes, tendo, assim, uma maior “durabilidade”, tornando-se um comércio mais promissor financeiramente do que os demais. Por outro lado, referido crime não precisa de grandes investimentos para ser realizado e se sustenta no desinteresse do Estado pela questão da migração internacional e da exploração sexual comercial, especialmente de mulheres e de crianças.

As vítimas de tráfico humano para fins de exploração sexual podem ser adultos, crianças e adolescentes de ambos os sexos. Todavia, o número de vítimas do sexo feminino é maior, sendo as mulheres o principal produto desse comércio mantido por homens que se “aproveitam” da necessidade de sobrevivência feminina para satisfazer seus desejos. Essa preferência repousa na histórica discriminação de gênero existente no Brasil e no mundo, que enquadrou as mulheres como objeto sexual masculino desde o início da história da civilização humana.

No passado, o homem tinha plena liberdade sexual, mantendo relações dessa natureza dentro e fora do casamento, “coisificando” mulheres, com exceção das que eram suas mães, esposas, filhas e irmãs. Havia mulheres que mereciam respeito, ficando em casa quase intocadas, e outras que eram desrespeitadas no seu físico e na sua moral, pois serviam unicamente para a satisfação sexual masculina, reforçando a virilidade e superioridade dos homens. Tal prática, infelizmente, ainda acontece no presente.

Embora exista uma grande corrente feminista que questione a visão da mulher como um ser indefeso, desprotegido e frágil, não se pode ignorar a histórica situação de discriminação por elas sofrida. Há, sem dúvida, um longo caminho a percorrer para distinguir a estigmatização da mulher como sexo frágil do reconhecimento da discriminação de gênero por ela sofrida. Afirmar que a mulher sofreu e sofre distinção de tratamento em relação ao homem e que sua

¹⁷ JESUS, Damásio. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

qualidade de vida ainda é precária, não significa afirmar que ela é frágil por natureza, mas sim porque a sociedade a relegou a essa condição.

Michele Perrot, sobre a histórica condição de submissão das mulheres imposta pela sociedade machista, assevera:

Evidentemente, a irrupção de uma presença e de uma fala femininas em locais que lhes eram até então proibidos, ou pouco familiares, é uma inovação do século 19 que muda o horizonte sonoro. Subsistem, no entanto, muitas zonas mudas e, no que se refere ao passado, um oceano de silêncio, ligado à partilha desigual dos traços, da memória e, ainda mais, da História, este relato que, por muito tempo, “esqueceu” as mulheres, como se, por seres destinadas à obscuridade da reprodução, inarredável, elas estivessem fora do tempo, ou ao menos do acontecimento.

(...)

O silêncio é comum às mulheres. Ele convém à sua posição secundária e subordinada. Ele cai bem em seus rostos, levemente sorridentes, não deformados pela impertinência do riso barulhento e viril. Bocas fechadas, lábios cerrados, pálpebras baixas, as mulheres só podem chorar, deixar as lágrimas correrem como água de uma inesgotável dor, da qual, segundo Michele, elas “detêm o sacerdócio”.¹⁸

Por outro, a desigualdade econômica torna-se um fator que agrava a situação de vulnerabilidade das mulheres, principalmente as de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. No mercado do sexo de vários países, mulheres e meninas são consideradas mercadorias, sendo vendidas a preços muito baixos. A discriminação de gênero, juntamente com os efeitos da globalização, com a legislação leniente ou mesmo inadequada e com a corrupção de autoridades públicas dão forma a um fenômeno que, hoje, se conhece por “feminilização da pobreza”. As estatísticas mundiais mostram que as mulheres e as crianças são as que mais sofrem em situações de crise econômica e de guerra. Elas detêm a menor parte do PIB *per capita* dos países, e o Índice de Desenvolvimento Humano, desagregado por sexo, mostra que as mulheres estão em condições de extrema desigualdade.¹⁹

Dayse Valença, em seu artigo intitulado “Feminilização da pobreza”, aduz o seguinte:

Dentro do cenário brasileiro, marcado pela desigualdade histórica que coloca mais de 50 milhões dos seus 180 milhões de habitantes abaixo da linha da pobreza, iremos tratar mais especificamente da situação das mulheres brasileiras. A Desigualdade de Gênero no Brasil é retratada pelo quadro de pobreza, desvalorização do trabalho e violência a que estão sub-

¹⁸ PERROT, Michelle. *As Mulheres ou os silêncios da História?* Tradução Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005, p. 9.

¹⁹ JESUS, D. op. cit. p. 20.

metidas milhões de mulheres em todo país. A discriminação de gênero, além de acentuar a pobreza, contribui significativamente para desvalorizar o papel da mulher em nossa sociedade.²⁰

Dados da PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios de 2001 – mostram que a taxa de desemprego das mulheres é cerca de 58% maior que a dos homens, e que os rendimentos médios são 21% inferiores por horas trabalhadas. O mais curioso é que entre os indivíduos que têm mais de 15 anos de estudos, as mulheres recebem 39% a menos. Comprovando de forma contundente que a discriminação é uma questão que está além das classes sociais e grau de escolaridade.²¹

O Brasil, juntamente com os demais países em desenvolvimento, é um dos principais fornecedores de mulheres às redes internacionais de tráfico de pessoas. Estes Estados são marcados e prejudicados por uma grande pobreza e por uma profunda desigualdade social, fatores que restam traduzidos na busca desesperada de seus cidadãos pela sobrevivência, em especial as mulheres, e na falta de perspectivas de vida futura, ambas características fomentadoras do tráfico de seres humanos.

Letícia Massula e Mônica Mello, citando dados coletados pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes, ilustram que:

São vários os casos de mulheres que são convidadas para trabalhar no exterior e lá descobrem que foram levadas para casas de prostituição, ou mesmo de mulheres que são atraídas para se prostituírem no exterior e lá têm documentos confiscados pelos aliciadores, sobre o pretexto de que têm que pagar pela estadia, comida e roupas, ficando em cárcere privado por deverem mais do que conseguem ganhar. Mais de 700.000 pessoas são traficadas todo ano com o propósito de exploração sexual e trabalho forçado. Elas são levadas para fora de seus países e vendidas para o que poderíamos chamar de “novo mercado da escravidão” segundo dados da divisão das Nações Unidas para Drogas e Crimes. Foi identificado que, no Brasil, o tráfico para fins sexuais é, predominantemente, de mulheres e garotas negras e morenas, com idade entre 15 e 27 anos.²²

Enquanto os Estados não se ocuparem em proteger e resguardar direitos iguais para ambos os sexos nem em promoverem igualdade de oportunidades em educação, moradia, alimentação e emprego ou aliviarem as mulheres do trabalho doméstico não remunerado, as mulheres continuarão sendo as vítimas preferenciais do crime organizado, migrando entre as fronteiras do mundo na busca de melhores condições de vida para elas e suas famílias.

²⁰ VALENÇA, Dayse. *Feminilização da pobreza*. Disponível em: <http://www.campo.org.br/artigo03.htm>. Acesso em: 28. 07. 2007.

²¹ *Ibidem*.

²² MASSULA, Letícia; MELLO, Mônica. *Tráfico de mulheres: prevenção, punição e proteção*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/Artigos/Art_Monica.htm. Acesso em: 23. 02. 2007.

4 PLANEJAMENTO FAMILIAR: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O redimensionamento do papel desempenhado pela mulher na sociedade também alcançou a discussão sobre o planejamento familiar outrora restrita ao âmbito doméstico. O Estado, responsável por garantir a igualdade entre homens e mulheres, tem assumido a função de propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao bom exercício do direito ao livre planejamento familiar.

Alguns documentos e algumas iniciativas internacionais corroboram a idéia acima exposta, a exemplo do Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos realizado no ano de 1984 em Amsterdã, quando foi defendido o direito à saúde e a autonomia das mulheres e dos casais na definição do número de filhos; da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) realizada na cidade do Cairo, em 1994, momento em que se estabeleceu um programa de ação que afirmou os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos; e, da IV Conferência Mundial da Mulher realizada em Pequim em 1995, na qual foi reafirmado o direito dos casais e indivíduos decidirem livremente sobre a definição do número de filhos e o espaçamento entre eles, a implementação dos direitos das mulheres e o direito de tomar decisões sobre os direitos reprodutivos sem sofrer discriminação, coação ou violência.

O planejamento familiar no Brasil apresenta-se, atualmente, como um conjunto complexo de iniciativas que envolvem diretamente os direitos reprodutivos dos indivíduos devendo, necessariamente, perpassar pela implementação de políticas públicas que visem à educação e informação da população, a fim de que a divulgação e a distribuição de meios anticonceptivos, a realização de esterilização feminina e/ou masculina, e a acessibilidade às técnicas de reprodução assistida se dêem de forma adequada e responsável.

Neste sentido, o disposto no artigo 226, § 7º, *in verbis*:

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

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito**, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifou-se).

Ocorre que os esforços envidados, até os dias atuais, para favorecer a efetivação do direito ao livre planejamento familiar, não se coadunam às peculiaridades e às especificidades inerentes à questão, pois no mais das vezes o planejamento familiar tem sido reduzido a controle de natalidade, na medida em que não vêm sendo contempladas práticas que transcendam os

métodos contraceptivos e a esterilização²³. Ademais, a maior parte das iniciativas continuam voltadas às mulheres, impondo-lhes os ônus subjacentes à realização do projeto parental.

Nessa medida, percebe-se ter havido um desvirtuamento do conceito de planejamento familiar, vez que se transfere às mulheres e aos métodos contraceptivos e de esterilização o foco das preocupações e as ações educativas também não encontram espaço relevante nas discussões.

No Brasil, já na década de trinta do século passado, durante o governo de Getúlio Vargas, as iniciativas públicas direcionadas ao planejamento familiar eram restritas, pois se resumiam à criação do salário-família e do auxílio natalidade, restringindo-se a métodos assistencialistas despreocupados com o esclarecimento da população.

Apesar de referida deficiência se estender aos dias atuais, pode-se destacar alguns avanços. As políticas eminentemente assistencialistas cederam lugar às campanhas favoráveis à utilização de meios contraceptivos, estimulando a população a evitar a gravidez indesejada, apresentando-se como uma melhoria, haja vista substituir o papel do Estado que, em vez de auxiliar no sustento de uma família construída sob a égide do desconhecimento, auxilia na prévia ponderação acerca do surgimento ou não da família.

Todavia, em despeito deste incremento no direcionamento das atividades, muito há que ser feito, pois apesar de o planejamento familiar fundar-se em três dimensões, as práticas que visam à concretização do direito à livre formação de uma família ainda não estão atreladas a todo o projeto de ter filhos, que se estende do esclarecimento dos adolescentes que estão iniciando a vida sexual até o local em que o filho ficará após o término da licença maternidade.

O conceito hodierno de planejamento familiar não mais permite que os métodos anticoncepcionais e a esterilização feminina caracterizem e marquem as políticas públicas no âmbito dos direitos reprodutivos. Segundo a Organização Mundial da Saúde²⁴ e sociedades científicas, entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade definindo-se infertilidade como a incapacidade de um casal engravidar após 12 meses de relações sexuais regulares sem uso de contracepção, sendo este um dos grandes motivos impulsionadores do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida. São, pois, instrumentos indispensáveis para que essas mulheres, esses homens ou casais possam realmente usufruir do direito de planejar sua prole.

Também nesta dimensão do planejamento familiar pode-se perceber a mulher como o centro das atividades, vez que os primeiros exames são a elas dirigidos, e as principais técnicas até hoje desenvolvidas contam com a sua participação, desde as superestimulações hormonais até a maternidade substitutiva.

²³ O Ministério da Saúde lançou em 22 de março de 2005 a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, que visava a, entre outras coisas, introduzir as técnicas de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde.

²⁴ Ver www.oms.org.

As dificuldades enfrentadas na implementação dos direitos de autonomia reprodutiva no que concerne ao acesso às técnicas de reprodução assistida, sempre à margem quando da criação de programas de incentivo ao planejamento familiar, tem sido atreladas ao alto custo financeiro destas práticas médicas, sob a alegativa de ser inviável a sua disponibilização para a população sob o custeio do Estado, mormente em razão das dificuldades enfrentados pelo Brasil em setores primários como a educação, a moradia e a saúde básica.

A deficiência, conseqüentemente, é ainda maior quando se indica como parâmetro pessoas de baixa renda, tendo em vista que os tratamentos que combatem a infertilidade e a esterilidade não são acessíveis por meio da rede pública. Escassos são os serviços públicos de reprodução humana, estando em sua maioria vinculados às secretarias de saúde estaduais ou a hospitais universitários, não havendo autonomia, tampouco condições de atender à demanda. Ademais, ainda para a classe média se apresenta um problema, uma vez que os planos de saúde particulares não cobrem esta espécie de tratamento.

Referida constatação se mostra como uma afronta ao mencionado artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, devendo haver uma adequação das iniciativas dos governos com os objetivos constitucionais e com os ditames da Lei 9263/96, sob pena de se estar a perpetrar, constantemente, uma afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

A escusa do Estado em razão do alto custo destes procedimentos não se mostra convincente, tendo em vista que toda espécie de tratamento médico implica na liberação de recursos consideráveis, o que não seria diferente com a reprodução assistida, entremostrando-se essa escusa muito mais como uma ausência de vontade política aliada à falta de conhecimento específico sobre o assunto, do que efetivamente indisponibilidade de recursos.

Além disso, se a escassez de recursos econômico-financeiros fosse o real entrave para se conseguir adequar as iniciativas públicas, não se teria a esterilização feminina como uma prática muito mais freqüente e disseminada na sociedade do que a masculina. Isto porque a vasectomia - esterilização masculina - é um procedimento reversível, em alguns casos, ambulatorial, que prescinde de internamento - e conseqüentemente de disponibilidade de leito - e de aparato cirúrgico, dispensa o período de convalescença, pois o homem vasectomizado pode dirigir, caminhar, e praticar atividades corriqueiras logo após o término do procedimento, o que o caracteriza como uma prática médica de baixo custo.

Por outro lado, a esterilização feminina além de irreversível é cirúrgica, o que a categoriza como um procedimento que necessita de internamento, anestesia, cuidados com pós-operatório, licença, impossibilidade de desempenhar atividades cotidianas nos primeiros dias após a cirurgia.

O Ministério da Saúde²⁵ divulgou em 2005 que no ano de 2004 foram feitas 38.276 laqueaduras na rede pública contra apenas 14.201 vasectomias. Ainda

²⁵ Ver www.saude.gov.br.

em 2005, o Ministério da Saúde ao lançar a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, que teve como base o documento "Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade de governo" indicou que o poder público estava preocupado em ampliar a oferta de métodos contraceptivos, o acesso a esterilizações e introduzir as técnicas de reprodução assistida na rede pública.

Todavia, ao se analisar o documento percebe-se que as atividades impõem às mulheres, quase que exclusivamente, os ônus pelo desenvolvimento do projeto parental, a exemplo do fato de que todos os métodos anticoncepcionais são destinados às mulheres: pílula combinada; minipílula; pílula de emergência; injetável mensal; diafragma; DIU; injetável trimestral, não havendo sequer menção ao preservativo masculino.

Note-se, também, a inexistência de metas educativas voltadas ao adolescente, propostas elucidativas que envolvam homens e mulheres com vida sexual ativa, discussões que esclareçam que o projeto parental deve ser planejado em conjunto, quando se tratar de casais, e que para se ter liberdade para planejar há de haver consciência das nuances que marcam o ato de ter filhos.

Percebe-se, então, que as políticas públicas voltadas aos direitos reprodutivos ainda são marcadas por um enfoque machista, mantendo as mulheres atreladas ao estigma de responsáveis pela vida privada, pela constituição e cuidado com a família, não as percebendo como iguais.

A consciência do real significado de planejamento familiar e de sua relação com os arts. 1º, *caput*, 3º, IV e 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um avanço, pois a ausência de informação ou a sua prestação equivocada são os maiores desserviços que as entidades públicas podem prestar aos seus administrados.

A Lei nº 9263/96 nos primeiros artigos cuida da definição de planejamento familiar, bem como do papel do Estado na efetivação deste direito:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa

de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

É nesta medida que se aponta para a urgência em se redimensionar as relações que envolvem os direitos reprodutivos para que também estas estejam em compasso e preocupadas em resgatar a identidade e a participação das mulheres na sociedade.

A livre iniciativa do casal para planejar a formação de uma família é direito assegurado constitucionalmente e o Estado deve envidar todos os esforços para a concretização deste direito. Cabe ao Estado desempenhar seu mister de cumpridor e defensor da Constituição Federal, agindo em compasso com os preceitos constitucionais, em especial, o artigo 226, § 7º. Referido dispositivo indica a relevância que o texto constitucional confere ao planejamento familiar, o qual fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável deve ser objeto de políticas públicas.

Verifica-se que há uma distorção quando da implementação de programas de planejamento familiar, na medida em que trazem um enfoque incompatível com as premissas das Constituição Federal de 1988, pois apesar da igualdade entre os sexos e da liberdade para planejar a prole, a mulher continua a ser a responsável pela constituição da família, não cabendo ao homem participar ativamente da construção do projeto parental.

É nesta medida que se afirma a premência de se readequar a atuação do Estado visando a minimização das desigualdades ainda existentes entre homens e mulheres, com o intuito de cada vez mais se fortalecer as bases do Estado Democrático de Direito brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), evidenciando um novo paradigma jurídico no qual toda pessoa, sem importar suas características materiais ou imateriais, tem iguais direitos que outra, banindo-se qualquer forma de discriminação, além das expressamente elencadas nessa norma. A igualdade de todas as pessoas, como norma fundamental do Estado brasileiro, é reforçada pelo art. 5º, I, no qual se afirma a igualdade entre homens e mulheres.

Contudo, tanto a sociedade, como a maioria das autoridades, continua cega a esse e outros direitos fundamentais, relegando as mulheres a uma situação de discriminação alimentada por postulados paternalistas e machistas.

Esse é um panorama claramente visualizado na análise das causas da escassa participação política das mulheres nos espaços formais de poder, do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, e dos direitos reprodutivos, na medida em que sua percepção está ofuscada pelos velhos e ultrapassados valores da sociedade machista que reforça a situação de discriminação de gênero e que considera a mulher como um ser inferior ao homem.

Nesse contexto, o Direito vislumbra-se como meio de fundamental importância na re-acomodação da sociedade, pois será por meio dele que o Estado poderá e deverá reverter essa situação de inquestionável desigualdade. É esse, justamente, o papel que a sociedade espera e exige do Estado, criado para garantir os direitos de todas as pessoas, condição *sine qua non* de uma sociedade democrática e de um Estado legítimo que tem a dignidade humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III).

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério de Saúde. Disponível em: www.saude.gov.br. Acesso em 05. 05. 2008
- CFEMEA. *Dados estatísticos*. Eleições 2006. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/temasedados/detalhes.asp?IDTemasDados=154>. Acesso em 01. 05. 2008.
- GALVÃO FILHO, Francisco. *O papel da mulher na sociedade*. Fortaleza: [s.e], 2002.
- JESUS, Damásio. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MASSULA, Letícia; MELLO, Mônica. *Tráfico de mulheres: prevenção, punição e proteção*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/Artigos/Art_Monica.htm. Acesso em: 23.02. 2007
- MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OEA. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*. Expedida na cidade de Belém do Pará, Brasil, em 09 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/br>. Acesso em: 02. 07. 2007.

OMS.. Disponível em: www.oms.org. Acesso em: 05.05.2008

ONU. *Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.portugues.iwhc.org/politicaglobal/nacoesunidas/conferencias/cipd>. cfm. Acesso em: 01. 05. 2008.

_____. *Conferência Mundial da Mulher*. Realizada em 1995 em Beijin. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/violencia.html>. Acesso em: 15. 04. 2008.

_____. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 - ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em: 02. 07. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. Tradução de Ângela M. S. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2007.

_____. *As Mulheres ou os silêncios da História?* Tradução Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Maria Luiza de. *Desenvolvimento de comunidade e participação*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

VALENÇA, Dayse. *Feminilização da pobreza*. Disponível em: <http://www.campo.org.br/artigo03.htm>. Acesso em: 28.01. 2007.



PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

*Emmanuel Furtado**

RESUMO

O presente trabalho se presta ao estudo dos princípios constitucionais na perspectiva da hermenêutica jurídica, de modo que são vistas as finalidades dos princípios e os conflitos entre si, ao mesmo tempo em que se analisam a importância desses princípios na interpretação da constituição e os métodos de interpretação constitucional.

Palavras-chave

Hermenêutica. Princípios. Interpretação constitucional

ABSTRACT

This work is providing to the study of constitutional principles from the perspective of legal hermeneutics, so that they are seen the purposes of the principles and the conflicts between them at the same time that we analyze the importance of these principles in the interpretation of the constitution and methods of constitutional interpretation

Key-words

Hermeneutics. Principles. Constitutional interpretation,

1 INTRODUÇÃO

Não há dissenso ante a afirmação de que o estudo da interpretação das normas constitucionais é, hodiernamente, um dos temas dos mais acalorados na seara do constitucionalismo atual.

A atividade do operador do direito nada mais é que não uma constante postura interpretativa das normas jurídicas, posto que é inegável que frente a qualquer norma, mormente no ato de aplicá-la a um caso concreto, imperioso se torna ao magistrado, antes de infligir tal norma àquele caso específico, fazer sua prévia interpretação com o escopo de deslindar se de fato referida regra se aplica ao caso *sub judice*.

* Mestre e Doutor em Direito. Professor Adjunto da Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Ceará. Juiz Titular 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

Mas a boa e moderna interpretação constitucional passa, inexoravelmente, pelo cotejo dos princípios constitucionais elencados na Carta Política que se tem.

Pode-se até afirmar ser característica do Direito Constitucional da atualidade a de haver contemplado de forma teórica, dogmática e normativa o acervo de princípios que pairam sobre o direito, quer de forma implícita, quer de forma explícita.

Tal entendimento vem da idéia de que a Constituição nada mais é que uma norma. É bem verdade que a mais importante das normas, à qual todas as demais devem se curvar. Mas nem por tal razão deixa a Constituição de ter a natureza de norma, daí seus enunciados terem força de direito, valerem como normas, terem força normativa.

É inconcebível, pois, aceita a condição de norma do que é estabelecido na constituição, que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais se efetivem sem levar em conta os princípios que pairam sobre o ordenamento, ou mesmo são expressos de forma explícita no corpo da norma.

Daí a razão pela qual a exegese constitucional passa, inevitavelmente, pela teoria dos princípios, tópico fruto das mais recentes evoluções do moderno constitucionalismo.

Tem-se visto, ao longo das pesquisas sobre os princípios, que o Direito não pode ser considerado como um simples conglomerado de normas, mas, ao reverso, um conjunto eivado de coesão e coerência, conjunto este que tem como alicerce os princípios que compõem aquele ordenamento jurídico. Daí serem hoje considerados os princípios como verdadeiras normas, posto que internos ao sistema, nele tendo integração e inserção.

Daí também ser notório que a moderna interpretação jurídica, vale dizer, a interpretação constitucional, passa pelo cotejo dos princípios.

A compreensão de princípio é, pois, a de norma jurídica que congrega certos valores e que influencia de forma direta ou indireta na cognição das demais normas do sistema, o que a torna diferente de forma expressiva dos outros regramentos jurídicos que compõem o ordenamento. Tal influência se dá não só pela compleição do princípio, mais abrangente e eivado de valoração que uma norma isolada, como também pelo fato de o ato interpretativo não poder ser estanque, mas deve ser elaborado em consonância com o todo do sistema.

Pode-se afirmar serem os princípios as pilastras sobre as quais se escora o ordenamento jurídico, as verdades primeiras no linguajar geométrico, servindo de inspiração às leis, bem como de criação de normas por força de um processo de decantação e generalização das leis, sendo, ainda, o mandamento nuclear de um sistema, implicando na irradiação sobre diferentes normas, das quais compõem o espírito e prestam-se como critério para a perfeita compreensão destas, posto que definem a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Somente com a cognição dos princípios se tem a perfeita compreensão do todo unitário ao qual se atribui o nome de sistema jurídico positivo.

Em que pese o grau de abstração que envolve os princípios, sendo multifárias as possibilidades de sentido que podem congregam, não que ser considerados, ainda assim, como normas jurídicas, pois fazem parte do sistema jurídico positivado, quer de forma explícita ou implícita, tendo como escopo o de nortear o intérprete, no reconhecimento do ordenamento jurídico como um organismo único, sistematizado e coerente.

Tangente aos vários sentidos que podem ser empregados para o princípios, alguns deles têm maior coró no estudo do tema que se desenvolve, os quais passamos a vislumbrar.

Numa primeira feição, o princípio poderia se confundir com a compreensão de norma, ou mesmo com as disposições legislativas que exprimem normas, eivadas de expressivo caráter de generalidade.

Doutra faceta, o entendimento de princípio pode passar pela noção de normas ou disposições que exprimem normas envolvidas por elevado grau de indeterminação e que por tal razão exigem uma efetivação por intermédio da via interpretativa, que caso fosse olvidada inviabilizaria a aplicação prática.

Numa terceira vertente a expressão princípio pode ser utilizada para referir-se a normas ou a dispositivos que exprimem normas que se situam em lugar de privilégio na hierarquia das fontes do direito.

Ainda pode ser a compreensão de princípio aquela em que os juristas fazem menção para referir-se a normas ou disposições normativas que desempenham uma função de grande relevo, ou fundamental importância no sistema jurídico-político, isoladamente considerado, ou num subsistema do sistema jurídico conjunto, vale dizer, nos vários ramos do direito, quer público, quer privado, como o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo e assim por diante.

Por derradeiro, ainda é possível que se encontre a palavra princípio empregada para designar normas ou disposições que exprimem normas destinadas aos órgãos de aplicação, cuja finalidade é a de fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diversos casos.

Torna-se oportuno salientar que princípio e valor não se confundem. Rizzato Nunes² adverte que " têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico.

Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que "vale", isto é aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, com algo que não comporta qualquer espécie de relativização.

² NUNES, Rizzato: *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.5.

O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto.

O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação -jurídicas ou não. Por isso há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades de deles falar. Eles variarão na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. "O princípio não. Um vez contactado, impõe sem alternativa de variação".

É de boa recomendação que se estabeleça a distinção entre princípio e preceito para que se possa desenvolver o estudo do primeiro com plena sabença de seus limites.

Regra geral os princípios se encontram implícitos no ordenamento jurídico, desnudando-se através de uma regra ou de um complexo de regras, enquanto os preceitos aparecem de forma explícita no ordenamento jurídico no qual se inserem.

Outro marco diferencial entre os preceitos e os princípios reside no fato de aqueles não comportarem exceção que não possa vir a ser completamente enunciada, uma vez que as regras jurídicas não comportam exceções. Se determinada regra jurídica contém exceção, o elenco de tal exceção, sem que todas as demais porventura existentes sejam mencionadas, redundará em regra inexata e incompleta. É que, teoricamente, nada justifica que todas as exceções não sejam de logo mencionadas no corpo normativo. Quanto maior o elastério de tais exceções, mais completa será a norma jurídica.

Já no que toca aos princípios, o fato de serem ínsitos a determinado direito, ou seja, a específico ordenamento jurídico, não implica necessariamente que referido direito não possa vir a afastá-los, rejeitá-los, extirpá-los de seu corpo.

Um outro ponto de desencontro entre os princípios e os preceitos situa-se no grau de importância, sendo inegável a superioridade dos primeiros.

Ora, pode acontecer de os princípios entrarem em choque entre si, propiciando oposição ou contradição. É que os mesmos não apresentam uma vocação para a exclusividade, podendo coexistir com princípios outros, ora de igual valor hierárquico, ora superior, ora inferior, embora todos façam parte do mesmo ordenamento jurídico e até do mesmo corpo normativo, ainda que tal corpo seja a própria Constituição Federal.

É óbvio que se houver o choque entre dois princípios, o que, como se disse, pode e sói acontecer, a chave para o deslinde da pendenga estará na mensuração dos pesos de cada um dos princípios conflitantes, dando-se prevalência ao que tiver maior importância para a realização da justiça, busca primeira e maior do Direito.

O mesmo não se pode dizer em relação à norma jurídica. Se duas normas fazem parte do mesmo sistema e entram em choque não podem coexistir, sendo uma delas válida e a outra inválida, cuja vocação única, desta derradeira, é a extirpação daquele corpo normativo.

É possível ainda estabelecer-se uma outra diferenciação entre o princípio e a regra jurídica, qual seja, a dimensão desigual entre o conteúdo de generalidade que existe nesta e naquele.

Os princípios são, pela própria essência, mais dotados de generalidade que a norma jurídica. O contido no princípio geral abarca não somente uma hipótese específica, mas um leque indeterminado de hipóteses, qualquer dessas hipóteses sendo capaz de propiciar a ocorrência do *facti species*.

Conforme outro diapasão, são os princípios as normas, quer escritas ou não, donde surgem as normas particulares. Dessa forma, o critério da generalidade nada mais é que a consequência do critério funcional. Tendo em vista serem dotados de generalidade mais ampla, os princípios abarcam uma série alargada de *facti species* distintos.

2 FINALIDADES DOS PRINCÍPIOS E CONFLITOS ENTRE SI

Os princípios têm, vencida a condição de fonte subsidiária nos Códigos, três finalidades específicas, a saber, a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva.

Por conta da função fundamentadora, os princípios passam a ter a eficácia derogatória e diretiva, vale dizer, as normas que se contrapuserem à orientação normativa contemplada pelos princípios perderão sua vigência, quando então se espalhará a eficácia derogatória, perdendo, tais normas, outrossim, a validade, no caso da eficácia diretiva dos princípios.

Já no cotejo da função interpretativa vislumbra-se que os princípios exercem o papel de orientadores dos deslindes jurídicos a serem aplicados diante das situações apresentadas ao intérprete do Direito. Servem, pois, os princípios, no desempenho da mencionada finalidade interpretativa, desempenhando o papel de condutores da tarefa de interpretar, por intermédio dos núcleos de sentidos, os quais são deduzidos dos próprios princípios.

Através da função supletiva integra-se a ordem jurídica frente a lacunas porventura existentes, as quais de fato existem, mormente ante a época de tão grandes transformações pelas quais passa a humanidade como um todo. Para tal atividade supletiva também há de se recorrer aos princípios, os quais não de propiciar ao intérprete criador o amálgama para a criação do Direito que até então não fora previsto.

Há que se cogitar, neste debruço preambular sobre os princípios, a possibilidade de haver conflitos dos princípios entre si.

De logo se ratifica a plausibilidade da ocorrência de tal hipótese.

Entretanto, diferentemente do conflito entre normas, cujo procedimento esperado é o de se afastar do cenário jurídico a norma que colide com outra no mesmo plano de validade, referente ao choque de princípios espera-se do aplicador do Direito que naquele caso concreto seja utilizado o princípio mais pertinente, sem que tal opção implique no afastamento, do ordenamento jurídico, do princípio que colidiu com o que foi objeto de escolha de utilização pelo aplicador da lei. Nada obsta que em situação posterior, aquele mesmo princípio que foi rechaçado possa vir a ser utilizado em circunstância de outra natureza e na qual inexistam choques de princípios, ou que até exista, mas que, para o caso em baila, referido princípio que numa situação primeira foi afastado, nesta derradeira afastará um outro princípio com o qual entra em rota de colisão e que seja de aplicação menos recomendável para o caso concreto³.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É sabido que as normas de Direito encontram respaldo de validade em outras normas de Direito que compõem o mesmo ordenamento jurídico, ou seja, escoradas em normas hierarquicamente superiores, as normas inferiores têm seu sustentáculo, e estas que dão tal apoio, por suas vezes, encontram alicerce em normas de maior importância, e assim sucessivamente, até que se chegue à chamada norma hipotética fundamental, a Constituição⁴.

Se assim é, não há que se falar em desarmonia entre a norma inferior e a norma superior, posto que se aquela não se compatibilizar com esta há de ser arredada do sistema, uma vez que não pode existir conflito entre normas de diferentes escalões, já que, como dito, a norma inferior tem seu fundamento de validade na norma superior.

Os princípios situam-se, em tal engrenagem, como as grandes diretrizes a serem seguidas, externando os valores superiores adotados por determinado ordenamento jurídico, sistema este, pois, que tem seu cabedal de estruturas e instituições jurídicas fincado nos princípios constitucionais.

Daí a razão pela qual hoje é mais que assente o entendimento de que o escoramento de um princípio é atividade nefasta muito mais grave que a ferida a uma norma, vez que a chaga que se causa a um princípio equivale a agredir todo um sistema, e não somente uma norma específica⁵.

Conforme se fira um princípio infraconstitucional ou constitucional trata-

³ GRAU, Eros Roberto: *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.216.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p.289.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.230.

se da forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, respectivamente, das mais graves, porque é a subversão contra todo um sistema que fez recair sobre tal princípio vilipendiado todos os seus valores fundamentais.

E a gravidade da ferida ao princípio é maior que a ferida ao preceito, enfatize-se, exatamente pelo fato de a carga axiológica do princípio ser muito mais expressiva e abrangente que a da norma⁶.

Ora, se gozam os princípios de *status* diferenciado, pela já mencionada carga axiológica alargada, ao mesmo passo que é inegável a posição hierárquica superior da Constituição Federal em relação às demais normas, deduz-se com facilidade que os princípios constitucionais, por seu turno, gozam de elevados conceito e importância no cenário jurídico, uma vez que trazem consigo a carga maior dos valores que a maior das leis escolheu, quando de sua confecção e para a sua aplicação.

E tal afirmação relacionada à importância dos princípios encontra coro no hodierno entendimento de que os mesmos usufruem do conceito de norma de direito positivo, vale dizer, de norma jurídica.

Da aceitação da condição de norma que é conferida aos princípios advém o caráter de obrigatoriedade dos mesmos, bem como o fato de terem eficácia sobre condutas públicas ou privadas.

A argumentação da condição de norma que é dada aos princípios decorre da elucubração de que, sendo normas aquelas donde os princípios são extraídos, por intermédio de um processo de generalização sucessiva, não há razão plausível para que também os princípios não sejam normas. Outrossim, a finalidade para a qual os princípios são abstraídos e utilizados é a mesma que é desempenhada por todas as normas, qual seja, a de regular um caso concreto⁷.

É, pois, praticamente consenso no atual estudo do Direito, que os princípios têm o *status* conceitual e positivo de norma de direito, portanto de norma jurídica. Assim sendo, têm os princípios vinculatividade e positividade, e como toda norma obrigam e possuem ainda a eficácia positiva e negativa, quer diante de comportamentos públicos, quer frente a comportamentos privados, o mesmo se podendo dizer a respeito da aplicação e interpretação de outras normas, tais como as normas e princípios originados de princípios de generalizações mais abstratas. Vale ressaltar que referido caráter normativo não é imanente apenas aos princípios positivos do direito, mas também aos princípios gerais do direito⁸.

É de se acrescentar que esta natureza normativa que é reconhecida aos

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.23.

⁷ BOBBIO, citado por BONAVIDES Paulo: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.235.

⁸ ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.55.

princípios não se restringe àqueles que são de forma explícita vislumbrados no sistema jurídico, mas da mesma sorte àqueles que, oriundos da complexidade do ordenamento jurídico, são revelados pela boa doutrina, ou mesmo desnudados, quando da aplicação do direito ao caso concreto.

Possuem os princípios constitucionais uma gama de características que os diferenciam e os marcam no estudo do Direito, peculiaridades que passamos a examinar.

A generalidade é uma das características dos princípios, uma vez que são os mesmos de extrema abrangência, sendo por demais alargado seu manto de cobertura, pelo só fato de não contemplarem casos concretos.

A primariedade marca igualmente os princípios posto que deles nascem outros princípios, os quais propiciam o surgimento das regras de direito do ordenamento jurídico.

Outra compleição que se faz presente nos princípios é a sua dimensão axiológica, posto que estão jungidos a um ideal de justiça escolhido e almejado por determinado povo, em definidos espaço e tempo mensuráveis, ideal de justiça que será buscado por intermédio do ordenamento posto.

Há que se mencionar, ainda, como característica dos princípios, a objetividade, o que se percebe porque, não obstante tenham os princípios a feição de generalidade, não se pautam por critérios subjetivos e aleatórios, o que finda por obnubilar ao intérprete da lei uma atuação desprovida de um norte na opção por sentidos que podem ser sorvidos dos princípios.

Também são características dos princípios a transcendência e a atualidade. É que consuma-se uma superação por parte dos princípios constitucionais da elaboração normativa formal, dando-se uma verdadeira e profunda inserção na vida jurídica, para onde se espraim o hálito dos princípios. Ademais são atuais os princípios, em conformidade com a necessidade de cada situação, amoldando-se às aspirações e expectativas de determinado povo e seu tempo.

Pela característica da polimorfia é dado aos princípios constitucionais congregar uma multiplicidade de sentidos, de tal sorte que possam, à medida do necessário, existir acréscimos, possibilitando a constante eficácia social e jurídica, por conta da permanência que resta ínsita ao sistema.

Vinculabilidade e aderência são igualmente características dos princípios constitucionais, a primeira por terem os mencionados princípios o caráter impositivo, e a segunda pelo fato de que todas as regras do sistema jurídico não de aderir ao que for definido pelo princípios.

Pela característica da informatividade tem-se que dos princípios constitucionais irradiam-se diretrizes para todo o sistema posto, com o que se vislumbra a fundamentalidade da constituição.

A característica principiológica da complementariedade reside no fato de

os princípios não atuarem de forma estanque, posto ser da reunião de todos os princípios que se estabelece a estrutura basilar do modelo fundamental, donde surge um todo, sistematizado, coordenado e eivado de uma lógica.

4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Interpretar a norma jurídica é o trabalho desempenhado com o escopo de buscar e extrair o significado e o alcance da mesma.

A lei posta e ainda não interpretada encontra-se em estado puro, sendo tão-somente a disposição de assertivas lingüísticas e seus signos, a qual só vivificará, culminado o processo de interpretação.

Sendo assim, o enunciado de documento normativo ou texto é tido por preceito ou disposição, enquanto chama-se de norma o significado jurídico-normativo do que foi lingüisticamente exarado. Vale dizer, enquanto a disposição ou preceito estariam à espera de interpretação, daí serem objeto da dita hermenêutica, a norma já seria o fruto da interpretação, ou seja, trata-se do preceito ou disposição que já passou pelo processo de interpretação⁹.

Protubera de tais entendimentos iniciais a indagação primeira tangente ao ato de interpretar. Ao fazê-lo está o intérprete tão-somente declarando o que está no conteúdo da norma, ou terá o poder de acrescentar ao que está interpretando?

Seria, pois, a interpretação uma mera operação lógico-formal, através da qual se extrairiam os fatos de relevo dos preceitos, sendo vedado ao aplicador enxertar o que, em seu convencimento, fosse o devido para o caso *sub judice*?

Não parece ser esta a moderna compreensão do ato interpretativo, certo que cada vez mais se aceita que o juiz, exercitando sua criatividade, escolha uma vereda, dentre as muitas possíveis, quando do debruço sobre o objeto a ser interpretado, obviamente que observando certos limites estabelecidos pela ordem jurídica posta.

As posturas, contudo, em relação à interpretação jurídica, não são uníssonas, podendo-se vislumbrar algumas de maior envergadura, como a que toma como valores primeiros a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, vinculando a norma jurídica a um significado imutável, redundando em valores estáticos, ficando muito restrita a margem de flexibilidade do intérprete. Tem-se como certeza jurídica a compreensão de que o direito não pode sofrer qualquer modificação a não ser por vontade e obra do legislador, não sendo aceitável que se modifique o significado de uma norma senão quando tal for determinado pelo legislador, congregando a significação da norma jurídica nada mais que a vontade do legislador. Com tal desiderato hão de ser adotadas as metodologias sistêmica e lingüística, arredando-se a metodologia funcional como mecanismo de interpretação. Para tal postura a interpretação nada mais é que um descobrimento,

⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes: *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p.47.

sendo anatematizado qualquer conduta que leve à mudança da norma. As áreas de atividade do legislador e do aplicador da lei são diversas, sendo esteio de tal argumentação a teoria da separação dos poderes¹⁰.

Já outra postura de relevo e de compleição antitética em relação à anterior é a que considera a interpretação como atividade que amolda o Direito às carências atuais e vindouras da sociedade, num passo dinâmico e atualizado de interpretar. Para a consecução de tal compreensão do ato interpretativo hão de ser considerados os contextos sistêmico e lingüístico vigentes, não sendo razão para constrangimento o fato de o Direito propiciar e antecipar mudanças na vida da sociedade, para haver maior harmonia entre a lei e o social. Dessa forma não se fica preso à vontade do legislador do passado, cuja realidade, quando normatizou, era diversa da ora posta. Destarte, o significado da norma se modifica à medida que variam os contextos funcional e sistêmico. O significado da norma muda no mesmo passo que mudam os contextos nos quais a norma está inserta. Dá-se preferência à metodologia funcional, já que o fim primordial da interpretação jurídica é a adaptação do direito às necessidade da vida em sociedade. É, pois, a interpretação, nessa ótica de ideologia dinâmica, uma atividade criadora por definição, já que cria o Direito, vale dizer, um direito cujas normas que o compõem são criadas no ato da interpretação¹¹.

Pensamos que o ato de aplicar a lei é por excelência um ato de criatividade, daí ser a segunda postura, ao nosso ver, a que mais se coaduna com uma escorreita interpretação, tendo em vista que o Direito tem por finalidade regular situações postas e com critérios atualizados e não fossilizados. A dinamicidade do Direito está exatamente no fato de o mesmo acompanhar a evolução da sociedade, abeberando-se do que efetivamente é a expressão do anseio social, e tal só é possível com o emprego da interpretação dinâmica, posto que a catalização que é imprimida à moderna vida em sociedade é bem mais célere que o processo legislativo, enquanto que ao Judiciário os casos concretos chegam no mesmo momento em que os fatos conflitantes acontecem, não podendo, pois, o intérprete, contemplar a lei com uma viseira que o faz enxergar tão-somente o momento de confecção da norma, sem contemplar o momento atual em que a mesma há de ser aplicada.

E não se diga que o fato de o julgador interpretar a lei com criatividade gera a insegurança jurídica, pois o que está a fazer o juiz nada mais é que uma aplicação da lei de forma sociológico-política, e se assim o é, nada pode ser mais atual e oportuno, consoante com a realidade que está posta. Não se trata de propiciar ao magistrado a imposição de seus valores pessoais naquilo que julga, mas, ao reverso, há de captar o juiz o sentimento de justiça da comunidade, sentimento este para o qual o julgador deve sempre estar atento para saber captar, desnudando a alma do povo. E a colheita de tal sentimento popular não advirá, em absoluto, tão-somente do que está posto nos compêndios da

¹⁰ WRÓBLEWSKI, apud GRAU, Eros Roberto: *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.175-176.

¹¹ WRÓBLEWSKI. Apud. GRAU, E. op. cit., p.175-176.

doutrina e da jurisprudência, mas, principalmente, no cotidiano da população, nas praças, em cada esquina, nos periódicos, nos terminais dos transportes coletivos, nas feiras, nas manifestações religiosas, no rosto da fome que graça sobre o país. Daí que o conhecimento e a percepção da vida comum do povo gerará no julgador um arcabouço de máximas da experiência que em muito corroborarão para a segurança jurídica, dando azo à prolação de sentenças que se coadunam com o bem comum. É certo que o magistrado está inserido dentro de um sistema jurídico, mas não deve olvidar que a malha legal é somente a linha de referência do ordenamento jurídico, cunhada com o cimento do estático, enquanto o ordenamento há de ser sempre dinâmico, permitindo ao intérprete da lei exarar sentenças que a um só passo estejam em coalescência com o ordenamento jurídico e o deixe embalado pela plena consciência de que realizou o fim e a busca maior do direito, a saber, a justiça¹².

Daí a razão pela qual não mais se pode, hodiernamente, restringir os efeitos da sentença aos já classicamente estabelecidos, quais sejam, o declaratório, o condenatório, o constitutivo, o executivo e o mandamental. Hoje há de se acrescer a tais nominados e clássicos efeitos os também efeitos integrativos e criativos da sentença, mormente em ordenamentos jurídicos que adotam constituições rígidas, posto que há de se reconhecer as finalidades criativas e integrativas de seus princípios transdogmáticos, na mesma proporção das normas individuais¹³.

É inquestionável a supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas, tendo em vista que ocupam o ápice da pirâmide, que é o ordenamento jurídico. Nada obstante, não deixam tais normas constitucionais de, igualmente às de menor escalão, ter idêntica estrutura lógica que estas últimas, donde se conclui que, na essência, as normas constitucionais são normas da mesma sorte que as infraconstitucionais, com todas as repercussões de se possuir tal natureza.

Contudo, não se pode olvidar que o *status* de norma constitucional implica em alguns posicionamentos diferenciados do intérprete que com a mesma lida. Daí terem as normas constitucionais pautas interpretativas próprias, mormente por ser o Texto Maior, nas quais estão inseridas, um regramento de expressivo cunho político.

De tal forma, há o intérprete constitucional de ser dotado de diferenciada sensibilidade, a qual a empregará no ato interpretativo constitucional, sensibilidade que o fará detectar, com maior facilidade, os valores e princípios políticos em que se alicerçam os conteúdos da Lei Maior¹⁴.

E esta mencionada diferenciação inafastável da exegese constitucional se dá por conta do elevado cunho ideológico que resta imanente à realidade política,

¹² AZEVEDO, Plauto Faraco: *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p.74.

¹³ FREITAS, Juarez: *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Rio de Janeiro, Vozes, 1980, p.58.

¹⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de: *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Vozes, 1980, p.58.

o que não pode ser desprezado pela interpretação das normas constitucionais. E é muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da posituação formal que se apreende o mais profundo e preciso significado da regra constitucional, devendo, pois, o intérprete estar sempre atento aos mencionados elementos extra-sistemáticos. E há de se considerar, ainda, que tal visão extra-sistemática é bem mais requisitada que na interpretação da norma infraconstitucional, posto que o debruço se dará sobre normas de considerável contorno de poder político e que cuidam da repartição de seu exercício entre os órgãos supremos do estado, ou mesmo entre pessoas políticas de base territorial¹⁵.

Inegável, portanto, a existência de posturas diferenciadas para a interpretação da norma constitucional, o que gera uma técnica especial de manejo dos velhos métodos de interpretação. E referidos traços marcantes das normas constitucionais, o que implica em regras de interpretação diferenciadas, seriam sua superioridade hierárquica, seu conteúdo notoriamente político, sua estrutura de linguagem coloquial e sintética e a prevalência das normas de estrutura, cujo destinatário é o legislador infraconstitucional¹⁶.

Do que se disse deduz-se que toda constituição opta por uma certa ideologia, a qual determinará toda a estrutura normativa que se segue. É, pois, dado ao intérprete, se amoldar à linha política apreendida pela Lei Maior, pena de escoriar seu espírito, posto que é sabido ser através das normas que a opção política se desnudará do corpo constitucional.

Ademais, não pode a *Lex Legum* ser contemplada estanquamente, visto que é a base de todo o ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, nada mais é que não um sistema coordenado de normas. Destarte, como Lei Fundamental, donde o ordenamento retira os amálgamas da unidade e da coerência, há de ter uma exegese em sua unidade, a qual se espraia para todo o sistema jurídico posto.

São os princípios referência para toda a interpretação que venha a ser feita, posto que a validade de uma norma imprescinde da coalescência com as regras e princípios da constituição, o que implica num esforço de criatividade do exegeta, tudo com o desiderato da plena harmonização social, o que passa, inexoravelmente, pela efetiva implementação da justiça.

5 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a paulatina e crescente ineficácia dos métodos clássicos de interpretação constitucional foram sendo propostos novos métodos de exegese que se coadunassem de forma mais harmônica com as solicitações da modernidade, procurando-se, gradualmente, superar os entraves já naturalmente oferecidos pela interpretação constitucional.

¹⁵ BASTOS, Celso, BRITO, Carlos Ayres: *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.17.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.66-69.

No princípio, e talvez até depois por uma certa tradição, a interpretação constitucional era feita nos mesmos moldes que se fazia a interpretação das normas do direito privado, sendo que somente no século XX começaram a surgir formas específicas para a interpretação constitucional.

Logo se vê que, ao reverso das regras do direito privado, o corpo constitucional é composto de normas eivadas de princípios norteadores da opção estatal feita pelo constituinte, sendo mais que razoável que hermenêutica diferenciada possa ser aplicada para as normas constitucionais.

E como se disse, tal postura diferenciada da hermenêutica é hoje um fato, daí haverem surgido métodos de interpretação especificamente constitucionais, dentre os quais destacamos o método jurídico, o tópicoproblemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante¹⁷.

Por força do método jurídico tem-se a compreensão de que a Constituição é uma lei, e como tal há de ser interpretada em consonância com as regras tradicionais da hermenêutica, devendo-se, contudo, sempre buscar os seus sentidos teleológico, lógico, histórico, filológico e genético.

No diapasão do método tópicoproblemático constata-se o caráter prático da interpretação constitucional, bem como abebera-se da feição normativo-material aberta, indeterminada ou fragmentada da Lei Maior, pelo que opta-se pela prevalência das discussões dos problemas, deixando em segundo plano o sistema, o que redundará por transmutar a hermenêutica constitucional em aberto processo de argumentação.

Já com espeque no método hermenêutico-concretizador há que se iniciar a leitura da norma constitucional, a exemplo do que se faz com qualquer outro texto normativo, por uma pré-compreensão do seu sentido, por intermédio do intérprete, cuja vocação é a de concretizar a norma, partindo de uma situação histórica igualmente concreta. Estar-se-á, pois, dando ênfase aos aspectos subjetivos e objetivos da atividade hermenêutica, fazendo-se, pois, o *linking* entre texto e contexto e metamorfoseando o ato de interpretar, em constante movimento de ir e vir, ao qual se intitula círculo hermenêutico.

Para que se aplique o método científico-espiritual mister se faz que se leve em conta, para a interpretação constitucional, a ordem ou sistema de valores que estão jungidos à constituição, bem como realidade e sentido que esta possui enquanto elemento do processo de integração da comunidade.

Ao se empregar o método normativo-estruturante não se devem considerar não só os elementos que redundam da interpretação do programa normativo, como também os que advêm da investigação do domínio normativo, o que seria correlato, na ortodoxa doutrina, à norma propriamente dita e à situação normada, vale dizer, o texto normativo e o fato social que referido texto tenciona contemplar.

¹⁷ Conforme resenhado por COELHO, Inocêncio Mártires: *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p.88-89.

6 A INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DE SEUS PRINCÍPIOS IMANENTES

O supra-sumo da constituição reside em seus princípios, que revelam os valores maiores da ordem jurídica posta, cujo ápice está na Lei Maior, um todo harmônico e coerente, e que por tal razão obnubila a possibilidade de choque entre suas próprias normas.

Têm, pois, os princípios, como já contemplado, a natureza da normatividade, não se restringindo à condição de *ratio legis*, sendo, ao reverso e efetivamente *lex*, inseridos, portanto, no direito positivado, sendo três as situações normativas em que podem ser invocados, quais sejam, como fundamentos de uma pretensão em juízo, como freios ao poder reformador constitucional e, ainda, como parâmetros no juízo de constitucionalidade por ação.

São princípios de interpretação especificamente constitucional o da supremacia da constituição, o da unidade da constituição, o da interpretação conforme a constituição, o da concordância prática, o da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, o da razoabilidade e o da efetividade.

Considerando que a constituição se posiciona no mais alto patamar do ordenamento jurídico, donde emana a validade de todas as demais normas do sistema, e que são precedidas pela Lei Maior, a interpretação constitucional há de ser feita partindo-se da norma constitucional para a norma infraconstitucional, e não o reverso, posto que há de sempre ser observada a supremacia da constituição, sendo este o escólio do princípio constitucional mencionado.

A compreensão que vem do princípio da unidade da constituição é a de que o intérprete da Norma Maior há de contemplar a constituição em sua globalidade, sempre buscando aparar arestas e eliminar pontos de tensão entre as diversas disposições. Há que observar a interligação das normas constitucionais, as quais não guardam entre si relação de subordinação, encontrando-se todas no mesmo nível.

Por força do princípio da interpretação conforme a constituição busca-se uma hermenêutica do texto legal que não se precipite por uma primeira e literal leitura, ao mesmo tempo que se empreende esforço para se obter uma interpretação que mais se coadune com a constituição. Trata-se, portanto, da escolha de interpretação da norma legal que guarde harmonia com a Lei Maior, deixando-se de lado interpretações outras possíveis, mas que restariam distanciadas do espírito da constituição. Com tal forma de interpretação tenta-se descortinar um sentido possível para a norma, não necessariamente o que óbvia e trivialmente resulta da contemplação textual. Assim, não só se toma uma postura de eleição da interpretação que mais se coaduna com a constituição, como se procura afastar outras formas de interpretação que se chocariam com o Texto Maior. *Ipsa facto*, a interpretação conforme a constituição não pode ser encarada como mero preceito hermenêutico, mas verdadeira forma de controle da constitucionalidade, por força da qual se declara ilegítima certa leitura de regra legal¹⁸.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.175.

O princípio da concordância prática traz consigo dois escopos, a saber, o de preservar harmonicamente os direitos fundamentais, considerando a existência de conflitos com outros bens igualmente valorados pela constituição, bem como o desiderato de estabelecer limites entre os direitos, de tal sorte que direitos e garantias coexistam e convivam em equilíbrio e harmonia.

Pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público tem-se que, não sendo manifesta a inconstitucionalidade, pairando dúvida ou plausibilidade de vir a ser tida como constitucional, ou ainda existindo interpretação possível no meio de outras tantas que implique na validade, a presunção se dá em favor da lei e conseqüentemente de sua constitucionalidade.

O princípio da razoabilidade prega uma coexistência de racionalidade e de proporcionalidade entre motivos, meios e fins, de tal sorte que a hermenêutica dê azo a que os meios alcancem os fins e que estes possam ter uma conexão com os motivos. O que se vai investigar é se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim a que se almeja alcançar. Há, pois, que serem pesadas e sopesadas vantagens e desvantagens dos meios em proporção às vantagens do fim que se espera atingir¹⁹.

Arrazoa o princípio da efetividade que é inviável a exegese de determinado dispositivo da constituição que não paire dúvida, de sorte a privá-lo de aplicação, por injusto, inconveniente ou inoportuno. Ante a ambigüidade deverá o hermeneuta adaptar o caso às necessidades práticas, nunca olvidando que deve ser conferida à norma constitucional a mais alargada eficácia.

Viu-se no capítulo que finda ser a Constituição, na mais objetiva consideração, uma norma jurídica, diga-se, uma grande norma, não no sentido de sua extensão material, mas, isto sim, no que se refere ao seu status de mais alta norma na hierarquia das leis, à qual todas as demais componentes do ordenamento jurídico devem se curvar e se amoldar.

Sendo uma norma, passa, inexoravelmente, a ser influenciada e até mesmo a contar em seu bojo princípios que vão indicar a mens legis da Carta Política como um todo, ou de temas que são tratados em cada um de seus títulos e capítulos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas- Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso, BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas*

¹⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp.383-384.

constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Vozes, 1980.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Rio de Janeiro, Vozes, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

A SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO INVESTIGATIVO DE DESVELO DAS MAQUIAGENS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*Francisco Gérson Marques de Lima**

RESUMO

Como ramo da Sociologia Jurídica, a Sociologia Constitucional estuda, criticamente, as repercussões sociais das decisões proferidas na aplicação das normas constitucionais, especialmente da Jurisdição Constitucional. Preocupa-se em analisar, p. ex., como os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal varam a sociedade e afetam a população, em suas várias dimensões: jurídica, econômica, social e política. Percebe-se sua relevância por se ver que decisões supostamente corretas segundo a técnica jurídica podem ser socialmente desastrosas.

Palavras-chaves

Sociologia Jurídica. Sociologia Constitucional. Constitucionalismo. Jurisdição Constitucional. Interpretação social da Constituição.

RESUMEN

Como ramo de la Sociología Jurídica, la Sociología Constitucional estudia, críticamente, las repercusiones sociales de las decisiones pronunciadas para la aplicación de las normas constitucionales, especialmente de la Jurisdicción Constitucional. Se dedica, por ejemplo, a analizar como las grandes decisiones del Supremo Tribunal Federal limitan la sociedad y afectan la población, en sus diversas dimensiones: jurídica, económica, social y política. De esa manera, es posible percibir su relevancia al constatar que decisiones supuestamente correctas segundo la técnica jurídica, pueden ser socialmente desastrosas.

Palabras-clave

Sociología Jurídica. Sociología Constitucional. Constitucionalismo. Jurisdicción Constitucional. Interpretación social de la Constitución.

1 INTRODUÇÃO

A obra *“O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira – estudo de casos”* (1ª Ed., Fortaleza, ABC-Editora, 2001), ora no prelo da Editora Malheiros,

* Doutor, Professor da UFC (Graduação e Mestrado), Procurador Regional do Trabalho (PRT-7ª Região).

resultante de nossa tese de Doutorado na UFPE, portou indagações propedêuticas inescusáveis. De fato, ali foram tecidas críticas sociológicas, econômicas e políticas a diversas decisões do STF, enfocando suas repercussões na sociedade, sua contribuição para uma certa descrença popular na Corte, a repercussão econômica da jurisprudência construída, a instabilidade social que algumas destas decisões acarretaram, o alento inculcado socialmente à impunidade dos atores da política nacional etc. Sentimos a necessidade, então, de demarcar a abordagem, que em muito superava a perspectiva meramente jurídica.

Aprofundando aqueles estudos – e graças à valiosa colaboração do Prof. Ivo Dantas (UFPE) – percebemos que o tema situava-se na área da Sociologia, com matizes de Política e de Direito; uma região fronteira entre a Sociologia do Direito e a Sociologia Política. Então, deparamo-nos com um ramo da Sociologia Jurídica ainda pouco conhecido no Brasil: a Sociologia Constitucional. Sim, nossas críticas sobre a jurisdição constitucional situavam-se perfeitamente no campo da Sociologia Constitucional. Mas, o que é, afinal, a Sociologia Constitucional e do que ela cuida?

Em face da escassez de estudos a respeito deste assunto, tornou-se indispensável que apresentássemos à comunidade acadêmica o alcance e o significado da Sociologia Constitucional, o que ora veiculamos, através deste artigo.

2 A SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL

De início, toma-se de empréstimo a lição de Cláudio Souto e Solange Souto, ao se reportarem a uma *Sociologia do Direito Constitucional*, linha estudada por Bidart Campos (da Argentina), referindo-se ao estudo do impacto sociológico da aplicação do Direito Constitucional. De grande envergadura internacional e histórica é o trabalho de Ferdinand Lassalle, sobre o assunto, enfocando as estruturas sociais, a Constituição de papel e os fatores reais do poder.² Em linha de pesquisa semelhante, destaca-se conceituado trabalho de Konrad Hesse, distinguindo a Constituição-jurídica da Constituição-real.³

Cláudio Souto e Solange Souto criticam a falta de pesquisa no âmbito da Sociologia do Direito, afirmando que, “com referência à pesquisa sócio-jurídica no Brasil, tudo indica que foi em Pernambuco que a primeira investigação empírica do País foi realizada”. No sustento de sua afirmação, citam casos esparsos de pesquisa no Brasil, elogiando os trabalhos desenvolvidos nesta área, no Estado de Pernambuco, pelo Prof. Luciano Oliveira. Das pesquisas em Sociologia básica que Cláudio Souto e Solange Souto mencionam, observa-se que elas se concentram em estudiosos de Pernambuco, com uma incursão nos do Rio de Janeiro e, mais raramente, nos de São Paulo. Nos outros Estados, a pesquisa em sociologia jurídica mostrava-se tão rara que nem mereceu destaque

² LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

quantitativo,⁴ o que não significa dizer que ela não exista. De fato, surgiram pesquisadores respeitados, como os vinculados ao IDES (Instituto Direito e Sociedade – PUC/RJ), dos quais ora se destacam: Celso Campilongo, Edmundo Lima de Arruda Júnior, José Eduardo Faria, Eliane Botelho, Joaquim Falcão, Felipe Augusto de Miranda Rosa, Antonio Carlos Wolkmer e José Geraldo de Sousa Júnior.⁵ Mesmo assim, é de se concordar que a produção em Sociologia Jurídica ainda é pequena no Brasil.

Em um ambiente tão efervescente e profícuo (disparidades sociais, crises institucionais, corrupção generalizada, desigualdades sócio-geográficas, sucessivos planos econômicos, multiplicidade de raças e religiões...), porque o Brasil não tem sido palco de mais estudos sociológicos, principalmente sobre o impacto da jurisdição constitucional?

Bastante percuciente é a observação de Machado Neto, segundo o qual, em época de crise espera-se uma “proliferação sociológica, tal como sempre ocorreu no passado em tais circunstâncias críticas, responsáveis diretas pelo aparecimento da preocupação humana pelo social”.⁶ De fato, causa estranheza que, vivendo-se um momento de liberdade de pensamento, democracia na produção do pensamento, livre da censura intelectual, tenha-se tão poucas obras críticas sobre o Supremo Tribunal Federal. Sua jurisprudência vara a sociedade quase sem sofrer críticas sociológicas, que possam apresentar elementos concretos, científicos, com indicadores sociais. Por que isto, se a importância do tema mostra-se indiscutível e se, a seu turno, tem-se, veridicamente, um farto manancial jurisprudencial do STF de cunho político, econômico e social?

Na verdade, a pesquisa sociológica envolve uma complexidade muito grande e exige extrema cautela do pesquisador,⁷ na coleta, manuseio e interpretação dos dados, além, normalmente, de pesquisa de campo (entrevistas, questionários, busca de indicadores sociais na prática, análise de estatísticas e dados oficiais, interpretação dos balanços públicos etc.), fatores a que o pesquisador do Direito, sobretudo no Brasil, não é predisposto. Talvez seja esta a razão principal de tão pouca produção em Sociologia do Direito no País. Percebe-se, aliás, que as pesquisas nesta área são desenvolvidas muito mais por pesquisadores da Sociologia do que do Direito.

O ensino jurídico brasileiro não incentiva a pesquisa, não põe os jovens estudantes para pensar nem, muito menos, para ir às ruas colher dados, sentir

⁴ SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 110-116 e 138-147. Particularmente, é importante a contribuição à Sociologia Jurídica prestada pela Profª. Dra. Sandra Helena Moreira a Cursos de Direito, nas aulas que ministra em Fortaleza, abrindo nos alunos mentalidade crítica e prospectiva da idéia de sociedade. Uma das raras professoras do Ceará que conhece a fundo, simultaneamente, torou, e o Direito, onde ia, em que se doutorou, e o Direito, onde desenvolve pes a Sociologia e o Direito.

⁵ Cf. JUNQUEIRA, Eliane Botelho, OLIVEIRA, Luciano (org.). *Isto ou Aquilo: Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

⁶ MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 85.

⁷ Cfr. DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 13ª ed. São Paulo: Nacional, 1987.

o problema social, o julgamento popular, o sentimento do povo. O ensino, aqui, ainda é o dogmático, estático.⁸ Formam-se bacharéis acomodados e autômatos, que, no ensino privado, são tratados como consumidores (relação de consumo), onde o conhecimento é o objeto comprado e o aluno, escudado na proteção da Instituição de Ensino (preocupada com a saúde financeira e o investimento que fez e faz), sente-se o consumidor, cheio das prerrogativas e dos direitos contratuais, mas incapaz de pensar, enquanto desprezita o professor e não lhe reconhece a autoridade. É o Direito *burro*, aliás muito conveniente para as relações de domínio.⁹ Juízo crítico, só no âmbito do jurisdiccionismo, mediante o raciocínio jurídico-normativo, com pesquisa bibliográfica (Bibliotecas e *internet*) e, quando muito, jurisprudencial. O argumento é o formal, o da linguagem do Direito; enquanto a pesquisa é glútea,¹⁰ sem se levantar da cadeira. As exceções a este modelo ainda são raras, bem ainda os aportes críticos.

Abordar criticamente o exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte implica romper este relativo marasmo da investigação no campo da Sociologia Jurídica, apresentando as seqüelas ou impactos sociológicos dos julgamentos do STF. Quando se fala em “impacto sociológico”, não se refere, apenas, ao objeto de estudo da Sociologia em si, mas, também, das repercussões econômicas, políticas, sociais etc., por serem fatores intimamente vinculados ao ambiente maior, que é a realidade social. Deveras, não há como analisar um fato social “puro” (existente apenas no imaginário) sem averiguar os demais fatores que o arroteiam e nele interagem.

A questão da taxa de juros de 12% a.a., submetida ao STF, inicialmente, ainda às vésperas dos anos 1990, acarretou, sem dúvida alguma, conseqüências sociais, mexendo com o bolso do brasileiro, repercutindo no orçamento das empresas e na elaboração do orçamento familiar. A decisão do STF afetou o mercado, as relações de consumo, os contratos de compra e venda, a prática dos empréstimos bancários, os cartões de crédito, as compras a crediário, as mensalidades pagas em atraso etc. O endividamento das pessoas perante

⁸ Através da Resolução nº 09, de 29/09/2004, o MEC, por sua Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, lançou como diretriz obrigatória a determinação de que “os cursos jurídicos do Brasil devem contemplar em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular conteúdos e atividades que atendam, em seu Eixo de Formação Fundamental, áreas que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia”. Censuras à parte, visou-se estimular estudos mais críticos nos Cursos de Direito, mais humanos e mais gerais, assinalados pela interdisciplinariedade do conteúdo. Sacrificaram-se Disciplinas jurídicas, em prol de outras, gerais. O tempo dirá do acerto ou desacerto do MEC e se, de fato, suas diretrizes serão postas em prática.

⁹ O Direito sempre foi um Curso de formação de *consciências* e preparação para o poder. Miná-lo, soa muito conveniente, sobretudo num país sem identidade e sem oposição. O Direito é, também, instrumento de luta e reação. Se a sociedade não o conhecer nem souber manejá-lo, o poder correrá solto.

Neste “apagão mental”, avulta outra dúvida: a elite brasileira está pronta para que seus filhos concluam Direito sem pensar criticamente, sem ter o domínio jurídico? Ela não está preocupada com a qualidade dos Cursos? Se não estiver, há algo errado no ar. Deve haver outra válvula de escape. E não são os cursinhos.

¹⁰ Isto já era observado por Eduardo Faria e Celso Campilongo: “Professores e doutrinadores, em sua grande maioria, não costumam imaginar nada além da simples e tradicional pesquisa bibliográfica” (*A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 44).

os bancos, os juros do cheque especial, a bola de neve derivada da usura oficializada, a dependência do pequeno investidor... Isto tudo é fato social, são as relações sociais sendo afetadas pela interpretação da Constituição, dada pelo STF. Raciocínio idêntico, embora com repercussão social diferente, é válido para as decisões deste Tribunal sobre a negação de direito adquirido aos expurgos inflacionários decorrentes de mudanças nos planos econômicos, o valor do salário mínimo (notoriamente incapaz de satisfazer às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família), a fulminação do seqüestro de verbas para pagamento de precatório judicial etc. E o que se dizer do ocorrido com o bloqueio dos cruzados, na era Collor de Mello, quando se deu verdadeiro confisco do dinheiro do povo depositado em agências bancárias? Enquanto a população olhava incrédula, o STF, apesar de provocado, recusou-se a emitir pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não da medida, só o fazendo quando o governo já estava a devolver dos depósitos aos cidadãos. Até que isto ocorresse, a população teve de encontrar antídotos às dívidas vencidas e vincendas que o fato gerou, adiando planos feitos para a aplicação do dinheiro poupado havia anos.

É óbvio que o Direito sofre influência social, não apenas na elaboração das normas, mas também na sua aplicação. Conforme já observou Machado Neto:

E mesmo quando a norma legal já está regulamentada, cabem pressões da opinião pública sobre juízes, tribunais e funcionários administrativos a quem está afeta a aplicação das normas aos casos particulares. Casos há mais ostensivos, em que a própria norma deixa ao poder social a sua complementação, tal como se dá quando a norma refere conceitos eminentemente sociais como pudor, bons costumes, bom pai de família, pessoa nimamente pobre etc...¹¹

No fluxo e refluxo da realidade jurídica, o ambiente social é fundamental para a consolidação do Direito. Mesmo que o Judiciário não tenha o objetivo precípua de questionar as causas sociais da lide, em cada situação concreta, em cada processo, não pode, simplesmente, olvidar a conjuntura na qual se encontra para compreendê-la. O objeto de julgamento é, primordialmente, uma questão jurídica, mas o magistrado está atrelado ao que o circunda, pois não cuida de uma ciência exata, com padrões predefinidos, comprováveis em laboratório de alvenaria. É juiz e ator social ao mesmo tempo; julga, é julgado e interage com o ambiente, recebendo e expressando a carga de valores que forma a sua personalidade, talhada pelo meio. É a lição retirada de Pedro Scuro Neto:

O juiz e o tribunal têm diante de si o infrator e a obrigação de proferir uma sentença. Não podem preocupar-se diretamente com a complicada cadeia causal de um crime, um problema que mesmo a mais rigorosa das ciências não pode resolver de imediato, mas através de sucessivas aproximações, do refinamento possível apenas por meio de constantes pesquisas, nas quais sempre

¹¹ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 415.

permanece um elemento de conjectura e incerteza. O Direito lida precisamente com incertezas, as incertezas da vida social; o juiz e o tribunal lidam com o sistema de valores que o infrator desafiou, razão pela qual a sentença precisa mostrar que mesmo violado o Direito continua valendo.¹²

E, de sua vez, é claro que a sociedade sente os reflexos da aplicação do Direito. Para tanto, diversos fatores não jurídicos influenciam na maneira de se interpretar as normas, como as convicções pessoais do intérprete, sua formação cultural, o meio de onde veio, sua condição social, sua origem etc. A par dos critérios de interpretação e dos princípios que orientam o processo interpretativo, talvez estes fatores exógenos influam mais do que estes critérios e estes princípios formais de interpretação. É o modo de ver o mundo, de conceber os fatos sociais, de encarar o fenômeno jurídico e de visualizar a realidade que mais contam, na prática.

O processo de se interpretar a norma, aplicando-a, é uma tarefa orientada pela Hermenêutica Jurídica. Mas as conseqüências sociais desta aplicação prática são objeto da Sociologia Jurídica aplicada.

3 A SOCIOLOGIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL E O SOCIOLOGISMO CONSTITUCIONAL

3.1 A Sociologia Jurídica e a Sociologia Constitucional

Não há, ainda, um critério seguro que possa levar à distinção entre Sociologia Jurídica e Sociologia do Direito. Portanto, ambas as expressões são empregadas indistintamente, enquanto se aguarda um amadurecimento maior da doutrina, que possa fixar âncora mais segura neste terreno argiloso, se é que conseguirá.

Ante as concepções que se poderiam trazer a lume, é bastante a lição de Cláudio Souto e Solange Souto. Para estes doutrinadores, Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito é ramo científico que investiga, através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (pesquisa baseada na observação controlada dos fatos), o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social. Destarte, a Sociologia Jurídica indaga a realidade social total em função do Direito, estudando as relações recíprocas existentes entre tal realidade social total e o Direito.¹³

Esta definição prioriza o caráter fático da Disciplina. Mas não se olvida que ela pode muito bem se dedicar a estudos teóricos também. Os conteúdos analíticos fazem parte de qualquer ramo do conhecimento, formulando conceitos, leis, princípios e definições fundamentais, investigando a estrutura

¹² SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36-37.

¹³ SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 36. No mesmo sentido: SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43-49.

formal dos sistemas, a sua fundamentação, a metodologia (para os que admitem que existe uma metodologia própria para cada tipo de ciência) etc. Dir-se-á, mesmo, que a maioria dos estudos em Sociologia do Direito no Brasil é de cunho muito mais teórico-analítico.

Os fundadores da Sociologia Jurídica, segundo Gurvitch, são: Durkheim, Duguit, Levy, Hauriou, Max Weber e E. Ehrlich. O estudo do Direito, sob a perspectiva da Sociologia, já vinha se desenvolvendo anteriormente a estes autores, mas sem ser de forma sistematizada, metodologicamente empreendida.¹⁴ Somente a partir da segunda metade do século XIX foi que a Sociologia do Direito ganhou investigação apropriada.

A doutrina aponta dois grandes campos à Sociologia Jurídica: o geral (teórico) e o aplicado (mais empírico). Pertencem à primeira categoria os estudos sobre composição social do Direito, indagações genéricas que se preocupam com as relações entre direito e formas coercíveis; direito e outras formas de controle social; direito e mudança social. Já em sua dimensão aplicada, os pesquisadores que dela cuidam procuram fazer uso “das teorias científicas abstratas sobre o direito em função de problemas científicos e tecnológicos de caráter bem menos genérico, e, assim, mais próximos da prática” (Cláudio Souto & Solange Souto). Destarte, os estudos aplicados de Sociologia do Direito se referem, normalmente, “às relações entre a realidade social total e as formas coercíveis”.¹⁵ Após fazer esta digressão, Cláudio Souto e Solange Souto arrematam:

A Sociologia Jurídica Aplicada, que por sua própria natureza comporta inúmeras modalidades de estudos, pode também corresponder, quanto às sociedades civilizadas, à classificação tradicional dos juristas, de uso comum, que distingue matéria normativa constitucional, civil, comercial, processual, administrativa, penal, trabalhista e internacional (Sociologia do Direito Constitucional, Sociologia do Direito Civil, Sociologia do Direito Penal, Sociologia do Direito Internacional etc.).¹⁶

Na verdade, a Sociologia Jurídica é, por si só, uma versão aplicada da Sociologia Geral. Distingui-la em *Sociologia do Direito Teórica (geral)* e *Sociologia do Direito Aplicada*, é muito mais uma questão de grau, dizendo-se que é predominantemente *teórica* ou predominantemente *aplicada*, levando-se em conta determinado referencial (a teoria ou a prática). Pode-se apontar como autores da Sociologia Jurídica aplicada Luhmann, Habermas e Gurvitch.¹⁷

¹⁴ Além dos autores citados, menciona-se passeio no campo sociológico empreendidos por doutrinadores como Montesquieuendidos por doutrinadores como o no campo social, Vico, Timacheff e Geiger. Veja-se em ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, verbete “Sobre «Sociologia do Direito»”, p. 754.

¹⁵ SOUTO, C. SOUTO, S. op. cit. p. 39.

¹⁶ SOUTO, C. SOUTO S., op.cit. cit., p. 40.

¹⁷ P.ex., nas seguintes obras: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Kosmos, 1982.

No Brasil recente, são formidáveis os trabalhos de José Eduardo Faria, Celso Fernandes Campilongo e José Reinaldo de Lima Lopes.¹⁸

Já no campo da Sociologia do Direito Constitucional aplicada, destacam-se, mesmo sem utilizar esta denominação: Bidart Campos, Ferdinand Lassalle e Paulo Bonavides, este com sua *Constituição Aberta*. Reconhece-se que, nesta obra, Paulo Bonavides apresenta um viés muito mais histórico e político do que sociológico; mas suas críticas varam, também, a Sociologia, embora em menor escala. À semelhança de Lassalle, Konrad Hesse faz um estudo diferenciado entre Constituição-jurídica (ou meramente normativa) e Constituição-real (aquela viva no meio em que é inserida). Não é de se olvidar, outrossim, Pablo Lucas Verdú, que imagina um *sentimento constitucional*, disperso na sociedade, aproximando-se da consciência coletiva da Constituição.¹⁹ Recorrendo a Jellinek, Verdú toma de empréstimo a idéia de *sentimento nacional*, que surge em oposição a outras nações (o nacionalismo), para a sua categoria psicologizada de *sentimento constitucional*.²⁰ Define Verdú:

A princípio, o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convincentes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.²¹

Verdú vê o *sentimento constitucional* como espécie do *sentimento jurídico* (tratado por vários autores, entre os quais Del Vecchio), possuindo as mesmas características gerais deste, dentre as quais se destacam: a) a expansividade, no sentido de que tende a estender-se por imitação a outros segmentos sociais; b) a espontaneidade, “entendida não como explicitação plenamente autônoma, independente dos conteúdos emocionais, senão, precisamente, enquanto fruto de uma vontade ou de um impulso íntimo, expressado com certo grau primitivo”; c) a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina.²²

Parece que a concepção de sentimento constitucional seja melhor compreendida e sentida nos sistemas do *common law*, baseados no direito consuetudinário, regidos por uma Constituição sintética e fincados nos costumes. Os laços sentimentais do Direito, que ligam os vários sujeitos e atores sociais, todavia, são mais fluidos nos países de tradição romano-germânica, que normalmente adotam Constituição analítica, muito mais detalhada.

Enquanto *papel*, a Constituição é norma estática, predestinada a atender às necessidades da sociedade e com propensão a reger adequadamente as várias relações do Estado e dos indivíduos, sob o ponto de vista jurídico, econômico, político, social etc.

¹⁸ FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁰ VERDÚ, P. op. cit., p. 128 e ss.

²¹ VERDÚ, P. op. cit., p. 75.

²² VERDÚ, P. op. cit., p. 53 e 61 e ss.

Mas, enquanto *prática*, a Constituição deixa de ser mera “vocação” para se tornar “real”, para o bem ou para o mal. E as instituições encarregadas de aplicá-la mostram-se verdadeiramente, vivificando-a, assegurando-a ou permitindo que ela seja vilipendiada, ou, pior, inclinando-se a descumpri-la. Então, o estudo da práxis constitucional ultrapassa a dimensão jurídica para alcançar suas repercussões econômicas, políticas e, principalmente, sociais. É na verificação da práxis que se descortina a verdade, que se detecta a atuação democrática ou não, que se retiram as máscaras, porventura colocadas, voluntária ou involuntariamente.²³ Isto já foi sentido por Bidart Campos, segundo o qual para detectar a democracia social não basta recorrer ao texto da Constituição documental, que, por acaso, poderia (ou pode) precisar de definições em tal sentido. O relevante, afirma, é o funcionamento real e efetivo das instituições, porque é neste âmbito (a dimensão sociológica do mundo jurídico) que a vigência, também sociológica, das condutas demonstra, com normas constitucionais ou sem elas, se um regime se enquadra no modelo da democracia social, ou não.²⁴

A CF/88 adota um *modelo social de constitucionalismo*,²⁵ sobre o qual se ergue o Estado. Isto implica dizer que o ordenamento deve expressar os valores sociais do povo, e a interpretação há de estar afinada com o sentimento popular, assegurando a dignidade humana, o regime de liberdade, os valores da democracia. É o Estado de bem-estar, no que seja de possível concretização, posto desejável. Aí, entra a função do intérprete, do aplicador da Constituição, tornando-a viva, numa mágica que retira seu texto estático do papel e o transforma na força motriz das relações jurídicas (*rectius*, constitucionais), políticas, sociais, econômicas etc.

Em sua obra, Verdú prega a interpretação constitucional como tarefa voltada para a efetividade da Constituição (*magis ut valeat*) e do melhor Direito possível em uma sociedade avançada.²⁶ É certo que “o melhor Direito possível” é uma idéia um tanto vaga, a qual comporta o conteúdo que a racionalidade quiser. É preciso, então, haver referencial. E o referencial não pode ser um só, pois a complexidade social é fulcrada em vários valores, princípios e comportamentos

²³ Estudando-se a legislação comparada de outros países não se consegue ter uma percepção completa do ambiente jurídico estrangeiro. A simples leitura da norma pode levar à impressão de que dado sistema é perfeito. Logo, a Sociologia Constitucional é que descortina o véu da aparente perfeição, para mostrar como de fato a Constituição é aplicada.

²⁴ CAMPOS, Germán J. Bidart. La Democracia Social en la Constitución Portuguesa (1976-19996). In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 232.

²⁵ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 363. “Esta Constituição terá cheiro de amanhã, não de mofo”, dissera Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em resposta ao Presidente da República José Sarney, que, vendo o texto da futura Carta (CF/88) chancelado em primeira votação, fora à imprensa brasileira, alertando da *ingovernabilidade do País*. Vejam-se relatos histórico-políticos deste ímpar momento, como de resto dos instantes de elaboração das Constituições brasileiras, em: BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

²⁶ VERDÚ, P. op. cit., p. 123-126.

os mais diversos, decorrência mesmo dos vários grupos sociais. Tais referenciais, em um Estado Social, democrático, de Direito, soerguido no respeito à Constituição, só podem ser a dignidade humana, os direitos fundamentais (ao menos os essenciais: o mínimo existencial),²⁷ a coesão social, a união nacional dos cidadãos, os interesses federativos e democráticos, a preservação das Instituições, a ordem e o desenvolvimento.

Então, quanto mais inserido o juiz estiver no meio social, mais “atenado”, jungido de corpo e alma à sociedade, mais estará afinado com ela e melhor compreenderá seu sentimento. Aliás, os sentimentos tenderão a ser os mesmos, que comungarão das mesmas ambições, perplexidades, sonhos e sofrimentos. E, portanto, haverá harmonia entre o espírito da sociedade e a alma do magistrado. A legislação será muito melhor aplicada.

Em parte, a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é, porque eles ditam o significado e o alcance de suas normas na prática, conferindo-lhe eficácia ou negando-lha. É justamente aí que se indaga: e como a Constituição vem sendo aplicada, interpretada e utilizada pelos magistrados? O que acontece no trânsito entre o papel e o mundo real da Constituição? Como as decisões judiciais chegam à sociedade e é por esta absorvida?

A resposta a estas indagações só pode ser buscada adequadamente pela Sociologia, na vertente jurídica e, mais propriamente, aplicada: a Sociologia Constitucional ou a Sociologia do Direito Constitucional, expressões aqui empregadas como sinônimas.

O objeto da Sociologia Constitucional é o estudo aplicado do fenômeno constitucional: o rebuliço e as razões sociais que levam à mudança da Constituição; a sua aplicação efetiva; a abordagem social do exercício da jurisdição constitucional; a discussão da fenomenologia do processo constitucional, em sua perspectiva do cotidiano, de sua incidência no plano real, fático; os reflexos da práxis de se aplicar a Constituição de uma ou de outra forma; a verificação da aceitação das decisões das Cortes Constitucionais e seus reflexos no ambiente social; a análise crítica da efetivação das normas programáticas, aqui entendidas como aquelas que estabelecem programas político-sócio-econômicos a ser desenvolvidos pelos governantes; os reflexos práticos dos tratados internacionais para o povo, na visão de bloco de constitucionalidade; a análise das políticas de implementação de direitos e garantias fundamentais; a repercussão das grandes decisões dos juízes constitucionais; a mudança do comportamento social em face

²⁷ Sobre o mínimo essencial, cf. BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003; e, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 309. O Tribunal Federal Constitucional alemão formulou a regra do mínimo existencial, capaz de assegurar existência digna. Estes direitos, componentes do mínimo essencial, devem ser os alvos prioritários dos gastos públicos. Reconhece-se, no entanto, a dificuldade em se estabelecer, dentre o rol de direitos fundamentais, quais são os direitos que compõem este mínimo existencial.

de decisões proferidas na jurisdição constitucional; a reação social dos grupos atingidos pelas sentenças constitucionais, pela mudança, implementação ou elaboração das normas constitucionais; a análise dos indicadores sociais perante o processo de aplicação da Constituição etc. Como se vê, grande é o seu objeto de estudo. Mas não se pode perder de vista seu referencial: a aplicação da Constituição, isto é, a verificação fática de como ela é aplicada.

No âmbito subjetivo, a Sociologia Constitucional tem em vista os atores que lidam com o Direito Constitucional, numa comunidade aberta de intérpretes (cfr. Häberle, Paulo Bonavides). Não se restringe ao Judiciário nem às instituições públicas ou oficiais. Vai a campo aberto, ao empirismo, vendo a prática ou efeitos práticos da aplicação constitucional. Para Häberle, no processo de interpretação constitucional “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.²⁸

A Sociologia do Direito Constitucional é crítica. Estuda o seu objeto numa visão crítico-dialética, propedêutica, realista. E, pertencente à Sociologia Aplicada, é extremamente prática, escudando-se em pesquisas materiais, de campo, de dados oficiais, de indicadores sociais e econômicos. Embora possua uma parte analítica, preocupada com conceitos, definições e sistematização metodológica, ela cuida basicamente do fenômeno social do dia-a-dia. Muitas vezes se socorre das pesquisas já realizadas por órgãos confiáveis e as aplica ao Direito, comparando dados e extraindo conclusões sociológicas. Noutras oportunidades, toma os dados jurídicos e os analisa sociologicamente. É o que se faz, por exemplo, com a análise dos dados fornecidos pelo BNDPJ (Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, indicador oficial do STF). O BNDPJ possui dados estatísticos do movimento processual do Poder Judiciário de todo o país. Então, a partir deles, pode-se fazer algumas inferências sociológicas, partindo de indagações como: porque o mandado de injunção tem sido tão pouco ajuizado? E a ação popular, que praticamente não é manejada pelos cidadãos para defender os seus direitos? Qual a resposta do Judiciário ao se deparar com as ações coletivas de interesse da cidadania?

Se a pesquisa em Sociologia Jurídica aplicada, no Brasil, é escassa, muito mais o é em Sociologia Constitucional.²⁹ Então, não dá para se falar, ainda,

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

²⁹ Na biblioteca da Universidade de São Paulo (USP), detecta-se a tese de Doutorado de Antonio Gomes Moreira Maués, intitulada *A Sociologia do Direito Constitucional* (1997). Publicada pela editora Síntese sob o título *Poder e Democracia*, em 1999, constata-se que não se trata, porém, de Sociologia Constitucional, mas, muito mais, de estudos sobre Política, enfrentando aspectos teóricos do pluralismo político na CF/88. Assenta-se que o NEC (Núcleo de Estudos Constitucionais), da UniCeub/CnPq, tem um Grupo de Pesquisa Institucional (GPNEC) com uma linha de pesquisa intitulada “O STF e a concretização da CF/88”, coordenado, em 2007, pela Profª. Christine Oliveira Peter da Silva, com viés, portanto, em Sociologia Constitucional aplicada.

em um *sociologismo constitucional*, no sentido de uma cultura da Sociologia Constitucional ou de haver uma corrente ou escola já consolidada que explore sistematicamente as seqüências práticas do exercício da jurisdição constitucional ou, mais amplamente, da aplicação da Constituição. Todavia, dá para se perceber claramente a importância e a dimensão da Sociologia do Direito Constitucional, a ponto de justificar uma dedicação e uma exploração maior deste ramo de estudo pelos pesquisadores.

Embora ainda não tenha se apartado da Sociologia Jurídica (bem como esta tem íntima relação com a Sociologia Geral, de modo quase inseparável), é válido dizer que a Sociologia Constitucional é o grande filão de estudos daquela, ante a riqueza de temas, dimensões e perspectivas do Direito Constitucional e a realidade social pressionada pela Ordem Constitucional. A pesquisa em Sociologia Constitucional pode ir da ordem econômica à implementação de políticas públicas; da ordem social à corrupção que infecta as estruturas de poder; da prática legislativa que complementa a Constituição ao desinteresse em cumpri-la pelos órgãos oficiais; do comportamento do empresariado em tema constitucional à exploração dos trabalhadores, no trato de seus direitos sociais.

A exemplo do que acontece com o Direito em geral, existem fatores não jurídicos a informarem a maneira e a razão de se aplicar o Direito Constitucional. Há elementos psicológicos, morais, filosóficos, que compõem a formação mental do hermenêuta e que terão grande repercussão nas suas concepções. Estas concepções são, talvez, até mais vinculativas do que qualquer critério ou princípio de Hermenêutica. Afinal, o ser humano não consegue se desvincillar tão facilmente das suas origens, da sua formação, dos traços de sua personalidade.

Os atores sociais interpretam a norma de acordo, p. ex., com as posições que ocupam na estrutura social e do Estado³⁰ e conforme a sua formação profissional, pessoal, religiosa; suas convicções políticas, ideológicas etc.³¹ Em

³⁰ SCURO NETO, P. op cit. p. 79.

³¹ Cuidando da difícil tarefa de definir o início da vida, a revista *Veja* (25/04/2007, p. 54-57) apresentou várias interpretações dos cientistas, religiosos e filósofos, donde se constata que cada um vê o fenômeno de acordo com sua perspectiva: a) parte dos geneticistas e fisiologistas defendem que a vida começa na nidação (momento em que o óvulo fecundado se fixa à parede do útero, já apto a alimentá-lo, o que ocorre entre o 5º e o 6º dia após a fecundação), pois é a partir daí que o embrião tem reais condições de se desenvolver; b) a maioria dos neurologistas acredita que este início é o da formação do cérebro (2 semanas da fecundação, quando o embrião acelera sua reprodução), pois, *a contrario sensu*, a morte só ocorre com a parada de funcionamento da atividade cerebral; c) uma corrente de neurocientistas defende que o marco inicial da vida é o começo das sensações, como a dor (27 semanas), só possível com um cérebro mais desenvolvido; d) para os filósofos da Grécia antiga e parcela expressiva do pensamento judaico a vida começa com o nascimento do bebê; e) o islamismo entende que a vida tem início a partir da 16ª semana de gestação, quando o embrião vira feto (de 8 a 16 semanas) e, portanto, adquire uma alma; f) católicos, protestantes e a embriologia defendem que a vida começa já na fecundação (processo que dura cerca de 40 minutos), quando o espermatozóide penetra no óvulo, formando o embrião, que carrega a carga genética do futuro ser humano. Esta discussão, tão complexa, é importante para temas como aborto, direito sucessório, definição de homicídio etc.

que grupo social³² os integrantes de uma Suprema Corte (*rectius*, do STF, no Brasil) se situam? Até que ponto o compromisso da imparcialidade vigora, se eles são nomeados por meios que não são imparciais, posto políticos? Tais membros irão aplicar o Direito, cogentemente, na sociedade, regulando suas relações, proibindo ou permitindo condutas. Como aplicarão as normas? Dar-lhes-ão dimensão social, democrática, liberal, opressivo...?

Até a origem dos Ministros do STF, como de resto de qualquer intérprete, repercute na forma como aplicam a Constituição e concebem os fenômenos jurídicos, sociais, econômicos etc. Neste sentido, percebe-se que a origem de muitos Ministros do STF é fidalga: não provêm de classes humildes e são nomeados com a força política que ostentam. Uma força que não surge da noite para o dia, repentinamente. São pessoas próximas ou íntimas das estruturas de poder. A par do notório preparo intelectual, da maturidade exemplar que possuem, obviamente não estão imunes à natureza humana, deixando levar-se pelas concepções ideológicas, pelas inclinações que portam no peito.

Fernando Machado da Silva Lima aponta diversas críticas à Assembléia Nacional Constituinte de 1987, que recebeu poderes de constituinte originário, sendo integrada por membros do Congresso Nacional, com Senadores “biônicos”, nomeados por atos de força do regime militar. Segundo o autor citado, dita Assembléia não era tão legítima assim nem tão confiável, o que teria sido corroborado pela afirmação de Nelson Jobim, 15 anos depois de promulgada a CF/88: Nelson Jobim, então já ministro do STF, revelou, em outubro/2003, que, quando funcionara como constituinte, fizera inserir alguns dispositivos à redação final do texto constitucional sem observar o processo de sua elaboração, fato de conhecimento de Ulysses Guimarães. Fernando M. S. Lima, numa visão bastante cética e pessimista, afirma que a CF/88 apenas simulou mudanças, deixando tudo da mesma forma. A CF/88 é, assim, uma *constituição hipócrita*. E se refere à idéia de Constituição Simbólica, sobre o que escreve Marcelo Neves: neste caso, a legislação é utilizada como mera forma de mistificação político-ideológica, mas sem concretização real.³³

Toda norma tem um pouco de hipocrisia, sobretudo quando traça programas ou ideais a ser conquistados. Mas isto não a torna completamente impraticável nem retira, por inteiro, o seu valor nem a sua vinculatividade.

A Sociologia Constitucional se ocupa, nesta vertente, de desvendar a hipocrisia constitucional e constatar se a Constituição está sendo socialmente cumprida, bem aplicada; se os programas que ela enceta estão sendo colocados em prática, etapa a etapa. Este papel se torna mais importante quando se tem uma Constituição dirigente, como o é a de 1988. Mas, obviamente, a Sociologia

³² Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria dos grupos, sugere-se a leitura: GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Kosmos, 1982, p. 269 e ss.

³³ LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle do Poder: é efetiva a Constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 120-123. Vide, também: NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 34-41.

Constitucional trata, também, da perspectiva ideológica de condução da Constituição, dos fatores reais de poder, dos interesses em assegurá-la ou não, da eficácia dos instrumentos de sua defesa (eficácia real, empírica, material).

3.2 A importância da Sociologia Aplicada para a perspectiva crítica do Direito

O Direito é reflexo do meio e para ele se dirige, como um bumerangue. Mas, qual meio? O do poder, o das instituições. A sociedade faz, tolera ou é manipulada pelo poder, que se manifesta nas normas, nas instituições, nos fatores reais de poder. A escala de valores de uma sociedade sofre prodigiosa influência do poder político, que pode preservá-la, mascará-la ou alterá-la dissimuladamente.

O Direito é multifacetado: é instrumento do poder, mas, ao mesmo tempo, apresenta-se como escudo dos cidadãos contra os abusos do Estado e dos semelhantes privados. Ou, simplesmente, aparenta ser instrumento de defesa dos cidadãos? Uma espécie de cabo Anselmo³⁴ das estruturas formais?

No entanto, o simples fato de se ter normas — e o sistema normativo propõe-se a cobrir todas as relações intersubjetivas, afirmando-se “completo” — não assegura a realização dos valores sociais nem a concretização de suas previsões. Isto porque embora se saiba que uma função sociológica nada nobre das normas seja coagir psicicamente as pessoas e contribuir para a integração social, é indiscutível que nem sempre a mera previsão, por si só, é suficiente para o cumprimento da legislação. A “*ameaça latente*” ou o “*terror psicológico*” da lei precisam se tornar eficazes.

A este fator salta a fluidez das normas, erguida em noções conceituais amplas, técnico-jurídicas, imprecisas, muitas vezes incompreensíveis pela sociedade ou comunidade aberta de intérpretes.

Emerge, neste contexto, o Judiciário, com o clássico discurso de que conferirá eficácia à norma, imprimindo-lhe o verdadeiro conteúdo, garantindo a ordem jurídica, os interesses gerais da nação. Sua leitura da lei, porém, será técnica, supostamente imparcial, pois os juízes foram talhados e formatados, nos bancos das Faculdades, a terem este perfil. Sua hermenêutica será concretizadora e vinculativa aos atores sociais. Sua decisão será definitiva e, a princípio, sem controle social. Logo, quem dominar o Judiciário, terá o Direito concreto sob suas mãos. Enfim, o Judiciário é um ótimo instrumento de poder, de dominação.

³⁴ O marinheiro cabo Anselmo surgiu no movimento janguista, ainda antes de revolução militar de 1964, tendo se tornado uma personagem legendária na História do Brasil, com requintes de espionagem, infiltração, traição etc. Transitava pelas fileiras da UNE (União Nacional dos Estudantes) e, ao mesmo tempo, nas Forças Armadas. Nunca se soube ao certo a quem ele servia, mas há fortes suspeitas de que fosse um agente duplo, senão triplo, já que se fala, também, de seu envolvimento com a CIA. Para Marco Aurélio Borba, cabo Anselmo integrou as fileiras do regime militar, após 1964, deixando clara sua opção política (*Cabo Anselmo: a luta armada ferida por dentro*. São Paulo: Global, 1981, p. 9). No entanto, *data venia*, mesmo nesse período as posições de cabo Anselmo não foram muito claras.

É aí que a Sociologia do Direito, com sua perspectiva crítica, entra em ação, desvelando na prática os discursos juristicistas e apresentando as conseqüências sociais das soluções do Direito, com seu aparato institucional, o Judiciário.

Através da ambientação sociológica, perpassa-se o umbral do Direito, indo além da sua perspectiva formalista. De fato, há conseqüências que um simples estudo normativo não consegue vislumbrar. Já a experiência social descortina o que o Direito mostrava perfeito. A Sociologia, assim, retira o véu e desencanta a fábula jurídica, mostrando uma realidade que pode minar ou fortalecer o discurso jurídico.

Embora se tenha um capítulo da Teoria Geral do Direito preocupada com a eficácia ou efetividade das normas, não deixa de se reconhecer a prevalência da visão jurídica analítica neste processo. Já o olhar sociológico fita a realidade social, o Direito sob o sentir do fato social.

Em Direito, quando se fala em efetividade ou eficácia das normas, quer se referir à sua aplicação fática, se ela não caiu no desuso ou se os intérpretes e atores sociais aplicam práticas *contra legem*. Deste modo, diz-se efetiva ou eficaz a norma que tem vida e aplicação de fato, pouco importando que seu operador lhe extraia o melhor dos sentidos ou não. Desde que a aplique, estará lhe conferindo eficácia no mundo real, manifestando-a virtuosa ou deturpadamente.

A Sociologia Jurídica, no entanto, questiona a *qualidade* social desta aplicação. Não basta que se confira efetividade à norma; é preciso que a interpretação seja responsável, compromissada com a sociedade. Numa indagação: qual a interpretação socialmente mais adequada da norma? A resposta pode ser buscada *in abstracto*, quando a preocupação é voltada a encontrar uma solução geral, a partir da norma em si, ante os prováveis fatos concretos e as múltiplas soluções que ela enseja; ou, ainda, o que a sociedade verdadeira e conscientemente quer, segundo os seus valores mais profundos. Isto afasta a mera “suposta vontade”, que, na realidade, é conduzida pelo sensacionalismo da imprensa, num “querer” fabricado pela mídia. Mas, normalmente, esta resposta só é percebida *in concreto*, ante um fato específico; no momento da aplicação da norma ao fato concreto. É aí que o fato social mostra toda a sua riqueza, apresentando a miséria dos sujeitos envolvidos, a emoção que os envolve, o sentimento subjacente à questão judicial e às possibilidades materiais dos contendores.

Mas o papel da Sociologia Jurídica não é só criticar a opção jurídica da jurisprudência. É, também, o de fornecer ao Direito (e aos seus operadores) elementos e indicadores sociais que, apresentando as condições sociais da população (com suas carências, regras, mudanças nos costumes, valores etc.), orientem o caminho para a decisão socialmente mais acertada. A Sociologia é um instrumento de colaboração social, também; muito mais do que algoz e julgadora de atos humanos que afetem a sociedade.

A norma precisa ser testada diuturnamente, para que se apreenda a sua importância social, vejam-se os seus efeitos e se aquilate sua aplicação.

É o direito vivo, a Constituição pulsando em cada ato. E nada melhor para avaliar o resultado desta aplicação do que a Sociologia, cuja contribuição pode servir para modificar a norma, expungir-la do ordenamento, atestar sua legitimidade e comprovar outros dados. É preciso ficar-se atento aos termômetros sociais, aos indicadores da condição do ser humano. Um discurso normativo de interpretação escoreita da Constituição pode ser desmentido pelos indicadores sociais, pelos seus resultados práticos. E a justificativa teórica do Direito não se sustentará quando os fatos desaconselharem este tipo de aplicação acrítica ou equivocada.

4 CONCLUSÕES

Dentro da Sociologia Jurídica, há um ramo de investigação que desponta em importância, ante o estudo dos reflexos sociais, econômicos e políticos das decisões proferidas na aplicação da Constituição Federal: é a Sociologia Constitucional.

Ainda pouco investigada no Brasil, a Sociologia Constitucional investiga os efeitos práticos das decisões proferidas pelas Cortes brasileiras, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, ao aplicarem a Constituição. A apreciação das conseqüências práticas dos atos judiciais cometidos na jurisdição constitucional, conotando uma crítica essencial a eles e contribuindo à tarefa do julgador, ao fornecer elementos extraídos de indicadores sociais, constituem objetivos primordiais da Sociologia Jurídica, na vertente que ora se prega.

É relevante saber e analisar, p. ex., que algumas decisões do STF são socialmente danosas, apesar escoreitas segundo a técnica jurídica; e que, em outras ocasiões, a solução encontrada pela Corte se mostra socialmente satisfativa, apesar de juridicamente duvidosa. Não é bastante que a norma seja efetiva; ela deve ser aplicada da forma mais benéfica à sociedade. É justamente neste panorama que se insere a Sociologia Constitucional, que serve, ainda, para verificar a legitimidade das instituições, manifestada no seu atuar, e a necessidade ou não de se modificarem algumas normas, segundo estejam desconforme ou em harmonia com o sentimento e os valores atuais da sociedade.

Compreende-se, pois, como a Sociologia Constitucional levanta o véu das aparentemente formidáveis decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional, mostrando os seus reais efeitos práticos, que ora são benéficos, ora são danosos à comunidade. Suas críticas vão muito além do Direito e vara outras instâncias, mostrando a realidade afetada pelos julgados dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direi-*

- to. Título original: *Dictionnaire Encyclopedique de Theorie et de Sociologie du Droit*. Tradução para o Português: Vicente de Paulo Barretto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORBA, Marco Aurélio. *Cabo Anselmo: a luta armada ferida por dentro*. São Paulo: Global, 1981.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. La Democracia Social en la Constitución Portuguesa (1976-19996). In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 13ª ed. São Paulo: Nacional, 1987.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIA, José Eduardo, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Kosmos, 1982.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Kosmos, 1982.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho, OLIVEIRA, Luciano (org.). *Isto ou Aquilo: Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle do Poder: é efetiva a Constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 120-123.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



O PÚBLICO E O PRIVADO: DESLIZAMENTOS E RUPTURAS

Fayga Silveira Bedê*

RESUMO

Este trabalho trata das relações entre o público e o privado, discutindo as possibilidades de esvaziamento da esfera pública pela ascensão da “esfera social” e da “esfera íntima”.

Palavras-chave

Esfera pública. Esfera íntima. Esfera social. Público. Privado.

ABSTRACT

This paper discusses the relations between public and private spheres, debating the possibilities of exhaustion of the public sphere with the rise of social and intimate spheres.

Key-words

Public sphere. Intimate sphere. Social sphere. Public. Private.

1 PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

Verifica-se cada vez mais que os tradicionais esquemas interpretativos aos quais se cingiam o *público* e o *privado* já não são capazes de dar conta das novas e complexas variáveis que se introduziram no mundo contemporâneo.

O velho paradigma público-privado, tão caro aos gregos na Antiguidade, e do qual foi tributária a civilização romana (em ambos os casos, com inegáveis reverberações entre nós), fora retomado a partir do início da modernidade liberal, ainda que sob outro viés.

Após o longo hiato do medievo - em que tais esferas haviam se diluído em um sincretismo muito próprio² - a idéia de um “Estado de Direito”, tal como

* Coordenadora de Atividades Complementares, Seminários e Extensão do Curso de Direito da Faculdade Christus. Coordenadora de Responsabilidade Social da Faculdade Christus. Coordenadora da Revista Opinião Jurídica. Professora universitária. Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará - UFC. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

² Em relação ao período medieval, Habermas assinala que “... não existiu uma antítese entre esfera pública e esfera privada segundo o modelo clássico antigo (ou moderno)”. Esclarecendo em seguida que, durante o feudalismo, “... a autoridade “privada” e “pública” fundem-se

concebida pela burguesia enriquecida, restabelecia o público e o privado como termos antitéticos.

De fato, este novo modelo de separação encontra assento, entre outros fatores, na concepção de um Estado autolimitado, como fonte de onde promanam de leis às quais ele mesmo se submete. Assim, a esfera privada resta salvaguardada de ingerências inoportunas do Poder Público, uma vez que toda e qualquer intervenção do Estado na vida privada fica, doravante, condicionada ao estrito cumprimento dos limites da lei.

A institucionalização do Estado de Direito, criação engenhosa do ideário liberal é, a um só tempo, causa e efeito da emergência do indivíduo burguês, cujos interesses se tornam cada vez mais irreconciliáveis com os termos do *Anciën Régime*.

Sob a égide do liberalismo, dá-se a emergência do “eu”, como sujeito de sua própria história, o qual, a partir de um processo de individuação, destaca-se do todo informe da massa, ao mesmo tempo em que se descobre dotado de racionalidade e livre-arbítrio.

A ascensão da “personalidade”, cujo corolário repousa na autonomia da vontade privada, irrompe um inevitável conflito em face do paradigma absolutista de Estado. E não era para menos. A permanência de um Estado Leviatã, dotado de poderes absolutos e ilimitados, não se coaduna, de modo algum, com as aspirações da nova classe social emergente.

Os *standards* mais caros à burguesia liberal – propriedade privada, liberdade contratual, liberdade de expressão, de locomoção, tolerância religiosa, proteção à intimidade e à vida privada, entre outros – constituem pautas valorativas que a livre iniciativa dificilmente poderia fazer vicejar em uma ambiência de arbítrio desmedido, como tende a ser um Estado Absolutista.

Não por acaso, o Estado que a burguesia liberal vai construir para si, a fim de acomodar os interesses de livre acumulação de capital, será chamado “Estado mínimo”. Verdadeiro apanágio das liberdades individuais, cujas potencialidades floresceriam no campo profícuo do “livre mercado”, o Estado Liberal tem o seu papel bem mais limitado em relação ao paradigma absolutista. Aliás, na expressão cáustica de Bonavides, o Estado se vê reduzido à condição de um “acanhado servo do indivíduo”.³

numa inseparável unidade, já que ambas são a emanação de um único poder, sendo também compreensível que estejam ligadas aos bens fundiários e que possam ser tratadas como direitos privados bem adquiridos.” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 17-25).

³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40. Pensamos que há aqui, *data venia*, algum exagero por parte do nosso grande constitucionalista; uma vez que, ainda hoje, determinados postulados “básicos” do paradigma liberal, como v.g., a idéia de autolimitação do Estado, face ao princípio da legalidade, não estão muito bem assentados na prática; haja vista o fato de que justamente o Estado (no caso, o brasileiro) está entre os mais recalitrantes no que tange ao cumprimento da lei. Assim sendo, embora seja inegável a redução

Nesse quadrante, é que se deflagrou todo o processo de codificação de leis, desde o século XIX, orientado segundo uma tradição de polarização do Direito em dois grandes ramos. De um lado, o Direito Público, fonte de “normas de ordem pública”, cuja teleologia repousava na idéia de bem comum, razão pela qual, elas não poderiam ser livremente transacionadas pelos particulares, por albergarem valores que o Estado reputava indeclináveis. E de outro, os vários ramos do Direito Privado, cujas linhas estruturais reservavam uma grande margem de liberdade, a fim de que os contratantes pudessem dispor livremente de seus interesses particulares.

Essa linha divisória entre o Direito Público e o Privado, tão afeita aos manuais jurídicos, que a traziam como uma lição preambular, foi sendo mitigada ao longo dos últimos dois séculos em razão de que a própria realidade social subjacente ao direito foi se modificando a passos largos.

Assim, não obstante uma extensa literatura jurídica tenha apontado no sentido de uma demarcada separação entre tais esferas, prenunciada que fora, pelo advento do Estado liberal clássico (com sua reconhecida dicotomia entre o Estado e o indivíduo); novos elementos encaminharam a história em sentido divergente.

Com efeito, a ascensão de uma esfera social, de um lado, e a emergência de uma esfera íntima, de outro, colocaram em xeque a possibilidade de se pensar o mundo a partir das tradicionais categorias do público e do privado, uma vez que seus postulados não se deixam subsumir pelos antigos esquemas conceituais.

Neste ponto de inflexão a que se chegou, é prudente “pôr as barbas de molho”, percebendo-se que um redirecionamento dos estudos do direito não poderá prescindir de uma interface com as grandes questões sociológicas que lhe atravessam.

2 O PÚBLICO E O PRIVADO NA GRÉCIA ANTIGA

Não é possível rediscutir papéis para o público e o privado sem uma necessária remissão ao paradigma originário. De fato, são os gregos quem inauguram esse modelo de pensamento, cujo legado veio a matizar toda a história do mundo ocidental.

A vida na Grécia Antiga, durante o período socrático, transcorria entre dois mundos, que, muito embora separados, guardavam, de certa forma, íntimas conexões. Havia a vida obscura, subtraída aos olhares do público, confinada aos limites da casa. A essa esfera privada estavam adstritos os escravos, as mulheres e os metecos (estrangeiros). Ali, entre suas paredes, estavam todos às voltas com as tarefas domésticas, entregues a uma rotina de trabalhos manuais,

do papel do Estado, não chega a ser o caso de podermos considerá-lo um “acanhado servo do indivíduo”, como pretende Bonavides.

na produção dos bens necessários à sobrevivência da família. O *oikós*⁴ era, por assim dizer, o *reino da necessidade*, em que nascimento, vida, labor, reprodução e morte traçavam o seu curso silencioso.⁵

A azáfama dos trabalhos, o cansaço com as lidas, as tarefas nem bem concluídas, e já todas por refazer: vidas inteiras que chegavam ao seu termo sem deixarem qualquer vestígio atrás de si. Não admira que lha desprezassem os cidadãos gregos. A vida na casa era *privada* da luminosidade do público. Era uma vida menor: premida entre o útil e o necessário; e, talvez por isso mesmo, privada do belo. Não se vislumbrava, ali, nenhuma obra capaz de resguardar o homem do efêmero de sua existência.⁶

Contudo, é no mínimo curioso o desprezo que os gregos nutriam por um labor sem o qual nem mesmo a *vida* seria possível. Esse paradoxo era solucionado, por assim dizer, às custas de uma sociedade altamente hierarquizada, em que apenas uma minoria de cidadãos podia ocupar-se das atividades da vida pública; enquanto a grande maioria (constituída por escravos, mulheres e metecos) era alijada de qualquer cidadania e entregue ao obscurantismo da vidinha doméstica.

Não sendo a esfera privada, um espaço reservado ao exercício da cidadania, estava, por isso mesmo, entregue ao despotismo do senhor da casa. O déspota era o senhor absoluto de suas propriedades, bem como de todas as pessoas que dele dependiam para sobreviver: mulher, filhos, parentes e escravos. A ele cabia impor as regras de convivência familiar de acordo com o seu único e exclusivo arbítrio.⁷

Se em casa, o *pater familias* era um déspota para com os seus dependentes, na *pólis*, sua conduta era inteiramente outra, uma vez que na esfera pública, o cidadão estava entre os seus iguais: homens tão livres quanto ele próprio. Na *politéia*, o cidadão não buscava o poder de mando. Tampouco temia o despotismo: a esfera pública era o *reino da liberdade*, por excelência.⁸

A liberdade - tal como a concebiam os gregos - era de natureza essencialmente *política*. E se traduzia numa dúplice dimensão. Havia um momento discursivo (*lexis*), em que os cidadãos exerciam a sua liberdade. Esta liberdade - que consistia em falar, ouvir e ser ouvido - resultava em que a violência do poder despótico fosse substituída pela "força" do melhor argumento.

De fato, a violência só tem lugar quando cessam os argumentos. O

⁴ Palavra grega que designa casa.

⁵ Cf. HABERMAS, op. cit., p. 15-17; ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 37 et seq.

⁶ Nesse particular, chama a nossa atenção, a influência da mentalidade grega no que concerne ao prestígio do trabalho intelectual, em detrimento do trabalho manual, cujos efeitos impactantes ainda hoje se fazem sentir no mercado de trabalho do mundo ocidental.

⁷ CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto. (org.) *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 357 e ss.

⁸ Loc. cit.

problema das discussões travadas entre desiguais é que aqueles que estão em posição de vantagem, ao se verem emudecidos ante a supremacia argumentativa de seus interlocutores, tendem a lançar mão da violência, com vistas à imposição de sua vontade. Como a *polis* era uma esfera léxico-argumentativa, que se dava entre *iguais*, era a violência que emudecia ante a força da palavra; e não o contrário. Assim, na esfera pública grega, as torrentes da irracionalidade eram sufragadas por um exercício lógico-retórico de argumentação.⁹

Um segundo momento (que defluía dessa liberdade político-argumentativa) dava-se na *praxis*, por meio da adoção de práticas comunitárias consensuadas, a partir de decisões que haviam sido tomadas pelo conjunto de cidadãos. Frise-se que tais decisões não eram impostas, mas derivavam da formação de um convencimento acerca da superioridade das ações pactuadas, em detrimento das demais.

3 A ESFERA PÚBLICA NA GRÉCIA *VERSUS* A ESFERA SOCIAL NA MODERNIDADE

É justamente a partir de uma análise comparativa entre a concepção grega de liberdade, colhida na Antiguidade, e a idéia de liberdade, engendrada pela modernidade liberal, que se pode começar a compreender o processo de corrosão da esfera pública no mundo contemporâneo.

Conforme já se disse, para os gregos, a liberdade tinha uma conotação fortemente *política*. E a *polis* era o espaço em que essa liberdade se exercia. Na esfera pública, os cidadãos podiam ver e ser vistos, dedicando-se à *vita activa* e à *vita contemplativa*, por meio das quais o engenho humano poderia vir a realizar grandes feitos, vocacionados à posteridade.¹⁰

O espaço público, por conseguinte, era não somente uma condição de liberdade, como também uma condição de realização do próprio sentido da existência humana. Daí porque a compreensão aristotélica do homem como animal político, social, não era nada mais que o retrato fiel de uma visão de mundo própria da civilização grega.

A partir disso, torna-se mais fácil compreender porque os gregos jamais poderiam ter reservado um papel muito relevante para as atividades voltadas à produção de riquezas. Às atividades produtivas estavam destinados os escravos, as mulheres e os estrangeiros.

Assim, seria inimaginável pensar em um cidadão que decidisse abdicar de sua liberdade política para, espontaneamente, amesquinhar-se a si mesmo, empregando todo o seu tempo livre em atividades menores que apenas lhe

⁹ Neste caso, valem as “regras de ouro” da comunicação habermasiana: (i) todos aqueles, capazes de se expressar, podem fazê-lo; (ii) todos podem discordar do que foi dito por outrem; (iii) todos podem incluir novas pautas, mais adequadas aos seus interesses e necessidades; (iv) sob nenhuma hipótese, podem ser violadas as regras acima.

¹⁰ ARENDT, op. cit., p. 15-30.

confeririam um patrimônio maior. Seria o equivalente a pensar em alguém que, sendo livre, preferisse ser escravo!...

Assim, ao retomar a dicotomia do público-privado, a modernidade liberal opera uma verdadeira subversão do significado atribuído pelos gregos ao papel da esfera pública.

Ao transmutar o paradigma originário de liberdade política, que animava o espírito grego na Antiguidade, numa concepção economicista de liberdade, a modernidade liberal vai conspurcar o que havia de mais sagrado na esfera pública: a idéia do homem que só realiza plenamente a sua humanidade como cidadão, integrado a um corpo social e político.

Integrar a *polis* equivalia a receber, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*, de modo que o cidadão passava a pertencer a duas ordens de existência: uma biológica, cujas necessidades eram indistintas para homens e animais; e outra, política, que re-significava e humanizava a existência dos homens.¹¹

A sacralização do espaço público se converte em divinização do mercado, quando a modernidade liberal introduz a concepção de liberdade, como ocorrência essencialmente *econômica*.

Para entender melhor esse processo, convém voltar aos antigos. A começar pelo fato de que o significado atribuído pelos gregos à propriedade privada é inteiramente distinto do sentido peculiar que a modernidade lhe outorgou.

Por isso mesmo, ao se pensar a Grécia Antiga, não se pode transpor-lhe concepções que são próprias da modernidade. Há que se ressaltar que a “propriedade privada”, na cultura grega, não pode ser identificada, pura e simplesmente, com a idéia de “riqueza” _ por sua vez, tornada sagrada pela burguesia liberal.

Assim, o sentido conferido à propriedade privada na Grécia não encontra equivalentes em nossa cultura. Para os antigos, a propriedade privada era considerada relevante apenas na medida em que se constituía como um “passaporte” de acesso à esfera pública; não como um fim em si mesma.

Para os gregos, o fato de se colocar a propriedade privada (como fonte produtora das necessidades consumptivas da família) como uma condição *sine qua non* para o acesso à esfera pública não se devia a razões elitistas e patrimonialistas de *per si*. Devia-se, isto sim, à compreensão, de certo modo lúcida e pragmática, de que não seria muito razoável esperar que alguém, acossado pelas peias da necessidade, fosse capaz de libertar-se de tão prementes preocupações, para dedicar seu intelecto às atividades politicamente relevantes.¹² De modo que a *boa vida* - dedicada às atividades mais nobres, altas e belas,

¹¹ Ibidem, p. 33.

¹² E pensar que não é outra a situação de tantos e tantos estudantes brasileiros que, premidos por um mercado de trabalho cada vez mais exigente, vêem-se compelidos a retomar ou ampliar seus estudos, em meio às várias atividades paralelas que desenvolvem, em garantia de seu sustento, ou como forma de custear seus próprios estudos!

como a contemplação ou mesmo as atividades políticas - só seria possível se, primeiramente, a própria *vida* já estivesse assegurada.

Exatamente neste ponto residia a relativa importância da propriedade privada. Para assegurar o seu acesso à vida pública, bastava que o cidadão tivesse aquinhado um mínimo de bens (propriedades) capazes de produzir o suficiente para livrá-lo (a si e aos seus) do jugo da necessidade. Até mesmo porque se a esfera pública era reservada aos homens *livres*, como possibilitar o seu ingresso àqueles que se mostrassem escravos, não uns dos outros, mas de sua própria *necessidade*?

A mundividência dos antigos era tão diversa da lógica de acumulação ínsita ao capitalismo, que os cidadãos gregos simplesmente entregavam seus negócios aos cuidados dos seus escravos e dos estrangeiros, e se dirigiam felizes da vida para a praça pública, em busca de ocupações realmente merecedoras de sua atenção. Talvez, por isso mesmo, não fosse tão extraordinário o fato, registrado por Hannah Arendt, de que se pudesse encontrar em Atenas certos escravos que haviam acumulado um patrimônio mais abastado do que o de alguns cidadãos, mormente entre aqueles de patrimônio mais modesto.

A propriedade privada era, por conseguinte, muito mais do que mera riqueza material; representava, na verdade, para o homem grego, *o seu lugar no mundo*.¹³ Era como ter um lugar para onde se pudesse voltar, após o cumprimento de seus deveres de cidadão: um refúgio onde se esquivar dos olhares do público.

Dessa breve digressão histórica, depreende-se a radical modificação perpetrada pela modernidade liberal no âmbito da esfera pública. Agora, a propriedade privada é associada à idéia de acumulação de riquezas como um fim em si mesmo – e não mais como uma condição de acesso à vida política. A lógica de acumulação de capital é uma invenção da modernidade, que diz respeito ao modo de produção capitalista, e que, sem dúvida, não faria o menor sentido para a democracia grega.

Um dos efeitos mais marcantes da transformação da propriedade privada num valor absoluto, que se realiza em si mesmo, é a conseqüente transformação da idéia de liberdade *política* (antiguidade) em liberdade *econômica* (modernidade). Assim, a ênfase da liberdade moderna recai sobre a livre iniciativa, a liberdade contratual e a liberdade de usar, gozar e dispor de seus bens como bem lhes aprouver, além de reivindicá-los de quem injustamente os detenha. Em suma: a liberdade de ser dono e de operar livremente de modo a multiplicar cada vez mais suas riquezas.

Assim, a burguesia liberal vai deslocar a tônica do espaço público para a economia, promovendo a emergência do que Hannah Arendt chamou de “esfera social”, o que corresponderia a uma espécie de “nacionalização da economia

¹³ ARENDT, op. cit, p. 71-72.

doméstica”. Isto é, as atividades produtivas, consideradas pelos gregos como de menor importância, e, portanto, restritas ao âmbito doméstico, porque ligadas à mera sobrevivência da família, seriam alçadas à condição de questão estratégica para o desenvolvimento do Estado-nação.

A ascensão da chamada esfera social promove uma despolitização e uma desjuridicização do espaço público, que vai, pouco a pouco, sofrendo um processo de “colonização” pela economia.¹⁴ Ou seja, as questões econômicas passam a ditar pautas e diretrizes para as políticas públicas e o sistema jurídico participa como um mero sancionador da ordem econômica, mobilizando o aparelho repressor do Estado sempre que as propriedades e interesses individuais estiverem ameaçados.

A superlativização da importância da economia para a modernidade liberal se apresenta, portanto, como um dos fatores considerados relevantes para o processo de erosão do espaço público, que fica à mercê das injunções das novas e crescentes necessidades de acumulação do grande capital.

A emergência da esfera social desencadeia uma espécie de heteronomização do sistema político, que se mostra incapaz de mediatizar as injunções econômicas, porquanto incapaz de filtrar as interferências externas a partir dos seus próprios componentes auto-referenciais. Assim, o sistema político arrefece ante os caprichos e exigências de uma lógica econômica que, em muitos casos, contraria frontalmente as pautas e diretrizes estabelecidas pelas políticas públicas governamentais.¹⁵

Além do processo de precarização operado pela emergência da “esfera social”, a ascensão da assim chamada “esfera íntima” também constitui, ao ver de Richard Sennett, um novo modo de constrição da esfera pública.

É o que se discutirá a seguir.

4 O DECLÍNIO DA ESFERA PÚBLICA PELA ASCENSÃO DA ESFERA ÍNTIMA

Uma tese instigante vem sendo sustentada pelo celebrado sociólogo Richard Sennett. Para o autor, a celebração indiscriminada do culto à intimidade pode conduzir a uma tal hipertrofia da esfera íntima, que, no limite, chegaria a implicar um retraimento do espaço público, por meio do afrouxamento dos papéis sociais que o constituem.¹⁶

O autor defende esta tese por meio de várias proposituras. Na primeira delas, sustenta que a ascensão da *sociedade intimista* estaria levando à difusão de

¹⁴ NEVES, Marcelo. *A institucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹⁵ Para maiores aprofundamentos, consultar a obra “A Institucionalização Simbólica” de Marcelo Neves, em que o autor faz uma análise sistêmica do problema, no caso brasileiro, a partir de uma releitura de Niklas Luhmann.

¹⁶ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 317.

uma falácia, segundo a qual, a “proximidade” entre as pessoas constitui-se no único bem moral capaz de livrar a humanidade dos males que assolam o nosso tempo, por ela concebidos como a impessoalidade, a alienação e a frieza.

Essa economia psíquica tende a estimular uma excessiva aproximação entre os atores sociais, que vêem, como resultado de um maior grau de intimidade, a produção de um maior índice de solidariedade. Isto é, *do ponto de vista da sociedade intimista*, quanto mais os atores se revelam uns aos outros, confidenciando a intimidade de suas “verdadeiras” personalidades; tanto mais se consolida a tessitura dos laços sociais entre os envolvidos.

Contudo, para Sennett, a adoção de uma cultura exacerbadamente intimista estaria gerando o esgarçamento dos laços sociais, e não a sua consolidação. Ao invés de se estabelecer uma relação de alteridade, o que Sennett verifica é um simulacro de intimidade, em que os atores sociais não estão genuinamente interessados na troca. Eles desejam tão somente se “descarregar” de seus problemas pessoais, numa relação objetificante, em que o outro é reduzido a um ouvido. O modo de subjetivação numa economia psíquica altamente narcísica gera seres humanos auto-centrados e incapazes de estabelecer laços sociais mais amplos, plurais e democráticos.¹⁷

Assim, a revelação sistemática de confidências de natureza íntima possibilitaria às personalidades narcísicas a agradável sensação de reconhecer-se nos seus iguais, ao mesmo tempo em que produziria o estranhamento e a recusa ao estrangeiro, ao desigual, àquele com quem não é possível compartilhar opiniões, visões de mundo, valores, enfim, alguém com quem não se divide os mesmos códigos.¹⁸

De acordo com essa tese, na *sociedade intimista* não é a intimidade que se busca com o outro. Busca-se, na verdade, *a si mesmo*, espelhado no outro. Quando, diante da diferença, não é possível usufruir desse efeito-espelho, dá-se o fechamento, a intolerância e a discriminação.

Outra proposição de Sennett contra a chamada *sociedade intimista* consiste na idéia de que a esfera pública, baseada originalmente numa lógica de impessoalidade e legalidade, tende a ser ofuscada pela supervalorização da intimidade de seus líderes políticos. Ao se valerem de seu carisma pessoal, os representantes eleitos desviam as atenções do público, numa espécie de “alquimia da personalidade”.¹⁹

Com efeito, na sociedade intimista há um forte apelo junto ao eleitorado, em relação aos aspectos subjetivos que cercam a personalidade e a vida íntima de pessoas públicas. Assim, o interesse do público é capturado pela “personalidade” do político, que fortalece ainda mais a sua imagem junto ao imaginário coletivo, por meio da revelação sistemática de aspectos idiossincráticos de sua vida pessoal.

¹⁷ Ibidem, p. 324.

¹⁸ Ibidem, p. 325.

¹⁹ Loc. Cit.

É sintomático de uma *cultura do narcisismo*,²⁰ que o público se sinta muito mais estimulado pela personalidade subjetiva de um agente público, do que até mesmo pela avaliação objetiva do efetivo desempenho de suas funções. É como se o cargo fosse suplantado pela pessoa que o ocupa. Não por acaso, a curiosidade (quase mórbida) em relação à esfera íntima de políticos e pessoas públicas em geral tem resultado em campanhas eleitorais fortemente voltadas ao reforço positivo da imagem de suas vidas privadas.²¹ O que, sem dúvida, representa um perigoso desvio de atenções em relação às questões eminentemente políticas da esfera pública.

A ascensão da esfera íntima tende a promover, portanto, um eclipse da razão, deixando a opinião pública obnubilada quanto à formação de um juízo mais objetivo das plataformas de governo, ao impedi-la de avaliar adequadamente as propostas de campanha e o seu efetivo cumprimento. Assim, a despolitização da esfera pública pode ser uma conseqüência nociva de uma sociedade cujas atenções já não conseguem se prender a um sentido mais coletivo e transindividual, limitando-se unicamente ao esquadrinhamento compulsivo do “eu”.

Assim, para Sennett, uma sociedade engendrada sob as tiranias da intimidade produz uma economia psíquica de contornos perversos que, em longo prazo, tende a corroer a própria lógica da convivência social numa esfera pública, que não é outra, senão a lógica do *jogo*.

Por *jogo*, quer-se designar *uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da vida “quotidiana”*.²²

É a partir da idéia de “jogo” que Sennett desenvolve a sua metáfora da vida social, ao comparar uma esfera pública saudável e fortalecida aos jogos e brincadeiras infantis.²³

É Sennett quem explica que, não por acaso, quando crianças mais velhas brincam com outras, menores e mais frágeis, intuitivamente, impõem para si mesmas, regras ainda mais agravadas, a fim de re-equilibrarem as condições de competição entre os participantes e manterem viva “a graça do jogo”. Crianças, em geral, sabem que na arte do jogo o prazer da disputabilidade e da competição saudável suplanta a necessidade imediatista de vitória a qualquer custo.²⁴

²⁰ LASCH, Christopher. *Cultura do narcisismo*. São Paulo: Imago, 1983.

²¹ Para uma interessante análise entre as articulações estabelecidas entre política, sentimentos e valores morais que têm constituído o pano de fundo das últimas eleições presidenciais no Brasil, todas fortemente imbuídas de uma retórica recheada de apelos emocionais, cf. BARREIRA, Irllys Alencar Firmo. A expressão dos sentimentos na política. In: Teixeira, Carla Costa; CHAVES, Christine de Alencar (org.). *Espaços e tempos da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 67 e ss.

²² HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 33.

²³ SENNETT, op. cit., p. 381.

²⁴ *Ibidem*, p. 389.

Nos jogos infantis, através do estrito respeito aos pactos e às convenções firmados entre os participantes, forjam-se formas de sociabilidade de teor altamente democrático. É que as regras não retiram seu fundamento de validade em razão das pessoas que estão envolvidas no jogo, mas, pelo contrário, as regras valem por si mesmas, como resultado de uma ação de cooperação e consenso entre os jogadores.

Na tradição clássica do *theatrum mundi*, a sociedade é equiparada a um teatro; e o agir cotidiano a uma atuação. Os homens são comparáveis a atores (sociais), uma vez que possuem a “arte de jogar”, desenvolvida desde a infância, por meio de jogos e brincadeiras.²⁵

As pessoas se tornam civilizadas, para Sennett, na medida que aprendem a arte da representação social. A civilidade, aqui, consistiria em valer-se de “máscaras”, que habilitassem os atores sociais a representarem bem os seus papéis na sociedade. O uso da máscara serve, no caso, para que as pessoas não se sobrecarreguem mutuamente com seus fardos pessoais; permitindo, desse modo, que elas possam tirar proveito da companhia umas das outras.

Na sociedade intimista dá-se o contrário: as pessoas são incentivadas a transformarem problemas pessoais em problemas públicos. As pessoas são desestimuladas no cumprimento de suas representações sociais, pela idéia de culto à autenticidade e ao respeito à verdadeira personalidade de cada um. As regras do jogo, consistentes no dever de cada ator social desempenhar o seu papel, são subvertidas pela idéia de que, ao fazê-lo, cada homem estaria traindo sua verdadeira identidade, seus verdadeiros sentimentos, etc. Então, as

²⁵ Para maiores aprofundamentos em torno dessa idéia da vida social como representação de papéis, recomenda-se o incomparável estudo de Goffman. A leitura dessa obra é uma experiência interessantíssima, pois o autor se vale de um estilo muito exemplificativo para demonstrar, através de um sem-número de situações rotineiras da vida social, que todos nós, por mais “autênticos” que nos sintamos, não passamos no fundo de “atores”, presos a um repertório mais ou menos amplo de atuações. Goffman mostra, além do mais, que se desprezamos sistematicamente os ritos e performances que a sociedade espera de nós, de acordo com as circunstâncias específicas que envolvem cada caso, podemos estar sujeitos a pagar um alto preço por essa transgressão – em geral, a desconfiança, o isolamento e o descrédito por parte dos grupos sociais no qual tentamos (sem sucesso) nos infiltrar. Isso é tanto mais verdadeiro, se levarmos em conta que, nas sociedades de consumo do mundo ocidental, há uma volatilização muito acentuada em torno das condições de vida das pessoas, que se mudam de endereço, de cidade, de emprego ou de relacionamentos, de forma muito mais corriqueira e veloz do que antes. Em virtude da velocidade com que essas mudanças ocorrem na atualidade, as pessoas já não dispõem de uma tradição histórica e familiar em que se apoiarem, quando se deparam com um “novato”. E, via de regra, por não saberem as origens da pessoa a quem acabam de conhecer, e, por não disporem de outros padrões de confiabilidade nos quais possam se apoiar para firmarem um juízo de valor acerca do caráter do recém-chegado, lançam mão, de forma intuitiva e inconsciente, do conjunto de repertórios e performances de que dispõem para aferir a “normalidade” e a confiabilidade do “estrangeiro” em questão (que pode ser um novo namorado, um novo colega de trabalho, um novo vizinho, etc.). Contudo, se ele insiste em frustrar as expectativas firmadas a seu respeito, negando-se à representação social que lhe cabia nas circunstâncias, o novato pode cair em descrédito para com o grupo social e não conseguir carrear respeitabilidade e confiabilidade em torno de sua figura. (Cf. GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2004.)

máscaras sociais passam a ser vistas de forma pejorativa e as pessoas concluem que devem transparecer seus verdadeiros estados d'alma, agindo de forma fidedigna ao seu estado interior, e tornando públicas, por meio de sua fala e suas atitudes, circunstâncias que, para Sennett, deveriam pertencer somente a sua esfera íntima.

É o caso, por exemplo, de alguém que pergunta, inadvertidamente, a um conhecido no corredor da repartição, "tudo bem, fulano?"; e a pessoa interpelada conclui que tem o dever de lhe dizer, "sinceramente", como se passam seus sentimentos e humores. Por piores que estes sejam...

Na sociedade intimista, ao invés do *eu* como ator social, o que emerge é um *eu* composto de motivações interiores. Portanto, o "eu" "é despojado da expressão de certos poderes criativos que todos os seres humanos possuem potencialmente – poderes de jogo – mas que requerem um ambiente à distância do eu para sua realização. Assim sendo, a sociedade intimista faz do indivíduo *um ator privado de sua arte*".²⁶

Na sociedade intimista, portanto, há uma compreensão de que é preciso ser fiel ao seu "eu interior". Por isso, deve-se abandonar o uso de representações e máscaras sociais, a fim de exteriorizar condutas que sejam compatíveis com a vida interior do sujeito. As máscaras passam a ser vistas como uma espécie de farsa, utilizada apenas por indivíduos de personalidade fraca. Por outro lado, a autenticidade emerge como um valor a ser perseguido.

Para Sennett, essa concepção é altamente nociva para a esfera pública, pois representa o seu tendencial esvaziamento. Com efeito, o culto e a celebração da intimidade, da personalidade e da autenticidade, tal como estão postos na sociedade intimista, são fatores que implicam, a seu ver, uma crescente desvalorização da esfera pública, cujas relações sociais são despotencializadas pela excessiva mobilização das atenções em torno da esfera íntima.

5 ESFERA ÍNTIMA VERSUS ESFERA PRIVADA: NOVAS CARTOGRAFIAS

Pensar o mundo por um viés sociológico implica abrir mão do conforto dos maniqueísmos. Não cabe aqui a máxima parmenideana de que "o ser é e o não-ser não é". Já não se pode dizer simplesmente "sim, sim; não, não" - como querem os evangelhos. Pensar o mundo sociologicamente não é ver tudo *preto no branco*. É preciso entrar numa zona cinzenta, a princípio desconfortável, para descortinar, aos poucos, a riqueza de matizes, em infinitas possibilidades de tons em gris.

De fato, se a realidade social é fruto de um *constructo* humano, vale dizer, se a compreensão do real por uma dada sociedade é fruto de uma construção que se passa no imaginário coletivo dessa mesma sociedade; então, a cada povo será possível criar e recriar diversas formas de se pensar o público, o privado e o íntimo.

²⁶ SENNET, op. cit., p. 322-323. Grifos do autor.

Daí porque merece parcimônia toda leitura categórica da realidade social. Parece temerário, portanto, que o cientista social desqualifique o *modus vivendi* de um povo, num dado tempo e espaço. Seja o seu próprio contexto social; seja o de outrem. Trata-se de possibilidades de criação humana que se dão num plano coletivo. E o simples reconhecimento de que algo é criado e construído pelo homem já é suficiente para relativizar a sua análise.

Assim, a tese de Sennett perde vigor, paradoxalmente, pelo excesso de densidade dramática de que ele se vale para reforçar seus argumentos. De fato, ao pintar um quadro tão negro, em que se delinea a corrosão (e quem sabe o fim?) da esfera pública, o autor termina, de certa forma, por estigmatizar a esfera íntima, que passa a ser vista como uma das principais catalisadoras desse processo. Ao se ler Sennett, pode-se ter a impressão de que a esfera pública precisa ser “salva” das investidas galopantes de uma esfera íntima narcisista e egóica. Os mais desavisados, então, podem ser levados a crer que não há realmente nada que se aproveite no âmbito da esfera íntima!

Em resumo: a se referendar a tese de Sennett em todas as suas tintas, ganha-se a capacidade de avaliar criticamente diversos aspectos das novas relações entre o público e o privado; mas perde-se, por outro lado, a possibilidade de uma leitura mais rica, capaz de apreender outros aspectos, não menos valiosos, do papel da esfera íntima.

E como Sennett parece determinado a desprezar os aspectos saudáveis e benéficos da esfera íntima, convém cruzar a sua análise com uma outra, que de tão díspar, pode lhe oferecer um contraponto adequado. Assim, coligir a ácida leitura de Sennett acerca da intimidade, com a reflexão entusiástica de Anthony Giddens acerca das ricas possibilidades do que ele denominou de “nova intimidade” pode ser um ponto de partida valioso para a compreensão de um problema multifacetado.

Assim, para Giddens, a intimidade estaria passando por uma reestruturação genérica, com ganhos ampliados, em relação à sua configuração primitiva.²⁷ Originalmente, essa noção remonta ao início da modernidade liberal. E a ruptura paradigmática que introduz a idéia de intimidade é responsável pela invenção do “eu” como sujeito de sua própria história, construtor autônomo de sua existência, dotado de livre-arbítrio e racionalidade, com vistas à plena realização de sua natureza singular.

O papel atribuído à intimidade pelo indivíduo burguês equivale à “reinvenção” do amor, do casamento, da maternidade e da família, com reverberações que se perpetuam até os dias de hoje.

Senão vejamos, em apertada síntese.

A partir do final do século XVIII e, com mais força, no século XIX, deu-

²⁷ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: UNESP, 1993, p. 11.

se a emergência de um novo *ethos* para o amor. A Europa moderna estava abandonando as antigas formas de organização do casamento - baseadas até então em arranjos de caráter econômico, nas camadas mais abastadas; ou em torno da organização do trabalho, nas camadas mais pobres - para dar lugar ao paradigma do amor romântico.

O amor romântico distingue-se pela idealização do ser amado, por sua vez associada a elementos do chamado “amor apaixonado”²⁸ e aos valores morais do cristianismo; de forma que o elemento sublime do amor tende a predominar sobre o ardor sexual.

A disseminação dos ideais do amor romântico deveu-se, em grande parte, à difusão do gênero literário da novela, que propagou a idéia do amor associado à idéia de *liberdade*. Com efeito, o amor romântico introduz a possibilidade de *livre escolha* do(a) parceiro(a) no âmbito do casamento, com base na atração mútua, desvinculando-se de fatores anteriormente determinantes, tais como os interesses patrimoniais, tradições familiares, entre outros.

Nas palavras de Giddens:

O amor romântico introduziu a idéia de uma narrativa para a vida individual (...) Contar uma história é um dos sentidos do “romance”, mas esta história tornava-se agora individualizada, inserindo o eu e o outro numa narrativa pessoal, sem ligação particular com os processos sociais mais amplos. O início do amor romântico coincidiu mais ou menos com a emergência da novela: a conexão era a forma narrativa recém-descoberta.²⁹

No contexto sócio-cultural em que se insurgiu, parece inegável que a ascensão do paradigma do amor romântico conduziu a uma importante re-elaboração das relações pessoais entre homens e mulheres, e, como conseqüência, entre estes e seus filhos. Tudo leva a crer que a livre escolha de um parceiro, com base numa eleição afetiva e “desinteressada”, favoreceu a criação de condições propícias ao desenvolvimento da idéia de *intimidade*.

A reconfiguração da família pelo modelo burguês emergente desencadeou uma nova forma de ver e lidar com os papéis familiares, tal como estes estavam dispostos na sociedade de corte européia. É que, até então, as mulheres ficavam “liberadas” das exigências do aleitamento materno (com os recém-nascidos sendo entregues às amas-de-leite), bem como do trabalho doméstico, que era considerado prosaico e sem atrativos.

Com efeito, o momento que marca a passagem da sociedade de corte para a sociedade burguesa merece cuidados. A invenção burguesa do amor

²⁸ Distingue-se o amor apaixonado do amor romântico porque, ao contrário deste último, no amor apaixonado, o estado de arrebatamento de energias e pulsões é tão mobilizador que leva o indivíduo a romper com os laços sociais mais amplos, o que representaria uma ameaça potencial para as instituições sociais. (GIDDENS, op. cit., p. 50).

²⁹ Loc. cit.

romântico continha em seu germe grandes potencialidades revolucionárias. Contudo, Giddens entende que, apesar da liberdade conquistada de escolha do parceiro, a mulher perdeu em autonomia no que diz respeito à organização de seu tempo livre; uma vez que, com a invenção da família burguesa, a ela ficaram reservados os cuidados com o lar, os filhos e as lidas domésticas. Assim, o ideário burguês imputou à mulher o duplice papel de esposa e mãe, confinando-a ao isolamento do lar, ao passo que o homem era investido do poder-dever de trabalhar e prover o sustento do núcleo familiar.

Com a instituição da família burguesa, a mulher passa a arcar com uma série de encargos domésticos que, somados à sua dependência financeira do marido, mitigam em grande parte as possibilidades de realização autônoma de sua existência. Ao contrário da mulher da sociedade de corte, a mulher burguesa passa a viver para o marido e para os filhos. No modelo burguês de família, é ela, e não o homem, quem paga o preço pela reinvenção da infância.

A parte boa da notícia é que as crianças são as grandes privilegiadas com a emergência desse novo modelo. Elas, que vinham sendo ignoradas pela sociedade de corte, passam a ser o centro dessa nova família.

Para que se compreenda o impacto do paradigma burguês sobre a infância, vale lembrar que no *Ancién Régime*, as crianças costumavam receber um tratamento da parte de seus familiares, que, aos olhos de hoje – herdeiros que somos do liberalismo – seria de causar escândalo, mesmo aos pais mais relapsos. É interessante notar que no espaço de pouco mais de três séculos, o modo de conceber a maternidade e a importância da criança no seio da família se modificaram de forma dramática. O que hoje parece cruel, desumano e degradante era considerado comum e até justificável pela sociedade de corte.

É Elisabeth Badinter quem, num relato contundente, inventaria a história dos costumes da vida privada européia daquela época. De fato, antes da invenção burguesa da intimidade, em que cada ser humano é visto como único, dentro de sua *singularidade*, as proles costumavam ser muito numerosas, em nada lembrando a família nuclear doravante instituída pelos burgueses.

Assim, uma mulher e seu marido podiam ter inúmeros filhos, em gestações sucessivas, de modo que um filho a mais, um filho a menos, não fizesse tanta diferença. Talvez, intimamente, houvesse até um inconfessável “alívio” pela morte de um ou alguns deles.

Mas o que levaria a filósofa francesa a uma sugestão tão bizarra? É o que se infere nas entrelinhas do discurso doméstico, quando, por exemplo, um pai de família registra de forma “protocolar”, em meio a uma série de miudezas do cotidiano, a morte de um de seus (vários) filhos, em uma espécie de livro de registros domésticos que se usava então; algo como um diário da casa, a ser escrito pelos chefes de família, como costume da época.³⁰

³⁰ Cf. BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova

A mesma suspeita se levanta quando um outro desses chefes de família, mais emotivo que o de costume, sente-se constrangido com seu próprio abatimento, pela morte de uma filha pequena. Para justificar a sua dor e não causar tanta perplexidade, explica aos conhecidos que *aquela* filha, em especial, era uma criança particularmente “bonita”. Como se a pouca valia de uma filha perdida pudesse adquirir contornos mais dramáticos em razão de sua beleza singular...

Mas uma das questões mais sintomáticas em torno da banalização da vida (e da morte) das crianças durante o Antigo Regime diz respeito à prática que tinham as mães biológicas – de todas as classes sociais – de enviarem seus filhos recém-nascidos, com poucas horas de vida, para os cuidados de amas-de-leite, escolhidas quase a esmo. Essas crianças emprendiam, por vezes, longas viagens, em condições extremamente arriscadas para sua saúde, e muitas vinham a falecer já no trajeto. As que sobreviviam eram submetidas a condições tão inóspitas, que o nível de mortalidade infantil entre tais crianças, por si só, já bastaria para desmascarar o pouco caso que lhes faziam suas famílias.

Essas amas-de-leite ganhavam pouquíssimo para amamentarem os filhos alheios. Assim, à exceção apenas das mães mais miseráveis, que não podiam pagar nem mesmo isso, a maioria das mulheres, desde a sociedade de corte até o operariado, valia-se desse expediente, alegando que os “ares do campo” fariam bem à saúde de seus rebentos. Assim, posando de mães zelosas, “abriam mão” da convivência com suas crias, para resgatá-las somente anos depois, caso ainda estivessem vivas.

Durante o lapso de quatro ou cinco anos não era incomum que os pais e as mães dessas crianças não lhes mandassem nenhuma carta, nem pedissem notícia alguma a respeito do estado de saúde de seus filhos. Assim, também não era incomum que, ao verem reivindicados os filhos de uma família mais abastada, as amas enviassem outras crianças, no lugar das verdadeiras, que muitas vezes já estavam mortas, sem que as famílias pudessem reconhecê-las – tão prematuramente se haviam livrado delas.

Durante os anos de exílio forçado, os “ares do campo” não eram assim tão propícios a essas crianças, como suas mães gostavam de alardear para as amigas da cidade. Para compensar o pouco que ganhavam, as amas sempre recebiam mais crianças do que podiam amamentar, além, naturalmente, dos seus próprios filhos, a quem se supõe que privilegiassem.

Para aumentar os parcos rendimentos, as amas-de-leite também costumavam trabalhar em plantios, e, enquanto estavam na lavoura, prendiam essas crianças em ataduras e as punham em sacos, penduradas na parede, para que não se machucassem ou fossem mordidas pelos ratos. Boa parte era subalimentada com uma espécie de caldo de arroz e morria, freqüentemente, devido aos maus tratos.

Fronteira, 1985.

Através de uma arqueologia dos costumes dessa época, Badinter pretende comprovar a tese de que, na verdade, a “maternidade” não é um instinto determinado de forma universal pela biologia humana (como quer a mística em torno da figura feminina). A maternidade, tal como a conhecemos hoje, é uma criação da sociedade burguesa liberal, e, portanto, é uma construção sócio-cultural – uma *inventio* humana (por sinal, muito benfazeja à sobrevivência da espécie). Não fosse assim, todas as mulheres de todos os tempos e lugares teriam *naturalmente* valorizado a infância – hipótese afastada de plano pelo inventário histórico de Badinter, a respeito de um passado não muito longínquo, de uma sociedade considerada “civilizada”.

Ora bem, se a maternidade (tal como a concebemos) não se trata simplesmente de um “instinto natural”, mas de uma construção histórico-social, conclui Badinter que uma mulher não pode (ou não deveria) ser considerada “anormal” apenas por não desejar ter filhos, ou não sentir-se necessariamente enternecida ao cruzar com criancinhas no caminho de casa. Não há, de acordo com a autora, nada na natureza feminina que a conduza de forma inexorável à maternidade, de modo que toda comparação entre a mulher e a “fêmea” do mundo animal ressoa no mínimo simplista e descabida, dada sua condição humana inigualmente mais complexa.

Portanto, de acordo com essa visão, ser (ou não) mãe passa a ser uma opção, uma escolha responsável, e não uma fatalidade. O amor pelos filhos é “conquistado” a partir de uma atitude efetiva de devoção e cuidado. Ama-se uma dada criança, não em decorrência de um acontecimento mágico, instantâneo ou por um decreto da natureza. Em Badinter, há uma recusa à idéia de *naturalização* do amor – o qual passa a ser visto como uma *conquista*. Ama-se uma criança, pelas noites de sono que nos furtamos ao velar o dela.³¹ Ama-se *aquela* criança a quem se amamentou, limpou e acalentou exaustivas vezes.

Portanto, em Badinter, o amor maternal não brota de um imperativo da natureza; mas nasce da própria decisão, renovada dia após dia, de cuidar de um pequeno ser que sai extremamente indefeso das entranhas de sua mãe biológica. Assim, mais do que nunca: mãe, pai, é quem cuida.

A polêmica tese de Badinter torna-se tanto mais difícil de refutar, quanto mais se mergulha na arqueologia dos costumes coligidos no Antigo Regime, por meio dos quais ela demonstra que, há poucos séculos atrás, as mulheres, seus maridos e as (boas) famílias do Velho Mundo davam pouquíssima importância para a maternidade e a infância, razão pela qual, as crianças eram submetidas às funestas condições por ela descritas.

Por outro lado, ao demonstrar historicamente que o mito da maternidade instintiva e universal não se sustenta, Badinter desobriga as mulheres do dever

³¹ Como já dizia o poeta: “Guardar uma coisa é vigiá-la, isto é, fazer vigília por ela, isto é, velar por ela, isto é, estar acordado por ela, isto é, estar por ela ou ser por ela”. Para mais, vide o poema “Guardar” de Antonio Cícero.

de serem mães mesmo que não o queiram. A filósofa francesa entende que, ao afastar esse preconceito determinista, somente as mulheres que de fato desejem ser mães é que o serão.

E se é mais ou menos indiscutível, ao menos com os olhos de hoje, que a emergência do paradigma burguês constituiu um salto civilizatório no tocante à infância, ampliando-se e intensificando-se os laços de *intimidade* entre pais e filhos, o mesmo patamar dignificante não foi alcançado pela mulher burguesa.

É que a superação daqueles arranjos, por meio dos quais as mulheres “delegavam” para as amas-de-leite os seus deveres de mãe, constituiu uma moeda de dupla face. De um lado, trouxe um novo patamar de dignidade para a infância. De outro, levou-as a uma compressão ainda maior do seu já reduzido leque de possibilidades emancipatórias.

Com efeito, pelo mito da naturalização da maternidade, a sociedade burguesa impôs à mulher a condição de mãe como um padrão de normalidade. Ainda que essa imposição social não estivesse respaldada em um desejo íntimo da mulher burguesa, ela se via, mesmo assim, obrigada a arcar com o papel de mãe, esposa e dona de casa, sufocando toda e qualquer outra aspiração profissional ou estudantil.

Essa re-configuração do modelo de maternidade socialmente aceito contou com a influência decisiva dos médicos higienistas do século XIX. Para eles, o casamento deveria estar a serviço do progresso e do desenvolvimento da ciência e da saúde. Nesse sentido, amplas campanhas foram empreendidas, no sentido de instituir algo muito mais profundo do que o mero aleitamento materno: era o próprio modo de enxergar a maternidade que estava em xeque. O discurso médico passou a condenar as mulheres recalcitrantes, que insistissem nas antigas práticas, ao mesmo tempo em que fazia a elegia da mãe zelosa. A essa mulher, ciosa da saúde e do bem-estar de seus filhos, caberia também, doravante, a missão de congregar a sua família. Estava instituído um modelo velado de confinamento, em que a prisioneira atendia pelo nome de “rainha do lar”.

A despeito das ressalvas necessárias no que diz respeito à condição da mulher, não se pode olvidar os ganhos obtidos pelo paradigma liberal, em relação ao Antigo Regime, ao instituir um novo patamar de intimidade, proximidade e cumplicidade nas relações inter-pessoais dentro da família (entre o casal e entre pais e filhos) no seio da família burguesa. Por esse viés, a intimidade é lida como um traço de “humanismo”, representando um salto no processo civilizatório. Assim, através da intimidade, urde-se a delicada tessitura das novas relações, entre seres que se reconhecem como únicos.

De fato, a intimidade inaugurada pela burguesia liberal, no início da modernidade, passa pela compreensão da natureza originalíssima de cada ser humano. Trata-se agora de um sujeito ativo na construção de sua história, autor de sua própria narrativa. Aliás, o reconhecimento da singularidade da existência

humana é a razão pela qual sua morte passa a representar uma perda irreparável. É da compreensão (própria do liberalismo) de que nenhum indivíduo é igual ao outro que advém a dor e o pesar do pai e da mãe que perdem um filho. Os pais burgueses, com suas famílias nucleares, choram o luto de um filho com a certeza de que nenhum outro poderá substituir a perda daquele ser humano singular cuja vida foi ceifada.

Mais tarde, a partir do século XX, a chamada esfera íntima irá sofrer um processo de reestruturação, numa escala de intensidade insuspeitável. O ingresso massivo da mulher no mercado de trabalho, impulsionado em grande parte pela Primeira e Segunda Guerras Mundiais, os movimentos de contracultura incitando à prática do amor livre e à abolição do casamento convencional, o feminismo e os diversos movimentos de minorias, entre outras novas práticas sociais de caráter contestatório, virão desencadear uma ruptura paradigmática dos papéis sociais tradicionalmente atribuídos a homens e mulheres, cujos impactos ainda hoje não foram plenamente absorvidos pelos modelos sociais emergentes.

A contextura aberta das relações de gênero que vêm se instituindo de forma ainda incipiente indica, ao ver de Anthony Giddens, saldos positivos, tais como o surgimento da assim chamada “sexualidade plástica”. Nas palavras do próprio autor:

A emergência do que eu chamo de sexualidade plástica é crucial para a emancipação implícita no relacionamento puro, assim como para a reivindicação da mulher ao prazer sexual. A sexualidade plástica é a sexualidade descentralizada, liberta das necessidades de reprodução. Tem as suas origens na tendência, iniciada no final do século XVIII, à limitação rigorosa da dimensão da família; mas torna-se mais tarde mais desenvolvida como resultado da difusão da contracepção moderna e das novas tecnologias reprodutivas.³²

A sexualidade plástica é fruto da construção de uma auto-identidade reflexiva por parte de mulheres e de homens que se movem através de um território não delimitado, cujos caminhos não foram previamente explorados, onde não há marcações fixas no que tange à natureza do casamento, da família e do trabalho.

Sob a égide dessa nova forma de vivência da sexualidade, percebe-se a emergência de uma nova forma de relacionamento entre as pessoas, denominada por Giddens de “relacionamento puro”.³³

O relacionamento puro deriva em grande parte da sexualidade plástica, bem como do número crescente de mulheres que conquistaram, por meio de seu trabalho, uma autonomia financeira capaz de assegurar-lhes subsistência material. Este segmento do universo feminino tende a escolher (e a permanecer com) o seu

³² GIDDENS, op. cit., p. 10.

³³ Ibidem, p. 68.

parceiro, tendo em vista apenas o *relacionamento em si*, uma vez que tais mulheres não dependem do auxílio do homem para prover o seu próprio sustento.

Para Giddens, o relacionamento puro é parte de uma reestruturação genérica da intimidade, por significar o estabelecimento de vínculos emocionais de proximidade e satisfação mútua, cuja continuidade não é imposta como uma exigência social ou religiosa, mas deflui da própria vontade das partes interessadas, que se sentem suficientemente recompensadas pela permanência da relação. Tais compensações são recíprocas e derivam de pactos firmados pelos parceiros de modo pessoalizado, estando, inclusive, sujeitos a renegociações.

O que Giddens reputa como verdadeira intimidade consiste numa *negociação transacional de vínculos pessoais, estabelecida por iguais*.³⁴ Sua preocupação parece ser a de que, no caso de uma relação construída em bases desiguais, se torne impossível aferir se o relacionamento implica um genuíno envolvimento entre as partes, ou se o indivíduo que se encontra em posição de desvantagem apenas se serve da relação para se locupletar de algum modo. Nesse caso, a simples dependência econômica de um dos envolvidos já seria suficiente para prejudicar a integridade de uma relação verdadeiramente íntima.

Por outro lado, uma relação fortemente marcada pela hierarquia tende a incutir medo em quem ocupa o seu pólo mais frágil. E o medo nunca foi, digase de passagem, um meio ambiente propício à intimidade. Se alguém depende do parceiro, por exemplo, para garantir o seu sustento, terá um receio (talvez justificável!) de se indispor com ele, dizendo-lhe abertamente o que sente e pensa a seu respeito. Nesse caso, como ser transparente sem temer possíveis retaliações? Assim, em linha de princípio, as possibilidades de uma relação de intimidade vir a florescer em relações verticalizadas tendem a ser diminuídas.

Contudo, a idéia de que a intimidade só é possível entre “iguais”, como uma “negociação transacional” de vínculos pessoais, apresenta algumas questões que desafiam uma reflexão mais conseqüente. Ao falar de intimidade, frise-se, Giddens sugere a idéia de troca entre iguais. Nesse contexto, como ficam aqueles que não têm o que “trocar”, ou que, quando muito, possuem uma moeda de troca de menor calibre? Trocando em miúdos: como as pessoas com necessidades especiais, ou idosos com doenças neurológicas degenerativas, ou, de modo geral, indivíduos que se encontram numa posição de objetiva desigualdade, por estarem mais sujeitos a uma situação de dependência, poderiam desfrutar de uma relação de verdadeira intimidade, nos termos propostos pelo autor?

No limite, a tese de Giddens – de que a intimidade só é possível entre *iguais* – acabaria por conduzir os “desiguais”, ou seja, as pessoas que detêm uma condição diferenciada, à indesejável formação de guetos. Pois somente lá é que esses indivíduos seriam restabelecidos numa suposta condição de “igualdade”, pois estariam, finalmente, entre seus pares...

De fato, tal como está posto, o pensamento do autor poderia ser

³⁴ Ibidem, p. 11.

usado, inadvertidamente, para reforçar flancos de intolerância, sectarismo e discriminação de minorias. Em outras palavras: pensar o papel da intimidade desarticulado da idéia de alteridade pode ensejar desdobramentos indesejáveis, sobretudo em uma sociedade heterogênea como a nossa.

Feitas as ressalvas necessárias, não se pode deixar de reconhecer o contributo prestado pelo eminente sociólogo ao mapeamento da assim chamada “nova intimidade”. Giddens mostra-se extremamente otimista em relação aos ganhos ampliados que a reestruturação genérica da intimidade pode vir a trazer para a sociedade moderna. Para o autor, a transformação da intimidade pode resultar numa democratização do domínio intersubjetivo, plenamente compatível com a esfera pública, exercendo-se uma influência altamente positiva sobre as instituições sociais de um modo geral.

Por fim, conclui o autor que, um “mundo social em que a realização emocional substituísse a maximização do crescimento econômico seria muito diferente daquele que conhecemos hoje”.³⁵

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando como ponto de partida a Grécia Antiga, e feitos os recortes epistemológicos necessários, procuramos estabelecer um contraponto entre o paradigma originário e as novas relações entre o público e o privado, advindas com os modernos.

Ao buscarmos apreender as suas especificidades constitutivas na modernidade, percebemos que ambas as esferas vêm sendo atravessadas pela invenção burguesa da intimidade. A fim de mapear esses atravessamentos, coligimos a leitura de autores bastante dissonantes no modo de valorar o papel da assim chamada *esfera íntima*. De um lado, Richard Sennett mostra-se muito refratário ao papel por ela desempenhado. Para ele, a ascensão da esfera íntima pode levar à corrosão da esfera pública. Por seu turno, Anthony Giddens revela-se um entusiasta das novas possibilidades e dimensões da intimidade no mundo contemporâneo, capazes de engendrar uma cartografia mais emancipatória da esfera privada.

Não por acaso decidimos pelo cruzamento de autores demasiadamente passionais na defesa de pontos de vista tão discrepantes entre si. Por meio dessa opção metodológica, procuramos, sempre que possível, renunciar aos excessos cometidos de parte a parte, a fim de depurar os aspectos mais valiosos de uma e outra análise.

E é por entendermos que o estudo de realidades sociais hipercomplexificadas³⁶ desafia uma abordagem multilateral, mediante diferentes ângulos de observação, que é preciso pôr em reticências a antiga dicotomia moderna entre o público e o privado. Não porque essas categorias tenham perdido a sua importância como instrumentos de análise da vida política e social.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Em neologismo cunhado por NEVES, op. cit., 1994.

Mas porque as divisas que demarcavam seus territórios se tornaram tênues demais, face aos sucessivos deslizamentos decorrentes do “processo correlato de uma socialização do Estado e de uma estatização da sociedade”.³⁷

De toda sorte, tão rente se nos afigura esta realidade sociopolítica, e tão imersos nos encontramos em sua própria atualidade, que sua análise requer uma textura aberta, cujos devires devem ser iluminados pela inesquecível lição de Castoriadis: somos responsáveis por aquilo que depende de nós.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- BARREIRA, Irllys Alencar Firmo. A expressão dos sentimentos na política. In: Teixeira, Carla Costa; CHAVES, Christine de Alencar (org.). *Espaços e tempos da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto. (org.) *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: UNESP, 1993.
- GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Ed Perspectiva, 2004, p. 33.
- LASCH, Christopher. *Cultura do narcisismo*. São Paulo: Imago, 1983.
- MORICONI, Ítalo (org.) *Os cem melhores poemas brasileiros do século*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

³⁷ HABERMAS, op. cit., 180.

PECULIARIDADES DA NAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

*Fernando B. Ferraz**

RESUMO

Em suas origens o Brasil foi uma nação de senhores e escravos. Vive-se hoje neste país a experiência de um Estado Democrático de Direito, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Nossa democracia exalta a miscigenação de sua raça, tendo no carnaval e no futebol expressões de manifestação de nosso sentimento como nação. A vinda da família real para o Brasil contribuiu para a sua transformação de colônia em um país independente. Presume-se que se a Corte não tivesse vindo para o Rio de Janeiro nosso país simplesmente não existiria na sua forma atual e que a antiga colônia portuguesa na América se fragmentaria em pequenos países autônomos. Após a proclamação da independência, sob o regime monárquico, vigorou a Carta Magna de 1824 que cedeu lugar para a república em 1889. A partir de então, o Brasil já possuiu cinco Constituições, além da que vigora atualmente desde 05 de outubro de 1988. Porém, até o final de 2007, esta já foi emendada 56 vezes. Estes dados expressam os diversos momentos de instabilidade política, com transformações sociais, por que já passou e tem passado nosso país.

Palavras-chave

Brasil. Democracia. Nação. Colonização. Raça. Poder.

ABSTRACT

In its origins Brazil has been a nation of slaves and lords. We live today in this country the experience of a Democratic State of Law, in which men and women are equal in rights and obligations. Our democracy enhances the mixing of their race, having the carnival and the football as expressions of our feelings as a nation. The advent of the Portuguese royal family to Brazil contributed to the transformation of this closed and delayed colony to become an independent country. It is presumed that if the Court had not been to Rio de Janeiro our country would simply exist in its current form. The former Portuguese colony in America would be fallen into small countries freelancers. After the proclamation of our independence, under the monarchy regime, came into force the Magna Charter of 1824 that gave rise to a republic in 1889. Since then, our country has already five constitutions, and the currently in force since 05 October 1988. By the end of 2007, this has already been amended 56 times. These data express well and sign the various times of political instability that have already happened in the past Brazil.

* Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Graduado em Educação, com Especialização em Ensino pela UFPI. Professor Associado I do Curso de Direito e do Curso Mestrado em Direito Constitucional da UFC, e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Christus. É Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC.

Key-words

Brazil. Democracy. Nation. Colonization. Race. Power.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de globalização, vive-se hoje, no Brasil, a experiência de um Estado Democrático de Direito cujas instituições se compatibilizam com a Carta Constitucional promulgada em 05 de outubro de 1988. Tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Além disso, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo ainda proibido diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão para trabalhadores urbanos e rurais por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (arts. 1º; 5º, inciso I, e inciso XXX do art. 7º).

Constituem, assim, direitos assegurados constitucionalmente que precisam ser efetivados, sob pena de nossa Carta Magna se distanciar da realidade em que vivemos.

2 MANIFESTAÇÕES DE NAÇÃO

Nossa democracia exalta a miscigenação de sua raça. Continuamos fazendo do carnaval e do futebol a expressão maior que enaltece nossa brasilidade e os nossos brios como nação. Ambos ajudam a exteriorizar a identidade nacional. A propósito, qual, afinal, a receita para o carnaval brasileiro? Roberto da Mata responde:

Sabemos que o carnaval é definido como “liberdade” e como possibilidade de viver uma ausência fantasiosa e utópica de miséria, trabalho, obrigações, pecados e deveres. numa palavra, trata-se de um momento onde se pode deixar de viver a vida como fardo e castigo. É, no fundo, a oportunidade de fazer tudo ao contrário: viver e ter uma experiência do mundo como excesso – mas agora como excesso de prazer, de riqueza (ou de “luxo”, como se fala no Rio de Janeiro), de alegria e de riso; de prazer sensual que fica – finalmente – ao alcance de todos. A “catástrofe” que o carnaval possibilita é a da distribuição teórica do prazer sensual para todos.²

Durante a Copa do Mundo, quando a seleção brasileira entra em campo, a sensação que se tem é a de que o Brasil literalmente pára para assistir ao jogo de nossos representantes “*de chuteiras*”. Enquanto nossa seleção consegue ir vencendo seus adversários naquele torneio, o “*verdeamarelismo*” toma conta de nossas ruas e avenidas. A bandeira nacional tremula nas sacadas dos apartamentos e na parte externa dos veículos em movimento. Muitos se vestem de verde e amarelo, exteriorizando, assim, seu ânimo como torcedores da nossa seleção “*canarinho*”.

² DaMata, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 73.

Durante a realização da Copa do Mundo os brasileiros se irmanam, cheio de patriotismo. Os desníveis sociais e econômicos cedem lugar a um só discurso enquanto torcedores. É um período em que o sentimento de nação aflora com naturalidade e entusiasmo. Marilena Chauí, contudo, nos lembra que:

O verdeamarelismo foi elaborado no curso dos anos pela classe dominante brasileira como imagem celebrativa do “país essencialmente agrário” e sua construção coincide com o período em que o “princípio da nacionalidade” era definido pela extensão do território e pela densidade demográfica. De fato, essa imagem visava legitimar o que restara do sistema colonial e a hegemonia dos proprietários de terra durante o Império e o início da República (1889).³

Acrescenta Marilena Chauí:

O que parece surpreendente é o fato de que o verdeamarelismo se tenha conservado quando parecia já não haver base material para sustentá-lo. Ou seja, se ele foi a ideologia dos senhores de terra do sistema colonial, do Império e da República Velha, deveríamos presumir que desaparecesse por ocasião do processo de industrialização e de urbanização.⁴

A imagem *verdeamarela* permaneceu porque havia a convicção de que o Brasil possuía recursos próprios para o desenvolvimento, possuindo nosso país riquezas naturais inesgotáveis, representadas pela abundância de matéria-prima e de energia barata. Além disso, “ela assegurava que o mérito do desenvolvimentismo se encontrava na destinação do capital e do trabalho para o mercado interno”.⁵

Contudo, o *verdeamarelismo* tradicional, representado pela rica e bela natureza tropical e o do povo ordeiro e pacífico, “passou a ser visto pelos promotores do nacional-desenvolvimentismo como signo da alienação social dos ‘setores atrasados’ das classes dominantes e das classes populares”.⁶

Enfim, indaga-se: o *verdeamarelismo*, segundo expressão de Marilena Chauí, exprime a maneira ingênua e alienada como que se manifesta o nacionalismo natural e espontâneo das massas? (...) Ele era o signo da própria alienação social, produzida pela classe dominante do período colonial e imperial e difundida por uma classe média parasitária? (...) Ou significa a substituição do

nacionalismo espontâneo, alienado e inautêntico por um nacionalismo crítico, consciente e autêntico, o nacional-popular, graças ao qual o setor avançado da burguesia nacional e o setor consciente do proletariado, unidos, combateriam o colonialismo e o imperialismo, realizando o desenvolvimento nacional e dando realidade ao ‘ser brasileiro’, à ‘identidade nacional’?⁷

³ CHAUÍ, Marilena. *Brasil. Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 32 e 33.

⁴ CHAUÍ, Marilena. *ob. cit.*, p. 35.

⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Loc. cit.*

O fato é que além de ter se transformado em um esporte de massas, apreciado pelo povo brasileiro, que permeia todos os níveis sociais, o futebol fascina multidões, ao mesmo tempo em que também permite rápida ascensão social e econômica de seus atletas, muitos deles oriundos de famílias pobres.

Os brasileiros todos torcem nas copas do mundo com um sentimento tão profundo como se se tratasse de guerra de nosso povo contra todos os outros povos do mundo. As vitórias são festejadas em cada família e as derrotas sofridas como vergonhas pessoais.⁸

No Brasil, a obra colonial de Portugal foi de um povo-nação, representado pela mestiçagem, que se multiplicou de forma prodigiosa. A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi

o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. (...) Sem a prática do cunhadismo, era impraticável a criação do Brasil. Os povoadores europeus que aqui vieram ter eram uns poucos naufragos e degredados, deixados pelas naus da descoberta, ou marinheiros fugidos para aventurar vida nova entre os índios. Por si sós, teriam sido uma erupção passageira na costa atlântica, toda povoada por grupos indígenas.⁹

Darcy Ribeiro ressalta que o povoamento do Brasil se deu pelo cruzamento de

uns poucos brancos com multidões de mulheres índias e negras. (...). A democracia racial é possível, mas só é praticável conjuntamente com a democracia social. Ou bem há democracia para todos, ou não há democracia para ninguém, porque à opressão do negro condenado à dignidade de lutador da liberdade, corresponde o opróbio do branco posto no papel de opressor dentro de sua própria sociedade.¹⁰

Em suas origens o Brasil foi uma nação de senhores e escravos. “O processo de formação do povo brasileiro, que se fez pelo entrechoque de seus contingentes índios, negros e brancos, foi, por conseguinte, altamente conflitivo.”¹¹ O conceito de povo, porém, não se confunde com o de nação. “Esta é o povo com determinadas características comuns, como a religião, a língua, a cultura, os laços históricos, a etnia etc., fazendo parte de uma realidade sociológica. Povo é o elemento biológico componente do Estado, sem necessitar de nenhuma característica que uma sues integrantes”.¹²

⁸ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 243.

⁹ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – A formação e o sentido do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 81 e 83.

¹⁰ RIBEIRO, D. op. cit., p. 225 e 227.

¹¹ *Ibidem*, p. 168.

¹² AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.3.

Às vezes se diz que nossa característica essencial é a cordialidade, que faria de nós um povo por excelência gentil e pacífico. Será assim? A feia verdade é que conflitos de toda ordem dilaceraram a história brasileira, étnicos, sociais, econômicos, religiosos, raciais, etc.¹³

Na visão de Tomás Pompeu de Sousa Brasil Sobrinho, “a maioria da população brasileira, ao tempo em que se formava a nacionalidade, era de gente bem adaptada ao ambiente físico e às condições morais e intelectuais da colônia”.¹⁴

O início da ocupação econômica do território brasileiro, observa Celso Furtado, “é em boa medida uma consequência da pressão política exercida sobre Portugal e Espanha pelas demais nações européias. Nestas últimas prevalecia o princípio de que espanhóis e portugueses não tinham direito senão àquelas terras que houvessem efetivamente ocupado”¹⁵. A Espanha e Portugal, contudo, se autocreditavam com direito à totalidade das novas terras americanas.

Coube a Portugal a tarefa de encontrar uma forma de utilização econômica das terras americanas que não fosse a fácil extração de metais preciosos. Somente assim seria possível cobrir os gastos de defesa dessas terras. (...) Das medidas políticas que então foram tomadas resultou o início da exploração agrícola das terras brasileiras, acontecimento de enorme importância na história americana. De simples empresa espoliativa e extrativa – idêntica à que na mesma época estava sendo empreendida na costa da África e nas Índias Orientais – a América passa a constituir parte integrante da economia reprodutiva européia, cuja técnica e capitais nela se aplicam para criar de forma permanente um fluxo de bens destinados ao mercado europeu.¹⁶

O bom desempenho de Portugal nesta empreitada lhe permitiu a defesa das terras do Brasil. Um dos fatores do êxito da empresa colonizadora agrícola portuguesa “foi a decadência mesma da economia espanhola, a qual se deveu principalmente à descoberta precoce de metais preciosos”.¹⁷

No começo do século XIX, Portugal já dependia do Brasil, uma vez que este, na condição de colônia daquele país, lhe fornecia o ouro, o fumo e a cana-de-açúcar, constituindo, assim, o eixo de suas relações comerciais.

Três séculos depois de ter inaugurado a era das grandes navegações e descobertas, Portugal nem de longe lembrava a metrópole vibrante dos tempos de Vasco da Gama e Pedro Álvares Cabral. Os sinais de decadência estavam por

¹³ RIBEIRO, D. op. cit., p. 167.

¹⁴ BRASIL SOBRINHO, Tomás Pompeu de Sousa.. O brasileiro, produto eugênico. In MENESES, Djacir (Org.). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 434.

¹⁵ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*, 19ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984, p. 6

¹⁶ Ibidem, p. 8

¹⁷ FURTADO, C. op. cit., p. 15

todo lado. Lisboa, a capital do império, havia muito tinha sido ultrapassada por suas vizinhas européias como centro irradiador de idéias e inovações. A chama do empreendimento, da curiosidade e da busca pelo desconhecido havia se apagado no espírito português. Os tempos de glória pareciam ter ficado pra trás.

O que tinha acontecido com Portugal? Havia duas explicações. A primeira era demográfica e econômica. Com uma população relativamente pequena, de três milhões de habitantes, Portugal não tinha gente nem recursos para proteger, manter e desenvolver seu imenso império colonial. Dependia de escravos em quantidades cada vez maiores para as explorações de suas minas de ouro e diamante e suas lavouras de cana-de-açúcar, algodão, café e tabaco. Com uma economia basicamente extrativista e mercantil, enfrentava escassez de capital. Embora os navios continuassem a chegar de todas as partes do mundo, a metrópole portuguesa era uma terra relativamente pobre porque a riqueza não parava ali. Lisboa funcionava apenas como um entreposto comercial. De lá, o ouro, a madeira e os produtos agrícolas do Brasil seguiam direto para a Inglaterra, principal parceira comercial de Portugal. Os diamantes tinham como destino Amsterdã e Antuérpia, nos Países Baixos.¹⁸

Por suas riquezas naturais, o Brasil sempre despertou interesse econômico das nações hegemônicas. Como colônia de Portugal, como se viu, dele se extraía o ouro, a madeira e os produtos agrícolas. Como país independente tais interesses se diversificaram, mas continuam intensos. Enquanto isso, “apesar da vontade das classes dominantes de manter o Brasil sempre atrelado ao jogo da dependência e da associação aos poderes mundiais”, conforme observação de Leonardo Boff,

Criou-se aqui, ao longo dos cinco séculos, um experimento civilizacional singular. Raças vindas de todas as partes do mundo, tradições culturais e espirituais de várias procedências aqui se miscigenaram com grande espontaneidade e sem maiores preconceitos. No dizer do historiador José Honório Rodrigues “somos uma república mestiça étnica e culturalmente. Não somos europeus nem latino-americanos. Somos tupinizados, africanizados, orientalizados e ocidentalizados. A síntese de tantas antíteses é o produto singular e original que é o Brasil atual” (*Brasil e África: outro horizonte*, Vozes, Petrópolis 1982, 14).

¹⁸ GOMES, Laurentino. 1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil Ltda., 2007, p. 57.

Deste caldo está surgindo uma nação inventada por nós mesmos, com características singulares que poderão ajudar na configuração da sociedade mundial no século XXI.¹⁹

3 PODER DE PORTUGAL SOBRE O BRASIL

As dificuldades enfrentadas por Portugal mais contribuiu para aumentar a curiosidade de se melhor compreender como este país conseguiu, afinal, manter seu poder por tanto tempo sobre o Brasil. Afinal, o Brasil, por muitos considerado como um '*país continental*', mantém até hoje praticamente inalterado os limites territoriais deixados como legado por Portugal. Laurentino Gomes²⁰ entende que:

Nenhum outro período da história brasileira testemunhou mudanças tão profundas, decisivas e aceleradas quanto os treze anos em que a corte portuguesa morou no Rio de Janeiro. Num espaço de apenas uma década e meia, o Brasil deixou de ser colônia fechada e atrasada para se tornar um país independente. Por essa razão, o balanço que a maioria dos estudiosos faz de D. João VI tende a ser positivo, apesar de todas as fraquezas pessoais do rei (...).

(...) como seria hoje o Brasil se a corte não tivesse vindo para o Rio de Janeiro? Apesar da relutância em fazer conjecturas, boa parte dos historiadores concorda que o país simplesmente não existiria na sua forma atual. Na hipótese mais provável, a Independência e a República teriam vindo mais cedo, mas a antiga colônia portuguesa se fragmentaria em um retalho de pequenos países autônomos, muito parecido com seus vizinhos da América espanhola, sem nenhuma outra afinidade além do idioma.

D. João VI teve, assim, um papel determinante na formação do Brasil com as dimensões territoriais que hoje ostenta. Segundo observação de Oliveira Lima,

(...) não podemos ter a pretensão de descobrir em D. João VI um espírito em si mesmo inovador e revolucionário – o que teria estado em desacordo com tudo: o ambiente, sua posição, a tradição, seu temperamento. Mas devemos reconhecer que, isolado num trono, ninguém melhor aproveitou as lições de seu século. Pela perspicácia, pela equidade, pelo desapego, senão teórico, mas prático, das velhas fórmulas e dos ideais antiquados, pela adaptação precisa e sem esforço às novas tendências do pensamento e do governo, foi um verdadeiro discípulo dos enciclopedistas, dos economistas e dos moralistas precursores da Revolução Francesa.²¹

(...)D. João VI era organicamente, essencialmente, o símbolo da tranqüilidade, do pacifismo, diríamos hoje. Todavia viram-no mandar partir do Pará a expedição que conquistou a Guiana

¹⁹ BOFF, Leonardo. *Depois de 500 anos, Que Brasil Queremos?* Petrópolis: Vozes, 2000.

²⁰ *Ibidem*, p. 327.

²¹ LIMA, Oliveira. *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira*. São Paulo: Topbooks, 2000, p. 141.

Francesa; dominar com prontidão e energia a revolução de 1817 de Pernambuco, que ali fundara uma república assaz bem organizada; mandar ocupar Montevidéu pelas tropas do Rio Grande e de São Paulo e, depois da paz européia, pelos veteranos das campanhas peninsulares, adestrados por Beresford, e de que o príncipe Maximiliano de Wied-Neuwied, um combatente de Leipzig, gabava em 1816, no momento de sua partida para o sul, o soberbo porte. Que rei apaixonado das glórias militares teria feito melhor?²²

Para o historiador português Jorge Couto²³, uma disputa territorial na região da Amazônia, envolvendo a França e Portugal, está na raiz da fuga da família real portuguesa para o Brasil em 1808, depois que os franceses invadiram o país europeu. Para ele, três objetivos motivaram esta invasão: dividir o território português com os espanhóis, tomar posse das colônias portuguesas e colocar a marinha portuguesa a serviço dos franceses.

Acrescenta que por motivos políticos, procura-se caracterizar a fuga da família real para o Brasil como atabalhoada e D. João VI como uma figura caricata. “Foi uma construção da história. Os países, para se firmarem como independentes tendem a diminuir o papel do colonizador, ridicularizando-o”.

4 CORRUPÇÃO E ABUSO DE PODER: PRÁTICA ANTIGA

Uma das vantagens do atual processo de globalização é a transparência. Já não se pode mais esconder por muito tempo desvios de conduta no exercício do poder. Daí o desconforto permanente da sociedade brasileira com sucessivas notícias de escândalos de corrupção que parecem não ter fim no Brasil. A diferença, porém, é que o humor e a paciência dos brasileiros vem dando sinais de esgotamento, sobretudo com relação aos seus representantes no exercício do poder que persistem em adotar posturas éticas, morais incompatíveis com as virtudes que como pessoas públicas devem adotar. Neste sentido, merece registro a atuação crescente da Polícia Federal no combate permanente à corrupção.

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)²⁴

Percebe-se, contudo, ser antiga a prática da corrupção e abuso de poder no Brasil. Nos treze anos em que D. João viveu no Brasil, “as despesas da mal-administrada e corrupta Ucharia Real mais que triplicou. O déficit crescia sem parar. (...) Apesar disso, a corte continuou a bancar todo mundo, sem se preocupar com a origem dos recursos”.²⁵

²² Idem, p. 142.

²³ Diretor da Biblioteca Nacional de Lisboa – uma das principais fontes de pesquisa sobre a história de Portugal. *Disputa por Amazônia está na raiz da fuga da família real*. Disponível em: <http://portal.secrel.com.br>. Acesso em: 10 de março de 2008.

²⁴ CF/88, *caput* do art. 37.

²⁵ GOMES, L. op. cit., p.190.

Outra herança da época de D. João é a prática da “caixinha” nas concorrências e pagamentos dos serviços públicos. O historiador Oliveira Lima, citando os relatos do inglês Luccock, diz que se cobrava uma comissão de 17% sobre todos os pagamentos ou saques no tesouro público. Era uma forma de extorsão velada: se o interessado não comparecesse com os 17%, os processos simplesmente paravam de andar. “A época de D. João VI estava destinada a ser na história brasileira, pelo que diz respeito à administração, de muita corrupção e peculato”, avaliou Oliveira Lima. “A corrupção medrava escandalosa e tanto contribuía para aumentar as despesas, como contribuía o contrabando para diminuir as rendas.”²⁶

Durante o período em que esteve ligado à Espanha, Portugal “perdeu para esse país o melhor de seus entrepostos orientais, ao mesmo tempo que a melhor parte da colônia americana era ocupada pelos holandeses. Ao recuperar a independência, Portugal encontrou-se em posição extremamente débil”.²⁷ Tal país então percebeu que, para sobreviver como metrópole colonial, não poderia se manter neutra diante das grandes potências. “Os acordos concluídos com a Inglaterra em 1642-54-61 estruturaram essa aliança que marcará profundamente a vida política e econômica de Portugal e do Brasil durante os dois séculos seguintes”.²⁸

A dependência política portuguesa à Inglaterra era tão expressiva, que exigiu um grande esforço diplomático do Brasil para assegurar sua própria independência, pois se esta fosse interpretada como um ato de agressão a Portugal, a Inglaterra ²⁹viria em socorro de seu aliado agredido. Pelo tratado de 1827, firmado pelo Imperador, sem consultas às Câmaras, “o governo brasileiro reconheceu à Inglaterra a situação de potência privilegiada, autolimitando sua própria soberania no campo econômico”.

Sobre a monarquia brasileira, Antônio da Silva Jardim (1860-1891), em “Compêndio de teorias e apreciações políticas destinado à propaganda republicana” (Rio, 1888), apresenta uma avaliação que já demonstra uma insatisfação com a presença de portugueses na condução dos destinos do Brasil, desde o seu descobrimento:

Que fizeram os Reis?

D. Manuel encheu-nos de sentenciados e escravos. No tempo de D. Sebastião, um governador matou quase todos os tamoios, indígenas que se poderiam talvez aproveitar. Felipe II negou um título a um homem que nos traria umas minas com riquezas enormes. Felipe III não quis ajudar a João Vieira, português, a combater os holandeses que tinham-se apossado de parte do Brasil. João V enriqueceu os que o cercavam com o ouro de Minas, enquanto

²⁶ *Ibidem*, p. 192.

²⁷ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 19ª edição Paulo: Companhia Editora Nacional,, 1984, p. 32.

²⁸ *Ibidem*, p. 32

²⁹ *Ibidem*, p. 36.

nós estávamos na miséria. Maria I mandou enforcar Tiradentes por querer a independência do nosso país. D. João VI arruinou o nosso tesouro, e mandou matar os patriotas que em 1817 quiseram de novo nossa independência.

Pedro I foi traidor ao pai, D. João VI, ajudando a independência do Brasil, depois de ter prometido não fazê-la, e foi ingrato para com José Bonifácio que lhe deu o trono. Foi corrupto e déspota. Tanto fez que em 1831 houve uma revolução e teve de ir-se embora.

PEDRO II. O imperador que o Brasil tem hoje não é o que muitas pessoas pensam. Governou muito tempo, quase 50 anos, sem que ninguém o atrapalhasse, e o fato é que nada fez: a nação aí está muito mal. (...) Pouco caso fazia das leis, e governava à sua vontade. (...) Meteu-nos numa guerra desastrosa com o Paraguai, deixou as províncias ficarem pobres, não preparou a abolição da escravidão enganando os lavradores e os abolicionistas, maltratou os amigos, e afinal dizem que perdeu o juízo.³⁰

Em sua última fala ao trono, por ocasião da abertura da 4ª Sessão da 20ª Legislatura, em 3 de maio de 1889, D. Pedro II, 'Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil', aborda vários temas, dentre os quais, destacamos:

O Tesouro Nacional, livre da avultada dívida flutuante, que veio de anteriores exercícios, tem disposto de meios mais que suficientes para as despesas internas, sem necessidade de recorrer aos expedientes de antecipação de receita, e conserva em Londres grande parte do último empréstimo, para as suas aplicações legais. (...)

Augustos e Digníssimos Srs. Representantes da Nação.

Muito haveis feito pelo progresso e felicidade de nossa Pátria, porém muito resta ainda por fazer em uma Nação nova, de extenso território, cheio de riquezas naturais, e votada pela Providência aos mais esplêndidos destinos. Se é grande o encargo que assumis, não é menor o vosso patriotismo, e o Brasil o recomenda com a mais segura confiança.

Está aberta a sessão.

Após a abertura desta sessão, já transcorreu mais de um século. A Monarquia cedeu lugar à República. Após a Carta Magna de 1824, nosso país já possuiu as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69, que bem expressam e sinalizam para os diversos momentos de instabilidade política por que já passou o Brasil. Hoje, a Constituição da República Federativa do Brasil³¹, promulgada em 05.10.88, continua afirmando em seu art. 3º que "*todo poder emana do povo*", e tem como objetivos fundamentais: "I – construir uma sociedade livre, justa e

³⁰ JARDIM, Antônio da Silva. A Monarquia. In: MENESES, Djacir (Organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 710.

³¹ Até o final de 2007, esta Carta Constitucional já sofreu 56 Emendas Constitucionais.

solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A sensação, porém, tomando emprestado a mesma expressão utilizada por D. Pedro II em sua última fala ao trono, é a de que “*muito resta ainda por fazer em uma Nação nova, de extenso território, cheio de riquezas naturais, e votada pela Providência aos mais esplêndidos destinos*”(…), sendo capaz de aproximar, mais ainda, o *Brasil real* do *Brasil constitucional*, superando suas desigualdades históricas, sobretudo aquelas decorrentes da má distribuição de sua riqueza.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BOFF, Leonardo. *Depois de 500 anos, Que Brasil Queremos?* Petrópolis: Vozes, 2000.
- MATA, Roberto da. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil. Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª edição, 1995
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*, 19ª edição. São Paulo: Companhia Nacional, 1984
- BRASIL SOBRINHO, Tomás Pompeu de Sousa. *O brasileiro, produto eugênico*. In MENESES, Djacir (Organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998
- JARDIM, Antônio da Silva. *A Monarquia*. In: MENESES, Djacir (Organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998
- GOMES, Laurentino. *1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil Ltda., 2007
- LIMA, Oliveira. *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira*. São Paulo: Topbooks, 2000.



O BIODIREITO ATRAVÉS DO PRISMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Germana Oliveira de Moraes^{*1}
Francisco Davi Fernandes Peixoto^{*2}

RESUMO

Em face das novas e avassaladoras transformações na área de biotecnologia, o ser humano começa a preocupar-se com questões como o início e o fim da vida através de uma nova ótica - a da bioética, que trata não apenas dos conflitos oriundos da relação médico-paciente, mas também de questões ecológicas ligadas à sobrevivência da humanidade. Para tanto, os pesquisadores de saúde se valem da orientação dos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, que regem e orientam os estudos de bioética. Já o direito, buscando regular estas condutas que se mostram cada vez mais presentes no cotidiano, não apenas do meio científico e acadêmico, mas do cidadão comum, desenvolve também um novo ramo, denominado biodireito. A dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais irradiam-se sobre estas novas questões de bioética e biodireito, suscitantes de inéditos e instigantes dilemas envolvendo o direito à vida. Torna-se imprescindível o recurso ao princípio ou máxima da proporcionalidade como parâmetro de ação de controle de constitucionalidade para a resolução de conflitos, decorrentes dos avanços científicos, a fim de que se busque harmonizar o direito à vida e outros direitos fundamentais.

Palavras-chave

Biodireito. Princípios da Bioética. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

In the face of new and great transformations in the area of biotechnology, the human being begins to concern itself with some issues such as the beginning and end of life through a new perspective - that of bioethics, which deals not only about the conflicts between doctor and patient relationship, but also about the environmental issues linked to the survival of humanity. Therefore, the health researchers are oriented by the principles of autonomy, beneficence, non-maleficence

^{*1} Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora associada do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC e do Curso Graduação em Direito da UFC. Juíza federal da Seção Judiciária do Ceará - TRF 5ª Região. Ex-membro do Conselho Nacional de Justiça.

^{*2} Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Bolsista da CAPES. Estagiário de Docência na Disciplina de Direito do Trabalho II da UFC.

and justice, which govern and direct the bioethic's studies. Already, the law, seeking to rule these conducts that are showing up in the daily life, not only of scientific and academic environment, but of ordinary people, also develops a new branch, called biolaw. The dignity of the human person and the other fundamental rights radiate out about these new issues of bioethics and biolaw, suscitantas of unprecedented and instigating dilemmas involving the right to life. It is essential to appeal to the principle or maximum of proportionality as a parameter of action of constitutionality control for the resolution of conflicts, arising from scientific advances, to seek to harmonise the right to life and other fundamental rights.

Key-words

Biolaw. Bioethic's principles. Principle of human dignity. Fundamental rights. Proportionality principle.

1 INTRODUÇÃO

O conhecimento do século XX foi marcado pelo sucesso da Física e das Ciências Naturais, e por isso mesmo, provavelmente, nele se registraram mais transformações no modo de vida do ser humano do que em todas as eras precedentes³.

Especificamente no domínio das ciências da saúde leciona Cecchetto que tem havido vastas e profundas transformações durante o século XX, sendo que nas últimas décadas diversas moléstias como a poliomelite, a difteria, a tuberculose e a sífilis tem, quase que totalmente, sido erradicadas.⁴

Presencia-se, atualmente, no alvorecer do século XXI, o fim de uma era e o início de outra. Ingressa-se na Pós-Modernidade. Isso implica um processo de destruição de modelos e ao mesmo tempo reconstrução de outros em substituição àqueles em suplantação, bem como o despertar de novos desafios, gerados pelos avanços científicos e tecnológicos. Sobressai, nestes tempos de reconstrução e de desafios inéditos, à medida que se vai delineando a consciência dos problemas relacionais gerados pelos avanços científico-tecnológicos, a grande responsabilidade dos cientistas jurídicos com o ser humano, no âmbito do Biodireito. As contínuas e rápidas transformações da realidade despertam inéditas inquietações, que cabe aos pensadores e pesquisadores do Direito arrostar, inclusive e, principalmente, para fornecer novos parâmetros de conduta.⁵

As novas Biotecnologias e as investigações e descobertas mais recentes das

³ “[...]a ciência, através do tecido saturado de tecnologia da vida humana, demonstra onipresente – pois mesmo os mais remotos confins da humanidade conhecem o rádio transistorizado e a calculadora eletrônica – quanto Alá para o muçulmano crente. É discutível quando essa capacidade de certas atividades humanas produzirem resultados sobre-humanos se tornou parte da consciência comum, pelo menos nas partes urbanas das sociedades industriais “desenvolvidas”.” HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 510.

⁴ CECCHETTO, Sergio. *Currar o cuidar: Bioética em el confin de la vida humana*. Buenos Aires: AdHoc, 1999, p. 19.

⁵ Nesse sentido consultar: MORAES, Germana de Oliveira. A importância da reorientação da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna. (Pesquisar também se aprende pesquisando...). *Revista NOMOS*. V. 26. Fortaleza, jan/jul, 2007.1, p. 75-88.

ciências biológicas demandam os estudos da Bioética e de Biodireito, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. O ser humano volta a preocupar-se, agora através das lentes das novas descobertas tecnológicas, com questões como o início e o fim da vida – inseminação artificial, bebê de proveta, aborto, morte encefálica, doação de órgãos, eutanásia, dentre tantas outras, que não se resolvem sem o recurso às investigações filosóficas.

Nesse ponto, cumpre destacar a lição de Hobsbawm:

Você acha que há lugar para a filosofia no mundo de hoje?

Claro, mas só se for baseada no atual estado de conhecimento e realização científicos [...] Os filósofos não podem isolar-se contra a ciência. Ela não apenas ampliou enormemente nossa visão da vida e do universo: também revolucionou as regras segundo as quais opera o intelecto.⁶

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

2.1 A Biotecnologia e o Direito: Origem da bioética e do biodireito

Nada obstante, em 1971, o médico Van Rensselaer Potter tenha formulado o conceito de Bioética, destacando-a como “ciência da sobrevivência”⁷, somente em 1985, foi aprovada a conclusão por chefes de estados de países industrializados, segundo a qual “os valores essenciais da vida estão hoje em questão; a Bioética é mais importante do que nunca”.

Para Leo Pessini bioética é a ciência que estuda, no campo específico das ciências da vida, a oralidade humana, estando nesta incluída a ética médica tradicional, porém indo além desta ao considerar outros problemas éticos não levantados originalmente pelas ciências biológicas, não sendo primordialmente de ordem médica.⁸

Os temas decorrentes da prática da Bioética transcendem as polêmicas acerca do início e do fim da vida do ser humano, abrangendo desde a experiência com seres humanos até a defesa dos animais, sem falar da industrialização e do consumo dos alimentos transgênicos. Com efeito, escreveu Silva que a reflexão sobre a bioética “[...] congrega, sob o foco de uma concepção personalista da humanidade, desde as questões clássicas da deontologia médica até os modernos dilemas da ecologia política”.⁹

⁶ HOBBSAWN, op. cit., p. 504.

⁷ “Van Rensselaer Potter, em seu livro, justifica a necessidade de um “ética da vida” como a forma mais racional para se enfrentar a apreensão suscitada pela questão demográfica, na linha da reflexão malthusiana, e pelo emprego das recentes descobertas científicas, mais especificamente o DNA recombinante, capaz de possibilitar o advento da “bomba biológica”. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 167.

⁸ PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994, p. 11.

⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 167-168.

O próprio enfoque original da Bioética, proposto originalmente por Potter, conforme leciona Diniz¹⁰, evoluiu a ponto de hoje alcançar a microbiótica, que trata dos conflitos oriundos da relação médico paciente, substituindo a ética médica tradicional, e de uma macrobioética, que trata de questões ecológicas ligadas à sobrevivência da humanidade. Mais recentemente surge o termo Biodireito¹¹.

Cumprir destacar também a lição de Santos¹² para quem a bioética pode ser distinta de dois modos, em primeiro lugar em bioética de fronteira sendo a que trata da aplicação de novas técnicas biomédicas às fases nascente e terminal da vida, ao passo que a bioética cotidiana trata da tarefa de humanizar a medicina articulando os diversos fenômenos de que trata a bioética.

Os avanços das ciências ético-jurídicas parecem não conseguir acompanhar no mesmo ritmo o avanço da biotecnologia. O direito, que busca regular as condutas humanas, não pode vender seus olhos perante esta nova realidade, que se mostra cada vez mais presente no cotidiano não apenas do meio científico e acadêmico, mas do dia a dia do cidadão comum.

Os cientistas e profissionais de saúde – médicos e enfermeiros, muitas vezes enfrentam, durante o desenvolvimento de suas pesquisas e durante sua prática profissional, autênticos dilemas. Os Juízes e Tribunais, instados a decidir sobre qual Direito se aplica a situações desse jaez, deparam-se com os denominados casos trágicos.¹³

Indaga-se o que vem orientando as decisões dos pesquisadores e profissionais das Ciências da Saúde, quando se deparam diante destes problemas: as determinantes de ordem moral ou as determinantes de ordem jurídica? À falta de uniformização das normas, no plano nacional e internacional e de uma orientação jurisprudencial uniforme sobre estes recentes problemas, em muitos casos, os pesquisadores e os profissionais das Ciências Médicas, em sentido amplo, guiam sua atividade mais por seus próprios preceitos morais e religiosos do que propriamente por condicionantes de ordem jurídica.

O tratamento que o Direito possa dispensar à regulação das questões da Bioética – é sabido, conecta-se também a outros valores, além do direito à vida, também

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

¹¹ “A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo tem enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas [...] Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o *biodireito*[...]” DINIZ, op. cit., p. 9

¹² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O equilíbrio do pêndulo, A bioética e a lei: implicações médico legais*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 39-40. Vale ressaltar que a autora propõe ainda uma segunda distinção de bioética em bioética da vida cotidiana, bioética deontológica, bioética legal e bioética filosófica, porém, para este estudo julga-se ser apropriado citar apenas a primeira de suas duas distinções.

¹³ Escreve Dworkin que Casos Difíceis são aqueles em que haverá o sacrifício máximo da efetividade dos direitos fundamentais em ponderação, sendo que mesmos nestes os juízes continuam a ter a obrigação de descobrir quais seriam os direitos das partes. Vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203.

consagrados nas Cortes Constitucionais, como por exemplo, os direitos à dignidade da pessoa humana, à intimidade e à liberdade. É precisamente a articulação desses direitos fundamentais o caminho a trilhar para desvendar ou construir soluções jurídicas para os difíceis casos que envolvem a Bioética e o Biodireito.

Conforme asseverou Garrafa pode-se contemplar o questionamento da manipulação da vida sob diversos enfoques, tais como o biotecnológico, político, econômico, social, jurídico e moral, de modo que cumpre ao estudo bioético abordar tal assunto contemplando todos estes enfoques e de forma multidisciplinar, em respeito à liberdade e ao pluralismo atuais.¹⁴

Urge que se desenvolvam iniciativas no sentido de aproximar os pesquisadores do direito destes temas que já batem as portas do meio jurídico nacional, e vem sendo debatidos no exterior. O Parlamento Alemão, “German Bundestag”¹⁵, por exemplo, está discutindo a questão do testamento vital. Em dezembro de 2004, a Ministra da Justiça Brigitte Zypries apresentou um projeto de lei que possibilitava o testamento vital inclusive em casos de pacientes em estado vegetativo, mas cuja patologia não leve inevitavelmente a morte.

Em nosso país, estão sujeitas ao exame do Supremo Tribunal Federal questões como a antecipação terapêutica de fetos anencefálicos¹⁶ e o uso de células tronco embrionárias para pesquisa e tratamento de doenças nos moldes da lei de biosegurança¹⁷, tendo sido esta objeto da primeira audiência pública¹⁸ daquele Tribunal.

Frise-se que não raro os tribunais constitucionais ou cortes supremas de diversos países são chamados a decidirem sobre estas questões bioética e biodireito¹⁹, tendo em suas mãos temas delicados, e talvez filosoficamente

¹⁴ GARRAFA, Volnei. Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana. In: Conferência Internacional de Direitos Humanos. *Anais da 1 Conferência Internacional de Direitos Humanos*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 128.

¹⁵ http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/index.html, Acesso em 18.03.08.

¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 17.03.08.

¹⁷ Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 3510. <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 17.03.08.

¹⁸ A imprensa nacional deu grande destaque a essa iniciativa do Supremo. Conforme destacou Roberto Romano, professor de ética da Universidade de Campinas: “O Supremo está numa posição desconfortável e estranha. Terá que adentrar um árido debate filosófico e moral que nem mesmo os grandes pensadores da humanidade conseguiram chegar perto de resolver.” VEJA. *Quando começa a vida*. São Paulo: Abril, p. 55. Edição 2005, ano 40, nº 16 de 25 de abril de 2007.

¹⁹ O caso do aborto, por exemplo, amplamente discutido em tribunais ocidentais principalmente após a década de 70, quando se deu talvez o maior caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o conhecidíssimo *Roe vs. Wade*. Segundo Dworkin, “O caso *Roe contra Wade* é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo tribunal dos Estados Unidos: é mais conhecido pelos norte-americanos – e, na verdade, no mundo inteiro – do que *Marbury contra Madison* [...], ou do que *Dred Scott contra Sanford*, [...], ou mesmo do que *Brown contra Board of Education*, [...]” DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141.

irresponsáveis, como, por exemplo, saber quando se inicia a vida. A partir de que momento uma vida pode ser descartada quando em conflito com outra, qual seja nos casos de aborto legal ou permitido? O que deve prevalecer, a liberdade de autodeterminação ou o valor da vida humana no caso de eutanásia?

Evidencia-se, neste contexto, a importância da pesquisa em face das questões jurídicas – ainda sem solução uniforme, as quais, conforme visto acima, angustiam não apenas os operadores do direito e das ciências biológicas, como também ostentam a potencialidade de afetar a cada um de nós e à própria sociedade como um todo.

2.2 Os princípios bioéticos

Atualmente a doutrina é controversa acerca do número de princípios que regem e orientam os estudos de bioética. Com efeito, parte da doutrina elenca como quatro os princípios²⁰, quais sejam o da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e o da justiça. Já a outra corrente doutrinária estabelece como apenas três, pois o princípio da não-maleficência estaria englobado pelo da beneficência.

O principialismo bioético atual é denominado doutrinariamente de personalista²¹, sendo baseado no Relatório Belmont de 1978. Segundo Maria Helena Diniz, “Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.”²²

O dito Relatório Belmont buscava justamente orientar os cientistas e pesquisadores quando no desenvolvimento de experimentações que envolvessem seres humanos. Cumpre destacar que não são princípios meramente instrumentais, funcionando como verdadeiros valores “[...]os quais se deve ter em mente quando se pretende discutir assuntos ligados à vida e à saúde dos seres vivos.”²³

Desde já, deve-se ressaltar que os doutrinadores em geral não consideram nenhum destes quatro princípios como absolutos. Destarte, todos podem comportar exceções, cedendo uns perante os outros quando em conflito no caso concreto.²⁴

O primeiro destes princípios é o chamado da autonomia, que condiz justamente a capacidade de auto-governo e de autodeterminação do paciente, ou seja, este, após ser devidamente informado pelo médico, pode dispor sobre o domínio de sua própria vida e saúde, optando por quais tratamentos está disposto a se submeter.

Integrante do princípio da autonomia é o do consentimento informado,

²⁰ Nesse sentido: DINIZ, op. cit., p.16-19. SILVA. Op. cit., p. 173-177. ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 6-12.

²¹ Nesse sentido: SILVA, op. cit., p. 172.

²² DINIZ, op. cit., p. 16.

²³ ALMEIDA, op. cit., p. 6.

²⁴ Nesse sentido: SANTOS, op. cit., p. 42.

ou seja, o paciente deve ser devidamente informado pelo profissional de saúde sobre sua situação, os procedimentos disponíveis para o tratamento das moléstias de que padecem, e as conseqüências da utilização destes.

Nesse sentido, afirmou Junges que o princípio da autonomia teria sua expressão no chamado consentimento informado, sendo que este protegeria e promoveria aquele. Deve-se suprir a falta de informação e compreensão do paciente mediante o intermédio e comunicação entre este e o médico.²⁵ Não basta, portanto, a mera informação ao paciente. Mister é a sua compreensão daquilo que lhe é informado, bem como a capacidade de poder racionalmente dispor sobre o tratamento que lhe será adequado.

Este princípio está exposto no atual Código de Ética Médica brasileiro²⁶, Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.01.1988, mais especificamente em seu Capítulo V que trata da relação médico paciente, sendo, nos moldes do art. 59, vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Um segundo princípio é o da beneficência. Referido princípio é a base da deontologia profissional da profissão médica, da ética específica dos profissionais de saúde, consistindo basicamente no fato de, ao atuar, o profissional ou pesquisador da área de saúde e biotecnologia deve sempre buscar o bem de seu paciente, o bem da pessoa humana que é objeto de seus cuidados.²⁷

Ademais, o princípio da beneficência diretamente do Juramento de Hipócrates,²⁸

Por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e por todos os deuses e deusas, invocando-os por testemunhas, juro manter este juramento e este pacto escrito, segundo as minhas forças e o meu juízo. [...]Valer-me-ei do meu regime para ajudar os doentes, segundo minhas forças e o meu juízo, mas me absterei de causar dano e injustiça.²⁹

Um terceiro princípio é o da não-maleficência que segundo alguns

²⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 43.

²⁶ O Código de ética Médica está na página do Conselho Federal de Medicina. http://www.portalmedico.org.br/include/codigo_etica/codigo_etica2.asp, Acesso em 17.03.08.

²⁷ "A substância ética de qualquer atividade da área de saúde está estreitamente ligada à determinação do bem do enfermo. É o fim primário de toda profissão que está a serviço da vida e da saúde do ser humano. O profissional da saúde age eticamente, quando visa, sempre, como princípio de suas ações o bem da pessoa." JUNGES, op. cit., p. 46.

²⁸ "Hipócrates e sua escola não se limitaram a dar à medicina o estatuto teórico de ciência, mas também conseguiram determinar com uma lucidez verdadeiramente impressionante a *estatura ética do médico*, o *ethos* ou identidade moral que deve caracterizá-lo. [...]o sentimento do juramento se resume numa proposta simples que, em termos modernos, poderíamos expressar assim: médico, lembra-te que o doente não é uma coisa ou um meio, mas um fim, um valor, e portanto comporta-te em decorrência disso." REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antigüidade e idade Média*. V. 1. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 118-119.

²⁹ REALE. ANTISERI, op. cit., p. 119.

autores³⁰ estaria incluso no princípio da beneficência. Todavia, cumpre destacar que de forma similar ao princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência também funciona como base da ética médica e deriva igualmente do trecho do Juramento de Hipócrates supracitado.

O princípio da não-maleficência, de fato, completa o da beneficência, mas dele difere. Seu conteúdo consiste no fato de que ao agir o médico ou profissional de saúde deve evitar causar o mal ao seu paciente, ainda que este o requeira. Cumpre destacar que este princípio pode e de fato entra em conflito muitas vezes com o da autonomia, pois nem sempre o tratamento que na visão do médico é o mais adequado é aquele que o paciente requer ou está disposto a se submeter³¹.

Por fim há o princípio da justiça, segundo o qual os pacientes devem ter acesso a todos os procedimentos médicos disponíveis independentemente de seu custo. Entra-se aqui na complicada realidade da alocação de recursos nos serviços de saúde que, de forma flagrante, é deveras deficiente em nosso país. Este princípio se expressa, portanto, como justiça distributiva³², devendo os custos, benefícios e riscos dos serviços de saúde serem distribuídos de forma igualitária e imparcial.

Não cabe aqui tratar acerca da questão do mínimo existencial, do acesso à saúde e da alocação de recursos públicos e escassos, todavia cumpre destacar a lição de Sarlet para quem os habituais argumentos de que a ausência de recursos públicos não deve e nem pode ser utilizada quando se está em jogo o direito a saúde, em face deste estar diretamente ligado à preservação da vida humana.³³

Em suma estes são os princípios específicos que devem orientar os pesquisadores e profissionais de saúde quando na prática de seus ofícios, funcionando como postulados deontológicos orientadores do agir destes. Busca-se assim evitar a coisificação, a visão utilitarista, do ser humano, e promover uma ciência mais humanizada, afastando quaisquer ameaças a sua dignidade..³⁴

³⁰ “Muitos não distinguem o princípio da beneficência do da não maleficência (*Primum non nocere* = antes de tudo não prejudicar).” SANTOS, op. cit., p. 43.

³¹ Nesse sentido: ALMEIDA, op. cit., p. 8.

³² “Chamamos de *princípios de justiça distributiva* as concepções gerais sobre como os recursos escassos devam ser alocados. Alguns princípios voltam-se para características dos indivíduos, como “*a cada um segundo seu mérito*”. Já outros princípios voltam-se mais para a mecânica de alocação, sem demandar qualquer conhecimento individualizado sobre os potenciais beneficiários. Igualitarismo, sorteio e filas são exemplos da aplicação desses princípios.” AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 298.

³⁴ Nesse sentido: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)*. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 79-82.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO BRASIL

Vistos então os princípios específicos do biodireito que devem, conforme dito, orientar a atuação dos profissionais e pesquisadores da área de saúde, cumpre analisar como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais positivados em nossa carta magna, atuam como parâmetros basilares para a bioética e o biodireito.

3.1 A Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III da CF/88) e o Direito à Vida (Art. 5º, caput da CF/88)

O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida estão intrinsecamente relacionados, pois, conforme destacou Paulo Bonavides no prefácio da obra de Silva, “Proteger a dignidade do homem é proteger a vida e o direito,[...]”³⁵. Destarte, tratar-se-á de ambos neste mesmo tópico. Todavia, frise-se que o fato de estarem relacionados não significa que constituem amalgama, pois tais direitos podem inclusive chegar a colidir³⁶.

Emmanuel Kant³⁷ estabeleceu como fundamento da dignidade humana a autonomia ética, sendo que o homem nunca poderia ser tratado como objeto, nem por ele próprio. A autonomia da vontade do homem seria justamente a capacidade humana de se auto-determinar e agir conforme esta autodeterminação, mediante prévia compreensão das leis. Segundo Kant:

Os seres cuja natureza depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).³⁸

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana

³⁵ SILVA, op. cit., p. 12.

³⁶ Neste caso estaria em conflito o direito à vida e o direito do ser humano de, da mesma forma que pode viver com dignidade, pode morrer também com dignidade. Victor Méndez Baiges determina como conteúdo deste direito de morrer com dignidade o direito a recusar toda decisão alheia que leve a uma morte não desejada pelo seu titular, o direito a morrer com serenidade, o direito a recuar o prolongamento do tratamento terapêutico ou a qualquer tratamento médico, ainda que conduza à morte do titular, o direito a manifestar vontades prévias vinculantes de terceiros sobre como se deseja morrer, o direito a ter um tratamento paliativo da dor no processo de morrer e o direito de determinar o momento da própria morte. BAIGES, Victor Méndez. *Sobre morir: Eutanásias, derechos, razones*. Madrid: Trotta, 2002, p. 53-59.

³⁷ Para melhores detalhes do pensamento de Kant acerca da autonomia e heteronomia vide: BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª edição. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 95-103.

³⁸ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. In: *Os Pensadores – Kant (II)*, Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 141.

nas diversas cartas magnas do mundo ocidental foi fruto principalmente das reações contra as atrocidades cometidas pelos nazistas³⁹ durante a Segunda Guerra Mundial, tanto que a Lei Fundamental de Bonn⁴⁰ foi a primeira constituição a acolhê-lo expressamente, estando exposto na Constituição Federal de 1988 no art. 1º, III.

Decerto muitas civilizações anteriores tiveram certa consideração pela dignidade da pessoa humana, porém a utilização da expressão “dignidade da pessoa humana”, ao ter-se por base de um parâmetro efetivamente jurídico de tomada de consciência, é um fato relativamente recente⁴¹. Apesar da Lei Fundamental de Bonn ter sido a primeira a acolhê-la expressamente, este termo foi utilizado inicialmente no preâmbulo da Carta das Nações unidas em 1945.

Diversos autores já buscaram definir o princípio da dignidade da pessoa humana, porém “[...]uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida.”⁴²

Para Sarlet, este consiste na qualidade que distingue cada ser humano e lhe faz merecedor de respeito tanto do Estado quanto de seus concidadãos, implicando num conjunto de direitos e deveres que asseguram o tratamento digno aos mesmos, impedindo que sejam tratados de forma degradante e desumana. Garante assim as condições existenciais mínimas e a participação da determinação não apenas do seu destino, mas no de toda a comunidade.⁴³

Já Reale assevera que a justiça

[...] não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.⁴⁴

³⁹ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 88.

⁴⁰ “Artículo 1º. 1. La dignidade del hombre es inviolable y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección” SCHWABE, Jürgen. (Compilador). *Cincuenta Años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Aleman*. Tradução de Marcela Anzola Gil. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 413.

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica das Nações Unidas. *Revista trimestral de Direito Civil*. V. 9. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2002, p. 3.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma compreensão Jurídico-Constitucional Aberte e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 213. Em sentido semelhante, Canotilho assevera: “[...]a literatura jurídica mais recente tem evitado formular um conceito sobre princípio da dignidade da pessoa humana para não incorrer num conceito ‘fixista’ e filosoficamente sobrecarregado.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra, Almedina, 1992, p. 367.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁴⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 272.

Apresenta-se, assim, a dignidade da pessoa humana como um verdadeiro superprincípio⁴⁵, devendo as escolhas políticas do Estado terem por base esta. Com efeito, a própria unidade e legitimidade⁴⁶ do sistema e da ordem estatal se devem ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo as demais normas jurídicas pertencentes ao sistema serem interpretadas, aplicadas e concretizadas no caso concreto tendo por base este princípio.

Já o direito à vida está exposto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Na sociedade pluralista do Estado Democrático de Direito existente na maioria dos países ocidentais dificilmente pode-se chegar num conceito filosófico ou científico de quando se daria o início da vida⁴⁷ ou a partir de que momento se deve protegê-la. Segundo Habermas “[...]fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamentos, do *status* moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular.”⁴⁸

José Afonso da Silva define a vida da seguinte forma:

Vida no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. [...] É um processo que se instaura com a concepção [...], transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.⁴⁹

Muitos são os doutrinadores que defendem a sacralidade e inviolabilidade do direito à vida, admitindo-o como um direito e valor moral absoluto⁵⁰.

⁴⁵ Nesse sentido: ROCHA, op. cit., p. 38-39. Paulo Bonavides manifesta igual entendimento no prefácio do livro do prof. Ingo Wolfgang Sarlet. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-16.

⁴⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: “[...]o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Nesse sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana” SARLET, op. cit., p. 121.

⁴⁷ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-tronco Embrionárias In: SARMENTO, D. PIOVESAN, F op. cit. p. 249.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A caminhada de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44

⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196.

⁵⁰ Esse é o posicionamento de Maria Helena Diniz, para a qual “A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada tara sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc.” DINIZ, op. cit., p. 28. Contrariamente José Roque Junges afirma que “A possibilidade de a vida ser um valor moral absoluto só se daria se a vida nunca entrasse em conflito com outros bens e valores e superasse sempre em valor todo bem ou conjunto de bens que conflitassem com ela. Ora, isto não acontece. Ocorre antes o contrário.” JUNGES, op. cit., p. 117.

Vida e morte nada mais são do que um processo⁵¹. Se nasce não apenas para a vida mas também, e aliás irremediavelmente, para a morte. Cabe à tanatologia o estudo acerca dos critérios para saber se determinado ser está vivo ou morto. A morte, para muitos, não é um fenômeno pontual e instantâneo⁵², mas sim um processo que passa por diversas etapas, sendo que, atualmente, o conceito de morte encefálica⁵³, isto é de parada total e irreversível da atividade encefálica, é o que atualmente predomina no mundo, em detrimento do antigo critério de morte circulatória, que se referia à ausência de atividade no coração e, conseqüentemente, do sistema circulatório.

Nossa legislação, não obstante conter diversos dispositivos que consagram e protegem o direito à vida, não estabelece peremptoriamente o momento em que este começa ou termina⁵⁴, de modo que, uma forma de estabelecer quando começa ou cessa a proteção jurídica à vida é justamente pelo conceito que lhe é excludente, qual seja, o conceito de morte do ponto de vista jurídico, isto é da legislação nacional vigente.

No Brasil, a Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/97) e a Resolução nº 1.480 de 8 de agosto de 1997⁵⁵ do Conselho Federal de Medicina tratam dos critérios para a constatação da morte. A morte é constatada de acordo com o período de tempo no qual o indivíduo permanece em coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia, variando entre a faixa etária de cada paciente.

É vital também que a morte encefálica seja conseqüência de um processo irreversível e de causa conhecida. Tecnicamente, é mais seguro e plausível afirmar que um paciente está morto de acordo com os critérios da Resolução nº 1.480/97 do conselho. Tais critérios são simples, objetivos, universais e transparentes, não deixando margem para dúvida acerca de sua liceidade.

⁵¹ Nesse sentido: SANTOS, op. cit., p. 152

⁵² “A morte, como fenômeno definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que ele seja. É na extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação inteira.” FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan., 2001, p. 309. “Agora a única certeza é que tudo é uma incerteza na vida. Antes sói era certa a morte. Agora, como acentuei nem a morte é certa. Deixou de ser um ato (ou um desato ou desatino). Passou a ser um processo. Tal qual a vida.” ROCHA, op.cit., p. 13.

⁵³ Nesse sentido: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 44.

⁵⁴ “Ninguém duvida do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento – quer a chamemos simplesmente de “sagrada”, quer recusemos tal “sacralização” daquilo que constitui um fim em si mesmo. No entanto, a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetivante do empirismo, nem na da religião.” HABERMAS, op. cit., p. 46.

⁵⁵ “Art. 6º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização de morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado: a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas; b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas; c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas; d) acima de 2 anos – 6 horas” http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em 16 de junho de 2007.

Sá, baseando-se na legislação nacional estabelece três critérios para a constatação da morte cerebral: Em primeiro lugar verifica-se se há histórico de alguma doença estrutural grave conhecida, como câncer, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como hipoglicemia. O segundo critério é a constatação de seis horas de ausência de função cerebral, sendo que no caso de o paciente estar sob efeito de drogas, doze ou mais horas. E por fim o terceiro critério é, além da ausência de função cerebral, a ausência de função no tronco encefálico.⁵⁶

Por sua vez, Rocha⁵⁷ destaca que para que se constate a morte encefálica deve-se obedecer a dois princípios básicos, a saber: a perda da função cerebral e a irreversibilidade deste estado, citando a autora os dispositivos normativos taxativos do conceito de morte cerebral acima mencionados.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil iniciou o julgamento da ADI 3510-DF acerca da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança – Lei 11.105, de 24 de março de 2005, adentrando nas veredas da discussão sobre a proteção jurídica da vida humana embrionária. Dois membros do Tribunal já se manifestaram: o relator Ministro Carlos Ayres de Britto e a Presidente da Corte Suprema Ellen Gracie já votaram pela constitucionalidade do mencionado artigo da citada lei.

Embora a questão nuclear do julgamento não seja pertinente ao início da vida, destaca-se, a propósito, no voto do Relator Ministro Carlos Ayres Brito o seguinte trecho:

[...] as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa a metamorfose dos dois outros organismos. É o produto final desta metamorfose. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém a firma que a semente já seja planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por esta entidade que chamamos de feto.⁵⁸

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto, acompanhou o relator, concordando que o embrião não se enquadra na posição de nascituro. Destacou também as restrições da Lei nº 11.105/05 para o manejo dos embriões ditos excedentários para a questão das células-tronco. Por fim, asseverou acerca do destaque no presente caso do princípio utilitarista que garantiria um resultado de maior alcance com o menor sacrifício possível.⁵⁹

Aguarde-se, portanto, o desenrolar dos fatos e a decisão do Supremo

⁵⁶ Sá, op. cit., p. 45-46.

⁵⁷ ROCHA, op.cit., p. 135.

⁵⁸ O referido acórdão acerca da ADI 3510 ainda não publicado se encontra disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 31.03.08.

⁵⁹ O referido acórdão acerca da ADI 3510 ainda não publicado se encontra disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>. Acesso em 31.03.08.

Tribunal Federal brasileiro acerca deste caso que, conforme salientou o Ministro Carlos Ayres, é o mais importante da história daquele Tribunal. Em seu voto humanista, lúcido e poético, conclui o relator pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que permite, *para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento*, asseverando o seguinte:

68. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico **deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento?** Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida *estalando de nova* (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de alguém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito

à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.⁶⁰

3.2 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

Inicialmente, é de suma importância, antes de tudo, que seja feita a distinção existente entre direitos humanos de direitos fundamentais. Bonavides⁶¹ e Pereira⁶² entendem os direitos fundamentais em dois sentidos: um “*lato sensu*” ou do ponto de vista material, segundo o qual direitos fundamentais são aqueles que concernem aos valores máximos da vida, liberdade e dignidade humana, e outro “*stricto sensu*” ou do ponto de vista formal, segundo a qual aqueles seriam os que o direito vigente, a Constituição, reconhece como fundamentais.

Consoante o pensamento de Guerra Filho⁶³, o que diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais é justamente o fato destes estarem positivados em cartas constitucionais específicas de determinados Estados, garantindo, ao menos teoricamente, a sua efetivação, ao passo que os direitos humanos estariam num grau supra-positivo se vistos em relação aos direitos fundamentais. Já Alexy estabelece como características distintivas dos direitos fundamentais o fato de serem direitos universais, morais, fundamentais preferenciais e abstratos.⁶⁴

A dignidade da pessoa humana é o centro e fundamento básico de todo preceito constitucional relativo à direitos fundamentais,⁶⁵ é o valor-fonte fundamental

⁶⁰ O referido acórdão acerca da ADI 3510 ainda não publicado se encontra disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 31.03.08.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005, p. 561.

⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Processo como Referencial Teórico para o Estudo de Direitos Fundamentais In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito Constitucional: Leituras Complementares*. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 26. Nesse mesmo sentido estabelece Marcelo Campos Galuppo: “[...]os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.” GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPALIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-49.

⁶⁵ Nesse sentido: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 133-173.

do direito⁶⁶, é a matriz de todos os direitos fundamentais⁶⁷. Segundo Castro a dignidade da pessoa humana é um postulado por ele considerado como direito prolífero por excelência, pois deu origem a diversas famílias de novos direitos além de desempenhar o papel de eixo central do Estado Democrático de Direito.⁶⁸

Todo direito fundamental possui projetado em si parte da dignidade da pessoa humana, estando diretamente vinculado à mesma⁶⁹. Tanto os direitos negativos ou de defesa quanto os direitos positivos ou prestacionais correspondem assim, em maior ou menor escala, à concretizações da dignidade da pessoa humana.⁷⁰

Os direitos fundamentais desempenham, direta ou indiretamente, papel relevante quando nas problemáticas relacionadas ao biodireito. Nem todos os direitos fundamentais estão previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo tarefa de todo inócua buscar estabelecer um rol taxativo de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro⁷¹. Conforme o art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 “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.”

Pode-se observar que o legislador constitucional expressamente admitiu a possibilidade de outros direitos além daqueles postos na Constituição. Alguns dos direitos fundamentais que ganham relevo e estão diretamente relacionados à bioética e ao biodireito, funcionando como parâmetros a ambos, são os direitos fundamentais a liberdade de pesquisa e à liberdade de consciência.

Quanto à tentativa de compatibilização entre o direito fundamental à liberdade de pesquisa, exposto nos arts. 206, II e 207 da Constituição federal de 1988, no atual estágio das democracias ocidentais, exsurge o desafio de garantir

⁶⁶ O professor Miguel Reale se refere a dignidade da pessoa humana desta forma em: REALE, Miguel. *A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito* In: REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 59-69.

⁶⁷ Nesse sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82.

⁶⁸ CASTRO, op. cit., p. 144.

⁶⁹ Nesse sentido: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, 126.

⁷⁰ “O princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 89. Também nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98

⁷¹ “Dizer que os princípios possuem validade positiva não significa, necessariamente, afirmar que eles se encontram estabelecidos explicitamente pela legislação, pelo texto normativo. É comum virem implícitos, decorrentes do sistema, frutos do amadurecimento jurídico, resultado de uma historicidade que os afirma e consolida” MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo* (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

aos pesquisadores ampla liberdade para desenvolver suas investigações, sem que tenham que serem barrados em tabus impostos por segmentos conservadores radicais, e ao mesmo tempo, de respeitar, minimamente, as crenças e valores predominantes na sociedade.

A liberdade de pesquisa está atualmente sendo discutida no STF brasileiro na ADI 3510 supracitada. Frise-se que em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à liberdade de pesquisa deve ser moderado, não podendo chegar ao extremo de coisificar a pessoa humana⁷². Assim, não é um direito fundamental absoluto⁷³. Conforme nos ensina Habermas:

No entanto, muitos de nós parecemos seguir a intuição de que não gostaríamos de compensar a vida humana, mesmo no seu estágio mais precoce, com a liberdade (e a capacidade de concorrência) da pesquisa,[...] ⁷⁴

Outro direito fundamental que funciona como parâmetro à bioética e ao biodireito é o direito fundamental à liberdade de consciência, exposto no art. 5º, VI da Constituição Federal de 1988. Na atual sociedade pluralista convivem pessoas de diferentes credos, ideologias, de diferentes concepções morais e filosóficas.

O direito fundamental à liberdade de consciência consiste justamente na possibilidade do indivíduo poder exercer e viver de acordo com suas próprias concepções, sem que seja hostilizado nem por terceiros nem pelo Estado. Por isso a liberdade de consciência passa diretamente pela laicidade do estado⁷⁵(art. 19, I da Constituição federal de 1988).

Consoante a lição de Dworkin:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última,

⁷² “O interesse científico não pode desconhecer, menosprezar ou violar direitos fundamentais do ser humano, ainda que a finalidade da investigação seja a mais legítima em termos de possibilidade de aproveitamento e melhoria para as pessoas. Limita-se, portanto, o direito de experimentar livremente para proteger o cabedal de direitos daquele que se propõe a ser sujeito da experiência e para proteger a dignidade humana em sua expressão social mais ampla.” ROCHA, op. cit., p. 94-95.

⁷³ Segundo a doutrina mais acertada inexistem direitos absolutos. Mesmo o princípio da dignidade da pessoa pode chegar a colidir com outros, não podendo de imediato ser tido como absoluto. Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 108-109.

⁷⁴ HABERMAS, op cit., p. 94.

⁷⁵ Nesse sentido é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca das questões da transfusão de sangue das testemunhas de Jeová, na qual a liberdade de consciência entra em conflito com o direito à vida (Sentença 32, 98) bem como o caso do uso de crucifixos em estabelecimentos escolares estatais (Sentença 93, 1 I). Para tanto vida: SCHWABE, op. cit., p. 109-112 e 118-125.

uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora.⁷⁶

Estes dois são apenas alguns exemplos de direitos fundamentais que estão diretamente ligados às questões bioéticas. Como muitos outros entram em conflito nos novos casos difíceis que surgem na velocidade assombrosa dos avanços biotécnicos. Em seguida, tratar-se-á justamente da colisão entre estes direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida e de como a doutrina modernamente busca solucionar estas questões.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS QUESTÕES BIOÉTICAS

4.1 Os Avanços Biotécnicos e a Colisão de Direitos Fundamentais

Consoante a lição de Bonavides, a atual normatividade constitucional é feita de princípios que compõem a abóboda do novo edifício constitucional erguido na idade do pós-positivismo. Considera a importância dos princípios tão considerável e fundamental em nossos dias que os constitucionalistas abraçados com sua normatividade, chegam a formar uma nova escola: a escola principiológica⁷⁷.

Dentre eles, destaca-se Luís Roberto Barroso, para quem, sendo os princípios tão importantes modernamente, vivencia-se um período de alvorecer e consolidação de um novo paradigma jurídico. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo fizeram surgir um novo modelo no qual os valores se materializaram no direito por meio dos princípios dotados de normatividade, o chamado pós-positivismo.⁷⁸

As relações e diferenças entre regras e princípios passaram cada vez mais a fazer parte da teoria e prática jurídicas⁷⁹. A hermenêutica constitucional passou a ser chamada de nova hermenêutica, em vista de inovações nesta empreendida pelos direitos fundamentais. Passou a se falar em eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, tanto horizontal como vertical, em força normativa da constituição, na reaproximação entre direito e ética.

Os valores anteriormente desprezados pelo modelo juspositivista normativo ganham nova força nesta realidade que se mostra, sendo positivados na forma de princípios constitucionais. Com efeito, destaca Bonavides:

O Direito Constitucional, ao criar, assim, a Nova Hermenêutica,

⁷⁶ DWORKIN, op. cit., p. 342-343.

⁷⁷ Paulo Bonavides destaca este posicionamento no prefácio do Livro de Germana de Oliveira Moraes. Vide: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 07-10.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

⁷⁹ "A fase atual do constitucionalismo, denominada pós-positivista, é marcada justamente pela normatividade e posituação dos princípios gerais de direito." MORAES, p. 26.

que lhe é específica, acolheu no plano científico do Direito as considerações axiológicas, mas referidas unicamente àqueles valores vazados no direito positivo[...] Com isso, o Direito Constitucional, se não arruinou, pelo menos fez arcaico o formalismo metodológico da Teoria Pura do Direito.⁸⁰

Segundo a teoria estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy as normas jurídicas são de dois tipos básicos: normas-regra e normas-princípios. Estas, enquanto mandados de otimização, ordenam que algo deve ser realizado na maior e melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁸¹ Os princípios possuem assim uma dimensão axiológica de peso relativa, variando de acordo com o caso concreto⁸², sendo a ponderação “[...]a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios”⁸³.

Já as normas-regra são mandados de determinação, só podendo ser cumpridas ou, caso contrário, serem consideradas inválidas e extirpadas do ordenamento. Destarte, seu modelo próprio de aplicação é a subsunção, sendo sua aplicação uma questão de tudo ou nada. Assim, fala-se em colisão de princípios no âmbito do valor e de conflito de regras no âmbito de validade.⁸⁴

Conforme visto anteriormente, nas novas questões de bioética e biodireito surgem novos e instigantes dilemas envolvendo a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e os direitos fundamentais, afetando a vida da sociedade por inteiro. Com efeito, aborto, eutanásia, o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, engenharia genética, clonagem, são apenas alguns dos casos difíceis que surgem com as novas descobertas de biotecnologia.

Casos como estes, cada vez mais, são postos sob os auspícios do poder judiciário, exigindo deste, em regra de seu órgão máximo, as Cortes Constitucionais, que se posicione e apresente soluções viáveis que possam ser aceitas pela sociedade, tendo por base os valores constitucionais expostos nos direitos fundamentais. Apesar de a jurisdição constitucional, consoante assevera Marques de Lima, e os direitos fundamentais estarem intimamente conectados para a realização concreta das garantias constitucionais⁸⁵, é importante reconhecer que no mínimo é delicada a posição dos magistrados que decidem sobre o destino de gerações futuras acerca de aspectos que, conforme visto neste ensaio, sequer os grandes filósofos da humanidade decidiram.

Com efeito, a colisão de direitos fundamentais⁸⁶ envolvendo especificamente

⁸⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 582-583.

⁸¹ ALEXY, op. cit., p. 86-87.

⁸² Nesse sentido: STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.125-126.

⁸³ STEIMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, op. cit., p. 210

⁸⁴ ALEXY, op. cit., p. 87-90.

⁸⁵ MARQUÊS DE LIMA, op cit., p. 25.

⁸⁶ Frise-se que não há aqui qualquer falta de coerência quando, de súbito, menciona-se o termo “colisão direitos fundamentais” quando até então mencionava-se “colisão de princípios”,

o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida é uma constante nestes novos problemas suscitados pelo avanço biotecnológico, de modo que se faz necessário que um mínimo de critério metodológico seja elaborado para o judiciário resolver estes conflitos. É aí que se encaixa o princípio da proporcionalidade.

4.2 O Princípio da Proporcionalidade e a Colisão de Direitos Fundamentais nas Questões de Bioética e Biodireito

Inicialmente, é importante destacar que a expressão “princípio” da proporcionalidade não é uniformemente aceita pela doutrina brasileira. De fato, apesar de parte considerável aceitá-la, outro ramo doutrinário prefere denominação diversa à proporcionalidade, qual seja de “máxima”⁸⁷ ou “regra” da proporcionalidade.

Quanto ao fundamento sob o qual repousa o princípio da proporcionalidade, segundo destaca Braga, a doutrina nacional aponta o Estado de Direito, o devido processo legal, o princípio da legalidade, os direitos fundamentais como um todo, e princípio da unidade da Constituição ou a própria estrutura das normas de direito fundamental.⁸⁸

Independente da denominação ou do seu fundamento de validade, importa ressaltar que a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade estão intrinsecamente ligados. Assevera Steinmetz que: “Há uma co-implicação entre princípios e máxima da proporcionalidade[...]”⁸⁹.

Ora, conforme acima, os princípios, enquanto mandados de otimização, são normas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que a colisão destes não é solucionada suprimindo um em face de outro, mas tendo em vista o peso ou importância relativa no caso concreto⁹⁰.

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios, quais sejam o da adequação (*Grundsatz der Geeigntheit*), necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)⁹¹. Os dois primeiros indicam justamente

porque, na lição de Steinmetz “[...]a colisão de direitos fundamentais (seja em sentido amplo, seja em sentido estrito), dado o caráter principal dos direitos fundamentais, é uma colisão de princípios[...]” STEINMETZ, op. cit., p. 211.

⁸⁷ Robert Alexy assim se refere à proporcionalidade. Vide: ALEXY, op. cit., p. 111

⁸⁸ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 79-80.

⁸⁹ STEINMETZ, op. cit., p. 210.

⁹⁰ Nesse sentido: FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: safe, 2000, p. 120.

⁹¹ Não serão investigados cada um desses subprincípios ou máximas parciais da proporcionalidade neste ensaio, pois seria de todo infrutífera e mesmo impossível em vista do espaço diminuto uma discussão pormenorizada do mesmo.

as possibilidades ou limites fáticos de realização de um princípio constitucional, ao passo que o último trata das possibilidades jurídicas.⁹²

Uma vez que delimitam estas possibilidades fático-jurídicas de realização otimizada dos princípios, e, por conseguinte, dos direitos fundamentais nestes positivados, a proporcionalidade é o meio adequado para tratar da colisão de direitos fundamentais, especialmente no caso dos novos conflitos surgidos em face dos avanços biotecnológicos, pois garante a racionalidade do sistema atuando como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade e para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Apesar de não estar expressa em nosso ordenamento, o princípio da proporcionalidade está posto como norma esparsa e implícita no texto constitucional.⁹³ Apresenta-se portanto como pleno em nosso ordenamento, de modo que pode (e deve) ser utilizado quando na colisão de direitos fundamentais.

Conforme leciona Bonavides:

[...]o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe qualquer ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.⁹⁴

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje surgem, numa velocidade assustadora, novos problemas para os operadores do direito em vista dos avanços biotecnológicos. Todavia, nem a ética nem o direito buscam barrar os avanços da biotecnologia e da ciência em geral. Intentam, antes de tudo harmonizá-los com os valores do ser humano e da comunidade, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça orientam os pesquisadores e profissionais da saúde, porém não serão *per se* suficientes para resguardar o valor da pessoa humana, se não receberem as luzes do princípio da dignidade e dos valores fundamentais.. Faz-se necessário que o atuar destes profissionais, além de ser orientado pelos princípios da bioética, seja iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor fonte de onde se originam os demais direitos fundamentais.

⁹² Nesse sentido: ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

⁹³ BONAVIDES, op. cit., p. 434. Germana de Oliveira Moraes leciona que são raras as nações onde o princípio da proporcionalidade é expressamente positivado em seu ordenamento, sendo a jurisprudência sua fonte primordial. MORAES, op. cit., p. 83. m seu ordenamento, sendo a jurisprudência usando como parâmetro quando na colisão, morais, fundamentais preferenciais e abstrato.

⁹⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 436.

Novos conflitos de direitos fundamentais oriundos das questões de bioética emergem nos dias atuais, de modo que o judiciário não raro é chamado a decidir tais questões. Para tanto, imprescindível é o princípio ou máxima da proporcionalidade⁹⁵, consagrado modernamente pela moderna teoria constitucionalista ocidental como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade e para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Urge, portanto, que o direito volte seus olhos sob tais questões, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como prisma para encará-las e propor soluções, a fim de evitar decisões que destruam aquilo pelo que o direito mais deve prezar, ou seja, a realização dos direitos fundamentais, porque assim, inexoravelmente, e somente assim, respeitar-se-á a dignidade do ser humano e far-se-á Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica das Nações Unidas. *Revista trimestral de Direito Civil*. V. 9. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2002.
- BAIGES, Victor Méndez. *Sobre morir: Eutanásias, derechos, razones*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-tronco Embrionárias. SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁹⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito brasileiro vide: MORAES, op. cit., p. 134-147.

- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª edição. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra, Almedina, 1992.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.
- CECCHETTO, Sergio. *Currar o cuidar: Bioética em el confín de la vida humana*. Buenos Aires: AdHoc, 1999.
- DINIZ, Maria Helena . *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: safE, 2000.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GARRAFA, Volnei. Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Processo como Referencial Teórico para o Estudo de Direitos Fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Di-reito Constitucional: Leituras Complementares*. Salvador: Jus PODIVM, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. In: *Os Pensadores – Kant (II)*, Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo* (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Germana de Oliveira. A importância da reorientação da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna. (Pesquisar também se aprende pesquisando...). *Revista NOMOS*. V. 26. Fortaleza, jan/jul, 2007.1
- _____. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.
- REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antigüidade e idade Média*. V. 1. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- REALE, Miguel. "A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito" In: REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. "Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)" In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O equilíbrio do pêndulo, A bioética e a lei: implicações médico legais*. São Paulo: Ícone, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma compreensão Jurídico-Constitucional Aberte e Compatível com os Desafios da Biotecnologia*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. (Compilador). *Cincuenta Años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Aleman*. Tradução de Marcela Anzola Gil. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VEJA. *Quando começa a vida*. São Paulo: Abril, p. 55. Edição 2005, ano 40, nº 16 de 25 de abril de 2007.



STF, LEGITIMIDADE E CORTE CONSTITUCIONAL

*Germana Parente Neiva Belchior**

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, ao situar-se no ápice do Poder Judiciário, tem a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação aos demais poderes. Os Tribunais Constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos. O presente artigo busca analisar o papel político-institucional do STF, verificar se ele é uma autêntica Corte Constitucional, e, ainda, esclarecer sobre a importância das suas decisões para a efetivação (ou não) de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal. Legitimidade. Corte Constitucional.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court of Brazil (STF), being the highest court in the structure of the Judiciary, has jurisdiction over matters involving the Constitution, thus acquiring a certain primacy as regards Executive and Legislative branches. Constitutional courts are considered essential to democratic constitutionalism, as their role is to care about the rules and limits established by the Constitution in democratic regimes. Taking this into account, this paper intends to verify whether the Federal Supreme Court of Brazil is to be deemed as a Constitutional Court and assess the political and institutional role of the Federal Supreme Court and to clearly check the relevance of their powers and the consequences of their decisions to a democratic state living under the rule of Law.

Key-words

Federal Supreme Court of Brazil . Legitimacy. Constitutional Court.

1 INTRODUÇÃO

A importância do Judiciário, de acordo com o professor Paulo Bonavides², está em toda parte por indeclinável à sustentação de um sistema democrático, republicano e federativo, em normal correspondência com o Estado de Direito, do qual é uma das mais sólidas colunas de legitimidade.

* Professora de Ciência Política a Teoria Geral do Estado da graduação em Direito da Faculdade Christus – Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus – Fortaleza. Advogada,

² BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

O Supremo Tribunal Federal – STF pertence à cúpula da estrutura do Poder Judiciário brasileiro e tem a atribuição específica de interpretar a lei constitucional, colocando-se em posição de proeminência em relação a todos os demais poderes. Nesse sentido, suas decisões repercutem profundamente na economia, na política e na sociedade em geral.

Os Tribunais Constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos.

Insta verificar se o STF, guardião da Constituição, é uma genuína Corte Constitucional, nos moldes dos Tribunais europeus, tendo competência precípua da jurisdição constitucional. Caso a resposta seja negativa, resta-nos, saber, portanto, ante a atual conjuntura do país, se é viável a criação de uma Corte Constitucional brasileira.

É necessário, ainda, analisar a legitimidade do STF à luz do papel institucional e político que exerce. O fato de sua composição e competência estar previstas na Constituição de 1988, não significa que referida Corte seja legítima, pois legalidade e legitimidade não se confundem.

O tema, portanto, revela-se fundamental para analisar o papel político-institucional do STF e esclarecer sobre suas funções e conseqüências de suas decisões para a efetivação (ou não) de um Estado Democrático de Direito.

2 O STF E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 Composição e forma de ingresso

O STF ocupa o ápice da estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Segundo o art. 101³ da Constituição Federal, a Corte é composta de 11 (onze) ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Tem sede em Brasília – DF, e os ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Extrai-se da leitura do referido dispositivo que não é requisito que o cidadão venha da Magistratura, Ministério Público ou outra carreira jurídica, bastando tão-somente o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada”.

Mister ressaltar que na Constituinte de 1988 foram discutidas várias

³ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

propostas para alteração no processo de nomeação de Ministros, conforme alerta Gilmar Ferreira Mendes⁴, mas acabou preservando-se o modelo já consagrado na história constitucional republicana.

2.2 Competência originária e derivada

A *competência originária* está disciplinada no art. 102, inciso I, alíneas 'a' até 'q', da Carta Magna, sendo, sem dúvida, a inscrita na alínea 'a' a mais importante, ao prever que cabe ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Consoante Carlos Mário Velloso, esta é a competência maior do STF, pois "apenas essa competência poria o Supremo Tribunal em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional alemão".⁵

É por meio da ação direta de inconstitucionalidade que o Supremo realiza o controle concentrado, guarda a Constituição, desenvolvendo-se num processo sem partes, com vistas à proteção da ordem jurídica, no qual não há litígio que diga respeito a direitos individuais.

O art. 102, inciso II, da Constituição, define a *competência recursal ordinária* do STF. Dispõe a alínea 'a' do citado dispositivo que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário: *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão. Cabe, ainda, de acordo com o art. 102, inciso II, alínea 'b', recurso ordinário ao STF de decisões que tenham por objeto crimes políticos.

A matéria, em princípio, nada tem de constitucional. O recurso da decisão, proferida pela justiça federal de primeiro grau, sobe imediatamente ao STF. Segundo Velloso, isto não tem sentido. O crime político deve ser julgado pelo juiz federal e o recurso deveria ser para o Tribunal Regional Federal, com recurso especial para o STJ, e recurso extraordinário, se ocorrente o pressuposto constitucional, vale dizer, o contencioso constitucional.⁶

Em *recurso extraordinário*, o Supremo Tribunal exerce o controle difuso de constitucionalidade. Nos termos do art. 102, inciso III, compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁷.

A combinação desses dois sistemas confere ao STF, de acordo com Gilmar

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

⁵ VELLOSO, Carlos Mario. O supremo tribunal federal, Corte Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, abr./jun., 1993, p. 5.

⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁷ A alínea 'd', do art. 102, inciso III, que trata da competência do STF em recurso extraordinário para julgar válida lei local contestada em face de lei federal foi introduzida pela Emenda Constitucional 45/04. Antes a competência era do STJ em sede de recurso especial.

Ferreira Mendes⁸, uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos vários processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.

Assim, o STF ficou encarregado de várias questões que se afastam da sua função precípua de guardião da Constituição, como disposto no *caput* do art. 102, da Lei Maior, o que acaba prejudicando o desempenho da jurisdição constitucional.^{9 10}

2.3 STF e função política

Além da função jurisdicional, que está expressamente prevista na Carta de 1988, o STF, de acordo com o professor Francisco Gérson Marques de Lima, também exerce função política por:

a) ocupar o ápice da pirâmide judiciária, umas das três funções básicas do princípio da separação dos poderes; b) as decisões do Judiciário são manifestações de índole política do Estado no desempenho da jurisdição; c) submetem-se a sua análise questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, ao controle de constitucionalista de leis e atos normativos, etc.¹¹

Acerca da função exercida pelo Judiciário, em especial o STF, afirma o professor José de Albuquerque Rocha que

em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário.¹²

⁸ MENDES, G. op.cit. p. 20.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 129.

¹⁰ Oscar Vilhena destaca que a expansão da litigiosidade constitucional representa um paradoxo, trazendo também aspectos positivos. Tal fato demonstra que as pessoas têm se defendido, seja pelo controle difuso ou concentrado, ampliando a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão resolutor de conflitos de caráter constitucional. Outra questão refere-se à própria idéia de consolidação de Estado de Direito e do sistema de separação dos Poderes, já que os conflitos inerentes ao sistema político aberto estão, bem ou mal, sendo resolvidos com base na Constituição e por um órgão não só estabelecido com esse propósito, como estruturado e circundado de garantias para que possa ser suficientemente imparcial. VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 226-227.

¹¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira*. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001, p. 29-30.

¹² ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70.

Uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente políticas.¹³

Outro ponto importante acerca da função política, que é ressaltado por Gilmar Mendes¹⁴, é o fato de o STF ter iniciativa exclusiva do Projeto de Lei sobre o Estatuto da Magistratura, que deve fixar as linhas básicas da Organização da Judicatura Nacional.

Apresentando-se as decisões judiciais um conteúdo político, uma vez que o juiz é um partícipe do processo de criação do direito e não um mero aplicador de suas normas, assim como ocorre com os outros Poderes, é necessário que haja um controle do Judiciário dos seus atos lesivos aos direitos fundamentais, o que, em última análise, significa pensar na criação de um controle da constitucionalidade dos atos judiciais.^{15 16}

3 ALGUNS ASPECTOS SOBRE LEGITIMIDADE

3.1 Conceito de legitimidade

É importante fazer um breve estudo sobre a legitimidade, para então adentrar na questão específica da legitimidade do STF. Tratar de legitimidade é compreender a justificação do poder, do direito de comandar. Aí surge aquela questão, se todos são iguais, por que um manda e o outro obedece? É exatamente a legitimidade quem responde a essa questão.

Francisco Gérson Marques de Lima faz uma evolução da legitimidade em sua obra sobre “O STF na crise institucional brasileira”, mencionando que, em um primeiro momento, a legitimidade se fundava na idéia de um poder teocrático, na origem divina.¹⁷

A ruptura definitiva veio com o Iluminismo, amadurecendo por meio de Rousseau, que influenciou a Revolução Francesa, no sentido de que a autoridade política só se justifica e se fundamenta na razão.

3.2 Legitimidade e legalidade

Max Weber aproximou a legitimidade da legalidade, sob alegativa de ser esta o fundamento do exercício do poder. Já Kelsen tratou da legitimidade sob o âmbito de uma normatividade jurídica derivada da Constituição.¹⁸

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 17.

¹⁴ MENDES, G. op. cit. p. 23.

¹⁵ ROCHA, J. op. cit. p. 78-79.

¹⁶ O professor Rochinha explica que, como o Judiciário é o controlador terminal da constitucionalidade dos atos de natureza legislativa, a criação de um controle sobre a constitucionalidade de seus próprios atos significar retirar-lhe esta função, ou seja, a função que tem atualmente de guardião da Constituição. ROCHA, J. op. cit., p. 79.

¹⁷ LIMA, F. op. cit. p. 41.

¹⁸ *Ibidem*, p. 41.

A vinculação da legitimidade a mera legalidade significa anular política e socialmente a primeira, pois qualquer regime poderá se valer da legalidade para justificar o poder, não importando conteúdo, já é que devidamente legal.¹⁹

Legalidade, portanto, não se confunde com legitimidade. Segundo Gérson Marques, “o conceito de legalidade é mais jurídico (técnico-jurídico), enquanto o de legitimidade é mais político (político-jurídico ou ideológico)”.²⁰

Vale ressaltar que a falta de legitimidade de uma lei, não significa que ela seja ilegal. No Estado Democrático de Direito, entretanto, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, uma dando base de sustentação para a outra, pois a primeira deve ser levada em consideração na concretização dos fins do Estado.

Não é qualquer norma oriunda do Poder Legislativo que é legítima. É preciso que ela obedeça à validade formal, ocupando a Constituição o ápice hierárquico, assim como estar em conformidade com os valores sociais e democráticos, pois, “os parlamentares não recebem mandato para legislar contra a própria sociedade nem para lhe castrar participação, porquanto isto representaria um contra-senso”.²¹

3.3 A Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito

Sendo o Estado Democrático de Direito, nossa fórmula política²², segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Willis Guerra Filho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de conferir-lhe o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política.²³

De acordo com Oscar Vilhena Vieira, cabe à democracia, de forma prioritária, “discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática”.²⁴

A democracia, para Paulo Bonavides²⁵, é direito fundamental de quarta geração, oriunda do ordenamento republicano, em especial o *caput* do art. 1º, onde o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado de Direito. Bonavides sustenta que, diante dessa previsão originária, a democracia é o mais valioso dos direitos fundamentais. Sem ela, a convivência, a informação, o consenso, o pluralismo não alcançariam, em relação ao bem comum, o sentido perfectivo nem o grau de importância que ora assumem.²⁶

¹⁹ Ibidem, p. 42.

²⁰ Ibidem, p. 43.

²¹ Ibidem, p. 45.

²² Willis Guerra Filho explica que, para Pablo Lucas Verdú, fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 20.

²³ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 20.

²⁴ VIEIRA, O. op. cit. p. 25.

²⁵ BONAVIDES, P. op. cit. p. 65.

²⁶ Idem, p. 65-66.

Joaquim Canotilho destaca que o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador e os outros órgãos encarregados da concretização político constitucional “adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social”.²⁷

Diante dessas considerações, não restam dúvidas de que legalidade e legitimidade são conceitos diversos, embora interligados no Estado Democrático de Direito.

Apesar da ausência de norma expressa que consagre a República Federativa do Brasil como um Estado social e democrático de direito²⁸, nosso regime constitucional compromete-se, de forma implícita, a respeitar o princípio do Estado social.

4 ANÁLISE DO TESTE DE (I)LEGITIMIDADE DO STF ²⁹

Após tecer algumas considerações acerca da legitimidade, insta verificar se o STF, guardião da Constituição, é legítimo. Como visto, o fato de sua composição e competência estar previstas na Constituição de 1988 (além de legal, o Supremo é constitucional), não significa que referida Corte seja legítima. Nunca é demais ressaltar que legalidade e legitimidade não se confundem.

Insta salientar que a legitimidade não é fenômeno estático, que se contenta com a manifestação em uma única vez. Trata-se de um processo contínuo e dinâmico, renovando-se a todo instante. Em relação ao STF, a legitimidade manifesta-se em três instâncias: ingresso, exercício e controle, como será analisado a seguir.

4.1 (I)legitimidade de ingresso³⁰

Os membros do STF são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Isto viola o princípio democrático, na medida em que nos demais poderes a escolha é feita diretamente pelo povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

Gérson Marques explica que, para André Ramos Tavares ³¹, há

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

²⁸ Na Constituição Portuguesa, a previsão do Estado democrático de direito é expressa. Canotilho destaca que o art. 2º da Lei Maior de Portugal aponta como objetivo do Estado de direito democrático a realização da democracia econômica, social e cultural. CANOTILHO, J.J.. op. cit. p. 465.

²⁹ A expressão “teste de (i)legitimidade” é utilizada, de forma bastante didática, pelo professor Gérson Marques para analisar as três instâncias de legitimidade do STF, quais sejam: ingresso, exercício e controle. Referido teste será adotado no presente trabalho. LIMA, F. op. cit. p. 49-50.

³⁰ Não se confunde com legitimidade inaugural. Esta decorre do regime democrático, onde todos os poderes se renovam, arrastando consigo a cúpula estruturante. O Poder Judiciário brasileiro, no entanto, não se submete a este teste de legitimidade.

³¹ Citado por LIMA, F. op. cit. p. 47.

legitimidade dos membros dos Tribunais Constitucionais, ao serem nomeados pelo Presidente da República, tornando-se vitalícios. Para o autor, isto se fundamenta na democracia indireta e no fato de que a vitaliciedade afasta a política partidária.

O professor Gérson Marques³² adota entendimento contrário, defendendo a ilegitimidade de ingresso dos membros do STF porque as idéias básicas da democracia repousam no governo da maioria, periodicidade dos governantes e participação popular.

Outrossim, ao STF cabe analisar a constitucionalidade de atos normativos que são realizados por representantes do povo, detentores de mandato popular (eleição direta). Se o acesso ao Judiciário se dá, em regra, por concurso público, é um paradoxo o fato de os julgadores da cúpula do Judiciário, órgão guardião da Constituição, serem escolhidos por critérios meramente políticos.

Um ponto interessante invocado pelo professor Gérson Marques³³ é que os transitórios (Presidente da República e Senadores) nomeiam os permanentes e vitalícios (Ministros da Corte). É interessante ressaltar que esta prerrogativa do Presidente da República acaba enfraquecendo a autoridade do STF para atuar na qualidade de censor dos atos do Executivo, sendo inconveniente para a intangibilidade dos direitos fundamentais.

A justificativa dada pelos ordenamentos jurídicos europeus para essa escolha política dos juízes das cortes constitucionais é a necessidade de garantia da legitimidade de seus membros, já que estes juízes não são eleitos pelo voto popular.³⁴

O Judiciário, em especial o STF, ante sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciada na Constituição e, por conseqüência, censor do Legislativo. Consoante o professor Rocha, “é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade”.³⁵

Impende salientar, nesse aspecto, que a composição política de um tribunal superior é terreno perigoso, e, por isso, demanda extrema cautela por parte da sociedade. A esse respeito, Corrêa³⁶ assinala que esse tipo de escolha dos membros dos tribunais superiores envolve articulação, interesse, pressão e o provável comprometimento do escolhido na esfera decisória.

Não é tarefa simples para os escolhidos sobreviver aos crivos e critérios da camada política e administrativa, já que não há unguido sem patrocínio.

³² LIMA, F. op. cit. p. 48.

³³ *Ibidem*, p. 51.

³⁴ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 28.

³⁵ ROCHA, J. op. cit. p. 80.

³⁶ CORRÊA, J. Rossini. *Crítica da razão legal*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 19.

Logo, os patronos têm seus vínculos com o mundo material, e os escolhidos, “em débito eterno”,³⁷ são tendenciosos a defender os interesses econômicos e políticos daqueles que os patrocinaram.

A origem não democrática do órgão guardião da Constituição tende a transformar-se em uma instituição distante do povo e próxima das elites.

4.2 (l) legitimidade de exercício

Refere-se à forma como o STF vem analisando as questões, mostrando o seu distanciamento das aspirações populares, o que o professor Gérson Marques chama de “miopia jurídico-social”.³⁸

Paulo Bonavides, ao tratar da crise constituinte, explica que o Judiciário também é atingido pela crise constituinte, que pode ser visualizada pelo ângulo da inviabilidade funcional da sua mais alta corte de justiça, que o Supremo Tribunal Federal – STF. Para o professor cearense, justiça morosa, deficiente e de má qualidade, com descumprimento de decisões judiciais pelo Executivo, agrava a insatisfação social, a impunidade e a denegação de justiça.³⁹

É necessário, para Bonavides, “radicar na consciência do magistrado, como o primeiro de seus deveres diante da crise institucional, o dever de preservar a Constituição, de arrostar a insolência, a arrogância, o escândalo de poder e a insensibilidade do Executivo.”⁴⁰

Na mesma linha, Willis Guerra Filho⁴¹ defende que a jurisdição constitucional vem sendo insatisfatoriamente exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Um Tribunal como o Supremo deveria decidir em maior conformidade com uma ética de *princípios* do que com uma ética de resultados, *consequencialista*. É a partir da sua interpretação da Constituição que deve o Tribunal derivar suas decisões. Não cabe a ele explorar eventuais consequências, em bases utilitárias, de uma ou outra decisão, para assumi-la como correta. Essa função foi entregue pela Lei Maior aos demais Poderes, que são responsáveis politicamente. A eles é dado o poder de escolher meios mais adequados para a satisfação do interesse público.⁴²

Oscar Vilhena, ao analisar várias decisões do STF, constata uma “certa ambigüidade na atuação da instituição do Supremo Tribunal Federal, na medida em que adota critérios distintos para a tomada de decisões”.⁴³

Neste sentido, caso o Supremo se afaste da vontade da Constituição,

³⁷ Ibidem, p. 19.

³⁸ LIMA, F. op. cit. p. 65.

³⁹ BONAVIDES, P. op. cit. p. 43.

⁴⁰ Ibidem, p. 119.

⁴¹ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 17.

⁴² VIEIRA, Oscar V. op. cit. p. 230.

⁴³ Ibidem, p. 231.

substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo de forma ilegítima, já que não foram escolhidos para exercer esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições.⁴⁴

4.3 (l) legitimidade de controle pela sociedade

A legislação não disponibiliza à população instrumentos hábeis para controlar as decisões e atos do STF. Os remédios processuais acabam sendo inúteis, pois serão julgados no Judiciário, perante órgãos subordinados à Corte, quando não no próprio Supremo.

Adverte-nos o professor José de Albuquerque Rocha⁴⁵ que a ausência de controle externo ou político dos atos judiciais, segundo a doutrina clássica, reside no fato de considerar sua função de interpretar e aplicar o direito como uma atividade de natureza meramente técnica.

Se o princípio democrático traduz-se que o poder emana do povo, deveria a sociedade ter meios de controlar e fiscalizar a Corte Máxima, que é competente para salvaguardar a Constituição.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL⁴⁶

5.1 Considerações gerais

Para garantir uma efetiva regularidade das leis com a Constituição, no entendimento kelseniano, é preciso que a anulação do ato irregular seja pronunciada por um órgão completamente diferente e independente daquele que o produziu, ou seja, uma Jurisdição ou Tribunal Constitucional. A independência desse Tribunal Constitucional em relação ao Parlamento e ao governo é um postulado evidente, pois estes dois últimos é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional.^{47 48}

⁴⁴ Ibidem, p. 233.

⁴⁵ ROCHA, J. op. cit. p. 71.

⁴⁶ Acerca da evolução histórica, Walber Agra explica que, na segunda metade do século XIX, os tribunais constitucionais surgem com a finalidade de impedir que maiorias políticas, formadas por um deficiente sistema de representação popular, possam tolher direitos fundamentais das minorias ou até mesmo abolir o Estado Democrático Social de Direito, em nome do princípio majoritário. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fortes, 2003, p. 147 e 150.

⁴⁸ A questão acerca de quem deve ser o guardião da Constituição colocou em lados opostos Hans Kelsen e Carl Schmitt. Este publicou, em 1931, *Der Hüter der Verfassung – Beiträge zum öffentlichen Recht der gegenwart*, sustentando que a defesa da Constituição deveria ser atribuída ao Presidente do Reich. A teoria do Schmitt contrapôs-se à de Kelsen, voltando-se contra a instituição de uma jurisdição constitucional, que confere a guarda da Constituição a um Tribunal independente. MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 18, p. 1-9, mar. 2001, p. 2.

Tribunal Constitucional, afirma Walber de Moura Agra, é “o órgão incumbido, nos sistemas constitucionais de jurisdição concentrada, de realizar a jurisdição constitucional, sem que se possa, de sólito, exercê-la nas instâncias da jurisdição ordinária”.⁴⁹

Já para Louis Favorey⁵⁰, Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente do contencioso constitucional, situando-se fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos Poderes do Estado.

O professor José de Albuquerque Rocha, analisando os tribunais constitucionais europeus, onde nasceram e se tornaram modelos para o restante do mundo, traça pontos que lhes são comuns, tais como:

a) *estatuto constitucional*, que é a previsão do Tribunal na Constituição; b) *designação dos juízes por critérios político-democráticos*, onde a escolha dos membros é feita por eleição de representantes do Poder Executivo e Judiciário, Ministério Público, bem como da sociedade civil; c) *duração de mandato*, pois os membros de um autêntico Tribunal Constitucional possuem mandato por tempo determinado e improrrogável; d) *incompatibilidade*, que é a garantia de independência dos seus membros para não exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política; e) *competência*, embora seja variável nos tribunais constitucionais, o fundamental é garantir a primazia da Constituição.⁵¹

Ainda no intuito de traçar características comuns entre as cortes constitucionais, Favoreu explica que o referido estudo é importante para identificá-las no que ele denomina de “retrato modelo”.⁵² Dentre as enumeradas pelo referido autor, podemos destacar: a existência de um ordenamento constitucional; um monopólio do contencioso constitucional; a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas; uma verdadeira jurisdição; e, por fim, uma jurisdição fora do aparelho estatal.⁵³

Uma autêntica Corte Constitucional, seguindo o modelo europeu, é um poder com atribuições também políticas, sendo um órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder judiciário ordinário, ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição. Outrossim, é formado democraticamente com juristas de reconhecida excelência teórica, que cumprem um mandato. Para Willis Guerra Filho, “esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito”.⁵⁴

⁴⁹ AGRA, W. op. cit. p. 55.

⁵⁰ FAVOREU, L. op. cit. p. 17.

⁵¹ ROCHA, J. op. cit. p. 82-83.

⁵² Ibidem, p. 27.

⁵³ Ibidem, p. 27-28.

⁵⁴ GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 18.

Os tribunais constitucionais, com a peculiaridade de seu sistema de controle de constitucionalidade concentrado, não pertencem ao Poder Judiciário, nem muito menos ao Executivo. É um órgão que foge da conceituação típica dos três poderes.

A independência é uma característica relevante dos tribunais constitucionais, manifestando-se na separação dos demais poderes estabelecidos, até mesmo órgãos do Judiciário, o que lhes garante liberdade de exercício, sem se ater a qualquer tipo de pressão ou de subordinação. Nesse sentido, explica Agra que “uma das formas de impedir a formação de uma casta que se torne alheia aos problemas sociais é democratizar a escolha de seus membros, de forma que os poderes estabelecidos possam dela participar, o que legitima sua composição”.⁵⁵

Defende Walber Agra que “a forma de escolha dos membros do tribunal constitucional é um dos elementos densificadores de sua legitimidade, devendo preencher os requisitos da representatividade e da pluralidade”.⁵⁶

Os Tribunais Constitucionais são, portanto, essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos.⁵⁷

5.2 O modelo norte-americano e o modelo europeu de jurisdição constitucional

Os dois modelos que têm exercido maior influência na jurisdição constitucional em todo mundo, como constata Walber de Moura Agra, “são o norte-americano, de natureza difusa, e o europeu, de natureza concentrada, que centraliza suas decisões em um tribunal constitucional”.⁵⁸

No sistema de controle americano, a jurisdição constitucional é atribuída ao aparelho jurisdicional como um todo, sem distinguir-se da justiça ordinária. Todos os litígios, qualquer que seja sua natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A questão constitucional pode apresentar-se, assim, em todo e qualquer litígio, não demandando tratamento especial ou diferenciado.⁵⁹

O modelo americano, portanto, caracteriza-se por atribuir ao próprio Poder Judiciário, através de todos os juízes, a vigilância do cumprimento e observância do texto constitucional.⁶⁰

⁵⁵ AGRA, W. op. cit. p. 57.

⁵⁶ Ibidem, p. 58.

⁵⁷ VIEIRA, O. op. cit. p. 27.

⁵⁸ AGRA, W. op. cit. p. 61.

⁵⁹ FAVOREU, L. op. cit. p. 15.

⁶⁰ ROCHA, J. op. cit. p. 87.

Já no sistema europeu⁶¹, o contencioso constitucional distingue-se do contencioso ordinário, pois as questões constitucionais são da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim, e suas decisões possuem efeito absoluto da coisa julgada *erga omnes*.⁶² Outrossim, na Europa, os tribunais constitucionais são estruturados como um “quarto poder”, gozando de total independência para a concretização de sua função.⁶³

Acerca do modelo da Europa continental, na forma estabelecida pelo professor José de Albuquerque Rocha, segue a tradição de Kelsen, caracterizando-se por “concentrar em só órgão especial, o chamado tribunal constitucional, colocado fora e acima do Judiciário, a função de zelar pela constitucionalidade das leis e subseqüente respeito do texto constitucional”.⁶⁴

Em comum, os dois sistemas têm a finalidade da existência da jurisdição constitucional, que representa um instrumento para o desenvolvimento do regime democrático, aprimorando os *checks and balances* e aperfeiçoando a defesa dos direitos fundamentais.⁶⁵

Destaca, todavia, Oscar Vieira⁶⁶ que há variações entre os dois modelos, podendo haver uma tendência à aproximação dos dois sistemas. Em muitos países da América Latina, inclusive no Brasil, há a coexistência dos modelos europeu e estadunidense, numa junção dos controles concentrados e difuso, criando um tipo de modelo sul-americano, cujas características comuns, atenta Louis Favoreu⁶⁷, não foram ainda bem definidas.

Neste sentido, constata Oscar Vilhena Vieira⁶⁸ que o modelo brasileiro revela-se engenhoso e complexo, já que teve sua origem sob a inspiração do sistema difuso americano e vem consolidando profundamente seus mecanismos de controle concentrado, buscando suprir a ausência em nossa cultura jurídica do princípio do *stare decisis*.⁶⁹

⁶¹ O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) é constituído por dois Senados, de igual hierarquia, composto por oito juízes, eleitos paritariamente pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). A nomeação do juiz eleito é da competência do Presidente da República, cujo ato, de acordo com a doutrina alemã, tem natureza meramente declaratória. MENDES, G. op. cit. p. 6.

⁶² FAVOREU, L. op. cit. p. 18.

⁶³ AGRA, W op. cit. p. 66.

⁶⁴ ROCHA, J. op. cit. p. 87.

⁶⁵ AGRA, W. op. cit. p. 62-63.

⁶⁶ VIEIRA, O. op. cit. p. 43.

⁶⁷ FAVOREU, L. op. cit. p. 131.

⁶⁸ VIEIRA, O. op. cit. p. 44.

⁶⁹ De acordo com este princípio, os juízes e tribunais comuns ficam vinculados às suas decisões anteriores e aos precedentes dos tribunais superiores. Uma consequência deste princípio no Brasil é o instituto da súmula vinculante, criado pela EC 45/04, que introduziu o Art. 103-A, na Constituição Federal.

5.3 O STF é uma Corte Constitucional?

A estruturação do STF, no momento de sua criação, seguiu o modelo da Suprema Corte norte-americana, de controle difuso, enquanto que os tribunais constitucionais são típicos de países europeus, de controle concentrado.⁷⁰

A Constituição de 1988 não fez alterações na estrutura do Supremo Tribunal Federal, apesar de toda a expectativa gerada na constituinte em torno da criação de um tribunal constitucional especializado, nos moldes dos existentes na Europa Continental.

Analisando as características expostas, percebemos que o STF é um órgão constitucional em sentido amplo, mas só isso não é suficiente para intitulá-lo como uma verdadeira Corte Constitucional.

Walber de Moura Agra ressalta que “o STF funciona tanto como uma corte constitucional quanto como última instância para os demais tribunais, com a existência de encargos dessa jurisdição compartilhados entre os juízes ordinários e os que atuam no Egrégio Tribunal”.⁷¹

Pela leitura do art. 102 da Constituição, constatamos que o STF não é uma autêntica Corte Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Questões individuais seriam por ele apreciadas apenas quando o conflito estiver ligado ao sistema constitucional.

Referido acúmulo de funções da Corte implica que interesses corporativos podem interferir em sua atuação, pelo fato de representar o órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário.⁷²

Resta-nos, saber, portanto, ante a atual conjuntura do país, se é viável a criação de uma Corte Constitucional brasileira.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Dr. Fernando Ximenes Rocha, é contrário à criação de uma Corte Constitucional no Brasil, não importando se dentro ou fora do Judiciário, conforme se extrai abaixo:

Parece-me que não será a criação de uma Corte Constitucional, inspirada nos modelos das Cortes européias, que vai nos dar a certeza de uma mudança profunda na maneira de exercer a jurisdição constitucional, mormente levando-se em conta tão-somente a problemática da formação jurídica dos nossos magistrados.⁷³

⁷⁰ AGRA, W. op. cit. p. 65.

⁷¹ Ibidem, p. 65.

⁷² AGRA, W. op. cit. p. 66.

⁷³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set., 1997, p. 188.

Para o desembargador cearense, o ideal seria apenas uma diminuição da competência do STF, transferindo-a para o STJ, Corte esta que poderia ter seu número de ministros aumentado, pois a Constituição só estabelece limite mínimo de membros.

Os que defendem a necessidade de uma Corte exclusivamente Constitucional, como Willis Guerra Filho, Gérson Marques, Friedrich Müller, Paulo Bonavides, José de Albuquerque Rocha⁷⁴, Nelson Nery Jr⁷⁵, argumentam que o STF tem exercido com timidez a missão de guarda da Constituição que lhe é confiada. Atribuem esse fato à formação preponderantemente privatista de nossos magistrados. Friedrich Müller ressalta que

o novo ordenamento jurídico democrático do Brasil compartilha a concepção moderna de um direito material e de uma Constituição determinada pelos seus conteúdos normativos (“valores”): soberania popular, democracia, Estado de Direito e de Bem-Estar Social, direitos humanos e de cidadania, igualdade de todas as pessoas.⁷⁶

Outra questão é sobre a forma de ingresso dos membros do STF que, como já visto, são nomeados pelo Presidente da República após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do art. 101, parágrafo único, da Carta Magna. Nesta feita, é imprescindível e urgente, no entendimento do professor José de Albuquerque Rocha, “a criação de um tribunal constitucional independente dos outros Poderes, e de composição democrática, o que significa vinculado, direta ou indiretamente, à soberania popular, para interpretar e aplicar a vontade do povo, cristalizada na Constituição”.⁷⁷

O professor Gérson Marques⁷⁸ defende a criação de uma Corte Constitucional no Brasil nos moldes do Tribunal Constitucional Federal alemão, modificando o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhes mandato e atribuições restritas à jurisdição constitucional.

Deveria se aproveitar a estrutura física do STF, segundo o professor cearense, transformando-lhe a natureza, deixando os Tribunais Superiores com as atuais competências. O STJ, contudo, ficaria ainda com a competência retirada do Supremo, sendo uma espécie de Suprema Corte da Justiça ordinária.⁷⁹

⁷⁴ Apesar das fortes reações acerca da criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, o professor José de Albuquerque Rocha ressalta que é tranqüila a convicção de que se trata de um dos princípios básicos do novo direito constitucional, preocupado em limitar o poder, defender os direitos e liberdades fundamentais e assegurar a supremacia e permanência da Constituição. ROCHA, J. op. cit. p. 83.

⁷⁵ Citado por GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 18, nota de rodapé.

⁷⁶ MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005, p. 28.

⁷⁷ ROCHA, J. op. cit. p. 80.

⁷⁸ LIMA, F. op. cit. p. 89.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 90.

A Corte teria uma representação pluralista⁸⁰, nos termos do art. 1º, V, CF, para evitar que seja apenas um órgão chancelador da vontade da maioria política, respeitando os interesses da maioria da sociedade mais necessitada. Outrossim, seria assegurado uma forma de *impeachment* dos membros da Corte, no caso de comportamento incompatível com a conduta, falta de decoro, atraso processual, etc., com legitimação eclética.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, situando-se no ápice do Poder Judiciário, exerce uma função meta-jurídica, com reflexos econômicos, políticos e sociais. Tem, ainda, a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação ao Executivo e ao Legislativo.

Mister salientar que a falta de legitimidade de uma lei, não significa que ela seja ilegal. O conceito de legalidade é mais jurídico, enquanto o de legitimidade é mais político. No Estado Democrático de Direito, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, uma dando base de sustentação para a outra. Assim, podemos afirmar que a legitimidade fortalece a legalidade, sendo um de seus fins.

O STF não consegue passar pelo teste de legitimidade, o qual se manifesta em três instâncias: no *ingresso* de seus membros, por serem escolhidos por um critério meramente político (não há eleição, representatividade, pluralismo, nem mandato por prazo determinado); *exercício*, pelo fato de suas decisões estarem distantes dos anseios populares; e *controle da sociedade*, pois não há meios eficazes da população fiscalizar o Supremo.

Constatamos, ainda, que o Supremo não é uma autêntica Corte Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas.

Diante disso, entendemos ser viável a criação de uma Corte Constitucional no Brasil, modificando o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhes mandato e atribuições restritas à jurisdição constitucional, e, ainda, com criação de instrumentos de controle eficazes pela sociedade, objetivando prescrever uma menção sobre o grau de aceitabilidade da pretensa Corte.

Por fim, é importante destacar que o notório saber jurídico dos Ministros do Supremo não pode jamais ser confundido com o mero saber legal, com o

⁸⁰ O pluralismo, para Paulo Bonavides, é um direito fundamental de 4ª geração: “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. BONAVIDES, P. op. cit. p. 571.

conhecimento de lei, pois como legitimidade e legalidade são conceitos distintos, o primeiro deve ser levado em consideração na concretização dos fins do Estado Democrático de Direito.

Esse notório saber deve ser, sobretudo, de conhecimento da justiça, só podendo ser alcançado pelos verdadeiros homens que carregam a honestidade e a verdade como seus valores inerentes. Sem sombra de dúvidas, esses são os requisitos diferenciadores de um autêntico guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CORRÊA, J. Rossini. *Crítica da razão legal*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fortes, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira*. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 18, p. 1-9, mar. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set., 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

VELLOSO, Carlos Mario. O supremo tribunal federal, Corte Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, abr./jun., 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.



A JUSTIÇA ELEITORAL E A ANÁLISE DA VIDA PREGRESSA E DAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

*Gina Vidal Marcílio Pompeu**

RESUMO

É essencial o desempenho por excelência da Justiça Eleitoral, para impedir a existência de mandatos políticos forjados pela fraude, pela corrupção ou pelo abuso de poder econômico. Impedir acesso desses maus políticos ao poder e coibir sua participação nos futuros pleitos eleitorais é questão de suma importância para a concretização dos fins republicanos por meios democráticos. Possuir bons antecedentes, e ílibada reputação não há de ser considerado equivalente à primariedade, a concretização de eleições limpas e do voto livre dependerá da excelência do desempenho da Justiça Eleitoral.

Palavras-chave

Justiça Eleitoral. Vida pregressa. Ação de impugnação de mandato eletivo. Celeridade processual. Ampla defesa.

ABSTRACT

Excellent performance of Electoral Justice is essential to prevent the existence of political mandates forged by fraud, by corruption or by abuse of economic power. Prevent the access of these crooked politicians and obstruct their participation in futures elections is an issue of much relevant for the republicans' purposes through the democratic ways. To have an excellent previous record and flawless reputation should not be considered equivalent to first offender. The accomplishment of fraudless elections and of free voting will depend on the performance of the Electoral Justice.

Key-words

Electoral Justice. Life-Background. Lawsuit of challenging elective mandates. Speed procedural. Broad defence.

1 INTRODUÇÃO

O ideal para Jean Jacques Rousseau era o exercício da democracia direta, onde as pessoas por conta própria participavam dos problemas e da gestão pública, tomando decisões sobre as leis e sobre o governo. Rousseau zombava

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR, Consultora Técnico-Jurídico da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

do sistema representativo inglês, afirmando que toda lei que o povo diretamente não ratificasse não poderia ser considerada como lei.

É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar e, em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois o é somente durante a eleição dos membros do parlamento; logo que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso que dela faz, mostra que bem merece perdê-la.²

O capítulo IV, Dos Direitos Políticos, da Constituição Federal brasileira de 1988 preservou a idéia da soberania popular, e disciplinou que ela seria exercida por meio do voto direto, secreto, universal e periódico, com valor igual para todos, mediante o referendo, o plebiscito e os projetos de iniciativa popular. Esses instrumentos, porém, são pouco usados na história política brasileira, prevalecendo tão somente a caricatura de uma democracia representativa, nos termos descritos por Rousseau. O mesmo capítulo disciplina também as condições de alistabilidade e de elegibilidade, ressaltando a necessidade de se imprimir o zelo pela coisa pública, de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e do abuso do exercício de função ou em cargo da administração.

O abuso do poder econômico, a utilização de recursos não declarados ou a má prestação de contas das campanhas políticas, e todos os artifícios que maculem o voto livre devem ser vistos com o máximo de rigor pela Justiça Eleitoral, sob pena de distanciamento do seu mister. A ausência de celeridade processual e de procedimentos uniformes junto à Justiça Eleitoral ainda constitui óbices para a efetivação do combate ao desvio de finalidade no exercício do mandato político.

Desde o registro da candidatura, passando pela campanha, pelo processo de eleição e por fim a diplomação do candidato e a posse do mandato é essencial o desempenho por excelência da Justiça Eleitoral, para impedir a existência de mandatos políticos forjados pela fraude, corrupção ou abuso de poder econômico. Afinal, impedir acesso desses maus políticos ao poder e coibir sua participação nos futuros pleitos eleitorais é questão que determina o futuro do país e a concretização do interesse público, prevalecendo sobre o interesse particular.

2 MANDATOS POLÍTICOS FORJADOS PELA FRAUDE, CORRUPÇÃO OU ABUSO DE PODER

É função dos partidos políticos garantir a participação no pleito eleitoral apenas de representantes possuidores de ilibada reputação e com bons antecedentes, pois são os partidos os que concedem aos candidatos a filiação e

² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 261..

a legenda partidária. É também competência da Justiça Eleitoral fazer depurada análise no momento do registro das candidaturas. Ao povo cabe a escolha da melhor representação nas democracias indiretas.

Djalma Pinto ressalva que a condição de eleito e de titular de mandato não autoriza a permanência no poder daquele que age de má-fé, ou fica rico em detrimento do povo que o elegeu. O aumento do patrimônio, sem explicação convincente de quem exerce o mandato é causa determinante para o afastamento do cargo. Constitui indigência cívica.

Quem tem contra si acusação de desvio de verba, com base em documentos, deve assumir o encargo de deixar bem demonstrado ser improcedente a acusação para, só então, ser credenciado ao exercício da função pública. A presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória deve restringir-se apenas à órbita penal. Nunca, jamais, para diante de prova documental incontroversa, entregar dinheiro da população ao suposto “inocente” para ser novamente desviado. Isso constitui afronta ao interesse público e ofende o bom senso inerente a qualquer inteligência humana com o mínimo de zelo para com a coisa pública.³

Face ao Acórdão n.º28.387, de 19.12.2007, rel. Min. Carlos Ayres Britto, Recurso Especial Eleitoral, Classe 22ª, GOIÁS (54ª Zona – Nova Veneza), DJU de 4.3.2008 é possível se observar a sedimentação de alguns conceitos junto a Justiça Eleitoral que vêm fundamentando os julgados:

- a. A utilização de ‘caixa dois’ configura abuso de poder econômico, com a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito;
- b. O abuso de poder econômico implica desequilíbrio nos meios conducentes à obtenção da preferência do eleitorado, bem como conspurca a legitimidade e normalidade do pleito;
- c. A aprovação das contas de campanha não obsta o ajuizamento de ação que visa a apurar eventual abuso de poder econômico. Precedentes;
- d. O nexo de causalidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão-somente indiciário; não é necessário demonstrar que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição; basta ressaltar dos autos a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios;
- e. O Tribunal Superior Eleitoral tem sido firme no sentido que são imediatos os efeitos das decisões proferidas pelos Regionais em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, aguardando-se tão-só a publicação do respectivo acórdão. Não há que se falar na aplicação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/90 nos casos de cassação de mandato.

³ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal, noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77.

Apesar do § 9.º do art.14 da C.F de 1988 determinar que Lei Complementar estabelecerá casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerando a vida pregressa do candidato, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função ou cargo no Brasil, essa situação ainda não foi regulamentada. A justiça eleitoral continua seguindo como paradigma a Lei Complementar n.º64/90, indeferindo somente o registro de candidatos que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado.

Assinala, porém, o Ministro César Asfor, então relator do recurso ordinário de n.º912 –Classe 27a. – Roraima, ressaltando idéia diversa da súmula n.º1 do TSE que afirma “ proposta ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade de acordo com a Lei complementar n.º 64/90, art.1.º, I, g .” enfatizou que são essenciais para o exercício do mandato representativo a probidade administrativa e a moralidade, que podem e devem ser constatadas na vida pregressa do candidato.

A “elegibilidade” está sujeita, além da Lei das Inelegibilidades, ao que preconiza a Constituição Federal.

Os casos legais complementares de inelegibilidade dos cidadãos têm por escopo preservar valores democráticos altamente protegidos, sem cujo atendimento o próprio modo de vida democrático se tornará prejudicado, ou mesmo inviável”[...]”Esses valores são a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do ônus público representativo político, apurados na análise da vida pregressa do postulante, bem como da normalidade e legitimidade do processo eleitoral⁴.

3 VIDA PREGRESSA EM PAUTA

Considerando que a Constituição deve abrigar claramente a obrigatoriedade do candidato a demonstrar vida pregressa pautada na dignidade, é que o Senador Pedro Simon propôs emenda constitucional alterando o § 3º do art. 14 para incluir a reputação ilibada entre as condições de elegibilidade.⁵

O Senador apresenta como justificativa à emenda constitucional a imposição do dever de observância ao princípio da moralidade na administração

⁴ ROCHA, César Asfor. *Recurso Ordinário, Eleições 2006*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br>. Acesso em 23 de outubro de 2006.

⁵ PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 2, DE 2008
Altera o § 3º do art. 14 para incluir a reputação ilibada entre as condições de elegibilidade. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60, § 3º, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:
Art. 1º O § 3º do art. 14 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:
“Art. 14..3º ...
VII – idoneidade moral e reputação ilibada. (NR)”
Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
(De iniciativa do Senador Pedro Simon)

pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos três níveis de governo. Assinalam o caput do art. 37 e o art. 14, § 9º, da Carta Constitucional de 1988 que lei complementar disciplinará outros casos de inelegibilidade e sua duração, com o fim de proteger, entre outros, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Tramita ainda no Senado Federal o projeto de lei nº323/05⁶ de autoria do senador Tasso Jereissati (PSDB-CE) que altera a Lei de Inelegibilidades para tornar inelegíveis candidatos que tenham suas contas relativas a cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade em decisão de liminar ou tutela antecipada. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou em abril de 2008 parecer favorável do relator, senador Jarbas Vasconcelos (PMDB-PE), ao projeto. O relator fundamentou o seu voto explicando que, pela legislação em vigor, basta que a decisão relativa às contas tenha sido submetida à apreciação do Poder Judiciário para que o candidato continue elegível para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes, a partir da data da decisão. A proposta (PLS 323/05) ainda será examinada em Plenário.

A constitucionalização da impunidade diante da eternização dos processos no Brasil é grave problema que nos mantém no rol dos chamados países periféricos. A presunção de inocência, até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória aliado a uma justiça tardia, tem imposto obstáculo à realização de eleições limpas.

Esse é o Brasil em que vivemos, dos contrastes e das contradições, e apesar de toda a crise de representatividade e de padrões sociais éticos, havemos de dizer: Bem-vindos seja a Democracia e o Estado de Direito! Que nos conduzam a avançar na efetivação da justiça social e nas conquistas democráticas. Ainda sonhamos com a universalização de uma sociedade justa e um sistema de governo mais participativo. Queremos uma cidadania moderna fundada na garantia formal da igualdade entre os diferentes indivíduos, com direito a tutela jurisdicional, a ampla defesa, mas sobremaneira ao respeito ao princípio da celeridade processual.

Faz-se necessário o rigoroso estudo sobre a Justiça Eleitoral brasileira, e mais especificamente sobre os procedimentos por ela adotados, e a sistematização da legislação eleitoral. Hodiernamente a disciplina de Direito Eleitoral é quase sempre negligenciada a categoria de disciplina optativa nas faculdades de direito, ou seja, muitos dos atuais juízes, promotores e procuradores que exercem funções junto aos órgãos da Justiça Eleitoral, talvez nunca tenham obtido os conhecimentos essenciais nos bancos universitários.

O desempenho de um órgão a quem a Constituição Federal depositou a responsabilidade maior em garantir a essência do próprio Estado brasileiro:

⁶ PLS 323/05. Altera dispositivo da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.

Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, na cidadania e no pluralismo político, ainda se trata de um ignorado para a grande maioria dos juristas e para a população brasileira em geral.

Alguns temas têm merecido análise especial pela Justiça Eleitoral e têm causado clamor social; dentre eles o abuso do poder econômico nas eleições e as inelegibilidades. Há entendimento predominante no Tribunal Superior Eleitoral da necessidade de edição de Lei Complementar para tratar da inelegibilidade decorrente da análise da vida pregressa. Esse entendimento vem sendo contestado por juristas e pela própria população, farta de escândalos e de seguidas tentativas de vilipendiar os fins republicanos, pelos próprios agentes políticos, argumenta-se que o art.14§ 9º da Constituição Federal é auto-aplicativo.

O conceito de vida pregressa maculada é facilmente constatado, sem a necessidade da edição de lei explicativa. Em se aplicando o preceito constitucional do art. 14, § 9º, tem-se que certos indivíduos são inelegíveis para qualquer cargo, em função da análise da vida pregressa e da (im)probidade administrativa. A existência de vida pregressa do candidato, marcada por envolvimento em falcaturas e cometimento de infrações penais, investigados nas mais diversas instâncias judiciais, operam contra a necessária moralidade exigida para o deferimento do registro de candidatura.

O ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, Edson Vidigal, defendeu em discurso proferido no auditório do Tribunal de Contas da União, no *Diálogo Público – o TCU em conversa com o cidadão*, em 2004, que “a palavra candidato vem de cândido, de limpo. Na Roma antiga os candidatos às eleições vestiam-se de branco total e desfilavam pelas ruas na caça aos votos. Beira ao surrealismo imaginar uma exigência desta nos nossos dias”, afirmou o ministro Vidigal. E prosseguiu: “Direito à presunção da inocência, segundo o qual ninguém é considerado culpado senão depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não tem nada a ver com a elegibilidade de quem à falta de um louvável currículo de vida só tem prontuário policial”.

O apego ao legalismo inibe o exercício da cidadania e concentra valor superior à interpretação literal da lei, negligenciando a existência da lógica e dos princípios constitucionais. A Lei Complementar das Inelegibilidades não é clara e eficaz no que consiste à vida pregressa.

O momento histórico-social não se coaduna com interpretações restritivas dos comandos principiológicos auto-aplicáveis contidos na Constituição Federal. Vive-se período em que se assanham rumores de envolvimento de agentes públicos com toda sorte de infrações penais, alguns deles com fortes indícios de realidade, de modo que não é possível afirmar que o legislador constituinte original tenha querido ficar adstrito à idéia de tornar inelegíveis apenas aqueles que já contam com sentença penal condenatória.

A construção da democracia é tarefa diuturna. Ela não aceita o enfraquecimento de suas instituições, desprestigiadas diante do reprovável

perfil de alguns agentes políticos, e de certos servidores públicos, que não respeitam o interesse público.

As decisões do Tribunal Superior Eleitoral não são estáveis, não há previsibilidade judicial. O recurso ordinário 26.394/2007 foi negado em face da auto-aplicação do art. 14, § 9º, com o voto do Ministro José Delgado sobre a vida pregressa.

O entendimento proferido pela unanimidade da composição do pleno infelizmente não se cristalizou, já que em situações completamente análogas nos cinco processos julgados posteriormente, apenas três recursos ordinários de nº 1.133, nº 1176, nº 26.406/2007 receberam decisão semelhante acerca da auto-aplicabilidade do art. 14, § 9º, curiosamente todos de lavra do ministro José Delgado.

Em sentido contrário, os julgamentos dos recursos ordinários 26.395/2007 e 26.437/2007 relatados pelo ministro Marcelo Ribeiro foram proferidos dias depois dessas decisões, contrariando o entendimento anterior da Corte sobre a auto-aplicação do art. 14, § 9º e reafirmando o princípio da presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A corte entendeu que não se afigura antijurídico concluir que tais valores, que inspiram à sedimentação de princípios, apresentam-se autônomos em relação à exigência de lei complementar, sendo, neste particular, este dispositivo constitucional de fato auto-aplicável. Afinal, segundo excertos dos votos, restou sobejamente entendido, que se este dispositivo constitucional traz o valor superior da moralidade para o exercício do mandato, deve incidir imediatamente no cenário jurídico e impõe-se seja integrado pelo intérprete, porquanto não há nenhum sentido em que se espere a edição da lei complementar nele aludida, relegando ao âmbito da imoralidade, em alguns casos, o deferimento do registro de candidatura, quando a norma constitucional é tão clara e efetiva quanto aquilo que, desde 1994, pretende como diretriz para o nosso sistema eleitoral.

Ressalte-se, ademais, que o sentido de moralidade dos votos não dependeu de nenhuma tarefa mais complexa para a sua integração, sobretudo porque a mesma é alcançada com facilidade, já que a compreensão sobre o que seja uma vida pregressa imaculada é perfeitamente operacional. Este conceito não depende, por óbvio, de definição em lei infraconstitucional. Nesse sentido José Afonso da Silva alega que as inelegibilidades têm como finalidade proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

As inelegibilidades têm por objeto proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, p. 9º). Entenda-se que a cláusula “contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função...” só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições. Isso quer dizer que a “probidade administrativa” e a “moralidade para o exercício do mandato” são valores autônomos em relação àquela cláusula,

não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a imoralidade, aí, conspurcam só por si a lisura do processo eleitoral⁷

A vida pregressa a que alude a disposição constitucional para a esfera eleitoral, e que aqui se toma como fundamento necessário ao deferimento do registro de candidatura, abarca apenas a existência de anotações de infrações penais nas certidões do processado que, a vista de sua natureza, plausibilidade e demais circunstâncias, poderão constituir empecilhos ao juízo positivo de moralidade para o exercício do mandato.

Diante dessa multiplicidade de entendimentos, qual o entendimento que prevalecerá nos futuros julgamentos? Sob outro prisma será que compete aos membros da justiça eleitoral tão dispare em todo o território nacional determinar o que é vida pregressa, ou idoneidade moral, sob pena de impor limites à liberdade individual e de se imiscuir em conceitos morais, éticos e religiosos e não jurídicos, invadindo a competência legiferante do Poder Legislativo?

4 AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Essencial também é a aplicação tempestiva da legislação eleitoral existente no que concerne a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), visando garantir um procedimento eleitoral célere para que as respostas à sociedade não demorem a se concretizar ou mesmo não se esvaíam no complexo e burocrático sistema processual brasileiro.

A Lei nº 7.664/88, reguladora das eleições do ano de 1988, previu em seu artigo 24 que a AIME poderia ser intentada nos casos de abuso de poder econômico, corrupção, fraude e outras transgressões eleitorais. O escopo único desta ação impugnatória, como bem indica o próprio nome com que foi batizada, é de retirar o mandato eletivo do candidato vencedor que se utilizou de fraude, corrupção ou abuso do poder econômico.

Contudo, a primeira problemática enfrentada pelos operadores do direito travou-se quanto à eficácia ou não desta norma, em face da ausência de previsão de procedimento judicial específico. Até o ano de 2003 deveria ser adotado o procedimento ordinário do Código de Processo Civil, entretanto para as eleições municipais de 2004 o TSE mudou seu posicionamento e baixou a Resolução nº 21.634/04 (Instrução Normativa nº 81), determinando que fosse seguido o célere procedimento da Lei Complementar nº 64/90, ficando as regras do Código de Processo Civil de aplicação subsidiária.

A tutela peculiar dessa ação, que concentra sua apresentação até o 15º dia contado da diplomação do candidato eleito, reveste-a de valiosa importância, já

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.388.

que, como o processo de controle das eleições é marcado pela temporalidade, isto é, em cada momento da eleição, antes, durante ou depois, existe uma ação e uma tutela específica, a última oportunidade de concretização da verdade eleitoral só poderá ser corrigida por meio da AIME.

O entendimento normativo-jurisprudencial mudou o perfil da ação contra o mandato eletivo, que do ostracismo que ficou relegada ante a ineficiência do Código de Processo Civil para o trato das questões eleitorais, aproveitou o disciplinado específico já próprio da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) mais apropriado à dinâmica do processo eleitoral.

Essa mudança de rito processual, embora tenha revigorado a força dessa ação constitucional, não responde mais sozinha aos interesses da sociedade brasileira, principalmente, porque o julgamento das ações, muitas vezes, tem superado o tempo da própria legislatura do processado, criando um espírito de incerteza e impunidade quanto às sanções contra abuso de poder econômico, fraude e corrupção, já que quando a ação chega ao seu ápice, julgamento final dos recursos, seu objeto se exaure, perde a sua eficácia em virtude do processado já ter cumprido todo o mandato eletivo que estava em discussão.

As causas desse problema não se resumem a um diagnóstico simples. A existência de vários fatores interdependentes e a variedade de procedimentos “extralegais” adotados pelos diversos Tribunais Regionais no Brasil, na operacionalização do trâmite processual exige um estudo sério e dedicado de caso, para traçar um diagnóstico nacional do problema.

Os resultados parciais do diagnóstico realizado na Secretaria do Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, apoiado nos estudos de vários especialistas de Direito Eleitoral e de Direito Processo Civil, indicam que a maioria dos problemas se concentra na falta de uniformização de procedimentos e na falta de sistematização jurisprudencial e normativa, sempre aberta a indecisões, gargalos procedimentais, incertezas e falta de regulamentação.

Se a análise inicial aponta que a Lei Complementar nº 64/90 deu uma resposta apropriada à demanda eleitoral de primeira instância, ao impor prazos processuais rígidos com prevenção de punições em caso de descumprimento, em contrapartida, no momento da análise de resposta da segunda instância, percebeu-se que o desrespeito aos prazos eleitorais impostos aos administradores da Justiça na fase recursal era uma constante, especialmente, pela falta de regulamentação ou uniformização de procedimentos, após a prolação da sentença. Nesse sentido o rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo até a sentença é aquele especificado pela Lei Complementar nº 64/90.⁸

⁸ Questão de Ordem. Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar n.º 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004.

Além do problema de sistematicidade, ao se iniciar a fase recursal, persiste no processo eleitoral a figura procrastinatória do agravo de instrumento; utilizado na maioria das vezes como um instrumento de retardo da marcha processual.⁹

Somados a estes fatos, existe ainda a proteção do segredo se justiça sob essas ações com a alegação de que riscos de instabilidade poderiam recair sobre o mandato político. Ora, o que causa mais instabilidade do que a ação de impugnação do mandato eletivo pender há mais de três anos de uma decisão final? *A contrario sensu*, acórdãos¹⁰ continuam a ser prolatados eternizando demandas. Onde está a economia processual?

Ademais, note-se que mesmo em casos, como do acórdão n.º 28.387, de 19.12.2007, quando havia provas da existência de “caixa dois”, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) não influenciou na dinâmica das eleições de 2004 nem influenciará no registro do candidato se este decidir participar nas eleições de 2008, porque apesar de haver prova do fato ilícito, a ausência de “potencialidade lesiva” torna a ação completamente vazia de eficácia jurídica.

Como é possível, se mesmo julgada a inelegibilidade do mau político,

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar n.º 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral - em especial o prazo certo do mandato - exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa. (TSE, INST n.º 81, Res. n.º 21.634, de 19.2.2004, Rel. Min. Fernando Neves).

⁹ Agravo de instrumento. Da violação à norma constitucional cabe recurso especial. Precedente: REspe n.º 17.197/ES, rel. Ministro Fernando Neves. Provimento. Conversão (CPC, art. 544, § 3º, segunda parte).

Ação de impugnação de mandato eletivo processada pelo rito sumário do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90, e não pelo rito ordinário (Livros I e II do CPC). Garantia de ampla defesa.

Ausência de prejuízo oportunamente alegada. CPC, art. 244 e CE, art. 219. Não viola os princípios do contraditório o processamento de ação de impugnação de mandato eletivo pelo rito do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90, quando não oportunamente alegado, de forma a descaracterizar a ocorrência de prejuízo. Caráter instrumental das formas.

Perícia. Não-realização. Se não se realizou perícia, não houve violação aos arts. 420 e 421 do CPC.

Questão já decidida no REspe n.º 19.559/PB, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Captção ilícita de votos. Tema que exige o revolvimento de matéria fático-probatória. Súmulas n.ºs 279 do STF e 7 do STJ. Matéria já decidida no REspe n.º 19.559/PB.

Recurso a que se nega provimento. (TSE, AG n.º 4.360, Ac. n.º 4.360, de 9.3.2004, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira) BRASIL, *Tribunal Superior Eleitoral. Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br>. Acesso em 30 de março de 2008.

¹⁰ Agravo regimental. Impossibilidade de apreciação de matéria sob pena de supressão de instância. Hipótese na qual o TSE determinou o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que prosseguisse no julgamento da ação de impugnação de mandato eletivo, por entender que a ação de investigação judicial, julgada improcedente após as eleições, não impede o processamento daquela ação, ainda que fundada nos mesmos fatos objeto desta última. Concluiu pela ausência de coisa julgada material. Descabe a esta Corte emitir juízo de valor acerca da existência ou não de comprovação dos fatos alegados na inicial, sob pena de supressão de instância, uma vez que a matéria não foi decidida pelo juízo de origem, tampouco pelo TRE. Agravo improvido (TSE, AAG n.º 3.672, Ac. n.º 3.672, de 20.3.2003, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie Northfleet) BRASIL, *Tribunal Superior Eleitoral. Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br>. Acesso em 30 de março de 2008.

os efeitos da sentença se restringem apenas aos três anos posteriores a apresentação da ação, permanecendo o processado livre para concorrer às próximas eleições?

Os doutrinadores possuem opinião divergente no que é pertinente a legitimidade para propor a ação de impugnação do mandato eletivo. Joel José Cândido¹¹ apregoa a ilegitimidade ativa do eleitor sob o argumento de que essa amplitude não condiz com a dinâmica célere e específica do Direito Eleitoral; ela enfraquece os partidos políticos; dificulta a manutenção do segredo de justiça do processado, exigido pela Lei Maior, e propicia o ajuizamento de ações políticas temerárias. Já Antônio Tito Costa¹² e Adriano Soares da Costa,¹³ ao contrário, acastelam o eleitor na figura ativa desta modalidade formal, *ad argumentandum tantum*, sustentando que a Constituição da República, ao contemplá-la, não enumerou os legitimados, não cabendo, portanto, uma exegese restritiva infraconstitucional. Não há também um posicionamento uníssono no Tribunal Superior Eleitoral que já decidiu que “não tem legitimidade *ad causam* os apenas eleitores”, mas que, reproduzindo um acórdão anterior, inseriu no artigo 37 da Resolução no 20.993, de 26 de fevereiro de 2002 que “qualquer cidadão/ã no gozo de seus direitos políticos poderá, mediante petição fundamentada, *dar notícia* de inelegibilidade sobre a qual, após audiência do/a candidato/a, se manifestará o Ministério Público Eleitoral no prazo de dois dias”.

5 JUSTIÇA ELEITORAL – FUNÇÃO TRANSITÓRIA

Os problemas aparentemente não se restringem às questões meramente processuais, já que é possível se verificar pelo transcurso das ações e, em especial, pela potencial humano dos agentes públicos investidos na jurisdição eleitoral, que existe uma séria questão de estrutura que deve ser reavaliada para o melhor aproveitamento dos servidores públicos e dos agentes políticos envolvidos com a Justiça Eleitoral.

O reduzido número de servidores do quadro efetivo nos cartórios eleitorais do interior do Brasil em confronto com o grande número de servidores requisitados de órgãos envolvidos nas eleições gerais deve ser coordenado com a criação de uma nova consciência de concentração de responsabilidades na figura do chefe de cartório eleitoral (ação de fiscalização e prazos), sob pena de pôr em risco todo o sistema de processo eleitoral.

A existência de agentes políticos, como juízes e promotores, de função transitória também prejudicam bastante os trabalhos eleitorais.

O caso da Justiça Eleitoral do Ceará é exemplificativo: tramitam em abril

¹¹ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Edipro, 2006.

¹² COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹³ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

de 2008, 128 processos de AIMES no Tribunal Regional daquele Estado, entre eles, a quase totalidade das Ações de Impugnação de Mandato Eletivo, entre os anos de 1996/2008, permaneceu, no mínimo entre 90 e 180 dias, aguardando apenas o impulso de expediente de alguma autoridade eleitoral. O problema não é pontual ou somente de algum órgão especificamente, pelo contrário, cite-se, como exemplo também, a procuradoria regional eleitoral, composta por apenas um único procurador que deve dar vazão a todo o volume de ações em segunda instância: representação/reclamação, ações de impugnação de mandato eletivo, registro de candidatura, investigação judicial eleitoral e todas as ações criminais eleitorais.

Essa deficiência de material humano impede o cumprimento de uma forma tradicional dos prazos determinados pela Lei Complementar nº 64/90, principalmente, porque não há uma mentalidade de administração e gestão dos processos com metas claras e objetivas.

Ademais, a demora não causa apenas falta de credibilidade na instituição Justiça, na realidade o problema da demora na jurisdição eleitoral implica, por exemplo, impunidade dos maus políticos que terminam a legislatura, muitas vezes obtendo mandato por meio de métodos ardilosos, sem receber a prestação jurisdicional final da Justiça Eleitoral. Dessa forma, o fato apontado suscita várias questões, especialmente, de que se o processo não termina no tempo hábil, nunca haverá apuração final da conduta ilícita eleitoral e a vida do mau político manter-se-á inabalável e inatacável.

Como é possível a Justiça e a própria sociedade brasileira aceitar o fato de que a perda de objeto de uma ação de impugnação do mandato eletivo absolve o mau político, lhe permite usufruir do mandato durante toda a legislatura, e ainda não o inibe de participar dos próximos pleitos sem efetivamente prestar contas de sua má conduta?

Canotilho afirma que “a proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada.”¹⁴ Dessa forma, a ação de impugnação de mandato eletivo, caso não proteja os eleitores daqueles maus políticos certamente se definirá como uma não proteção, que não interessa ao Direito.

Note-se que a doutrina eleitoral avançou em vários aspectos, como se percebe, pela análise das eleições ao longo da história política brasileira. Porém a Justiça Eleitoral ainda não conseguiu se libertar da dependência das provisórias resoluções eleitorais que sucedem se a cada pleito eleitoral, com aparência de supremacia perene. Peca por não reconhecer a normatividade da Constituição Federal de 1988 e por não imprimir nos seus julgados a celeridade processual que inibe a permanência no poder daquele que agiu com má-fé, ou enriqueceu ilicitamente, usurpando do povo que o elegeu, os recursos públicos essenciais ao desenvolvimento social.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.456.

Podem ser constatados e confirmados vários avanços político-institucionais no cenário brasileiro, tais como: a criação de cadastro informatizado de eleitores e a implementação de urnas eletrônicas de votação. O calendário eleitoral fixou eleições regulares para cada dois anos e, nestes últimos vinte e cinco anos, os brasileiros foram às urnas em várias eleições e participaram de plebiscito. Segundo relatório do Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento – PNUD, o Brasil alcançou o melhor índice da Democracia eleitoral.

ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO ELEITORAL

	PERÍODO																
	1960	1977	1985	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1992-2002
ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO ELEITORAL	0,69	0,26	0,39	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
SUFRÁGIO	3	3	3	3	4			4				4					4
ELEIÇÕES LIMPAS	2	2	2	2	2			2				2					2
ELEIÇÕES LIVRES	4	2	4	4				4				4					4
CARGOS PÚBLICOS	4	2	2+	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4

Fonte: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PELO DESENVOLVIMENTO. La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Vol.II: Compendio Estadístico. Peru, 2004.

O IDE é uma escala de 0,00 a 1,00, na qual 0,00 significa um regime não democrático e qualquer número maior que 0,00 um grau de democracia. A fórmula para calcular o IDE consiste em somar : índice de democracia eleitoral = sufrágio x eleições limpas x eleições livres x cargos públicos eleitos.

O componente sufrágio do IDE indica se é permitido a todos os adultos de um país votar em eleições. Esta medida não inclui os procedimentos que podem entorpecer o uso efetivo do direito ao voto, tal como o acesso aos locais de votação. Este componente se codifica de acordo com a seguinte escala: 0 = não se realizam eleições para a escolha de governo; 1 = somente alguns homens têm direito ao voto (existem restrições relativas à propriedade, a gênero e nível de alfabetização); 2 = a maior parte dos homens tem direito ao voto (existem restrições relativas a gênero e nível de alfabetização); 3 = a maior parte dos homens e das mulheres tem direito ao voto (existem restrições relativas ao nível de alfabetização); 4 = o direito ao voto é reconhecido universalmente.

Eleições limpas referem-se ao fato de as eleições ocorrerem sem

irregularidades que limitem os votantes de expressar sua fiel e autônoma preferência por algum candidato. Não inclui questões relacionadas com a competitividade do processo eleitoral, tampouco se permite ou não ao ganhador das eleições assumir seu cargo público. Não examina se todos os cargos públicos são eletivos. Este componente se codifica de acordo com a seguinte escala: 0 = graves irregularidades no processo eleitoral que têm um efeito determinante sobre o resultado das eleições; 1 = irregularidades significativas no processo eleitoral; 2 = ausência de irregularidades significativas no processo eleitoral.

O indicador eleições livres examina se é oferecida ao eleitorado uma variedade de opções que não estão limitadas nem pelas restrições legais nem por força. Esta medida não inclui fatores que podem afetar a capacidade dos partidos e candidatos para competir em igualdade de condições, tais como financiamento público, acesso aos meios de comunicação e uso dos recursos públicos. Este componente se codifica de acordo com a seguinte escala: 0 = partido único; 1 = prospecção a um partido importante; 2 = prospecção a um partido menor; 3 = restrições de natureza legal ou prática que afetam significativamente a capacidade de candidatos potenciais para apresentarem-se às eleições e/ou formação de partidos políticos; 4 = condições essencialmente irrestritas para a postulação de candidatos e/ou formação de partidos.

O exame sobre a ocupação dos cargos públicos verifica se as eleições são o meio de acesso aos cargos governamentais, a ver, se os principais cargos políticos do País são ocupados por meio de eleições e se quem ganha as eleições pode assumir seus cargos e neles permanecer durante todo o período.

Este componente se codifica de acordo com a seguinte escala: 1 = somente alguns dos cargos públicos principais são ocupados por candidatos eleitos e a maioria dos ocupantes de cargos públicos é removida de seu cargo pela força e substituída, repassados aos governantes inconstitucionais; 2 = o presidente e o Parlamento não são eleitos ou são removidos por uso da força da força de seus cargos e substituídos por governantes inconstitucionais; 3 = o presidente e o Parlamento são eleitos, mas o presidente é removido do cargo e substituído por meio semi-constitucional ou bem um número significativo de deputados não são eleitos ou são removidos por meio da força de seus cargos; 4 = todos os cargos políticos principais são contemplados por eleições e nenhum destes ocupantes é removido de seu cargo, a menos que sua remoção e substituição estejam baseadas em fundamentos constitucionais estritos.

O relatório elaborado com dados da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela constatou que em todos esses países é reconhecido o direito universal ao voto. Apesar de alguns problemas e restrições, se reconhece a idoneidade das eleições durante a década de 90 (90-2002), e, mesmo em alguns países, em meio a complexas crises constitucionais, ocorreu a ocupação regular por meio de eleição dos cargos eletivos.

Observou, ainda, o relatório, um espaço político aberto para as mulheres, por meio de cotas nos partidos e uma reduzida representação de pessoas afrodescendentes nos parlamentos. A maioria desses países ratificou os principais tratados internacionais e avançou na normatização no tocante à igualdade legal, à proteção contra a discriminação, aos direitos da mulher, ao combate ao trabalho infantil, aos direitos dos povos indígenas. Apesar dos avanços legais, não se conseguiu conferir-lhes a garantia necessária de vigência e eficácia.

O avanço constatado no que é pertinente à cidadania política, não foi o mesmo no que consiste à cidadania social, que constitui o principal problema das democracias latino-americanas. Pobreza e desigualdade não permitem que os indivíduos se expressem com liberdade. Em 15 dos 18 países há pouco apontados pelo estudo, 25% da população vive abaixo do índice de pobreza; em 7 países (dentre eles o Brasil), esse percentual alcança a metade da população. Alguns índices positivos são: a diminuição da desnutrição infantil, o aumento da expectativa de vida e o acesso à educação.

Os problemas estão expostos, a letargia do processo eleitoral não pode mais ser um obstáculo para a concretização da democracia eleitoral, permitindo a manutenção de mandatos de políticos, que manipularam o resultado do processo eleitoral, em busca de vantagens pessoais no exercício do *munus* público. A época atual é de moralização, em que a figura do agente público desonesto e preguiçoso foi abandonada. A mudança não está desacompanhada. Exige-se, como se analisou, a revisão de antigos postulados como a da teoria positivista da primariedade e do processo como mecanismo formal de busca da verdade formal. O direito hoje não é mais percebido como um aglomerado de normas apartadas da realidade. A lei, assim como o processo, apenas se transmuta em direito quando se interpreta a realidade da vida, e não aquela realidade criada nas páginas dos autos do processo.

6 CONCLUSÕES

O estudo do Direito Eleitoral e da Justiça eleitoral brasileira devem constituir disciplina obrigatória nos cursos de direito, haja vista sua função determinante para o exercício dos deveres e direitos políticos e à consolidação da democracia no Estado de direito.

A formação dos juristas brasileiros não pode prescindir do estudo e do debate dessas matérias, já que são os cursos jurídicos os formadores dos futuros promotores e juizes eleitorais, que precisam de conhecimento e, especialmente, familiaridade com os instrumentos da soberania popular, do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral.

É essencial conhecer a Justiça Eleitoral brasileira, e especificamente os procedimentos por ela adotados, bem como a sistematização da legislação eleitoral, com ênfase em temas que revigorem o exercício da política, ou seja, do amor à polis, e a reaproximação entre mandantes e mandatários no *múnus*

público. Eleições livres e limpas obrigatoriamente exigem a análise da vida pregressa daqueles que desejem concorrer ao pleito eleitoral, bem como exigem o combate ao abuso do poder econômico.

A sociedade clama, já farta de escândalos e do afastamento entre representantes e representados, pela auto-aplicabilidade do art.14 § 9º da Constituição Federal de 1988, na medida em que, na visão popular, não se faz necessária lei explicativa para conceituar vida pregressa maculada. Aquela que peca contra a moralidade exigida para o exercício de função pública.

O texto constitucional, em sintonia com os atores sociais, também estimula a aplicação da lei a todos os que ousem afrontá-la, sobretudo em relação àqueles que têm se mostrado fora do alcance das sanções. Ou a sociedade muda o perfil dos seus homens públicos ou a democracia brasileira sucumbirá pelo descrédito nas instituições sob o comando de agentes políticos que, muitas vezes, utilizam-se do seu poder de representação para atingir fins meramente patrimonialistas (clientelistas ou nepotistas).

Quanto ao exame da vida pregressa reitera-se que não há nenhuma justificativa para que se espere a edição de uma futura lei complementar, relegando ao âmbito da imoralidade o deferimento do registro de candidatura, quando a norma constitucional é tão clara e efetiva quanto aquilo que, desde a Emenda Constitucional nº 04/1994, surgiu como diretriz para o sistema eleitoral.

A idéia de que se está a operar em campo contrário ao princípio da presunção de não culpabilidade, inserido no artigo 5º LVII, da CF, deve ser afastada. O exame da matéria, para os fins dispostos no art. 14, § 9º da CF, não se realiza nos processos criminais para concluir pela culpabilidade ou não do processado. Na Justiça Eleitoral o que se deve efetuar é apenas a análise do contexto da vida pregressa do pré-candidato, quando se afigura indicativa de situação contrária à necessária moralidade para o exercício do mandato.

O instituto dos maus antecedentes, peculiar à esfera penal, não deve se confundir com a análise da vida pregressa. O que se busca, nos fins do art. 14 § 9º, são os fatos anteriores a uma determinada infração penal. Quando ligados ao âmbito da tipicidade penal, dentro daquilo que delimita a jurisprudência, e que acabam servindo como elemento orientador de uma série de institutos penais para a determinação da dosimetria da pena.

A vida pregressa a que alude a disposição constitucional engloba a existência de indícios de infrações penais, ou de circunstâncias que atentem contra a probidade administrativa, que poderão constituir empecilhos ao juízo positivo de moralidade para o exercício do mandato político.

O entendimento proferido pela unanimidade da composição do pleno do TSE no Recurso Especial Eleitoral nº 26.394/2006 ainda não se consolidou. Apenas três dos cinco últimos julgamentos, até março de 2008 manifestaram decisões semelhantes, fundamentadas na auto-aplicabilidade do art. 14, § 9º, conforme tabela abaixo:

Número	Natureza	Relator	Data	Art. 14, § 9º, CF
1.133	Recurso Ordinário	José Delgado	21/09/06	Auto-aplicável
1.176	Recurso Ordinário	José Delgado	20/09/06	Auto-aplicável
26.395	Recurso Especial Eleitoral	Marcelo Ribeiro	21/09/06	Não auto-aplicável
26.406	Recurso Especial Eleitoral	José Delgado	20/09/06	Auto-aplicável
26.437	Recurso Especial Eleitoral	Marcelo Ribeiro	21/09/06	Não auto-aplicável

No que é pertinente à Ação de Impugnação do Mandato Eletivo, a mudança de rito processual, embora tenha revigorado a força desta ação constitucional, não responde mais sozinha aos interesses da sociedade brasileira, principalmente, porque os seus julgamentos, muitas vezes, têm superado o tempo da própria legislatura do processado, criando um espírito de incerteza e de impunidade quanto às sanções ao abuso de poder econômico, fraude e corrupção. Quando a ação chega ao seu ápice, o julgamento final dos recursos, há uma exaustão do objeto, que se perde em virtude do processado já ter cumprido todo o mandato eletivo que estava em discussão.

Existe ainda uma séria questão estrutural na Justiça Eleitoral que deve ser reavaliada para o melhor desempenho das atribuições inerentes à Justiça Eleitoral; ela que é, cada dia, mais reivindicada em face da disseminação da consciência de cidadania. Trata-se da transitoriedade das funções dos juízes e dos promotores, agravada pelo reduzido número de servidores do quadro efetivo da Justiça Eleitoral, sobremaneira nos cartórios eleitorais do interior do Brasil em confronto com o grande número de servidores requisitados de órgãos envolvidos nas eleições gerais. A existência de agentes políticos, como juízes e promotores, de função transitória, se por uma via trás a renovação de correntes doutrinárias, por outro dificulta a especialização, a estabilidade nos julgamentos e a celeridade processual.

A Justiça Eleitoral não pode desenvolver suas atividades a reboque das novas e novíssimas resoluções, a toque da próxima eleição, sem uma continuidade de procedimentos, sem servidores permanentes. Até oficiais de justiça, ou quem lhes faça às vezes são requisitados de outros poderes como do executivo. Ter vida provisória tem sido sua característica.

O Juiz há de ser também um administrador de sua vara. A Justiça necessita de administração, que deve ser coordenada, também com a criação de uma nova consciência de concentração de responsabilidades de ação e fiscalização na figura do chefe de cartório eleitoral, sob pena de pôr em risco todo o sistema do processo eleitoral.

O problema não é pontual ou somente de algum órgão especificamente. Essa deficiência generalizada de recursos humanos impede o cumprimento dos prazos

determinados pela Lei Complementar nº 64/90 de uma forma corriqueira, principalmente, porque não há mentalidade de administração e gestão dos processos.

Quando julgada a inelegibilidade do mau político, os efeitos da sentença se restringem a apenas aos três anos posteriores a apresentação da ação, permanecendo o processado livre para concorrer às próximas eleições.

Para a solução dos problemas apontados na Justiça Eleitoral e para a garantia de efetivação de eleições limpas, livres em processo célere, algumas etapas procedimentais necessárias são indicadas:

- a. Revisão das competências dos órgãos das Justiças estadual e federal e sua interligação com a democracia representativa nas funções Executiva e Legislativa;
- b. Organização dos quadros da Justiça Eleitoral de forma permanente, nos moldes da Justiça do Trabalho, com a realização de concurso público para suprir as carências nas diversas esferas de atuação;
- c. Criação de dois cargos de Procuradores Eleitorais Adjuntos para auxiliarem o Procurador Regional Eleitoral nos Tribunais Regionais de forma constante;
- d. Elaboração de uma agenda de modernização das atividades eleitorais, a fim de imprimir celeridade processual na Justiça Eleitoral;
- e. Maior rigor na abertura de processos administrativos para apurar a responsabilidade das autoridades eleitorais que descumprem os prazos determinados em lei para a prática de atos processuais;
- f. Revisão da súmula nº 13 do TSE sobre a auto-aplicabilidade do art. 14 § 9º da Constituição Federal frente às novas decisões prolatadas desde 2006; e
- g. Sistematização e uniformização das decisões sobre o conteúdo jurídico do instituto da vida pregressa de modo a tornar sua aplicação clara e objetiva no âmbito da jurisdição eleitoral.
- h. Maior responsabilização dos partidos políticos junto à Justiça Eleitoral, eles que são detentores do mandato político, quando da concessão de legenda aos seus filiados para fins de concorrer às eleições.

Sugere-se por ainda o incentivo a seminários, colóquios, palestras nas Assembléias Legislativas, Câmaras Municipais, Associações Comunitárias, Conselhos de Participação e Controle social sobre os procedimentos adotados pela Justiça Eleitoral, ações e serviços ofertados à população. O primeiro passo é promover a aproximação entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a população visando efetivar o fim maior ao qual a Justiça Eleitoral se destina que é a concretização da soberania popular por meio da democracia eleitoral.

Faz-se necessário sobremaneira a democratização da economia,¹⁵ para que seja possível superar a exclusão social brasileira com seus assustadores dados de indigência e de desrespeito aos direitos humanos. Pesquisas demonstram que a população brasileira vivendo abaixo da linha de pobreza ainda perfaz 31% da sua totalidade.¹⁶

Até que ponto a fome, o analfabetismo e a exclusão social podem ser toleráveis num regime democrático constitucional? A injustiça social brasileira põe em risco as suas instituições democráticas, pois é impossível aquiescer a um regime constitucional que não estabelece o objetivo de realizar uma sociedade democrática razoável. Friedrich Müller¹⁷ tem proposto a discussão nos seus textos sobre o significado e múltiplas dimensões do povo. Se por um lado é agente da democracia, por outro é destinatário das políticas públicas do Estado. O povo é titular dos direitos fundamentais (individuais e sociais), porém, quase sempre esses direitos são desrespeitados em países periféricos como o Brasil.

Como se pode falar em democracia no Brasil, governo do povo, para o povo e pelo povo, com a exclusão econômica existente; situação caótica que provoca uma doença chamada miséria humana, cujo efeito maior é a perda da identidade e da individualização dos problemas? As pessoas são transformadas em números das taxas de exclusão financeira, social, política e jurídica.

Interesse coletivo, direitos individuais e sociais e, por que não dizer, a própria Constituição, são termos simbólicos no Brasil, país de extrema desigualdade no que concerne ao acesso ao conhecimento, aos serviços públicos e aos bens materiais. O interesse público faz parte da essência do Direito, da Constituição e do Estado. Se os administradores e a população em geral perdem o senso de interesse público, negligenciando o que é importante para todos, esquecendo o sentido de coisa pública, põem em risco a necessidade da existência do Direito e do próprio Estado, persistindo apenas condutas patrimonialistas, ora clientelistas, ora nepotistas, ou ainda de tempos em tempos, aqueles que se julgam acima do Direito e da Constituição, os salvadores da pátria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 41ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br>. Acesso em 30 de março de 2008.

¹⁵ O tema é desenvolvido por Gina Pompeu, que aponta a educação como direito social indispensável à transformação de uma democracia simbólica eleitoral em democracia participativa. POMPEU, Gina. *Direito à Educação*. Controle social e exigibilidade judicial. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2005.

¹⁶ População abaixo da linha de pobreza: Brasil 31% (2005) - <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2046.html>.

¹⁷ Friedrich Müller, autor contemporâneo que, com lucidez, trata dos problemas do sistema democrático. Alguns de seus trabalhos são: *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998; Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria de Cultura, out/2000.

BRASIL. *Lei Complementar nº64/1990*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em 28 de março de 2008;

BRASIL. *Lei nº7.664/1988*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em 28 de março de 2008;

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Edipro, 2006.

_____. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003;

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?*. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria de Cultura, 2000.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal, noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

POMPEU, Gina. *Direito à Educação. Controle social e exigibilidade judicial*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2005.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PELO DESENVOLVIMENTO. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Vol. II: Compendio Estadístico. Peru, 2004.

ROCHA, César Asfor. *Recurso Ordinário, Eleições 2006*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br>. Acesso em 23 de outubro de 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMON, Pedro. *Projeto de Ementa Constitucional nº 02/2008*. Disponível em www.senadofederal.gov.br. Acesso em 11 de março de 2008.

VIDIGAL, Edson. *Vidigal defende controle social sobre agentes públicos*. Disponível em http://www.tj.to.gov.br/exibir_noticias.asp?id=476. Acesso em 30 de março de 2008;



INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO POLÍTICO DE CORNELIUS CASTORIADIS E SUA APLICABILIDADE NA COMPREENSÃO DA DEMOCRACIA

*Gretha Leite Maia**

RESUMO

A produção intelectual de Cornelius Castoriadis, filósofo grego falecido em 1997, tem como objetos centrais de investigação o papel do imaginário na instituição da sociedade e o conceito de autonomia. No pensamento político de Castoriades, a História é uma criação imaginária, assim como a própria Democracia. A autonomia individual é a capacidade de o indivíduo participar da formação e aplicação de regras sociais que contém o padrão de conduta que lhe serve de modelo. O pressuposto desta organização social é democracia direta e não a forma atual de democracia representativa, identificada como uma oligarquia liberal anunciada como democracia. A condição fundamental da autonomia é a possibilidade de questionar tradições, algo definitivamente excluído de sociedades fundadas em verdades sagradas ou em qualquer tipo de sistematização teórica fechada. A aplicabilidade dos conceitos da teoria política formulada por Castoriadis promove uma reaproximação da dogmática jurídica da fundamentação política do Direito, contribuindo para a compreensão da função do Direito, como fenômeno sócio-histórico, da modernidade à contemporaneidade.

Palavras-chave

Política. Democracia. Direito. Dogmática.

ABSTRACT

The intellectual production of Cornelius Castoriadis, Greek philosopher died at the very end of 1997, laid the groundwork of studying the role the imaginary in structuring society and the concept of autonomy. In Castoriadis' problematic, History is an imaginary creation, so is Democracy. The individual autonomy is the ability that the individual take a direct part in the formation and implementation of the social law which condition his activity. This presupposes a social organization based on direct democracy and not on representative democracy, in fact a liberal oligarchy, just called democracy. The fundamental condition for autonomy is the ability to question traditions, something excluded in social organization based in given truths and closed systems of idea. The applicability of the Castoriadis' political theories promotes an approach of jurisprudence dogma to political discourse, which is an important contribution for the Law function understood as a social-historical phenomenon, from modernity to the present.

Key-words

Politic. Democracy. Law. Jurisprudence dogma.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Faculdade Christus.

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se neste breve estudo propor uma leitura introdutória ao pensamento político de Cornelius Castoriadis, e o exame da possibilidade de aplicação de tal pensamento político à solução dos dilemas contemporâneos do Direito. Economista, filósofo, psicanalista e crítico político, Cornelius Castoriadis, pensador marxista contemporâneo, nascido na Grécia em 1922 e radicado na França desde 1945, identifica-se como o filósofo da autonomia. Seu pensamento revisita os conceitos do discurso político da modernidade, agregando uma proposta de construção de um espaço político realmente democrático, lugar para a realização do projeto de autonomia do Homem. Abordamos, ao final e sucintamente, os problemas do Direito, iniciando pelo papel que lhe é proposto desde a passagem do período medieval para a modernidade e os desafios que se lhe apresentam na contemporaneidade: o seu distanciamento da seara política e os problemas de aplicabilidade de institutos pretéritos na solução de problemas do presente.

Historicamente, o termo modernidade identifica o processo de passagem de um pensamento religioso, de uma forma de produção de bens, de um modo de organização social e de uma maneira de produzir conhecimento que se diferencia radicalmente do período histórico que a antecede: o período medieval. Assim, para o catolicismo cristão medievo, temos a reforma protestante; para o feudalismo, temos o mercantilismo e a seguir o capitalismo; para a comunidade medieval, temos o indivíduo moderno; e finalmente para as escolas medievais de Santo Agostinho e Santo Tomás, temos o advento da ciência moderna. Isto tudo considerado do ponto de vista eurocêntrico².

O Direito canônico convivía, no contexto medieval, com as ordenações do Rei e com as regras das corporações de ofício. Esta é sempre uma característica apontada na doutrina para identificar o dito Estado Medieval: a fragmentação e a multiplicidade de ordens jurídicas³. Ora, sabemos que do ponto de vista da organização política, a modernidade é o Estado dotado de soberania, territorializado e matriciado por um elemento pessoal chamado povo, identificado como uma unidade homogênea pela idéia de nação. Assim, nada mais lógico do que a passagem da fragmentação das diversas ordens medievais para uma única ordem jurídica, igualmente soberana porque derivada da soberania do Estado Moderno, no uso do poder que ele concentra. Assim o monopólio de produção da ordem jurídica passa para o Estado assim como, conseqüentemente, o monopólio da Jurisdição⁴.

² A simplificação a que se submete o processo de passagem do período medieval para a modernidade foi utilizada aqui somente por amor à clareza e concisão.

³ Cf. DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria do Estado*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.70.

⁴ Deveríamos aqui revisar *O Espírito das Leis* de Montesquieu, mas o estudo terminaria derivando para o tema separações de *poderes* como solução política pensada por Montesquieu e a técnica de organização das competências dos diversos órgãos estatais na estrutura burocrática do Estado moderno. Esta citação, porém, não é de todo impertinente, pois chama atenção para um fenômeno bastante característico do ingresso no Direito na modernidade, cujo marco mais contundente é a

O Direito na modernidade também é caracterizado por outro fenômeno: o advento da ciência, *locus* de produção do conhecimento válido. Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵ desenvolve um pensamento sobre o Direito na dimensão da modernidade, como ciência. Diz-nos o autor do encontro do Direito com o positivismo, ou seja, da existência de um campo *teórico* do Direito, e nos apresenta aos *modelos* da ciência do Direito: o direito como teoria da norma, o direito como técnica de interpretação e o direito como teoria da decisão. Recomendamos a leitura do livro todo, mais de uma vez, de preferência em diferentes estágios de sua formação jurídica. Mas aqui vamos nos concentrar nas duas últimas páginas das conclusões.

Tércio conclui que a *práxis* da Ciência Jurídica⁶ se revela numa combinatória de modelos. O jurista, no enfrentamento de litígios, enfrenta questões de decidibilidade e para isso faz uso de técnicas. Nas palavras do autor, a ciência do Direito se constitui como uma *arquitetônica de modelos*. Mas a mera técnica jurídica não pode se confundir com ciência do Direito. Isto porque “a decidibilidade é um **problema e não uma solução**, uma questão aberta e não um critério fechado, dominada que está por aporias como a da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade, a eficiência(...)”⁷. Assim, os problemas do direito estão abertos para diversas alternativas possíveis de solução. A solução adotada por um determinado jurista, porém, não contém apenas explicação de fenômenos. As decisões judiciais são um comando que vai intervir no movimento da sociedade, ou seja, é um elemento invasivo e, portanto, componente da instituição social da realidade. Também, e por isso, a decisão judicial se torna, na prática, como diz Tércio, doutrina, isto é, “elas ensinam e dizem como devem ser feito”⁸. O agrupamento de doutrinas transforma a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica.

Chegamos à idéia central do autor, que pretendemos reler a luz dos conceitos advindos do estudo de Castoriadis: o dilema do Direito como sistema aberto e fechado ao mesmo tempo.⁹ Diz Tércio que a dogmática é, neste sentido, um corpo de doutrinas que tem por função básica um *docere*. Esse *docere* é justamente o que delimita as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, proporcionando certo fechamento no critério de combinação de modelos. O que

proposta do Código Civil Napoleônico: a ele, Direito, se reservam uma série de problemas para resolver. Esse assunto será abordado no item 02, bem como quando apresentamos o capítulo “Antropologia, filosofia e política”, no item 03. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶ Vemos aqui mais um exemplo da honestidade intelectual do autor: ele está colocando os termos – os limites – em que propõe suas idéias, em que desenvolve seu raciocínio: o problema da práxis em uma ciência – a jurídica – que é essencialmente voltada para uma ação interventiva na sociedade. Ou seja, não dá para discutir direito se afastando dessa sua dimensão.

⁷ FERRAZ JUNIOR, T. op. cit.

⁸ Ibidem, p.108.

⁹ O pensamento ocidental de matriz aristotélica é estruturado para o trabalho com pares de opostos, por isso o estranhamento da oposição aberto e fechado.

não pode ser perdida nesta compreensão é a noção de que a racionalidade do saber dogmático não é o único componente da ciência jurídica, pois isso fecha o sistema e desnaturaliza o seu caráter arquitetônico de combinatória de modelos, que é condição de vitalidade do Direito. Tal fenômeno é descrito nos manuais acadêmicos em termos de eficácia do ordenamento jurídico¹⁰.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO PENSAMENTO POLÍTICO DE CORNELIUS CASTORIADIS¹¹

Cornelius Castoriadis nasceu em Atenas, em 1922, onde cursou Direito, Economia e Filosofia, radicando-se na França desde 1945, aonde veio a falecer em 1997. Entre suas inúmeras obras¹², destacamos a que esta organizada sob o título “As encruzilhadas do labirinto”, sendo este artigo uma tentativa de sumarizar os seguintes capítulos: “Que democracia?” do livro “As encruzilhadas do Labirinto VI – Figuras do pensável; “Poder, política e autonomia” do livro “As encruzilhadas do labirinto III – O mundo fragmentado; e, o capítulo “Antropologia, filosofia e política” do livro “As encruzilhadas do labirinto IV – A ascensão da insignificância.

O capítulo “Que Democracia?” inicia com a contextualização do que se convencionou chamar de *vitória da democracia*: o desmoronamento dos regimes políticos socialistas do leste europeu. Daí a provocação inicial que dá nome ao capítulo: vitória de que democracia? Tomando a pergunta como ponto de partida, Castoriadis examina o que disseram dois dos principais pensadores da chamada democracia dos modernos.

Rousseau, filósofo mais imediatamente associado à teoria da democracia ligada à idéia de soberania popular, já nos alertava da conveniência deste regime para os deuses, não para os homens, execrando o sistema representativo, posto que a democracia somente se efetiva na ausência de delegações.

O regime que se impõe após as revoluções burguesas não poderia ser por Rousseau qualificado de democracia.

Tocqueville é outro dos pensadores da democracia dos modernos, citado por Castoriadis. O contexto sócio-histórico no qual seu pensamento se desenvolveu foi a experiência Jeffersoniana de governo na América do Norte, na primeira metade do s. XIX, quando as oligarquias da revolução industrial se apoderaram do poder político. Assim democracia passa a ser aquela situação

¹⁰ Cf. MOREIRA, Luiz Moreira. *A constituição como simulacro*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2007.

¹¹ A motivação para escrever este artigo veio do atendimento a um convite formulado pela prof^a Fayga Bedê para participar como debatedora da palestra *Política, autonomia e justiça: os horizontes utópicos da democracia*, parte integrante da programação do projeto Café (Cons)ciência. A palestra foi proferida pela professora Mirtes Amorim, professora doutora em filosofia política e orientanda de Cornelius Castoriadis, profunda conhecedora de sua produção intelectual. Assim, este artigo é uma tentativa de oferecer aos estudantes de Direito um *paper* que sintetize aquele encontro.

¹² Vide www.castoriadis.org.

social em que há igualdade de condições de acesso ao poder a todos. A igualdade de condições é então o valor ou a finalidade social que se projeta da opção de exercício democrático do poder, que leva a sociedade à modernidade pela rejeição das antigas discriminações sociais. Ou seja, bastava um conjunto de instituições políticas que garantissem a todos as mesmas chances de ser parte da elite dominante. Então o poder é exercido mesmo por uma elite dominante, na qual todos têm as mesmas chances de ingresso: essa igualdade de acesso seria a democracia.

Tal concepção de democracia exclui a identificação da democracia como um projeto de autonomia individual e coletiva, um regime de “auto regulamentação” dos povos, que é a proposta de Castoriadis. Descartando a *democracia dos modernos* como este projeto de autonomia, volta-se Castoriadis a examinar o que, na história do Homem, foi o primeiro grande projeto de autonomia do sujeito: a *democracia dos antigos*.

A noção de categorias do pensar desenvolvidas na Grécia antiga é de fundamental importância para a compreensão do sentido da idéia de participação na formação da vontade coletiva. O conceito de esfera pública encontra sentido pleno se nos apoiarmos na identificação dos gregos quanto à existência efetiva de três espaços de realização das potencialidades do Homem: o seu *oikos* – o lugar dos negócios estritamente privados – a *agora* – o espaço coletivo de convivência e discussão – e a *ekklesia*, o lugar, no regime democrático, onde se delibera e se decide sobre os negócios públicos, que afetam, e por isso interessam, a todos indistintamente. É claro que tal divisão do mundo – projeção do nosso imaginário – somente é possível se introjetarmos tais abstrações, bem como a noção de que por elas – abstrações – nós podemos por alguma ordem no caos¹³. Trataremos disso adiante.

Nas sociedades ocidentais modernas a esfera pública – o lugar das decisões – nunca chegou a se constituir como um espaço plural: sempre foi objeto de apropriação privada, possessão de uma oligarquia política, nunca aberta ao corpo político das nações, até mesmo porque este nunca chegou a se constituir. Uma das premissas de construção de uma democracia como um projeto de autonomia dos indivíduos é a existência de uma sociedade politizada, consciente de seu papel, com pleno acesso à informação e com capacidade efetiva de refletir criticamente antes das tomadas de decisão. Por isso na sociedade ateniense só tinham voto na *ekklesia* os homens que não tivessem de trabalhar para viver, porque uma coisa era ser a unidade produtiva que suporta o *oikos* de cada um – os escravos e as mulheres - outra coisa é ter a energia e o tempo empregados na discussão e reflexão do que seja ideal para todos.

A democracia na modernidade nos oferece, portanto, duas contradições: o sistema representativo partidário como canal de exercício para a atividade

¹³ GUERRA, Marcelo. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico*, n. 4, 2005, p. 43-52.

política e o sistema capitalista de produção de bens, que torna o Homem uma unidade produtora – o *homo faber*, de que nos fala Hannah Arendt. Ou seja, aquela premissa de que se falava no parágrafo anterior – o indivíduo autônomo – jamais poderá ser satisfeita dentro do modelo capitalista de produção de bens, que faz surgir o homem completamente particular, completamente individualista¹⁴. Lembremos-nos que Castoriadis é marxista. Decorre daí uma crítica ao conformismo generalizado das sociedades capitalistas, identificado na indiferença da sociedade às questões políticas: está sendo roubada do Homem a capacidade de imaginar – perceber - o seu próprio mundo. Sem perceber o mundo, como conceber o Homem parte integrante de um corpo político que constrói exatamente este mundo imaginário? A inércia política, gerada pela organização de um modo de vida dos modernos, portanto consequência deste mundo, é também, ao mesmo tempo, o que faz funcionar as sociedades capitalistas fundadas na propriedade concebida na dimensão do indivíduo.

Fechado o capítulo, Castoriadis provoca a discussão de que condições de organização social estão sendo oferecidas sob o rótulo de democracia, não passando na verdade de um regime de oligarquia liberal ancorada na apatia política e no indivíduo privado, que abarca inclusive um padrão de consumo destruidor da natureza.

O que nos torna, enquanto agrupamento humano uma sociedade, tem sido objeto de investigação em vários momentos históricos, inclusive sendo este o móvel da produção do pensamento contratualista. No capítulo “Poder, política e autonomia”, temos a discussão da instituição da sociedade, isto é, o que nos torna mais que uma reunião aleatória de indivíduos, e da identificação do sujeito. É, dos capítulos estudados, o que tem o maior aporte psicanalítico, pois desenvolve a idéia do sujeito – ou da subjetividade – como produto de duas forças que operam em nós: a psique e a dimensão sócio-histórica, as forças do caos e do cosmos.

Todo indivíduo possui um núcleo psíquico, irredutível às forças sócio-históricas, que impõe às instituições a tarefa de lhe fornecer um sentido, forçando e induzindo o ser humano singular a tornar sensatas – providas de sentido – as partes saídas do magma das significações imaginárias sociais. Assim, cada um de nós já nasce dentro de uma sociedade já instituída, obra do imaginário radical. Em Castoriadis, essa *instituição social* é um tipo de relação sem outra igual, sem parâmetros analógicos, não sendo possível categorizar matematicamente ou se propor em termos de uma lógica formal (talvez possível dentro da lógica dialética): criando-se, a sociedade cria os indivíduos, indivíduos estes onde – e somente onde – a sociedade pode criar-se. Na lógica formal, todos já adivinhamos, temos uma tautologia. Por isso, Castoriadis nos alerta para pensarmos em termos de categorias imaginárias radicais: a sociedade é

¹⁴ É interessante notar que Castoriadis chama atenção para a impossibilidade de existir direito no individualismo. É noção de todo estudante de direito a biolateralidade-atributiva das lições de Miguel Reale.

auto-criação e auto-alteração, a partir de cada indivíduo, como uma salvação do caos – da psique. As vias de manifestação identificável da psique singular seriam então as transgressões e as patologias psíquicas. As primeiras contribuem enormemente para a alteração do mundo social.

Portanto, as significações imaginárias criam o mundo para cada indivíduo, daí a idéia de cosmos – ordem. Daí vem as noções de espaço e tempo – espacialidade e temporalidade, na tentativa de dotar o mundo de sentidos. A sociedade, então, são as instituições – a linguagem, a lei, o trabalho, as interdições – enquanto que a psique é a rebeldia em toda sua balbúrdia. Podemos afirmar que do ponto de vista psico-social, o indivíduo é fabricado: a psique vai abandonando o caos e investindo-se num mundo institucional, apropriando-se de regras socialmente instituídas. Neste caso é claro que a psique tem de encontrar um *sentido* nas instituições. Socializar-se, portanto, é interiorizar as instituições.

Assim, a sociedade cria o mundo, o investe de sentido, faz um conjunto de provisões de significação destinada a suprir com antecedência tudo o que aparecer e dota-se de um poder para que a socialização aja diante da psique. Poder então seria a capacidade de levar alguém a fazer o que sozinha não faria, convencido de que o faz espontaneamente: eis o indivíduo institucionalizado.

Transcrevo um dos mais belos trechos lidos neste capítulo:

O que devemos admirar mais: a plasticidade quase total da psique em relação à formação social que a subjuga ou a sua capacidade invencível de preservar seu núcleo monádico e sua imaginação radical, anulando por aí, pelo menos parcialmente, a escolaridade sofrida perpetuamente? O certo é que o ser próprio e irreduzível da psique singular se manifesta sempre - como sonho, doença psíquica, transgressão, litígio, alteração – mas também como contribuição singular (raramente determinável nas sociedades tradicionais) à hiperlenta alteração dos modos do fazer e do representar sociais.¹⁵

É neste capítulo que Castoriadis desenvolve duas das idéias chaves de seu pensamento: o conceito dos donos do poder como os donos da significação e o conceito de política como a atividade coletiva explícita que pretende ser considerada lúcida e refletida tendo como objeto a instituição da sociedade enquanto tal, isto é, a política surge quando é posta em questão a validade das instituições jurídicas. O móvel da política, pondo às claras os termos do problema, é a criação de novas significações. Quando nos vemos na premência de criar novas significações, dotando de sentido as instituições sociais, temos a necessidade da imaginação, como a *capacidade de propor novas formas políticas*.

Fechamos mais uma vez com o problema das sociedades industriais

¹⁵ CASTORIADIS, C. CASTORIADIS, Cornelius. *O mundo fragmentado*. As encruzilhadas do labirinto, v. III. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992, p.129.

contemporâneas: a apatia política e o esgotamento físico e psíquico a que conduz o *homo faber* e a impossibilidade de nesta organização social construirmos uma democracia como projeto de autonomia. A democracia pressupõe a construção de um corpo político e o homem das sociedades ocidentais contemporâneas é o homem particular do capitalismo moderno, do modelo burguês liberal, um inerte político, um indiferente, um irresponsável e despreocupado que produz na semana e se distrai consumindo no final de semana.

No capítulo “Antropologia, filosofia e política”, temos uma discussão sobre o homem que modifica a sociedade sem deixar de lhe pertencer enquanto produto. Por isso a importância do questionamento. Lembrando que a psique sempre procura um sentido e é isso que se espera que as instituições sociais lhe forneçam. São infinitas as possibilidades de ser para o Homem, pois cada homem é um infinito particular. Nós – cada um de nós – somos também criações a que a sociedade vai atribuindo um sentido. O Homem então é essa possibilidade de fazer existir outras formas de existência social e individual.

Mas a ordenação em que se constrói a sociedade só se institui no fechamento do sentido e da significação. Sem esse fechamento não temos a experiência coletiva do sentido, como no caso da linguagem. Trata-se, entretanto, de um “fechamento aberto” que permite que a subjetividade reflexiva e deliberante não expulse as obras da imaginação, mas receba-as criticamente e decida em aceitá-las ou não. Remetemos à introdução, quando anunciamos a tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior de identificação do Direito como um sistema aberto e fechado simultaneamente.

A abertura de um *sistema social* permite o questionamento e a eventual alteração do padrão que orienta o modo de ser do Homem enquanto ser social. A pergunta “que devo fazer” não só se permite onde há espaço para que o código de comportamento se quebre, mas é também responsável por criar este espaço, de onde podem emergir novas significações imaginárias. A proposta de Castoriadis é então iniciarmos uma nova fase de criatividade política, saindo da apatia e da privatização que caracterizam as sociedades industriais contemporâneas.

A sociedade industrial contemporânea também compromete as chamadas “escoras” do processo de identificação do sujeito, como a família, o local de trabalho, onde nascemos ou vivemos, que definem muito do que somos¹⁶. Isto porque toda sociedade tem seu próprio magma de significações, que nos orienta no fazer ou não fazer algo e nos identifica como sujeito pertencente a este ou aquele grupo social. Até mesmo a afetividade ou a maneira como a exercitamos provem deste magma de significações, próprio de cada sociedade. Por isso a linguagem é a instituição social por excelência, posto ser a língua um instrumento de socialização, por ser o veículo por onde se transmitem as significações.

¹⁶ O fenômeno da apropriação destes espaços de identificação do sujeito pela lógica do consumo, por exemplo, produz absurdos como o veiculado no *outdoor* da campanha publicitária de adoçante: *felicidade é entrar num vestido tamanho p.*

Castoriadis passa a discorrer então acerca do papel da religiosidade como uma destas escoras do processo de identificação, bem como do tema recorrente na sociedade grega, qual seja, a fuga da morte. A certeza da morte – finitude – tem importante papel como princípio de organização – ordenação – no mundo antigo. Na proposta da modernidade, a religiosidade foi substituída pela racionalidade, que gerou para o Direito a função de extrema regulação das condutas, naquilo que Max Weber desenvolve como dominação legítima porque racional (ou dominação legal). Falamos nisso na introdução. A consciência de nossa mortalidade – tão presente no homem grego, para quem homem e mortal eram uma só palavra – também desaparece como uma escora de nosso processo de identificação na modernidade.

Norbert Elias nos fala da possibilidade de ajuste de nossa vida, e particularmente nosso comportamento em relação às outras pessoas, à duração limitada de cada vida. Isto porque os seres humanos devem aprender a regular sua conduta em relação aos outros em termos de limitações e regras específicas à comunidade. Sem esse aprendizado, não somos capazes de funcionar como indivíduos e membros de um grupo. Na modernidade, muitas vezes as pessoas se vêem como indivíduos isolados, totalmente independentes dos outros. Assim:

Perseguir os próprios interesses – vistos isoladamente – parece então a coisa mais sensata e gratificante que uma pessoa poderia fazer. Nesse caso, a tarefa mais importante da vida parece ser a busca do sentido apenas para si mesmo, independente das outras pessoas. Não é de surpreender que as pessoas que procuram essa espécie de sentido achem absurdas suas vidas. Raramente e com dificuldade, as pessoas podem ver a si mesmas em sua dependência dos outros – uma dependência que pode ser mútua – como elos ligados na cadeia de gerações, como quem carrega uma tocha numa corrida de revezamento, e que por fim a passará ao seguinte¹⁷.

Desenvolvendo seu argumento, Elias nos fala da confiança inabalável nas leis da natureza que contribuem para a sensação de segurança diante dos fatos naturais, característica das pessoas em sociedades que vivem sob o signo da ciência, com alto grau de pacificação interna, ou seja, as sociedades da modernidade. Nós temos uma enorme sensação de segurança.

Resulta do abandono da religiosidade e do distanciamento da idéia de mortalidade a conclusão de que as significações que garantem a ordem social têm sua matriz no que é humano, não no que é mitológico ou divino. Daí porque Castoriadis nos identifica mais próximos de um projeto de autonomia do que o homem grego. A psicanálise é então investigada na sua capacidade de contribuir com a construção da esfera política, para além de seu papel como alívio do sofrimento psíquico e uma forma de otimizar a adaptação do sujeito a uma ordem social instituída. Também a

¹⁷ ELIAS, Norbert. *A solidão dos Moribundos, seguido de Envelhecer e morrer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar., 2001, p. 42.

arte faz parte de uma proposta de Castoriades, anunciada na belíssima expressão que identifica a arte como *uma janela para o caos*.

3 OS DESAFIOS DO DIREITO: DA MODERNIDADE ÀS SOLUÇÕES DE CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS.

Para iniciarmos um diálogo sobre *os desafios do Direito*, temos que estabelecer minimamente o conteúdo dos conceitos que compõem a expressão acima, com o objetivo de limitar as fronteiras da discussão. Quando nos referimos aos desafios do Direito, estamos falando de sua identificação epistemológica (compreensão do que é o Direito), devendo-se o uso do termo *desafios* mais especificamente porque verificamos, nos diversos discursos jurídicos, uma utilização aleatória de categorias próprias de determinadas *tr* produzir. Assim, o estudo (compreensão) do Direito apresenta-se hoje desenraizado da discussão que lhe deveria ser imprescindível: qual a opção política em que se funda a construção do Direito, seus institutos, qual o aporte filosófico que justifica sua existência, e em especial: qual a função do direito que se cristaliza nas decisões judiciais e que intervirá no mundo dos fatos?¹⁸

Para o fechamento da discussão quanto o uso da expressão *os desafios do Direito: da modernidade às soluções de conflitos contemporâneos*, resta-nos o exame do alcance dos termos *modernidade e contemporaneidade*. Sergio Adorno, na apresentação do *Dossiê Judiciário*¹⁹, propõe um fórum de discussão cujos principais objetos sejam os juízes e as demandas *contemporâneas*. A modernidade anuncia a promessa liberal-burguesa de uma sociedade racionalmente submetida a regras e organizada no sentido da eficácia administrativa e produtiva, como nos ensina as lições weberianas. Neste sentido, *na modernidade* o problema é posto pelo racionalismo liberal, herança das revoluções burguesas do século XVIII, que se estende até a *contemporaneidade*, expressão que permeia as discussões do Dossiê Judiciário. Tal problema pode ser definido nos seguintes termos: a identificação do Direito na Lei.

E de que maneira a identificação do Direito com a Lei constitui-se na contemporaneidade um *problema* ou um *desafio* a ser ultrapassado e não a *solução* de segurança e estabilidade tal como proposto nas revoluções que objetivavam romper com a instabilidade e insegurança jurídica do período feudal?

Em primeiro lugar porque a Lei é uma categoria que trabalha como o

¹⁸ Necessariamente tal indagação se desdobra em outros questionamentos de igual importância, como a discussão de qual o papel do Poder Judiciário como parte do aparelhamento burocrático do Estado Moderno e na moderna separação de poderes.

¹⁹ O *Dossiê Judiciário* é um conjunto de textos que sediam estudos que objetivaram um levantamento dos problemas do Poder Judiciário no Brasil, publicado em 1994 na Revista USP, numa abordagem panorâmica que traz desde análises jus-filosóficas, como o problema da Justiça, até textos sobre a organização judiciária. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão os Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP - Dossiê Judiciário*, n.21, p. 12-21, mar./mai., 1994.

passado. A Lei veicula um padrão de conduta social que se cristalizou pela sua repetição *espontânea* na sociedade. Então o modelo racional funda-se na possibilidade de *dicção do direito* – tanto na função legiferante como na jurisdicional – pela aplicação do modelo já disponível, sediado numa norma jurídica. Ressalte-se inclusive o status diferenciado da norma jurídica da *mera* norma social, posto que estamos falando de norma que, enquanto *jurídica*, tem à sua disposição todo um aparelho burocrático do Estado moderno, que lhe confere um verdadeiro arsenal de instituições para obrigar ao seu cumprimento²⁰.

A contemporaneidade, por outro lado, é o presente. Os juízes têm a sua frente problemas do presente, cuja solução demanda mais do que o conhecimento técnico da dogmática jurídica – o passado. E isto traz de volta para os fóruns de discussão do Direito o tema da fundamentação dos seus institutos, o que nos coloca diante da impossibilidade do Direito existir como um fim em si mesmo – como uma teoria pura – reconduzindo as discussões jurídicas para a filosofia, para a política, para a sociologia e mesmo para a psicanálise, saberes que têm em comum o objeto de investigação o comportamento humano e seu controle.

4 CONCLUSÕES

Escrever sobre a contribuição de um filósofo político marxista como Castoriadis para a compreensão do Direito não se limita a uma exposição de idéias. Trata-se de uma opção metodológica de produção do pensamento orientado pelo sentido de autonomia que permeia o pensamento filosófico e político de Castoriadis. Como instrumento metodológico de produção de um pensamento autônomo, na construção de um projeto político autônomo. Mas, para que nós sejamos capazes de construir a discussão de outros modelos, devemos ser capazes, antes de tudo, de avaliar a opção por uma organização política, social, econômica e cultural que se apresentou como um novo modelo de organização para uma determinada época e lugar – o continente europeu no séc. XVIII - e que naturalmente (ou historicamente) se vê esgotado diante da contemporaneidade.

Não nos referimos à idéia de que há uma *crise* do modelo liberal, preferindo a compreensão de que o movimento social de desenrola em um processo dialético, em dinâmica permanente. A europeização do continente americano nos deixou anos sonhando com *uma revolução francesa*, na construção de teorias e teorias jurídicas de transposição de idéias sem adequação para nossa sociedade.

Por outro lado, a introjeção de conceitos do pensamento político

²⁰ Acrescente-se ainda que outro *valor da modernidade*, traduzido no problema da *liberdade*, também foi *solucionado* pelo que se anuncia num dos mais basilares princípios do direito – ninguém deve escusar-se do cumprimento da lei por não conhecê-la. Ou seja, a possibilidade de pleno conhecimento da conduta modelar a ser adotada em qualquer situação de dúvida quanto à conduta a ser seguida, soluciona o problema da possibilidade de escolha da conduta – liberdade - pelo caráter de pré-disposição da lei (porque estando previamente estabelecido deverá ser conhecido e *obedecido*).

arrimando o discurso jurídico busca alcançar o deslocamento do pensamento jurídico matriciado apenas nas técnicas de solução de conflito, tendo como proposta a identificação de que ao direito não pode ser reservada a função exclusiva de produção e exercício da normatividade de condutas, tal como lhe atribuem o projeto da modernidade e da racionalidade.

A compreensão do pensamento político de Castoriadis possui uma intenção específica: a retomada de um projeto acadêmico de discussão e reflexão dos problemas do Homem, identificada a sociedade e seus arranjos para a vida coletiva como um produto do nosso imaginário, como instituições do mundo ético, cultural. Somente com o pensamento, ancorado nesta concepção de Mundo, podemos iniciar a tarefa de construção de um projeto político de autonomia do sujeito.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. Apresentação. *Revista USP - Dossiê Judiciário*, n.21, p. 06-11, mar./mai., 1994.
- CASTORIADIS, Cornelius. *O mundo fragmentado*. As encruzilhadas do labirinto, v. III. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992.
- _____. *A ascensão da insignificância*. As encruzilhadas do labirinto, v. IV. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- _____. *Figuras do pensável*. As encruzilhadas do labirinto, v. VI. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria do Estado*. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2005,
- ELIAS, Norbert. *A solidão dos Moribundos, seguido de Envelhecer e morrer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão os Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP - Dossiê Judiciário*, n.21, p. 12-21, mar./mai., 1994.
- GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico*, Fortaleza, n. 4, p. 43-52, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2007.
- MOREIRA, Luiz; MERLE Jean-Christophe (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy livraria, 2003.



SEGURANÇA JURÍDICA E LEI COMPLEMENTAR

*Hugo de Brito Machado**

RESUMO

No presente artigo o autor desenvolve a fundamentação de tese já defendida em textos anteriores, segundo a qual a lei complementar qualifica-se como tal em razão do procedimento adotado em sua elaboração, com exigência de quorum qualificado para sua aprovação. E procura mais uma vez demonstrar que esse entendimento prestigia a segurança jurídica, que entende ser prejudicada pela tese à qual se opõe segundo a qual a lei complementar somente se qualifica como tal se tratar das matérias a elas reservadas pela Constituição.

Palavras-chave

Lei complementar. Hierarquia normativa. Segurança jurídica.

ABSTRACT

In this paper, the author develops the basis of a thesis already defended in early articles, witch consists in the qualification of a complementary law conform the procedure adopted in its elaboration, including the requirement of absolute majority to its approbation. And look for once more demonstrate that this thesis protects the juridical security, harmed by the opposite thesis, witch says that the complementary laws is defined only by the subjects or topics that the Constitution reserves to this normative specie.

Key-words

Complementary Law. Legal hierarchy. Legal security.

1 INTRODUÇÃO

A existência de hierarquia entre as espécies de normas que integram o sistema jurídico não é questão que tenha gerado muitas divergências. Embora alguns problemas possam ser colocados, especialmente no que concerne aos conceitos jurídicos utilizados pelas normas, certo é que tem sido geralmente admitida a existência de hierarquia e tem sido pacífico o entendimento segundo o qual a posição de cada norma no sistema se estabelece mediante critérios razoavelmente assentados, de sorte que não se conhece divergência que ainda esteja a merecer considerações.

* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

No que diz respeito à relação entre lei complementar e lei ordinária, todavia, ainda existem sérias divergências, e o Supremo Tribunal Federal está apreciando a questão de saber se pode uma lei ordinária alterar ou revogar dispositivos de lei complementar, ao argumento de que a matéria neles tratada não integra a denominada reserva constitucional de lei complementar.

A nosso ver a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária é hoje uma questão inteiramente superada. O que ainda se discute é a questão de saber quais os requisitos necessários para que uma lei se configure como lei complementar. E embora em certas situações possa parecer que a questão é a mesma, na verdade existe uma diferença bastante clara entre elas. Por isto, e diante da persistência da afirmação, agora feita com ares de dogma, de que uma lei somente se caracteriza como complementar quando trata de matéria constitucionalmente reservada a essa espécie normativa, pareceu-nos haver ainda bastante interesse no exame da questão, sobretudo em face da segurança jurídica, que a nosso ver fica seriamente comprometida se adotamos a tese segundo a qual a caracterização da lei complementar exige elemento substancial, de conteúdo.

Não nos move o intuito de alimentar polêmica inútil. O que nos motiva é apenas a crença de que o assunto ainda não está suficientemente esclarecido e que, mesmo diante de uma possível decisão do Supremo Tribunal Federal, adotando a tese que se vem fazendo predominante graças ao prestígio de seus autores, o assunto ainda deve ser repensado, especialmente em face da segurança jurídica que certamente deve ser preservada.

Vamos iniciar fazendo a síntese das três teses que a doutrina construiu a respeito das relações entre lei complementar e lei ordinária. Depois veremos, ainda que sumariamente, porque nos parece haver superioridade hierárquica da lei complementar. Em seguida cuidaremos da identidade específica da lei complementar em nosso sistema jurídico e de outros aspectos relevantes da questão das relações entre lei complementar e lei ordinária.

2 AS TRÊS TESES DOUTRINÁRIAS

No questionamento das relações existentes entre lei complementar e lei ordinária três teses foram formuladas pela doutrina, a saber: a) a que afirma a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, sendo a reserva constitucional de lei complementar apenas uma questão de competência; b) a que afirma a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sustenta que só se qualifica como lei complementar aquela que trata de matéria constitucionalmente reservada a essa espécie normativa, e finalmente, c) a que afirma a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, independentemente da matéria tratada.

Como se vê, são três teses doutrinárias nitidamente distintas. A primeira, que nega a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, foi

defendida especialmente por Celso Ribeiro Bastos, e tinha consistência antes de ser introduzida em nosso sistema jurídico a figura da lei complementar com qualificação formal.² Hoje, porém, pode ser considerada uma tese inteiramente superada. A segunda, que afirma a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sustenta que a qualificação como lei complementar depende do elemento formal e também do elemento substancial, sendo certo que somente se qualifica como lei complementar a lei que, aprovada como tal pelo Congresso Nacional, trate de matéria constitucionalmente reservada à lei complementar. Foi defendida por Geraldo Ataliba e Souto Maior Borges e contou com aceitação praticamente unânime da doutrina, graças ao prestígio dos seus dois referidos defensores. E finalmente, a terceira, que afirma a existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, independentemente da matéria versada. É doutrina antiga, como se vê da lição de Celso Ribeiro Bastos que, embora adotasse ponto de vista diverso, registrou que:

A lei complementar foi, e ainda é por muitos doutrinadores, tida por norma interposta entre a Constituição e a lei ordinária, ou seja, como uma norma que ocupa uma posição de prevalência constitucional, ou seja, uma norma à qual a lei ordinária submetesse hierarquicamente.³

Em edições anteriores do nosso Curso de Direito Tributário chegamos a adotar a doutrina segundo a qual somente é lei complementar aquela que trata de matérias reservadas constitucionalmente a essa espécie normativa. Meditando, porém, sobre o assunto, modificamos nosso ponto de vista, e passamos a sustentar que a lei complementar qualifica-se como tal em razão dos elementos formais, vale dizer, da competência para a sua edição e da obediência aos preceitos concernentes ao procedimento adotado em sua edição, inclusive do quorum qualificado que é exigido para sua aprovação.

3 SUPERIORIDADE HIERARQUICA DA LEI COMPLEMENTAR

Dúvida não pode mais haver quanto à superioridade hierárquica da lei complementar sobre a lei ordinária. Não conhecemos, aliás, manifestação atual da doutrina jurídica que negue tal supremacia. Ninguém. Até os que afirmam a possibilidade de revogação, por lei ordinária, de dispositivo de lei complementar. Essa possibilidade decorreria da exigência do requisito de conteúdo para a qualificação da lei complementar. Não da negação da existência de superioridade hierárquica da lei complementar.

² Aliás, Celso Ribeiro Bastos negava a superioridade hierárquica da lei complementar referindo-se ao regime jurídico anterior à previsão constitucional dessa espécie normativa com características formais próprias. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 356-357.

³ BASTOS, C. op. cit. p. 99.

Vejamos, portanto, porque a lei complementar ganha identidade específica a partir de elementos formais.

4 IDENTIDADE ESPECÍFICA DA LEI COMPLEMENTAR

A lei complementar qualifica-se como tal em face de elementos formais, como de resto acontece com todas as normas jurídicas. A competência do órgão que edita a norma e o procedimento adotado na produção da norma são os elementos essenciais para a caracterização de qualquer espécie de norma. É o que acontece também com a lei complementar. É certo é também que o quorum de maioria absoluta é um dos elementos indispensáveis à caracterização da lei complementar.

Não é certo, porém, que a lei complementar se qualifique como tal apenas pelo fato de haver sido aprovada por maioria absoluta. Uma lei ordinária que tenha sido aprovada por maioria absoluta, ou até por unanimidade, evidentemente não deixará de ser lei ordinária. O quorum efetivamente obtido na votação não converte uma lei ordinária em lei complementar. É importante todo o procedimento. Uma lei complementar há de ser tratada como tal desde a apresentação do respectivo projeto.

A lei complementar – repita-se – não se qualifica como tal simplesmente pelo fato de haver sido aprovada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Toda lei complementar deve ser aprovada por maioria absoluta, mas nem toda lei que tenha sido aprovada por maioria absoluta será, só por isto, uma lei complementar. Só por má fé, ou extremada desatenção, alguém pode confundir essas afirmações.

5 RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR

Também não é razoável a confusão, ainda hoje feita por muitos, entre dizer-se que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, e dizer-se que a lei complementar só pode tratar de certas matérias. Incorre em grave equívoco, como adiante será demonstrado, quem pretende demonstrar a tese segundo a qual somente se qualifica como lei complementar aquela que trata de matérias que compõem a denominada reserva de lei complementar.

Aliás, em todos os níveis da hierarquia normativa dá-se o mesmo. Qualquer reserva só existe em favor da espécie normativa hierarquicamente superior e não contra ela. Não faz sentido falar-se de reserva de lei ordinária como limite contra o legislador complementar, pela mesma razão que não se pode falar de reserva de lei complementar contra quem pode emendar a Constituição, vale dizer, contra o constituinte reformador.

Por outro lado, a reserva de lei complementar não é algo com limites bem definidos. Até os doutrinadores que defendem a reserva de lei complementar

como campo de matérias cujo trato seria elemento essencial para a qualificação dessa espécie normativa o admitem. Tanto assim que esses doutrinadores preconizam não ser necessária referência constitucional expressa, admitindo que a reserva constitucional de matérias à lei complementar pode resultar implícita. É o caso do próprio Souto Borges⁴ que, como adiante será referido, é o defensor mais persistente da tese que reputa o elemento substancial relevante para a qualificação da lei complementar.

6 CIÊNCIA DO DIREITO OU DOGMÁTICA?

Em estudo recente,⁵ Souto Borges, um dos mais destacados defensores da tese segundo a qual o conteúdo é um elemento essencial para a caracterização da espécie normativa em causa e, portanto, só é *lei complementar* aquela que trata das matérias reservadas a essa espécie normativa, formula severa crítica à tese que adotamos, segundo a qual o requisito formal é suficiente para a caracterização da espécie normativa, e assim, é lei complementar aquela como tal aprovada pelo Congresso Nacional, ainda que eventualmente não se limite ao trato de matéria a ela constitucionalmente reservada.

Segundo Souto Borges essa carece de demonstração. Em suas palavras:

Como no entanto a função legislativa complementar pode exercer-se legitimamente fora dos limites constitucionais de competência material da União para editar leis complementares é algo que permanece nas fronteiras do inexplicado.⁶

A explicação, todavia, é muito clara. A vigente Constituição não contém nenhuma norma limitando o campo de atuação da lei complementar. Diz, é certo, que certas matérias, que indica, são reservadas à lei complementar. Isto, porém, não quer dizer que a lei complementar não possa tratar de outras matérias. Da mesma forma que certas matérias, porque estão na Constituição, só podem ser tratadas por Emendas, mas estas não estão proibidas de cuidar de outras matérias quando se pretenda elevar essas matérias ao patamar constitucional.

Aliás, em face do art. 146-A, da Constituição Federal, fica mais difícil de definir-se uma fronteira entre as matérias reservadas lei complementar e as que podem ser versadas por lei ordinária. Esse dispositivo estabelece:

A lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

⁴ BORGES, José Souto Maior. Hierarquia e Sintaxe Constitucional da Lei Complementar Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n° 150, p. 67.

⁵ BORGES, J. op. cit. p. 67-78.

⁶ BORGES, J. op. cit. p. 69.

Onde, então, a matéria reservada à lei complementar?

Na verdade a lei complementar identifica-se simplesmente por ter sido como tal aprovada pelo Congresso Nacional, e está em nível hierárquico superior ao da lei ordinária. E se não for assim, como ficará a convivência dessas duas espécies normativas quando cuidarem de critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência?

Não temos dúvida de que a melhor forma de preservar-se a segurança jurídica consiste em reconhecer-se a superioridade hierárquica da lei complementar independentemente da matéria na mesma versada. Para Souto Borges, todavia, “a segurança é problema de dogmática jurídica. No Brasil, questão de dogmática constitucional (CF, art. 5º, caput).”⁷ Talvez por isto mesmo ele não admita questionamento em torno de sua tese. Dogma não se discute. É uma questão de fé. Não de conhecimento. Já a cientificidade, diversamente, caracteriza-se pela possibilidade de divergências. Como assevera Hugo Segundo:

A cientificidade do estudo do Direito caracteriza-se, precisamente, pelo questionamento. Aliás, não só do estudo do Direito, mas de qualquer objeto.⁸

Aliás, aprendemos com o próprio Souto Borges que:

Quem é propenso a defender intolerantemente suas próprias teorias ou, num giro subjetivista, as suas convicções pessoais, as suas opiniões, já se demitiu, sem o saber, da comunidade científica.

Porque se opõe, essa tendência conservadora, ao espírito aberto que ousadamente prefere o método de “tentativas e erros”, pela formulação de hipóteses testáveis independentemente.⁹

Abandonamos a tese segundo a qual a lei complementar caracteriza-se pelo conteúdo, a partir da observação do universo jurídico. Nenhuma espécie normativa ganha sua identidade específica em razão da matéria da qual se ocupa. Pelo contrário, todas as espécies normativas, desde as instruções, as portarias, os regulamentos, até a Constituição, todas ganham identidade específica em razão de elementos formais, vale dizer, da competência do órgão que a edita e do procedimento adotado para a edição.

Não nos prendemos a nenhum dogma. Buscamos a experiência, a observação dos fatos, e terminamos por enxergar a enorme insegurança criada pela tese segundo a qual a lei ordinária pode alterar dispositivos de lei complementar que teriam transbordado os limites da matéria constitucionalmente a ela reservada. Insegurança que resulta da imprecisão dos limites dessa área definida como de reserva à lei complementar, e tem sido demonstrada pela

⁷ BORGES, J. op. cit. p. 75.

⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro; Forense, 2008, p. 41.

⁹ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação Tributária – Uma introdução metodológica*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 86

experiência, inclusive relacionada à instituição da COFINS, que foi criada por lei complementar precisamente porque estava ainda sendo questionada a necessidade dessa espécie normativa e o governo não quis correr o risco de ver adiante declarada inconstitucional essa contribuição.

7 O DEMONSTRADO E O NÃO DEMONSTRADO

O único argumento colocado contra a tese segundo a qual a lei complementar como tal se qualifica simplesmente pelo elemento formal, tem sido o de que isto não foi demonstrado. Embora sem a necessária clareza, porque misturando a questão da hierarquia com a questão da qualificação específica da lei complementar, assevera Souto Borges:

Causa surpresa que doutrina mais recente tente restaurar o criticado maniqueísmo com o declarar, sem nenhuma demonstração, ser praticamente pacífico (?) o entendimento de que lei complementar é superior, sempre, à ordinária, mera opinião indemonstrada. Em que consiste essa superioridade é algo não esclarecido. Ela é, contudo, nesse equivocado entendimento, completamente adíafora, porque a lei complementar promana, com validade plena, de um só requisito havido como suficiente, ou seja, bastante em si: a maioria absoluta do Congresso Nacional para a sua aprovação, desconsideradas as matérias que a CF colocou, na discriminação da função legislativa, sob reserva de lei ordinária. Noutros termos: só o que vale, para essa doutrina, é o procedimento especial previsto para a elaboração da lei: mesmo que a pretensa “lei complementar” transborde os limites constitucionais da respectiva competência legislativa, invadindo o campo de lei ordinária federal. Como no entanto a função legislativa complementar pode exercer-se legitimamente fora dos limites constitucionais de competência material da União para editar leis complementares é algo que permanece nas fronteiras do inexplicado.

Como se vê, reclama-se demonstração para as afirmações: a) de que é praticamente pacífico o entendimento de que a lei complementar é superior, sempre, à lei ordinária; e b) a função legislativa complementar pode exercer-se legitimamente fora dos limites constitucionais de competência material da União para editar leis complementares.

O encadeamento dessas duas questões dificulta a explicação. A palavra *sempre*, referida à superioridade da lei complementar, indica que a formulação está sendo feita por quem não entendeu a verdadeira questão, ou – hipótese que não queremos admitir – está pretendendo confundir para dificultar a demonstração que aponta como necessária. É que ao se dizer que a lei complementar é, sempre, superior à lei ordinária, se está colocando desde logo a questão da identidade específica da lei complementar, que a rigor é o objeto da segunda das duas questões.

O entendimento de que a lei complementar é superior à lei ordinária,

retirada a palavra *sempre*, é inteiramente fora de questionamentos. Não conhecemos uma única manifestação doutrinária em sentido contrário. E quando colocamos na frase a palavra *sempre* o que na verdade estamos questionando já não diz respeito à hierarquia, mas aos requisitos para a qualificação da lei complementar como espécie normativa. Enquanto sustentamos que bastam os requisitos de ordem formal, os opositores da tese que adotados sustentam ser indispensável também o requisito material. Dizem que só é lei complementar aquela que trata das matérias reservadas à lei complementar.

Ocorre que a Constituição Federal não delimita a competência da União para editar leis complementares. Diz que o processo legislativo compreende a elaboração das espécies normativas que indica e entre estas coloca a lei complementar. Diz, é certo, que certas matérias devem ser tratadas por lei complementar. Não diz, todavia, que a competência para editar lei complementar seja limitada às matérias indicadas.

A propósito da reserva de certas matérias, constitucionalmente feita para o legislador complementar, o Supremo Tribunal Federal fez duas afirmações completamente distintas, que têm sido invocadas como se fossem a mesma coisa. Em um caso afirmou que “só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.”¹⁰ Já em outro afirmou que “só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quanto a Carta Magna alude genericamente à lei para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, como a legislação complementar.”¹¹

A afirmação de que “só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita,” tem sido negada pelos próprios defensores da tese que limita a lei complementar às matérias a ela reservadas, posto que, diversamente do que afirmou o Supremo, admitem reserva implícita, sem o que, aliás, chegariam a situações verdadeiramente teratológicas. É uma afirmação, esta sim, carente de explicação.

Diversa, porém, á afirmação de que “só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quanto a Carta Magna alude genericamente à lei para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, como a legislação complementar.”

O que ninguém até agora explicou, data vênua, é a tal limitação da competência da União para editar leis complementares. Seria o mesmo que uma suposta limitação para editar emendas constitucionais, fora da qual estas seriam

¹⁰ STF, Pleno, ADIn 789/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJU I de 19.12.94, pág. 35.180, citação feita por Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*, São Paulo., Atlas, 2002, p. 1.172.

¹¹ STF, Pleno, ADIn 2.028/DF, Medida Liminar, rel. Ministro Moreira Alves, DJU I de 16.06.2000, pág. 30, citação feita por Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.172.

meras leis ordinárias. Assim, e como a Constituição efetivamente não alberga nenhuma norma a dizer que a lei complementar só pode cuidar das matérias a ela reservadas, o que está no campo do não demonstrado é precisamente a tese dos que afirmam essa malsinada limitação.

8 DA INSEGURANÇA JURÍDICA A SITUAÇÕES INSUSTENTÁVEIS NO CASO DA COFINS

A Constituição Federal vigente adotou mais uma espécie normativa, que é a lei complementar. Espécie que na hierarquia do nosso sistema jurídico está abaixo das emendas constitucionais, e acima das leis ordinárias.

Os que contestam nossa tese sustentam que lei complementar é somente aquela que trate de matérias reservadas a essa espécie normativa. E com isto instauram enorme insegurança em nosso sistema jurídico, porque suscitam a questão do alcance de cada um dos dispositivos constitucionais que estabelecem reserva de lei complementar.

Assim, por exemplo, coloca-se a questão de saber o que significam, entre muitas outras, as expressões *limitações constitucionais ao poder de tributar*, e *normas gerais em matéria de legislação tributária*.

Com relação à primeira dessas duas expressões, alguns dirão que limitações constitucionais ao poder de tributar são somente aquelas previstas nos artigos 150 a 152 da Constituição, enquanto outros sustentarão que tais limitações são todas as que estão albergadas pela Constituição Federal, em qualquer de seus dispositivos. E a segunda das duas referidas expressões, esta sim, comporta um leque muito maior de opções interpretativas.

Se examinarmos todos os dispositivos da Constituição Federal que formulam reserva de lei complementar veremos como é enorme a possibilidade de questionamentos a respeito dos limites da matéria em cada um deles referida. É indiscutível, portanto, que a segurança jurídica ficará extremamente prejudicada se admitirmos que o desenho desses limites poderá ser feito em cada caso concreto de aplicação da lei, quando se dirá se é exigível, ou não, em cada caso, lei complementar, ou se a questão pode ser tratada por lei ordinária. Muito mais segurança haverá se admitirmos ser o Congresso Nacional competente para decidir sobre tais limites. E desde que produza uma lei complementar, esta somente poderá ser alterada por lei complementar.

Os testes que a experiência nos mostrou até agora demonstram que a insegurança é tal ordem que criou situações absolutamente insustentáveis. Depois de muitos questionamentos o Superior Tribunal de Justiça formulou súmula de sua jurisprudência afirmando que “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado.”¹²

Agora, todavia, diante da posição que tudo indica será adotada pelo Supremo Tribunal Federal, acolhendo a tese geradora da insegurança jurídica, vale dizer, a

¹² Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 276.

tese segundo a qual uma lei ordinária pode revogar dispositivo de lei complementar, estamos diante de situações jurídicas verdadeiramente insustentáveis. Muitos profissionais liberais de diversas categorias, integrantes de sociedades civis de prestação de serviços profissionais, acreditaram na súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se comportaram com fundamento nela. Deixaram de pagar a COFINS. Os que vinham depositando os valores respectivos deixam de fazê-lo e levantaram os valores depositados. Deu-se a distribuição dos resultados entre sócios, muitos dos quais já não estão nas sociedades. Alguns saíram da sociedade, outros faleceram, de sorte que hoje em muitos casos tornou-se praticamente impossível o pagamento da COFINS, que poderá vir a ser cobrada, ao menos dos últimos cinco anos, se o Supremo Tribunal Federal realmente decidir acolhendo a tese geradora dessa enorme insegurança.

O pior da insegurança jurídica é que esta sempre favorece o Estado, enfraquecendo significativamente as limitações ao Poder. Nas relações do cidadão com o Estado a insegurança sempre a este beneficia. E tem sido assim nas questões tributárias. Quando o governo pretendeu criar a COFINS havia incerteza sobre se era ou não necessária lei complementar. O governo optou por essa espécie normativa, que conseguiu ver aprovada sem dificuldades, pois se tratava de uma contribuição muito importante para a seguridade social.¹³ Depois, fixado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento pela desnecessidade de lei complementar, vieram as alterações introduzidas por lei ordinária, contra os interesses dos cidadãos. E isto sempre poderá ocorrer. Nas relações do Estado com os cidadãos, havendo dúvida, o Estado optará por lei complementar, na qual introduzirá dispositivos benéficos para os cidadãos, viabilizando sua aprovação. E depois, sem a necessidade de maioria absoluta dos parlamentares, mediante lei ordinária, suprimirá os benefícios.

Existe, todavia, conseqüência bem mais grave em prejuízo da segurança jurídica. Se admitirmos que uma lei ordinária pode alterar ou revogar dispositivos de lei complementar, ao argumento de que tais dispositivos estão fora dos limites da reserva de lei complementar, estaremos admitindo o questionamento desses limites em cada caso, e com isto estaremos admitindo a possibilidade da edição de medida provisória para alterar ou revogar lei complementar, com enorme e evidente prejuízo para a segurança jurídica, e amesquinhando uma limitação constitucional expressa a essa forma excepcional de produção normativa pelo Poder Executivo.

9 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE SUA DECISÃO PELO STF

É tão grande a insegurança instaurada em nosso sistema jurídico tributário, com a estranha tese da limitação da lei complementar às matérias a ela reservada, que alguns já defendem um remédio heróico. A modulação dos efeitos, no tempo, da decisão com a qual o Supremo Tribunal Federal venha a adotar a tese que remove a Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

¹³ Não obstante tenha essa contribuição sido desviada para o Tesouro Nacional, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal.

Essa modulação foi inaugurada com decisão da Corte Maior em matéria de organização política. O Superior Tribunal Eleitoral entendeu que o mandato pertence ao partido político e não ao candidato eleito. Assim, se este abandona o partido, salvo quando tenha justo motivo para fazê-lo, perderá o mandato que será entregue a seu suplente. A tese parece correta, mas é, sem dúvida, inovadora da ordem jurídica. Por isto a sua adoção deve ocorrer sem prejuízo de situações anteriormente consolidadas. Surgiu, então, a idéia do marco temporal. E o Supremo Tribunal Federal cuidou de fixá-lo, reportando-se à decisão do Tribunal Superior Eleitoral que adotou a tese nova.

O mesmo poderá ocorrer em questões tributárias como a que se estabelecerá se realmente o Supremo Tribunal Federal vier a decidir de modo diverso do que entendeu o Superior Tribunal de Justiça e resultou na formulação de súmula de sua jurisprudência.

Dos males, o menor.

A nosso ver melhor seria que o Supremo Tribunal Federal admitisse a tese segundo a qual a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, e se identifica como espécie normativa pelo simples fato de haver sido como tal aprovada pelo Congresso Nacional. Não temos a menor dúvida de que é a tese que melhor se presta para preservar a segurança jurídica, como, aliás, já tivemos oportunidade de demonstrar em diversos textos.¹⁴ Entretanto, se no caso da isenção da COFINS vier a prevalecer na Corte Maior a tese oposta, que ao menos seja preservada a segurança de quem acreditou na Súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça.

10 CONCLUSÕES

Em face das considerações até aqui desenvolvidas podemos firmar as seguintes conclusões:

1ª) A superioridade hierárquica da lei complementar sobre a lei ordinária é hoje admitida praticamente por toda a doutrina jurídica, inclusive pelos que contestam a tese de que é lei complementar aquela como tal regularmente aprovada pelo Congresso Nacional. A questão que ainda se discute não é de hierarquia, mas de identidade específica da lei complementar.

2ª) A identidade específica das normas jurídicas em geral, inclusive da lei complementar, é dada pelos elementos formais, a saber, competência do órgão que produz a norma e procedimento adotado nessa produção normativa.

3ª) Não existe reserva de matérias capaz de produzir efeitos contra o

¹⁴ Sobre o tema já escrevemos: Posição hierárquica da lei complementar, em Revista Dialética de Direito Tributário, nº 14, São Paulo: Dialética, novembro de 1996, p. 19/22; A Identidade Específica da Lei Complementar, em Revista Dialética de Direito Tributário, nº 117, São Paulo: Dialética, junho de 2005; Segurança Jurídica e a Questão da hierarquia da Lei Complementar, em BDA – Boletim de Direito Administrativo, nº 11, São Paulo: NDJ, novembro de 2006, p. 1219-1230.

produtor de normas de hierarquia superior. Qualquer reserva só existe em favor da espécie normativa superior e não contra ela. Por isto mesmo a reserva de lei complementar não limita a competência do legislador complementar, mas apenas a competência do legislador ordinário. A afirmação da existência de limites à competência da União para produzir leis complementares não corresponde ao texto da Constituição Federal.

4ª) Os limites do alcance de cada uma das diversas regras da Constituição Federal, que indicam matérias a serem tratadas por lei complementar, sempre podem ser questionados. Daí porque é bem melhor para a segurança jurídica que se evite esse questionamento, admitindo que a lei complementar não pode ser alterada ou revogada por lei ordinária, ainda quando eventualmente transborde tais limites. A não ser assim, aliás, estaremos admitindo a possibilidade da edição de medida provisória para alterar ou revogar lei complementar, em evidente detrimento de uma limitação constitucional expressa a essa forma excepcional de produção normativa pelo Poder Executivo.¹⁵

6ª) As afirmações albergadas nas conclusões anteriores, que reputamos suficientemente demonstradas, não são dogmas, mas simples enunciados de lógica jurídica, que podem ser amplamente questionados, e contestados, não nos faltando disposição para examinarmos todos os argumentos que contra tais afirmações sejam colocados, nem humildade para eventual mudança de nosso atual entendimento.

7ª) No que concerne à revogação do dispositivo de lei complementar que concede isenção da COFINS a sociedades de prestação de serviços profissionais, não é razoável considerar-se que agiu ilicitamente quem agiu com apoio em súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

8ª) Assim, na hipótese de prevalecer no Supremo Tribunal Federal entendimento contrário àquele fixado pelo Superior Tribunal de Justiça (conclusão 7ª), a melhor forma de minimização dos prejuízos decorrentes da insegurança jurídica será a modulação, pela Corte Maior, dos efeitos de sua decisão, deixando fora do alcance desta os fatos até então consumados.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

BORGES, José Souto Maior. Hierarquia e Sintaxe Constitucional da Lei Complementar Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n° 150, 2008.

_____. *Obrigação Tributária – Uma introdução metodológica*, São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro; Forense, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁵ A vigente Constituição Federal, em seu art. 63, § 1º, inciso III, diz ser vedada a edição de medidas provisória sobre matéria reservada à lei complementar.



NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO E O MARCO INICIAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

*Joyceane Bezerra de Menezes**

RESUMO

Este artigo pretende analisar a natureza jurídica do embrião humano no Brasil, especialmente considerando os direitos de personalidade que pretendem amparar a pessoa humana em todas as etapas de sua existência, a partir da fase pré-natal. A problemática parte do conflito aparente entre a disposição do Código Civil que informa o marco inicial da pessoa a partir do nascimento, com vida, e o direito à vida que se estende à figura do nascituro, assim como outros direitos de personalidade.

Palavras-chave

Embrião humano. Direito de personalidade. Natureza jurídica.

ABSTRACT

This article seeks to examine the legal status of the human embryo in Brazil, especially considering the rights of the person they want to support the human person at all stages of its existence, from the pre-natal. The issue of the apparent conflict between the provision of the Civil Code that informs the initial framework of the person from birth, life and the right to life that extends to the figure of the unborn child, as well as other rights of personality.

Key-words

Humans embryo. Right of personality. Legal status.

1 INTRODUÇÃO

A engenharia genética e a biomedicina têm feito avanço inimaginável nestes últimos anos. A sociedade pós-industrial é marcada por estudos, experiências e descobertas que otimizam a qualidade de vida mas que também geram riscos, perplexidades e incertezas. O homem descobre a técnica da clonagem animal, realiza fecundações *in vitro*, amplia os métodos de manipulação genética, suscitando

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

questionamentos éticos e incitando debates. No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal foi chamado a examinar a Lei de Biossegurança (no.11.105/2005) por força de Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pelo então Advogado-Geral da União, Dr. Cláudio Lemos. Embora a ação não haja sido julgada, o Ministro Relator já apresentou o seu voto, com argumentos que, se acatados, trarão novo rumo para questões como a manipulação dos embriões, o marco inicial da vida, a proteção jurídica aos embriões. O marco inicial da pessoa, sujeito de direitos e deveres para a ordem civil, é o nascimento com vida, muito embora se ponha a salvo o direito do nascituro, desde a concepção. Porém, com as técnicas atuais de manipulação genética, surgem situações que não se enquadram nas *fattispecies* previstas pelo Código Civil Brasileiro e que recebem regulamentação incipiente pela Lei de Biossegurança. Questões como o congelamento de embriões, estudos científicos e pesquisas com células embrionárias ainda não causam perplexidades entre os atores sociais e jurídicos brasileiros. A Lei de Biossegurança dispõe, perfunctoriamente, sobre a utilização de células embrionárias em pesquisas científicas, mas neste ponto teve a sua validade constitucional questionada. A este artigo não interessa os rumos da ciência no uso de células embrionárias, mas uma análise geral sobre a natureza jurídica do embrião humano (excedentário ou implantado no ventre humano), com enfoque no direito à vida e nos direitos de personalidade na fase inicial da ontogenia humana.

2 EMBRIÃO HUMANO: NATUREZA JURÍDICA E A PROBLEMÁTICA DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Não há consenso sobre a definição de embrião humano tampouco sobre o momento acontece a concepção. Para Axel Kahn², o embrião corresponde a um “organismo em via de desenvolvimento, depois de seu estado unicelular até a realização de uma forma de vida autônoma”, sem aqui importar se a sua origem é derivada de partenogênese pela fertilização artificial ou natural do gameta feminino pelo gameta masculino ou de clonagem.

O fato é que a ontogenia humana inicia na fase da concepção e se estende até a vida adulta. Não haverá nascituro, nem pessoa sem a conjunção dos gametas feminino e masculino na formação de uma programação genética. Não haverá pessoa sem a prévia figura do embrião. Sabendo que o direito a vida é consagrado em todos os diplomas internacionais relativos aos direitos do homem, é possível dispensar essa proteção aos embriões? A partir da fecundação já se tem em referência a um ser humano? Quando se inicia a vida?

Estas questões têm profundas repercussões no ambiente da ética e da biociência, merecendo, no plano jurídico, regulamentação que considere o diálogo dos diversos atores sociais e os valores de justiça assinalados pela Constituição Federal.

² KAHN, Axel. Le clonage thérapeutique et le statut de l’embryon. In: MC LAREN, Anne (Coord.). *Le Clonage*. Alemanha: Editions du Conseil de l’Europe.2002, p.113.

No Brasil, o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, momento em que, supostamente, se inicia a vida. A Constituição Federal de 1988 é silente quanto ao marco inicial da vida. Na literalidade do artigo 5º., relativo aos direitos fundamentais, deduz-se uma interpretação que destina a tutela aos interesses dos nascidos, das pessoas. Senão veja-se, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. A Constituição de 1988 trata da dignidade da pessoa humana; dos direitos fundamentais de todos os brasileiros e estrangeiros; dos direitos sociais considerados suportes ao desenvolvimento pessoal e social do indivíduo; dos direitos políticos dos brasileiros natos e naturalizados. Mas não menciona a figura do nascituro, do embrião.

Para Sambrizzi³, o embrião surge quando os vinte e três cromossomos paternos se conjugam com os vinte e três cromossomos maternos, formando um novo código genético representativo de um ser de características irrepitíveis, identidade genética próprias e autonomia para chegar ao nascimento. No mesmo sentido ressalta Diaz⁴, informando que “de acordo com dados científicos conhecidos, a concepção ocorre no momento em que os dois gametas, masculino e feminino, entram em íntimo contato e se fundem de modo a formar uma única célula, dita zigoto. (...) Entre a 18a. e a 38a. horas da evolução ocorre o momento culminante da concepção em que emerge uma nova informação genética. Tal informação pode descrever-se como uma série ordenada de numerosas instruções, ditas genes, codificadas numa linguagem extremamente precisa e cada uma indicando uma operação a desenvolver no interior da célula. (...) Não existem hoje dúvidas sobre a novidade do programa genético que emerge no momento da concepção”.

São diversas as correntes que explicam o início da vida. Eduardo de Oliveira Leite⁵ lista duas correntes: a concepcionista e a genético-desenvolvimentista. Para a primeira corrente, a personalidade surge no momento da concepção, do encontro dos gametas feminino e masculino, dando-se origem ao zigoto. Na justificativa da corrente genético-desenvolvimentista, o momento inicial do embrião se dá cerca de quatorze dias após a fecundação, com a implantação do zigoto, até ali designado pré-embrião, no endométrio⁶.

³ “...al conjugarse los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos y quedar de esa forma impreso un nuevo código genético – un nuevo ser, irrepitible, con una autonomía e identidad genética propia, distinta por cierto a la de sus padres, el cual, desde el principio de su existencia y en independencia de las diferencias biológicas que el nuevo ser tiene durante su desarrollo, posee potencialidad suficiente como para, mediante un proceso irreversible y continuo, desarrollarse y llegar al nacimiento. (SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p.130).

⁴ DIAZ, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 1996, p.172.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p.134.

⁶ Arrolando as teorias que explicam o momento da concepção, Reinaldo Pereira da Silva cita a doutrina genético-desenvolvimentista que distingue o pré-embrião do embrião implantado. Pré-embrião seria o zigoto não implantado, na fase que segue da fecundação ao 14º. Dia. (*Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002, p.82).

Jussara Meireles⁷ enumera três correntes: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista. Para a doutrina natalista, o surgimento da personalidade ocorre do nascimento, com vida, afastando-se qualquer proteção ao nascituro ou ao embrião não implantado. Pela corrente da personalidade condicional, embora a personalidade somente surja do nascimento, com vida, os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção. Segundo a corrente verdadeiramente concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção.

No Brasil, filiam-se a corrente concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, Maria Helena Diniz⁸, Francisco Amaral⁹, Limongi Franca¹⁰, dentre outros. Inclínados para a corrente natalista tem-se Clóvis Beviláqua¹¹, Virgílio Carvalho¹², Joaquim Aguiar¹³, Eduardo Espínola¹⁴ e até mesmo Joaquim Ribas¹⁵. São muitos os adeptos da corrente da personalidade condicional, entre eles citam-se, Pontes de Miranda¹⁶, Washington de Barros Monteiro¹⁷, Arnold Wald¹⁸.

A corrente genético-desenvolvimentista é acatada pela Corte Alemã e ainda pelo informe Warnock¹⁹, recebendo a adesão de Ronald Dworkin²⁰. Para

⁷ ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e nosso direito constituendo. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.41.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.255.

¹⁰ FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

¹¹ Clóvis Beviláqua define que personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Posiciona-se a favor da teoria concepcionista, quando defende que a personalidade se remonta à concepção (*Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p.172). Para justificar a teoria concepcionista, informa que “quando, entre nós, havia pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez. Nesse caso não era sequer submetida a julgamento” (op.cit, p.75). Deduz-se que tal cautela visava a proteção dos direitos do nascituro. Noutro momento, parece afiliar-se a corrente da personalidade-condicional, quando arremata, “o feto no útero materno ainda não é homem, porém se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção” (op.cit., p.76).

¹² CARVALHO, Virgílio Antônio de. *Direito Civil: Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.

¹³ AGUIAR, Joaquim. *Programa de Direito Civil: Introdução e parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Cargine, 1974.

¹⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

¹⁵ RIBAS, Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte geral*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁸ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁹ Conforme cita SAMBRIZZI, esta compreensão orientou decisão da Corte Constitucional da Alemanha, em 25/2/1975, sobre aborto. E ainda é a orientação do Informe Warnock, em 1984, quando se afirmava que apenas após a nidação poderia se falar em embrião. (SAMBRIZZI, E. op cit., p.139 e 141).

²⁰ Segundo ele, “o desenvolvimento fetal é um processo de criação contínuo, um processo que mal começou no instante em que ocorre a concepção. De fato, uma vez que a individualização genética ainda não se consumou a essa altura, poderíamos dizer que o desenvolvimento do ser humano com características únicas só vai iniciar-se cerca de catorze dias mais tarde, no momento da implantação. Depois desta, porém, à medida que prossegue o crescimento do feto, o investimento natural que o aborto poria a perder torna-se cada vez maior em mais significativo” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.123).

esta corrente²¹, diferenciam-se a figura de pré-embrião e embrião. Herman Nys²² esclarece que, o óvulo fecundado chama-se zigoto e que o embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da sua implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; após esta fase, já começa a ser denominado de feto. Logo, o nascituro somente exsurge dessa fase, da implantação do embrião no útero materno.

Vêm-se controvérsias sobre o início da vida até mesmo na ciência. As diferentes teorias que explicam o momento da concepção se fundam em critérios arbitrários; representam escolhas, segundo Márcia Correia Chagas²³, movidas por componentes ideológico e até econômicos.

Ressalta-se, porém que, se a partenogênese ocorre no aparelho reprodutor feminino, a possibilidade de evolução do embrião para o nascimento é mais concreta, mesmo que não seja biologicamente garantida²⁴. Desde a fecundação ter-se-ia o concebido, aquele que está por nascer, o nascituro na linguagem do CC/2002, proteção jurídica. Implantado no corpo materno, ainda que a fecundação tenha sido feita *in vitro*, também goza da proteção legal deferida ao nascituro. Fora do útero materno ainda não haveria a possibilidade concreta do embrião chegar ao nascimento, mas isso não lhe retira a individualidade enquanto ser independente. O embrião não pode ser confundido com tecido, órgão ou fluido da mãe, é um potencial genético para confluir para a formação de uma pessoa.

O Código Civil de 2002 informa que o nascimento é o marco inicial da personalidade jurídica, pondo a salvo os direitos do nascituro deste a concepção como forma de proteger os interesses da pessoa que está por nascer. Porém, sem a identificação legal ou o consenso científico sobre o marco da concepção, não haverá tranqüilidade quanto ao início da proteção que se delibera ao nascituro, especialmente em face dos embriões excedentários, zigotos compostos *in vitro* para auxiliar na reprodução artificial sem que hajam sido implantados no útero materno.

A inseminação artificial já é prática corriqueira no Brasil, embora com uma regulamentação precária. Sujeita-se, quase tão somente ao controle social do Código de Ética da Associação Médica Brasileira e da Resolução no.1.358/1992 do

²¹ Arrolando as teorias que explicam o momento da concepção, Reinaldo Pereira da Silva cita a doutrina genético-desenvolvimentista que distingue o pré-embrião do embrião implantado. Pré-embrião seria o zigoto não implantado, na fase que segue da fecundação ao 14^o Dia. (*Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002, p.82).

²² NYS, Herman. Experimentação com embriões. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org). Belo Horizonte: Del Rey e PUC MINAS, 2002, p.177-178.

²³ CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2005. Orientação: Prof. Dr. Paulo Antonio Menezes Albuquerque, 186 fl., p.104.

²⁴ O aborto espontâneo é uma ocorrência freqüente na vida reprodutiva dos casais, estando relacionado a alterações genéticas, anatômicas, hormonais, infecciosas, imunológicas e outras.

Conselho Federal de Medicina. O Código Civil Brasileiro²⁵ fez breve referência à fecundação artificial homóloga e heteróloga, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, sem se deter em questões relativas ao procedimento.

As técnicas de reprodução assistida têm envolvido e partem da manipulação *in vitro* de embriões para ulterior implantação no corpo materno. Porém nem todos os ovos produzidos pela mulher e devidamente fecundados são utilizados no procedimento e os embriões não utilizados são congelados até ulterior decisão dos genitores. Adotada a compreensão de que o embrião surge na fecundação, ocasião em que ocorre a concepção de uma nova vida, muitas restrições devem ser impostas à sua manipulação. De outra banda, mesmo entendendo-se que não há vida nos embriões excedentários, urge uma regulamentação mais efetiva acerca de sua manipulação, para evitar a reificação da existência humana.

Vê-se que dessa prática despoletam vários questionamentos. Seriam os embriões excedentários considerados nascituros, por admitir-se que houve a concepção no instante da fecundação? Há distinção capaz de qualificá-los numa condição diversa, identificando-os como *concepturos*? Por quanto tempo se permitiria o estado de congelamento desses embriões, considerando que o tempo implica na perda da sua totipotência? O congelamento de embriões somente se destinará à reprodução? Seriam os embriões, neste momento, titulares do direito à vida, com direito ao efetivo nascimento? Sendo os embriões excedentários titulares do direito à vida, quais os limites da vontade dos genitores sobre a sua destinação? Seria legítima a fecundação de embriões em quantidade superior a ser implantada no corpo materno, para fins reprodutivos? Como solucionar o problema de embriões excedentários cujos genitores faleceram? Poderiam tais embriões ser cedidos a terceiros, numa espécie de adoção ou filiação sócio-afetiva? Essas indagações fazem parte das perplexidades que justificam um estatuto do embrião.

Maria Helena Diniz²⁶, defende que a vida se inicia com a fecundação e que o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. Por esta razão, simplifica a questão se opondo a qualquer experimentação terapêutica com embriões e também a técnica de reprodução assistida que implique em perda de óvulos fecundados.

Mas as respostas a esses questionamentos envolvem opiniões contraditórias e atualmente, uma regulamentação incipiente, o que favorece o conflito.

²⁵ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

²⁶ DINIZ, M. op. cit. p.428.

2.1 Manipulação de embriões excedentários e a tutela da vida

A Lei de Biossegurança (Lei no.11.105, de 24 de março de 2005) proibiu a clonagem humana e dispôs sobre as condições e possibilidade de utilização de células tronco obtidas de embriões excedentários produzidos por fertilização *in vitro*, quando não utilizados no procedimento de reprodução assistida. A utilização fica condicionada à obediência dos critérios do art.5o.²⁷, quais sejam: que o embrião haja sido obtido por fertilização *in vitro*; que tenha sido utilizado no procedimento de fertilização artificial; que seja inviável ou que esteja congelado há três anos ou mais; o consentimento dos genitores; que a pesquisa seja realizada por instituições de pesquisa e serviços de saúde com a submissão e aprovação dos seus projetos pelo respectivo comitê de ética. Vedou qualquer comercialização desse material biológico.

A utilização de embrião excedentário inviável para pesquisa não seria tão tormentosa, haja vista a sua impossibilidade de desenvolvimento, mesmo se fosse implantado no ventre materno. A utilização de embriões congelados por três anos eleva a novos questionamentos. Seriam ainda viáveis? Por que permitir-se a fecundação *in vitro* em quantidades superiores a que será utilizada, de modo a sobejar e justificar o congelamento?

Num e noutro caso, a declaração de inviabilidade do embrião demandaria elevada responsabilidade e a necessidade de séria fiscalização por parte do poder público. Se embrião não é considerado pessoa, também não se pode desconsiderar a sua potencialidade genética de se transformar em pessoa. É um ser humano com potencialidade, sustenta Dias, que pode “passar da potência ao acto desde que lhe seja proporcionado um ambiente adequado, não a forma ou a essência, que essa esta indelevelmente escrita, *ab initio*, no genoma”²⁸.

Seria mesmo um ser humano? A resposta também não encontra consenso.

De toda sorte, o artigo 5º. da Lei de Biossegurança teve a constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Constitucionalidade no.3.510-0, sob exame pelo Supremo Tribunal Federal. Muito embora não haja ocorrido o julgamento, já se tem

²⁷ “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

²⁸ DIAZ, J. op. cit. p.184.

acesso ao voto do Relator, Ministro Carlos Brito. O autor da ação, então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, “sustenta que: ‘a) a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação’; b) o zigoto, constituído por uma única célula, ‘é um ser humano embrionário’; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe proporcionando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e concretamente, mais promissora do que a pesquisa com célula embrionária”²⁹.

A peça do advogado público Rafael Abritta, a qual aderiram o Ministro Alvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado-Geral da União e o próprio Presidente da República, diz que “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para a utilização de material embrionário, em via de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente”.

O atual Procurador-Geral da República, atuando com fiscal da lei, opinou pela inconstitucionalidade do artigo, apoiando o parecer do colega Cláudio Fonteles.

O voto do relator culmina no reconhecimento da validade constitucional do artigo. Justifica que, na dicção da lei, a pesquisa científica com células embrionárias somente recairá sobre os embriões excedentários inviáveis para a reprodução humana ou sobre aqueles crioconservados há três anos ou mais, cujos genitores não desejarem a sua utilização para fins reprodutivos. Sendo necessária, numa ou noutra hipótese, a autorização dos genitores³⁰.

Antes de apresentar a sua conclusão, o relator desenvolve uma argumentação sobre a natureza do embrião, o início da vida e a proteção jurídica do embrião. E neste aspecto, teme-se pelos efeitos desse julgamento. Sabe-se que essa decisão do Supremo Tribunal Federal importará na construção de uma interpretação, senão a mais correta, mas aquela constitucionalmente válida, a ser seguida pelos operadores jurídicos e pelo executivo federal, estadual e municipal, no tocante à temática³¹.

²⁹ Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

³⁰ Na dicção do relator, “Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potencia máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da auto-replicação), poderiam experimentar com o tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalar”.

³¹ Lei n° 9868/99 Art. 28.(...). Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Quanto à natureza jurídica do embrião, apresenta afirmações contraditórias se consideradas as correntes doutrinárias mencionadas acima. Reflete a influência da corrente concepcionista, quando demarca o início da vida humana na concepção, coincidente com o momento da fecundação. *In verbis* “não se nega o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino pelo espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que consiste o zigoto”³². Mesmo assim, não faz coincidir o início da vida com o surgimento da pessoa, que ocorre somente do nascimento com vida³³. Admite o conceito normativista de pessoa.

De todo modo, concorda que a fecundação artificial resulta na produção de vida humana. Representando uma vida humana, os embriões excedentários teriam a tutela constitucional do direito à vida? Por esse raciocínio, tem-se o entendimento de que a produção de embriões excedentários em quantidade superior aquela que será implantada no útero, já representaria um desperdício de vida. Sendo legítima e urgente a necessidade de regulamentação da prática.

Em outra passagem, o relator acosta o pensamento da antropóloga Débora Diniz para quem não há um início da vida, mas um ciclo interminável de geração da vida humana, “a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possam reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros”³⁴. Recorrendo a teses desta ordem, o Relator parece se filiar a uma corrente genético-desenvolvimentista, especialmente quando afirma que o embrião viável aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria a sua evolução genética, pois não poderia passar pela nidação e alcançar as perspectivas de suas mutação em feto. Diz que na “gélida solidão do confinamento *in vitro* o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo (...)”³⁵.

Em reforço, cita Ronald Dworkin³⁶, adepto da corrente genético-desenvolvimentista, para informar que o Direito tutela de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano³⁷, sendo tanto maior a

³² Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

³³ Adiante, o relator afirma que “sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural”, página 46.

³⁴ Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 04.04.2008.

³⁵ Conforme vê-se do voto citado.

³⁶ Apona o momento da individualização genética após catorze dias da fecundação, no momento da implantação (DWORKIN, R. op. cit. p.123).

³⁷ Atribui a Dworkin a idéia de que a tutela jurídica da vida será tanto maior quanto maior o investimento pessoal realizado, de sorte que a proteção à vida vai aumentando a medida que se adensa o investimento natural e da própria família. Entendo que não foi isso o que Dworkin

proteção quanto maior o investimento realizado pela natureza, pelo sujeito e pelos familiares.

Noutra passagem, para justificar a utilização do embrião excedentário em pesquisas e terapias, o relator associa os fenômenos da *fecundação* e *gravidez* como pressupostos da ocorrência do nascituro, passando a operar uma distinção entre *nascituro* e *concepturo* (embrião não implantado)³⁸. Com isso, reforça a adesão à corrente genético-desenvolvimentista, identificando a concepção no instante da nidação. Neste entendimento, o embrião excedentário não mereceria a mesma tutela do embrião em via de implantação ou já implantado. Lembre-se aqui, de que o próprio relator afirmou, na mesma peça, que o instante da fecundação seria o marco inicial da vida humana.

Noutro momento, compreende o embrião como uma pessoa em potencial, aproximando-se da corrente da personalidade condicional.

Denuncia o mutismo da Constituição de 1988 acerca da vida pré-natal mas compreende que a importância nuclear depositada no princípio da dignidade da pessoa humana autoriza o seu transbordamento para proteger “tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa”³⁹. Mais uma vez reforça a proteção ao embrião (mesmo excedentário) receptáculo de vida e amparado pela tutela protetiva da dignidade da pessoa humana.

Mesmo assim, deixa entrevê adiante, que o embrião terá proteção tanto maior se estiver em condições de avançar para a trilha do nascimento⁴⁰, fazendo-se

quis dizer na passagem citada do seu livro. O exame integral do texto demonstra que a frustração acerca da perda da vida será tanto maior a depender da fase em que se encontre o sujeito. O próprio Dworkin diz que as pessoas acreditam que o aborto será mais difícil quanto mais tarde houver sido praticado. Isto porque já houve um investimento maior pela natureza, pela mãe, pelos familiares, do que houvera nos primeiros dias da gestação (DWORKIN, R. op.cit. p.123).

³⁸ Diz “retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o contúbio ou acasalamento. Fora da relação sexual. Do lado externo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. Fertilização *in vitro*, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). (...) Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino” (Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

³⁹ (Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008..

⁴⁰ Deixa entrevê o entendimento do trecho de Dworkin, quando diz “O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não.(..) As pessoas acreditam que o aborto não é apenas emocionalmente mais difícil, mas moralmente mais criticável quanto mais tarde form praticado (...). De fato,(...) poderíamos dizer que o desenvolvimento de um ser humano com características únicas só vai iniciar-se cerca de catorze dias mais tarde, no

corresponder ao conceito de nascituro – “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”, no conceito de Sílvio Rodrigues, utilizado pelo próprio relator.

Ressalta que “a possibilidade de algo pra se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas três realidades não se confundem: embrião é embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana”⁴¹.

Após análise do voto do relator, Ministro Carlos Britto, no julgamento da ADIN no.3.510-0, conclui-se que foram emitidos juízos no sentido de:

- a. Reconhecer o início da vida a partir da fecundação natural ou *in vitro*;
- b. Identificar como legítimas as técnicas de reprodução assistidas;
- c. Diferenciar o embrião concebido e não implantado daquele que está a caminho da implantação ou já está implantado, cuja caracterização a partir deste momento, passa a condição de nascituro (o concepturo seria o embrião não implantado, enquanto o nascituro é o embrião no ventre materno);
- d. Reiterar o marco inicial legal da existência da pessoa a partir do nascimento com vida;
- e. O princípio da dignidade da pessoa humana estende a sua incidência para amparar o processo vital do homem, a partir da fecundação, de modo a evitar “tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”;
- f. Reconhecer a possibilidade de utilização do embrião inviável nos casos e condições do art.5º. da Lei de Biossegurança, como alternativa mais adequada que o descarte.

O próprio Ministro do STF reconhece a ocorrência de vida e a necessidade de tutela jurídica do embrião a partir da fecundação artificial ou biológica. Contudo, admite um tratamento diferenciado entre o embrião implantado (nascituro) e embrião não implantado no ventre materno (pré-embrião ou mero concepturo), como se a vida que repousa num e noutro não fosse digna da mesma proteção. Justifica a manipulação dos embriões excedentários como sendo menos impactante aos valores sociais, em face do investimento natural e pessoal menores, do que se de fato já estivesse o embrião no ventre materno. Não aborda a questão da discricionariedade da decisão sobre a inviabilidade do embrião e, especialmente, a fecundação excessiva a ponto do sobejamento dos embriões crioconservados.

momento da implantação. Depois desta, porém, à medida que prossegue o crescimento do feto, o investimento natural que o aborto poria a perder tornar-se cada vez maior e mais significativo (DWORKIN, R op. cit. p.122, 123).

⁴¹ Trecho extraído do voto não publicado do Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 01.04.2008.

De todo modo, quando afirma que a existência humana começa da fecundação, reitera a necessidade da tutela jurídica específica a partir da manipulação *in vitro* dos gametas masculinos e femininos nos procedimentos de fecundação artificial. Se surge vida humana com a fecundação *in vitro*, é importante não permitir o sobejo de embriões excedentários. Se o ordenamento jurídico pátrio não lhes reconhece a condição de pessoa, a doutrina não lhes conforma na condição de nascituro, mas também não é correto afirmar-se que são coisas. Por este voto do Min. Carlos Britto, caso seja, confirmado, o próprio STF estaria a reconhecer-lhe a condição de vida humana. O princípio da dignidade da pessoa humana se espraia por todas as fases da existência humana, a partir do primeiro momento – a fecundação, a fim de resguardar-lhe proteção (assim também orienta o voto do relator). O que envolve vida humana toca a interesses jurídicos tutelados em face deste princípio e ainda do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 O MARCO INICIAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O conceito de pessoa, na generalidade dos ordenamentos da família romano-germânica, é pautado numa concepção estritamente normativista. O ordenamento jurídico fixa o momento em que o sujeito humano se torna pressuposto dessa qualificação, passando, a partir daí, a se definir como a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos.

Inobstante, essa concepção normativista de pessoa não parece idônea para resolver a problemática dos interesses humanos, meritórios de uma tutela. Soa estranho que um ente seja considerado humano, sem que lhe seja atribuída qualquer personalidade jurídica. A tutela deve se estender para antes do nascimento. O humanismo metafísico, assinala Diaz⁴², “reconhece ao homem uma dignidade ontológica superior à estrita proteção legal, porventura existente, independentemente da capacidade de sentir ou do grau de desenvolvimento”. Nesta perspectiva, o embrião deverá gozar de proteção satisfatória.

Como referido, o reconhecimento da personalidade jurídica se opera, nos países de tradição romano-germânica⁴³, a partir do nascimento, com vida.

⁴² DIAZ, J. op. cit. p.185.

⁴³ No Direito Francês, a proteção do nascituro envolve uma análise de sua viabilidade, sendo esta presumivelmente existente a partir do 180o. dia da gravidez. E há permissão para o aborto até a décima semana da gestação, donde se conclui que o concebido não goza de total proteção. Mas neste mesmo país, em 1984, o Comité Consultivo Nacional de Ética para ciências da vida e da saúde formulou uma recomendação no sentido de deliberar proteção maior ao embrião, pessoa em potencial. A legislação da Itália já contempla a manipulação de embriões, com certa liberalidade, comparando-se inclusive, ao que é feito no Brasil. A Espanha, também tem legislação sobre a matéria, permitindo a manipulação de embriões excedentários. (DIAZ, J. op. cit, p.188). Ressalte-se que na Espanha, somente se considera pessoa o nascido com, figura humana e que ultrapassa 24 horas, em separado da mãe, senão veja-se o artigo 30 do Código Civil Espanhol: “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veintecuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Inobstante, o reconhecimento de direitos a partir da concepção está mais circunscrito a interesses patrimoniais do que pessoais, sendo o nascimento, com vida, uma espécie de condição suspensiva de sua concretização. Mesmo assim, essa proteção tem escapado o âmbito da pura patrimonialidade para autorizar a imposição da responsabilidade civil por lesão sofrida na vida intra-uterina, presente o nexo causal entre o fato ilícito e culposo e o dano.

No países do *common law*, a proteção ao concebido se faz, tradicionalmente, em razão de preocupações de caráter patrimonial, tutelando-lhe os direitos patrimoniais e sucessórios desde a concepção, conquanto que nasça vivo. No entanto, desde os anos oitenta, os tribunais americanos têm enfatizado a possibilidade do nascido requerer indenização por danos ocorridos antes do nascimento⁴⁴.

No Brasil, há proteção dos direitos da pessoa desde a sua concepção, preservando-se os direitos do nascituro ou não, conforme venha ou não a nascer com vida. A personalidade jurídica é atributo da pessoa.

A personalidade jurídica, na dicção de Paulo Otero, é “o reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é suscetível de ser titular de direitos e estar adstrita a obrigações traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa – isto no que respeita às pessoas físicas, sem se tomar agora em consideração as pessoas coletivas, levaria, numa primeira observação, a pensar que o Direito somente tutelaria o ser humano após o seu nascimento”.

No entanto, o direito à vida é assegurado pela Constituição aos humanos, destina-se àquele que a tem, sendo este o caso do concebido. Independente do reconhecimento do embrião ou do feto como pessoa, o concebido é um ser particularmente tutelado pelo direito pátrio. É considerado um ser humano, uma vida humana (para isso converge o voto do Relator Carlos Britto, conforme acima analisado). É a condição de ser humano que demanda a titularidade de certos direitos, a exemplo da vida, da dignidade, sustenta Beltrão⁴⁵.

A tutela penal defende a vida intra-uterina, proibindo o aborto. A tutela civil prevê direitos patrimoniais na medida em que resguarda o direito sucessório do nascituro (art.1798) e admite até a sua instituição como herdeiro testamentário. Admite-se a perfilhação do concebido por fecundação heteróloga. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tratamento especial a gestante (art.7º.), como forma de assegurar o pleno desenvolvimento do embrião/feto. A lei de biossegurança (Lei no.11.105/2005) regula restritivamente as experiências em embriões, permitindo apenas o uso dos excedentários congelados há mais de três anos. No âmbito do direito processual, a genitora tem legitimidade ativa para defesa de *direitos* do nascituro (art.877). Se na sistematização tradicional do direito privado apenas a pessoa é sujeito de direitos, seria o nascituro pessoa?

⁴⁴ Por informação de DIAZ, J. op.cit, p.197.

⁴⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p.79.

Rememorando, o direito sucessório do nascituro só se consolida no momento do seu nascimento, com vida. No entanto, outras garantias lhe são dirigidas como medidas satisfativas de interesses imediatos, dentre elas, a inviolabilidade da vida que se estende ao nascituro, na sua substância ontológica, haja vista a proibição do aborto; o direito à verba alimentar, como condição ao seu desenvolvimento, etc.

Não se pode argumentar que os direitos dirigidos ao nascituro estão sujeitos a um *numerus clausus* pois a própria legislação processual, ao estabelecer a legitimidade ativa da genitora, fala em *direitos* do nascituro. Disto se deduz a existência de uma parcial personificação jurídica do nascituro. Decisões jurisprudenciais recorrentes vêm reconhecendo o direito do nascituro aos alimentos, assim como a possibilidade de investigação de paternidade ainda na fase pré-natal. Estes direitos também são de natureza satisfativa, voltam-se ao desenvolvimento da embrião ou feto e não se apresentam como uma garantia prévia a se consolidar com o nascimento. Tratam-se de direitos indispensáveis à formação da personalidade, saúde e vida do nascituro.

Mesmo admitindo a idéia de um *numerus clausus* de direito de personalidade do nascituro, não se excluiria a tutela geral da sua personalidade física e moral, pois aquela mesma enumeração se justificaria na necessidade de garantir-se o desenvolvimento desta personalidade⁴⁶. Por esta perspectiva, é tutelável a vida e a integridade física do nascituro, sendo ilícito e indenizável o comprometimento de sua vida fora dos casos taxativamente admitidos em lei. Para Sousa⁴⁷, é indenizável até mesmo a ofensa à sua personalidade moral, com injúrias ou difamações. A defesa do concebido se estende não apenas em face de ações ilícitas, mas também em face de omissões.

A tutela da personalidade do nascituro encontra limites resultantes do condicionamento natural do concebido face à sua mãe. Por isso, o concebido tem de suportar, numa perspectiva de ponderação de valores, os riscos naturais e sociais corridos por sua mãe e os atos e riscos voluntários que esta venha a assumir de modo não ilícito. Havendo conflito entre a vida e a saúde da mãe e a vida e saúde do concebido, de modo a que somente a interrupção da gravidez possa salvar a mãe ou livrá-la de grave e irreversível lesão física ou psíquica, o direito do concebido há de ceder⁴⁸.

⁴⁶ Para Souza, "é tutelável a vida do nascituro concebido, sendo ilícito e indenizável o aniquilamento de sua vida, fora dos casos admitidos taxativamente de interrupção de gravidez fundada em justa e tempestiva indicação legal. Também a integridade física do concebido recebe proteção jurídica nos termos atrás referidos, face, v.g., à danificação da saúde do nascituro em virtude de administração de medicamentos ou drogas lesivas, de infecções provenientes de transfusão de sangue, de agressões directas ou indirectas ao feto, de radiações, etc." (SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.162-163).

⁴⁷ "A tutela da personalidade do nascituro abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por ex., ser civilmente indemnizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido" (SOUZA, R. V. A.. *op.cit.*, p.163).

⁴⁸ SOUZA, R. *op.cit.*, p.168.

Santos Cifuentes⁴⁹ entende que o concebido é uma pessoa por nascer, ainda no ventre materno, sendo desde a concepção titular de direitos personalíssimos. Situação especial seria, para ele, a figura do embrião excedentário (*extracorpóreo*), ao qual não se pode reconhecer a mesma tutela. Em suas letras, “la fecundación extracorporeal altera la perspectiva expuesta. Es imprescindible detener-se aquí, pues, como avanzado fenómeno de los tiempos actuales presenta diferenciado panorama acerca del derecho de vivir y de su comienzo, que no puede ser tratado como el embrión com sus logros vitales em el seno materno”⁵⁰. O embrião excedentário não é para, Cifuentes, um nascituro.

Porém, ele mesmo denuncia a premente necessidade de regulamentação da manipulação genética de embriões, posto que reconhece no embrião excedentário, o *embrión extracorpóreo*, a vida humana, merecedora de tutela. Em sua dicção, “es de toda urgencia denifir y proyectar soluciones a las nuevas creaciones de la vida, manteniendo lo vigente para la concepción em el seno materno, em lo que hace a su protección – como se há expuesto -, pero paralelamente reconocer las situaciones distintas del embrión extracorpóreo”⁵¹.

A despeito de toda a discussão em torno da natureza jurídica do embrião excedentário, não se trata de uma coisa. Oliveira Ascensão⁵² sustenta que deve-se considerar que o embrião excedentário tem fins próprios, devendo-se assegurar que toda intervenção seja movida por interesses deste. A discussão sobre interesses jurídicos e direito subjetivo do embrião excedentário será especulatória sem a previsão legal. Não lhe sendo reconhecida personalidade jurídica, tampouco a condição de nascituro, custoso seria reconhecer-lhe direitos subjetivos próprios. De todo modo, é de se assegurar a tutela do interesse de ordem pública – a vida, nos procedimentos da biomedicina e da engenharia genética. Note-se que a partir da fecundação já se tem em causa a ontogenia humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par das especulações filosóficas ou religiosas e até mesmo científicas acerca da natureza do embrião, não se tem resposta pacífica. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos de ascendência romano-germânica deferem proteção especial aos nascituros. Porém, as leis que tratam do tema, em geral, definindo o marco inicial da existência da pessoa, apontam que o nascituro surge da concepção. Quando era possível apenas a partenogênese natural, a questão não apresentava problema. No entanto, em razão do avanço da biomedicina, especialmente com a possibilidade de fecundação *in vitro* e crioconservação de embriões, criou-se uma

⁴⁹ “Para mi, en cambio, el nasciturus es persona, luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida. En otras palabras, el derecho personalísimo principia en la concepción, instante éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia aunque dependiente” (*Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p.238-239).

⁵⁰ CIFUENTES, S. op. cit, p.241.

⁵¹ *Ibidem*. p.244.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2000, p.69.

confusão em torno da natureza jurídica do embrião. Teria o embrião excedentário a condição de nascituro? Quando começa a vida, a partir da fecundação (natural ou *in vitro*) ou da nidação, com a fixação do embrião no endométrio? Qual a extensão da proteção do embrião? São questões que não encontram soluções uniformes. Há, como demonstrado uma pluralidade de correntes com respostas diferentes.

O Código Civil põe os direitos do nascituro à salvo desde a concepção. Mas isso não resolve a questão, devolve-se a pergunta: quando ocorre a concepção?

A manipulação de embriões para fins reprodutivos foi contemplada na lei de biossegurança, e o conflito se acentuou em função da permissão para manipulação genética de células embrionárias para fins científicos e terapêuticos. A celeuma entre adeptos da corrente concepcionista e genético-desenvolvimentista chegou a discussão no Supremo Tribunal Federal, a partir de Ação Direta de Inconstitucionalidade que se opõe ao artigo 5o. da citada lei.

A decisão do STF nesta ação terá um efeito histórico, especialmente em face do art.28, parágrafo único da Lei no.9.868/99 que estabelece o efeito vinculante quanto à interpretação desenvolvida no julgamento da ADIn. O voto do Relator, Ministro Carlos Britto, deixa entrevê certa confusão nos argumentos utilizados, o que pode ser comum em face da turbulência que o tema proporciona.

O relator afirma que a fecundação é o momento inaugural da vida e que a dignidade da pessoa humana permite um transbordamento para proteger as diversas etapas ontogênicas do homem, inclusive na etapa embrionária. Não obstante, opina favoravelmente à manipulação do embrião excedentário, atribuindo-lhe menor valia pelo fato de não estar implantado no ventre materno. Utiliza o argumento de Dworkin para quem quanto maior o investimento natural realizado, mais criticável e sofrível será a supressão da vida. Para explicar esse argumento, Dworkin exemplifica que quanto mais cedo se realize o aborto, menos impactante será o seu efeito moral e socialmente.

Embora o relator atribua ao embrião, seja qual for a natureza da fertilização, necessidade de tutela especial, em face da existência de vida humana nesta fase, não se detém no delicado tema da *declaração de sua inviabilidade*. Tenta convencer que a Lei em xeque apenas autoriza a manipulação de embriões inviáveis, no entanto, não se detém nos argumentos sobre a manipulação dos embriões congelados, hipótese em que a inviabilidade não é pressuposto. O embrião congelado ainda viável poderia ser manipulado para fins de pesquisa e terapia? A decisão deixa entrevê que, antes do descarte, pelo desinteresse dos genitores, seria mais oportuna a sua utilização para fins de pesquisa e terapêuticos.

Embora sequer questione sobre o porquê de tantos embriões excedentários congelados, opina favoravelmente as técnicas de reprodução assistida como instrumentos do planejamento familiar. Ora, se a fecundação (mesmo *in vitro*) gera vida, não seria justificável a produção indiscriminada de embriões. Cabe o olhar da sociedade sobre esse momento inaugural de todo o processo. O problema maior não é a utilização dos embriões crioconservados em pesquisa como opção mais adequada do que o seu descarte. A questão maior é o sobejamento desses embriões.

É certo que a personalidade jurídica surge, no momento em que a lei autoriza, e no Brasil, isto ocorre do nascimento, com vida. Mas não é menos certo que o sistema jurídico assegura proteção ao nascituro. É pacífico entre os juscivilistas que estudam os direitos da personalidade, a ocorrência de uma personalidade (ainda que mitigada) na fase humana pré-natal. No entanto, a fertilização *in vitro* trouxe uma realidade diversificada que não tem tratamento adequado – o embrião excedentário. Concorde-se com Cifuentes, se não se tem aqui um nascituro, tem-se uma vida, cuja tutela há que ser implementada.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e nosso direito constituendo. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.39-52.
- AGUIAR, Joaquim. *Programa de Direito Civil: Introdução e parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Cargine, 1974.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- CARVALHO, Virgílio Antônio de. *Direito Civil: Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.
- CHAGAS, Márcia Correia. *Tecnologias médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2005. Orientação: Prof. Dr. Paulo Antonio Menezes Albuquerque, 186 fl., p.104.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- DIAZ, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- KAHN, Axel. Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon. In: MCLAREN, Anne (Coord.). *Le Clonage*. Alemanha: Editions du Conseil de l'Europe. 2002, p.110-123.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p.121-146.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NYS, Herman. Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC MINAS, 2002, p.170-184.

PESSINE, Leo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

RIBAS, Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira da. *Introdução ao biodireito*. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A.. Capela de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

PRISÃO PREVENTIVA, E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

*Nestor Eduardo Araruna Santiago**

RESUMO

Trata-se de trabalho em que se desenvolve a idéia de conseqüência direta entre a decretação de prisão preventiva e a demora na constrição da liberdade do cidadão. Levanta-se a hipótese de o acusado que tenha cumprido a prisão provisória obter indenização por danos morais e materiais do Poder Público, em razão da aplicação das regras constitucionais que prevêm o erro judiciário e a demora razoável na condução do processo. A discussão passa, necessariamente, pela responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ainda que lícito.

Palavras-chave

Prisão provisória. Reparação. Dano moral. Dano material. Demora razoável do processo. Erro judiciário.

ABSTRACT

This is a paper which assesses the idea of the existence of a direct relation between the ruling of preventive detention and the endurance of the restrictions on human freedom. In this sense, the author presents the possibility that the accused persons that have temporarily been under arrest receive compensation from State for material and moral damage, due to the constitutional rules concerning judicial error and trial within a reasonable time span. The debate concerning the issue necessarily includes State liability for jurisdictional acts, albeit lawful.

Key-words

Temporary detention. Compensation. Moral damage. Material damage. Trial within a reasonable time. Judicial error

1 INTRODUÇÃO

Uma das conseqüências da decretação de prisão preventiva menos vista e debatida em doutrina e jurisprudência é a possibilidade de indenização por danos morais e materiais em decorrência erro judiciário consistente na demora

* Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará. Fundação Escola de Advocacia do Estado do Ceará (FESAC-OAB/CE).

da constrição cautelar.

Este é o objeto de análise neste breve artigo que, longe de querer ser conclusivo, pretende lançar algumas luzes e, também, espancar algumas dúvidas sobre o tema ora proposto.

Deixa-se claro, desde logo, que não se pretende revisar conceitos básicos de prisão provisória ou reparação por dano. Entretanto, sempre que possível ou necessário, a menção a estes institutos jurídicos será feita.

Num primeiro momento, impende mostrar aos leitores alguns aspectos sobre a prisão provisória, que nem sempre são adequadamente abordados. Posteriormente, considerações sobre pontos relevantes da responsabilidade civil do Estado também serão feitos, a fim de aclarar a abordagem do tema. Finalmente, teceremos nossas conclusões, tendo em vista o princípio constitucional da demora razoável do processo e da cláusula, igualmente constitucional, da reparação do dano em virtude de erro judiciário.

2 PRISÃO PREVENTIVA

Assim como no Processo Civil, o Processo Penal prevê medidas cautelares, a fim de garantir o resultado prático do processo. A decretação destas referidas medidas deve, então, ter profunda e íntima relação com o objeto central do debate levado a juízo, sob pena de serem desproporcionais àquilo que se propõe. Servem, portanto, de instrumento, de modo e meio para se atingir a medida principal.² E estas medidas cautelares podem ser restritivas de liberdade (prisão cautelar ou processual) ou patrimoniais (seqüestro, arresto, etc.)

Embora haja divergências na doutrina acerca das espécies de prisão cautelar, entende-se majoritariamente que são cinco: prisão preventiva, prisão temporária, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. As três primeiras são utilizadas no curso do processo ou do inquérito policial; as duas últimas, quando há manifestação judicial, total ou parcial, acerca do mérito da causa.³

Cumpre salientar que estas medidas cautelares restritivas de liberdade sejam decretadas pelo juiz, sempre mediante provocação do titular da ação penal, do assistente do Ministério Público⁴ ou da autoridade policial encarregada

² Cf. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 559.

³ Entretanto, não é irrazoável se pensar que elas podem ser reduzidas a três espécies, pois é inegável que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de sentença de pronúncia têm caráter nítido de prisão preventiva. Contudo, este não é o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal. Cf. ainda, RANGEL, op. cit., p. 609, em que fala sobre a define a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível como execução provisória de pena, baseando-se, para seu raciocínio, na Súmula 716 do STF.

⁴ Sobre a legitimidade do assistente do Ministério Público requerer a prisão preventiva, desenvolveremos o assunto em outro trabalho mais abrangente.

da investigação dos fatos delituosos. É o que determina o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), exigindo que a prisão – exceto a em flagrante, por óbvio – somente seja concretizada mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.⁵

Assim, depara o aplicador da norma com a necessidade imperiosa de fundamentação da prisão como corolário do devido processo penal, sob pena de nulidade e conseqüente relaxamento da prisão, em face de inegável inconstitucionalidade (art. 5º, LXV, CF). Nada obstante, a mesma sanção que se aplica ao ato viciado encontra eco no inciso IX do art. 93, CF. O mesmo inciso LXI do art. 5º, CF ressalta a necessidade de a medida restritiva da liberdade ser emanada de juiz competente, reforçando o princípio do juiz natural, que também é sustentáculo do devido processo penal (art. 5º, LIII, CF). Aliás, um dos aspectos mais marcantes da prisão cautelar é a sua jurisdicionalidade, ressaltada por instrumentos normativos internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), itens 2 e 3 do art. 7º.

De qualquer forma, é importante ressaltar que somente justificará a decretação da medida cautelar se ela for necessária e urgente para resguardar o conteúdo dos processos de conhecimento e de execução, mesmo porque se trata de restrição de liberdade ambulatoria de caráter excepcional, acessória ao provimento principal e que dele depende para sua manutenção. Embora não seja antecipação de pena, antecipam-se os efeitos, que somente podem ser oriundos de uma ordem emanada de autoridade judiciária.

Como a prisão provisória tem natureza jurídica de medida cautelar restritiva de liberdade, impende demonstrar que os requisitos de cautelaridade – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* – devem estar sempre presentes, de modo a fundamentar a restrição excepcional de liberdade. Sim, excepcional, pois a regra é a liberdade, e não o encarceramento. O Poder Judiciário não pode se pautar pelo clamor público para a decretação de prisão preventiva, sob pena de utilizar a restrição de liberdade para fazer justiça. Obviamente, o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, somente podem ser chamados a atuar quando outros meios de controle social forem ineficazes para proteger a sociedade. Em outras palavras, aplica-se também ao Direito Processual Penal o princípio da intervenção mínima, na vertente do princípio da subsidiariedade. Portanto, o *periculum libertatis*

⁵ Na doutrina, discute-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* no curso do inquérito policial. Entende-se que a regra contida no art. 311 do CPP é inadequada ao sistema acusatório, adotado pela CF; por isso, a decretação de ofício pelo juiz somente seria válida no curso da ação penal. Neste sentido, cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 429-430; RANGEL, op. cit., p. 589; CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006. Em sentido contrário: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 589; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 562.

- observados nas situações de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal - são os limites legais para a decretação da prisão provisória.⁶

Identifica-se o *fumus commissi delicti* na prisão preventiva pela verificação de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime (art. 312, Código de Processo Penal - CPP). Remansosa jurisprudência se formou no sentido de que havendo elementos para decretação da prisão preventiva, haverá, também, para o oferecimento da denúncia.⁷ Daí, correto o entendimento de que a prisão preventiva, p. ex., não deve ser decretada durante o inquérito policial, reservando-se a este momento pré-processual de caráter inquisitivo a prisão temporária (Lei n. 7.960/89) e a prisão em flagrante (artigos 301 a 310, Código de Processo Penal).

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O § 6º do art. 37, CF e o art. 43 do Código Civil (CC) prevêm a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Elas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, a idéia de divindade do poder do soberano, veiculada no período do Absolutismo (*the king can do no wrong*), hoje está totalmente superada.

⁶ Há que se fazer menção ao art. 30 da Lei n. 7.492/86, que trata da decretação de prisão preventiva em crimes contra o sistema financeiro nacional em razão da magnitude da lesão causada. Vale notar que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal aponta na direção da impossibilidade de decretação da medida cautelar restritiva baseado, unicamente, na magnitude da lesão causada, que é elemento do tipo penal (cf. HC n. 86.620/PE. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 13.dez.2005. DJU I, 17.fev.2006, p. 59.)

⁷ Cf. a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA. DECRETADA A PREVENTIVA. DENÚNCIA NÃO OFERECIDA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PLEITO MINISTERIAL DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão provisória é uma medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva. 2. Na hipótese em tela, não se vislumbra presentes nem os indícios da autoria, tanto que ainda não oferecida a denúncia exatamente por essa razão, tampouco a necessidade da prisão, seja para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal ou para fins de instrução. 3. Também assiste razão à súplica no que se refere ao excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que, ao que consta dos autos, até o momento – já transcorridos quase 10 meses da prisão dos Recorrentes –, não foi sequer oferecida a denúncia, inexistindo qualquer justificativa plausível para tanto. 4. Recurso conhecido e provido para deferir a liberdade provisória aos ora Pacientes, com a consequente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 20.118/PA. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 19.out.2006. Publicado no DJU I, 20.nov.2006, p. 344.). Na doutrina pátria, cf. por todos, TOURINHO FILHO, op. cit., p. 485.

Como lembra José Afonso da Silva, não se discute a existência ou não de dolo ou culpa do agente de forma a caracterizar o direito do particular ao ressarcimento pelo Estado, pois esta obrigação é oriunda da doutrina do risco administrativo, que o isenta do ônus da prova do aspecto subjetivo da conduta: “basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada”.⁸ Ou seja, “basta a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e ato da administração”.⁹

Tal regra é salutar para a consecução do princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, do princípio da proteção da confiança dos cidadãos para com o Estado. Ademais, o prejuízo causado ao particular não pode ser minimizado ante a impessoalidade do ato estatal. Corrobora esta assertiva a necessidade de o Estado se haver do direito de regresso para responsabilizar o agente público pelo ato lesivo, sempre em obediência ao *due process of law*. Daí, a demanda deverá ser proposta diretamente contra o Estado que, por meios próprios, será ressarcido pelo agente público que praticou o ato prejudicial ao particular.

Esta regra também se aplica com relação aos atos oriundos do Poder Judiciário. À primeira vista, pode parecer que o disposto no § 6º do art. 37, CF, tem alcance limitado ao Poder Executivo. Mas, basta observar a redação do *caput* do art. 37 (“A administração pública direta e indireta *de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”) para chegar à lógica conclusão que ao Poder Judiciário também é cabível o princípio da responsabilidade civil da Administração Pública, *tout court*.

Se assim não fosse, haveria inexplicável desigualdade de tratamento entre os atos praticados pelo Judiciário e pelos outros; em outras palavras, os membros deste Poder ganhariam carta branca do Estado para agirem conforme suas pretensões, sem se preocupar com os efeitos oriundos de suas ações ou omissões. Portanto, a regra vincula a atuação de qualquer agente público do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, resguardando o particular de prejuízos que lhe sejam causados.

Entretanto, este entendimento somente ganhou maior força na doutrina nos últimos anos do século passado.¹⁰ Até então, vingava a idéia que os atos jurisdicionais, por serem soberanos e revelarem a independência da magistratura, estavam afastados do princípio da responsabilidade dos atos estatais, exceto se expressamente previstos em lei, como é o caso, por

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 674.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 361.

¹⁰ Contudo, em decisão de 2004, o STF reafirmou o entendimento de que o Estado somente seria responsável por atos de seus juízes nos casos expressamente declarados em lei, e que o decreto de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 429.518/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 5.out.2004. Publicado no DJU I, 28.out.2004, p. 49).

exemplo, do art. 133 do Código de Processo Civil (CPC), do art. 630 do Código de Processo Penal (CPP) e do inciso LXXV do art. 5º da CF, que determina, expressamente, a responsabilidade do Estado e conseqüente reparação por danos morais e materiais em razão de erro judiciário ou pela prisão além do tempo determinado na sentença. Para acrescentar, há quem enxergue uma distância entre a responsabilidade civil pela atividade jurisdicional e a dos demais agentes públicos.¹¹

Ora, o exercício da soberania e da independência dos magistrados envolve responsabilidade pelos atos praticados, e a ausência de reparação pelo dano causado por atos judiciais levaria ao enriquecimento ilícito por parte do Estado, o que é, de todo, inadmissível. Como anota Guilherme Couto de Castro, o dever de indenizar em razão de erro judiciário é evidente. Mas ressalva o autor uma condição para implementação da indenização: a inexistência de coisa julgada material, “que é verdade jurídica para todos os efeitos, e, sem que seja rescindida, não pode ser reaberta a questão, por via indireta, sob a tese de que se trata de *erroria*”.¹²

Ousa-se discordar. Quando se aponta erro judiciário - que nada tem a ver com injustiça na decisão - não se deseja desconstituir a coisa julgada material, mas, tão-somente, determinar o Estado a arcar com o prejuízo causado pelo erro. E a decisão permanece íntegra e inatacável, não havendo necessidade, desta forma, de haver desconstituição da coisa julgada por ação rescisória ou revisão criminal.

Por outro lado, seria descabido argumentar que dispositivos infraconstitucionais tivessem o poder de limitar o alcance dos dispositivos constitucionais determinantes da reparação do dano em razão de ato estatal incorporado em erro judiciário. Haveria total inversão da pirâmide normativa, que estabelece a norma constitucional como hierarquicamente superior a qualquer outra. Assim, as previsões normativas legais que determinam a responsabilidade judicial somente reforçam os preceitos normativos constitucionais no tocante à reparação do dano, mormente pelo fato de serem ditas normas constitucionais auto-aplicáveis, independentes de qualquer regulamentação posterior.

4 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE REPARAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO: CONCEITO

Como se sabe, o conceito é absolutamente necessário para se ter uma idéia do objeto que se vai analisar. Assim, não será científico perquirir chegar à conclusão deste breve trabalho sem antes se ater à dimensão jurídica da cláusula constitucional que determina a reparação por erro judiciário e pelo excesso de prazo no encarceramento. Primordial, pois, investigar o que o legislador constituinte entende por “erro judiciário”, para, empós, adentrar no aspecto ligado ao excesso de prazo na prisão preventiva.

¹¹ Embora discordemos *in totum* do posicionamento do autor, cf. RIZZARDO, op. cit., p. 380-381.

¹² CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

Primeiramente, deve-se desmistificar a idéia de que “erro judiciário” está ligada, tão-somente, ao direito e ao processo penal. A própria dicção da cláusula constitucional dá este mote, ao distinguir erro judiciário de excesso de prazo na prisão. Como lembra Dergint, se a jurisdição é una e indivisível, “a ela deve corresponder um único e homogêneo sistema de responsabilidade estatal”¹³, nada havendo que justifique o tratamento diferenciado entre o erro judiciário penal do não-penal.

Este mesmo autor conceitua o instituto como “o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito cível”. Justifica o erro judiciário com base na falibilidade humana, mas de pronto afasta deste conceito os erros *in judicando* e *in procedendo*, posto serem inerentes à atividade judicial, em que o juiz não desenvolve suas funções de forma anômala.¹⁴

De pronto, pode-se apontar uma imperfeição no conceito acima formulado: o conceito de erro judiciário não pode ser limitado à sentença judicial. Em outras palavras, ele pode ser evidenciado em outras manifestações judiciais durante o processo.

a. Lembra Cretella Júnior que:

Judiciais (=judiciários) são todos os desempenhos do Poder Judiciário, específicos ou não, sem se indagar da natureza intrínseca, contenciosa ou voluntária, do desempenho. Tudo o que promana do Poder Judiciário é atividade judicial, orgânica ou formalmente considerada. Não, porém, sob o aspecto material ou substancial, que é a atividade considerada, em si e por si, independentemente da fonte da qual emana.¹⁵

Os administrativistas, de forma corajosa, buscaram conceituar ou balizar os limites do erro judiciário; contudo, não conseguiram chegar a um consenso. Odete Medauar chega à conclusão que seria considerado erro judiciário passível de reparação o “ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/88”.¹⁶ Mais adiante, esclarece que os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário “equiparam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública”.¹⁷

Hely Lopes Meirelles, aferrado a uma visão extremamente tradicional e arcaica, afirma que “a responsabilização do Estado por danos oriundos de atos jurisdicionais ainda não encontrou guarida, apesar de rica elaboração

¹³ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 166.

¹⁴ *Ibidem*, p. 164-165.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. 2, p. 826.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 653.

¹⁷ *Ibidem*, p. 653.

doutrinária em sentido favorável”.¹⁸ Apega-se este autor ao entendimento de que a responsabilidade civil do Estado está umbilicalmente vinculada ao erro judiciário de natureza penal, numa leitura pouco recomendável do art. 630 do CPP.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que os atos jurisdicionais típicos (sentença e acórdão) não são passíveis de indenização. “Para que fossem prejuízos indenizáveis, seria necessário que se *comprovasse* que teriam sido causados *antijuridicamente*, hipótese em que passariam a existir prejuízos de direito”.¹⁹ Ou seja, a responsabilidade pelo ato jurisdicional ilícito - neste caso, erro judiciário - deveria ser provado pelo jurisdicionado, ou por qualquer administrado que tenha sofrido o prejuízo. Apesar de não concordarmos com a opinião do autor, parece-nos que deixa claro que o erro judiciário é aquele oriundo de ato ilícito do juiz - o que, por si só, não satisfaz a conceituação do objeto em estudo.

Ante a ausência de unanimidade acerca do conceito de erro judiciário, torna-se oportuno resolver o impasse. Sem maiores pretensões, *erro judiciário é a realização ou não-realização de ato judicial, lícito ou ilícito, que cause dano ao jurisdicionado ou a terceiro*.

Não se pode isolar do conceito de erro judiciário a prisão além do tempo determinado da sentença. A prisão excessiva é prisão indevida e ilegal, sendo inconcebível pensar que um ato judicial eivado de erro como é a prisão indevida ou por excesso de prazo não possa ser considerada erro judiciário.

Pode-se perceber claramente que o legislador constituinte foi extremamente cauteloso a diferenciar as situações somente por uma questão de interpretação do texto constitucional, de forma a evitar que o Estado se eximisse de responsabilidade pelas prisões realizadas ou mantidas fora de seus aspectos legais formais. Entretanto, se a prisão é ilegal, o erro judiciário é evidente, pelo que deve existir a indenização. E não há argumentos de soberania ou de independência dos atos judiciais que justifique a negativa, como se o Poder Judiciário fosse constituído por semi-deuses ou de extraterrestres: significaria a legitimação do arbítrio e da restrição indevida de liberdade.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO: A REPARAÇÃO DO DANO PELO EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Em atenção ao implícito princípio constitucional da economia processual, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou ao texto constitucional a necessidade de o processo ser breve, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 437-438.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 590.

a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII do art. 5º, CF). É inadmissível que o provimento jurisdicional seja demorado, pois, como já se disse, justiça tardia é injustiça.

Os tempos de hoje são o da velocidade - *dromos*, em grego. Há quem diga que vivemos em uma *dromocracia*, e não numa democracia. E este sentimento de pressa, de velocidade, reflete no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional.

Todavia, quando o assunto é prisão cautelar, o legislador infraconstitucional trata o assunto com parcimônia.²⁰ Sobre prisão temporária, a Lei n. 7.960/89 cuida dos prazos de 5 e de 30 dias, prorrogáveis por igual período. Em termos de prisão preventiva, o único dispositivo legal que prevê a duração da prisão preventiva é o art. 8º da Lei n. 9.034/95, que estabelece 81 dias de prazo para o encerramento da instrução criminal.²¹ Ora, por analogia (art. 3º, CPP), esta regra deve se estender para todos os casos de prisão preventiva, e não somente aos casos de crimes praticados por organização criminosas.

Mas o estabelecimento de regra de duração da prisão faz com que surjam exceções, por óbvio. A primeira a ser mencionada é que “eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo”.²² A segunda é que “não há constrangimento ilegal por excesso de prazo [na manutenção da prisão preventiva] quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal”.²³ Neste último caso, a fiscalização constante da defesa e do Ministério Público, como *custos legis*, é essencial a fim de que evitar abusos na custódia cautelar sob o pretexto de dificuldades no encerramento da instrução. A terceira e última se refere à superação do excesso de prazo na prisão preventiva pelo encerramento da instrução criminal.

Seguindo a regra e as exceções, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu diversas decisões sobre o tema, sempre, logicamente, mirando nos princípios constitucionais implícitos e explícitos.

No julgamento do Habeas Corpus n. 86.850/PA, decidiu-se que se o excesso de prazo não é imputável ao acusado, é inadmissível que a prisão provisória perdure sem nenhuma limitação, devendo ser a mais breve possível, com base no princípio da razoabilidade. No caso analisado, o paciente permaneceu sob custódia cautelar

²⁰ Contudo, há Projeto de Lei do Deputado Moreira Franco, dando nova redação ao artigo 311 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o prazo de prisão preventiva durante o inquérito policial será de 30 dias, e de 120 dias durante a instrução criminal, prorrogável por igual prazo em caso de extrema e comprovada necessidade. (Íntegra disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401537.pdf> >. Acesso em 19.fev.2007, 18:12.)

²¹ Sobre a construção jurisprudencial do prazo legal de prisão preventiva, cf. por todos, OLIVEIRA, op. cit., p. 426-429.

²² Ibidem, p. 427.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.168/RO. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 26.set.2006. DJU I, 20.out.2006, p. 426.

por mais de dois anos, sem que tivesse sido realizada a oitiva de testemunhas arroladas pela acusação. Isto porque a juíza responsável pelo processo redesignou a data de audiência somente para um ano e oito meses depois de frustrada a audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.²⁴

Em julgamento de outro Habeas Corpus no STF, decidiu-se pela liberação do acusado preso preventivamente em razão da demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se pudessem atribuir a ele as razões para o retardamento daquele fim. Neste caso, fundamentou-se a Ministra Carmen Lúcia nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da razoável duração do processo (art. 5º, inc. III e LXXVIII, da Constituição da República). Lembrou, ainda, que “a forma de punição para quem quer que seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a mora judicial, enquanto preso o réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo legal”.²⁵

Por último, há que se mencionar que o fato de a prisão preventiva ter sido decretada em razão de crime hediondo não autoriza a demora na realização da instrução criminal: “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.²⁶

Ora, o excesso de prazo na duração da prisão preventiva configura, inegavelmente, violação direta ao princípio da demora razoável da duração do processo, como corolário do princípio da economia processual. Entende-se que, quando se fala em “processo”, fala-se, implicitamente, em procedimento. Assim, a realização de qualquer procedimento no curso da ação penal deve atender aos postulados constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser ilegal - e, por que não dizer? - inconstitucional.

Como foi abordado linhas atrás, o conceito de prisão por tempo superior ao determinado na sentença, i.e., por excesso de prazo, está inserido no conceito de erro judiciário, indenizável sob os aspectos material e moral. Nas três decisões acima citadas como exemplos, a constatação no excesso de prazo na formação da culpa e conseqüente liberação do acusado em razão da ilegalidade da prisão leva, inexoravelmente, à conclusão de que se trata de *erro judiciário*, nos termos do conceito acima elaborado.

E não há sofisma algum neste raciocínio: a partir do momento que o conceito de “prisão além do tempo determinado na sentença” é inserido no

²⁴ 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16.ami.2006. DJU I, 06.nov.2006, p. 50.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.721/PE. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 15.ago.2006. DJU I, 07.dez.2006, p. 52.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.241/RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 21.mar.2006. DJU I, 28.abr.2006, p. 8.

conceito de erro judiciário, estabelece-se um limite processual, além do qual a prisão torna-se ilegal e indevida. Ora, se o mais é ilegal, o menos - prisão preventiva com prazo excessivo - também o será. Ademais, a Súmula 716, STF, implicitamente reconhece que a prisão provisória excessiva redundaria na possibilidade de progressão de regime prisional *antes* do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁷

Baseado em acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Cahali entende que seria perfeitamente cabível a indenização por danos morais e materiais em razão de prisão preventiva legal, embora cumprida em excesso de prazo, com posterior absolvição do acusado.²⁸ Mas, ao mesmo tempo, lembra que o Estado de Direito, em reforço à garantia dos direitos individuais do cidadão, não pode compactuar com a restrição injusta à liberdade individual, e, portanto, deve responsabilizar-se pelos danos causados.²⁹

Entende-se incabível limitar-se o direito à indenização somente nos casos de absolvição: independentemente do resultado final do processo, se excessivo o lapso de tempo da custódia cautelar, cabível a reparação do dano, pois não se cogita da legitimidade da prisão, mas, sim, de sua duração indevida.

Concluindo, o respeito à duração da prisão preventiva, calcado supinamente nos princípios constitucionais da razoabilidade, da demora razoável do processo, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, evita o erro judiciário e a decorrente responsabilidade civil objetiva do Estado em reparar o dano moral e material, nos termos dos artigos 953 e 954 do Código Civil.³⁰

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed.

²⁷ Súmula 716, STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 790.

²⁹ *Ibidem*, p. 775.

³⁰ Cahali (*ibid.*, p. 772) aponta que, ao contrário do novo codificador, que "permaneceu estático no tempo e omisso em definir a natureza do dano indenizável, manteve-se atrelado ao direito anterior, que, (...) já reconhecia, no caso a ocorrência de dano moral, especialmente após a Constituição de 1988."

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 2, 1989.

CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug**

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a separação dos poderes como um dos princípios a nortear o nosso Estado Democrático de Direito e, por sua vez, delineou um Poder Legislativo autônomo e ativo na difícil tarefa de regulamentar as normas constitucionais e conferir dinamismo ao sistema normativo como um todo. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar se o Poder Legislativo, nesses vinte anos de vigência da Constituição de 1988, tem cumprido eficazmente a sua função.

Palavras-chave

Constituição Aberta. Poder de regulamentar. Separação de poderes. Poder Legislativo

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 estableció la separación de poderes como uno de los principios directores de nuestro Estado Democrático de Derecho y, de esa forma, delineó un Poder Legislativo autónomo y activo para la difícil tarea de regular las normas constitucionales y conferir dinamismo al sistema normativo como un todo. En ese sentido, este trabajo busca analizar si el Poder Legislativo, en sus veinte años de vigencia de la Constitución de 1988, ha cumplido eficazmente su función.

Palabras-clave

Constitución Abierta. Poder de regular. Separación de poderes. Poder Legislativo

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou a volta da democracia no nosso Estado e o asseguramento de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, bem como uma ativa participação da sociedade nas decisões políticas. Nesse sentido representou o novo Texto Constitucional um avanço na proteção dos direitos do cidadão, bem como a previsão de instrumentos que visam consolidar o regime democrático e a autodeterminação do povo.²

* Mestre e Doutoranda em direito constitucional pela PUC/SP. Professora do Uniceub e do IESB, Chefe de Gabinete de Ministra do Superior Tribunal Militar.

² Para Eduardo Garcia de Enterría: “Na Constituição como instrumento jurídico há de expressar-se, precisamente, o princípio da autodeterminação política comunitária, que é pressuposto do caráter originário e não derivado da Constituição, assim como o princípio da limitação de poder.”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, p. 45, trad. livre)

O novo sistema constitucional assegurou o princípio da separação dos poderes, logo em seu art.2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” A Constituição dotou os três poderes de autonomia e também assegurou o sistema de freios e contrapesos para que nenhum poder venha se sobrepor ao outro. Tem-se, portanto, em Poder Judiciário independente, cujo órgão de cúpula, é o Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição e responsável pelo controle de constitucionalidade.

O Poder Executivo, dotado igualmente de autonomia pode valer-se de um poderoso instrumento, qual seja, a Medida Provisória, que dotada de força de lei pode ser editada em casos de relevância e urgência para levar a efeito necessidades imediatas do Estado ou a efetivação de políticas públicas. O Poder Legislativo responsável essencialmente pela elaboração das leis e fiscalização da Administração direta e indireta. O Tribunal de Contas auxilia o Legislativo na sua tarefa de fiscalização. A função de legislar é de grande destaque na medida em que dentro de um Estado Democrático de Direito vigora o princípio da legalidade. Nesse contexto, assume importância a necessidade de desenvolvimento de uma técnica legislativa que vise otimizar a produção de leis em conformidade com a Constituição e aptas para regular e maneira eficaz a vida social.³

Cabe à lei dar efetividade as normas constitucionais e prever mecanismos que possibilitem a fruição ampla dos direitos e garantias nela assegurados. Em muitas situações a Constituição inicia a normatização de uma matéria deixando a cargo da lei regulamentá-la. Isso ocorre em grande parte porque determinadas matérias são melhores tratadas no nível infraconstitucional do que no constitucional, em razão da necessidade de sua constante atualização. É mais fácil alterar a legislação infraconstitucional do que a constitucional.

Há que se reconhecer que a Constituição 1988 foi uma conquista da sociedade brasileira e inaugurou o período democrático em nosso País. Denominada de “Constituição Cidadã” trouxe em seu texto um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como estabeleceu uma série de metas a serem alcançadas pelo Estado na busca de uma sociedade, justa livre e solidária. De outra parte o Texto Constitucional impôs ao Poder Legislativo o dever de regulamentar uma série de regras e princípios nele estabelecidos. Tem-se que a atividade legislativa ganhou relevo no novo cenário político, na medida que incumbe ao Poder Legislativo, precipuamente, ao Congresso Nacional, o dever de regulamentar e efetivas uma série de direitos, posto que “legislação é ação intencional”⁴. Nesse particular, cumpre analisar se o Poder Legislativo, nesses vinte anos de vigência da Constituição de 1.988, tem cumprido eficazmente a sua função.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO

Toda Constituição é um sistema dinâmico e aberto que se relaciona diretamente com a realidade fática que visa a normatizar, de modo que as

³ Cf. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p.24.

⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.31

mudanças e alterações ocasionadas na sociedade refletem diretamente no ordenamento jurídico que deve, portanto, acompanhar essas transformações. Assevera Celso Bastos:

(...) Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito.⁵

Geraldo Ataliba conceitua sistema como “o conjunto unitário e ordenado de elementos em função de princípios coerentes e harmônicos”.⁶ O sistema normativo é o conjunto unitário e ordenado de normas, em função de princípios coordenados em torno de um fundamento comum. Contudo, não se trata de uma mera soma aleatória de elementos isolados. Há uma conjugação harmônica entre eles, é dizer, uma interação.

Maria Helena Diniz define sistema jurídico como o “modo científico-jurídico de análise do Direito, apresentando-o sistematicamente para facilitar seu conhecimento e manejo por aqueles que o aplicam”.⁷ Por meio de sua sistematização o Direito pode ser melhor compreendido, estudado e manejado por aqueles que o aplicam.

O ordenamento jurídico, como dito, não é estático, é dinâmico, na medida em que o seu desenvolvimento e transformação dão-se por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas ao mundo fático, o que acaba por resultar na constante renovação de todo o sistema normativo.⁸

Dentro do sistema normativo também são reconhecíveis diversos sistemas parciais, ou melhor, subsistemas, a partir de perspectivas materiais diversas. Assim, o conjunto de todas as normas jurídicas forma o sistema jurídico do Direito e o conjunto de normas de Direito Constitucional formam o sistema parcial (ou subsistema).

A Constituição, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, é um sistema aberto de regras e princípios.⁹ Diz-se aberto porque esta sofre as ingerências de

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*: São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.43.

⁶ NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. *Sistema constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.19.

⁷ DINIZ, Maria Helena. In: *Dicionário Jurídico*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1.998, p.373

⁸ Para Peter Häberle: “As Constituições de letra viva, entendendo por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, são no fundo e em sua forma de expressão e instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais, e depósito de futuras <configurações> culturais, experiências e vivências, e saberes.” (HÄBERLE, Peter. *A Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madri: Tecnos, 2000, p. 34 e 35, trad. livre)

⁹ Joaquim José Gomes Canotilho escreve: “(...) o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de <descodificação>: (1) – é um sistema jurídico, porque, como atrás se referiu (...) é um sistema

uma série de fatores externos, como o social, econômico, o cultural, o religioso...

¹⁰ É dizer, encontra-se em comunicação com o sistema social. A Constituição não pode ser concebida como uma lei estática, pois é dinâmica, posto ser da essência da própria vida em sociedade o estar em constante processo de desenvolvimento e mudança.

Para tanto ela necessita conter em seu texto normas que contemplem direções gerais, diretrizes, capazes de se adaptarem às novas realidades sociais. É preciso que a Constituição contenha princípios gerais aptos a abarcar esses novos valores sem que com isso se altere a essência da Constituição que deve permanecer imutável.¹¹

De outra parte há que se considerar que as normas constitucionais não exercem a mesma função, nem têm a mesma finalidade dentro do Texto Constitucional, podendo ser divididas em normas/regras e normas/princípios de acordo com o papel que exerçam dentro do ordenamento jurídico. Frise-se que todas as normas encontram-se estruturadas dentro do Texto Constitucional de forma harmônica e coesa.

As regras são concebidas para serem aplicadas a situações fáticas determinadas, ou seja, incidem diretamente sobre o caso concreto. Segundo Willis Santiago Guerra Filho: “as regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.”¹²

As regras são aquelas normas que mais se aproximam das normas

dinâmico de normas. (2) é um sistema aberto porque tem estrutura dialógica, (CALESS) traduzida na disponibilidade e <capacidade de aprendizagem> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <verdade> e da <justiça>. (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas. (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.” Mais adiante afirma Canotilho que: “Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= densidade semântica).” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p.171- 186).

¹⁰ A esse respeito escreve Willis Santiago Guerra Filho : “a ordem jurídica, então, vai-se mostrar como um entrelaçado de regras e princípios; um conjunto de normas que, em diferentes graus, concretizam uma idéia-retora, a qual, de um ponto de vista filosófico, meta-positivo, pode ser entendida como a ‘idéia do Direito’ (*Reschtsidee*), fórmula sintetizadora das idéias de paz jurídica e justiça, mas que, para nós, se condensa positivamente na fórmula política adotada em nossa Constituição: ‘Estado Democrático de Direito’.” (GUERRA FILHO, Willis Filho. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2 ed. São Paulo: Celso Bastos: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 54-55)

¹¹ Adverte André Ramos Tavares: “Por sua vez, a Constituição não é um documento de disposições rígidas, determinadas com precisão e rigorismo absolutos. Trata-se de uma entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da sociedade, e só assim é que cumpre seu papel regulador.” (TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor – Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1.998, p.7).

¹² Continua o aludido autor afirmando que: “Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso de uma regra concretizadora.” (GUERRA FILHO, W. op. cit. p.45).

jurídicas de direito comum, na medida em que possuem todos os elementos para incidirem diretamente sobre o caso concreto, bem como para conferir um direito ao seu destinatário. Elas, geralmente, prescrevem uma obrigação, permitem ou vedam uma determinada conduta. Têm a sua aplicação a uma situação fática determinada e específica.

Pode-se afirmar que as regras são concretas e incidem de maneira direta sobre o caso concreto. Os princípios se diferenciam das regras por serem mais abstratos e genéricos, pois se aplicam a uma infinidade de situações. As regras em contrapartida ganham em termos de concretude, incidindo diretamente sobre as situações fáticas que abarcam.

Os princípios, por sua vez, indicam a idéia de começo, ponto de partida, fundamento. Eles são as vigas mestras do ordenamento jurídico, são pólos informadores que permeiam toda a Constituição, conferindo unidade ao sistema. Os princípios são abstratos e vagos e em razão dessa qualidade não incidem diretamente sobre um caso concreto específico, eis que encampam um sem número de hipóteses. Portanto, eles também são objeto da interpretação na medida em que necessitam dela para determinar o seu conteúdo. No entanto, Celso Ribeiro Bastos adverte para o fato de que as “normas-princípios são desde logo plenamente aplicáveis e delas não se pode dizer que se espera um desenvolvimento por via legislativa concretizadora.”¹³

Pode-se dizer que os princípios são as vigas mestras do ordenamento jurídico e embasam, arrimam e dotam a Constituição de espírito. Representam, pois as aspirações máximas de uma sociedade, os seus valores essenciais.¹⁴ Sobre a Constituição como sistema aberto Francisco Javier Díaz Revorio esclarece que:

A expressão ‘Constituição aberta’ pode fazer referência a diversas realidades e pode ser entendida em um sentido mais amplo, nós utilizaremos para referirmos a duas idéias: 1) A norma fundamental permite com caráter geral a defesa de valores contrários ou opostos aos que a mesma considera fundamentais, sempre e quando dita defesa se realize com os meios que a própria norma fundamental prevê ou permite; igualmente permite a modificação de ditos valores fundamentais; 2) a Constituição permitem, sem necessidade de ser reformada o desenvolvimento de diversas opções políticas.”¹⁵

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2 ed. *Comentários a Constituição do Brasil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p.399.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios como sendo “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica, e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.545-546).

¹⁵ Cf. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madri: McGRAW-HILL/

A Constituição aberta pressupõe um Poder Legislativo atuante, que edite leis que complementem e efetivem os seus preceitos, tendo em vista que, muitas das normas, possuem sentido aberto e em observância ao princípio da legalidade cabe ao Poder Legislativo delimitar o conteúdo, a abrangência e a extensão dos direitos nela assegurados.

Para Kelsen a legislação deve ser inteiramente subordinada à Constituição do mesmo modo que a justiça e a administração devem ser à legislação.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO

As normas constitucionais devem necessariamente seguir essas evoluções sofridas pela sociedade, sob pena de perderem a sua força normativa o que geraria sérios prejuízos para todo o sistema normativo.

Não há negar-se que se mostra impossível que as normas jurídicas, precipuamente, as normas constitucionais possam prever ou conter as transformações naturais da sociedade, como por exemplo, avanços tecnológicos, alterações de valores e mudanças de convicções ideológicas. No entanto, é imprescindível que o sistema normativo possua mecanismos que possam propiciar a adequação dessas normas às novas realidades, ou seja, que possa atualizar e renovar o sistema. Para Gunther Teubner: "O problema de cada nova regulação jurídica é a questão aberta sobre o processo concreto de aprendizado com o qual a comunicação social adapta-se à comunicação jurídica e vice-versa."¹⁶

O Texto Constitucional pode ser modificado de duas formas: pela edição de uma emenda constitucional ou revisão constitucional e por intermédio da interpretação. A edição de uma emenda constitucional constitui-se na via formal de alteração da Constituição, posto que se leva a efeito a alteração, supressão ou acréscimo de um dispositivo do texto constitucional. Consoante o disposto no art. 60 da Constituição Federal de 1988 para editar uma emenda à constituição é necessário para sua aprovação um quorum de três quintos nas duas Casas Legislativas e votação em dois turnos. Ademais, só podem propor emenda constitucional o Presidente da República, um terço dos deputados ou senadores e mais de metade das assembleias legislativas dos Estados-membros. É vedada a propositura de proposta de emenda constitucional que vise a abolir a forma federativa de Estado, a separação dos poderes, o voto secreto universal e periódico e os direitos e garantias individuais.

O Texto Constitucional de 1988 também trouxe a possibilidade da revisão constitucional, prevista no art.3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que altera o Texto de forma mais abrangente e o quorum de aprovação é de maioria absoluta em sessão unicameral.

INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997, p. 3.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: Unimep, 2005, p. 49.

A interpretação constitucional, por sua vez, leva a cabo uma alteração do sentido, do significado do texto sem que seja necessária qualquer alteração na letra da lei, que permanece intacta. O que se modifica é a interpretação conferida a um determinado dispositivo constitucional. Normalmente, a alteração da Constituição por meio da interpretação é realizada pelo Supremo Tribunal Federal que é o guardião do Texto Constitucional.

Adverte-se, contudo que, essas modificações não podem violar o conteúdo essencial da Constituição que deve permanecer inalterado.¹⁷ De igual modo mostra-se inadmissível a adoção de uma interpretação *contra legem*. A letra da lei constitui-se em ponto de partida e também limite a toda e qualquer atividade interpretativa.

A Constituição para poder acompanhar as modificações e o desenvolvimento da sociedade também deixa a cargo da legislação infraconstitucional à regulamentação de determinadas matérias. Esclarece Carlos Ayres Britto: “Logo não é tanto pelo conhecimento do ordenamento que se conhece a Constituição, mas pelo conhecimento da Constituição é que se conhece o ordenamento.”¹⁸

É dizer, cabe à lei infraconstitucional, seja ela lei complementar ou lei ordinária disciplinar e normatizar certas matérias. Nesse sentido assevera Maria Garcia que: “Trata-se, ademais, de um processo de elaboração dinâmica e de contato direto com o fato social, mais depurado e estático nas demais formas de atuação.”¹⁹

Tal circunstância é uma característica das Constituições modernas que se utilizam desse mecanismo como instrumento de atualização de seu texto, posto que é mais fácil modificar a lei infraconstitucional do que o próprio texto constitucional. Celso Ribeiro Bastos denomina esse fenômeno de “integração como superação de lacunas”. Ensina que:

“Na verdade, a Constituição não regula tudo aquilo que, em tese, dela poderia ser objeto. Pelo contrário, limita-se a rápidas pinceladas que afloram determinados assuntos, sem, no mais das vezes, exauri-los. A própria Constituição Federal pode fazer apelo a formas de integração, tais como: o costume constitucional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e prever a remissão do tema à lei ordinária.

¹⁷ Para Eduardo Garcia de Enterría: “ A técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior, inume as Leis ordinárias e o bem determinante da validade daquelas, valor superior judicialmente tutelado, é a mais importante criação, com o sistema federativo, do constitucionalismo norte americano e sua grande inovação frente à tradição inglesa da qual surgiu.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit. p. 50 e 51, trad. livre.)

¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 124

¹⁹ GARCIA, Maria. *O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania* In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez de 1995, p. 51.

(...)

O constituinte deixou muitas das normas com o conteúdo aberto, a ser criteriosamente preenchido pelo legislador ordinário. Neste sentido, integração é o processo normal de explicitação da Constituição ou leis, por meio de sucessivas normas. Assim, na Constituição vários temas são deixados expressamente para o legislador ordinário regulá-los de acordo com as regras e princípios impostos pela Constituição, mas sempre atendendo à evolução sócio-histórica que se verificar.²⁰

Não há negar-se que nem todas as normas da Constituição desempenham a mesma função, ou melhor, possuem a mesma aplicabilidade. Nesse particular José Afonso da Silva classificou quanto à possibilidade de produzir efeitos as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada²¹.

As normas de eficácia plena são aquelas que possuem todos os requisitos necessários para incidirem no caso concreto e produzir todos os seus efeitos de imediato. Nesse particular esclarece José Afonso da Silva que normas de eficácia plena: “são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”²²

Já as normas de eficácia contida são aquelas que a Constituição normatiza um direito de forma ampla e deixa para a lei infraconstitucional limitar a sua incidência, de modo que na ausência da lei regulamentadora o exercício daquele direito é amplo.

As normas de eficácia limitada são aquelas em que o Texto Constitucional inicia a normatização de um direito relegando à lei ordinária o dever de estabelecer os requisitos necessários para a sua fruição. É dizer, para compreender o conteúdo do comando constitucional é necessário agregar a norma da Constituição à lei infraconstitucional regulamentadora. É o que Celso Ribeiro Bastos denomina de integração como complementação da norma constitucional.

Ao relegar ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar os dispositivos constitucionais a Constituição deixou para o Poder Legislativo, precipuamente, o Congresso Nacional a difícil tarefa de interpretar o seu texto e de normatizá-lo. A Constituição como fundamento do ordenamento jurídico, é parâmetro para edição de todo e qualquer ato normativo.²³ A sua preocupação com o

²⁰ BASTOS, C. op. cit. p. 107- 109.

²¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

²² SILVA, J. op. cit. p. 89 e 91.

²³ Cf. BRITTO, C. op. cit. p. 123.

desenvolvimento do conteúdo normativo das normas constitucionais impõe ao Legislativo o mister de levar a efeito a sua regulamentação. Frise-se que a Constituição de 1988 ao instituir um Estado Democrático de Direito, exige o cumprimento do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Nesse particular assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei, conforme o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.²⁴

No entanto, analisando a Constituição de 1988, observa-se que mesmo após quase vinte anos de sua vigência diversos dispositivos de seu texto se encontram pendentes de regulação. Em outras palavras, mais de vinte anos se passaram e não adveio a lei infraconstitucional regulamentadora para dar plenitude ao exercício dos direitos previstos no Texto Constitucional. A ausência da legislação regulamentadora pode dar-se pelos mais diversos motivos, falta de vontade política, alta complexidade da matéria, excesso de medidas provisórias que acabam por inibir a produção legislativa, dentre outras. É necessário deixar claro que tanto o excesso, como a ausência de leis pode violar a Constituição. Para Louis Favoreu: “O Parlamento ‘pode fazer mal’ e, em seu seio, a maioria pode oprimir.”²⁵ O papel do Tribunal Constitucional é justamente o de evitar esses abusos.

Destarte, a Constituição de 1988 trouxe instrumentos importantes para coibir a mora do legislador, quais sejam, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta última pode ser proposta pelos legitimados do art. 103 da Constituição, toda vez que se estiver diante de uma ausência de lei ou ainda de uma omissão parcial, ou seja, quando a lei não regulamentou na sua plenitude o direito constitucionalmente previsto. Trata-se de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade e como tal deve ser analisada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal e sua decisão tem efeito *erga omnes*.

O mandado de injunção é uma garantia constitucional colocada à disposição de qualquer pessoa que se sentir impedida de exercer um direito relativo à nacionalidade, à soberania e à cidadania em virtude da ausência de lei. O Supremo Tribunal Federal admite o mandado de injunção individual e o coletivo. Embora esse último não tenha expressa previsão constitucional, a Corte Suprema admite a sua propositura em analogia ao mandado de segurança coletivo que pode ser impetrado por partido político, sindicato, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano. Escreve Gilmar Mendes:

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 6^o ed., 2007, p. 205.

²⁵ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo: Landy, 2004, p.26.

As decisões proferidas nesses processos declara a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Destarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residirá no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico específico.²⁶

Nesse mesmo sentido esclarece Celso Ribeiro Bastos que:

Vê-se, pois, que o alcance do mandado de injunção é análogo ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nesta, uma vez, declarada a inconstitucionalidade, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art.103,§2º). Note-se, por oportuno, que, em se tratando de omissão legislativa inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal limitar-se-á a dar ciência ao Poder Legislativo para que adote as providências necessárias quanto à elaboração da norma integradora. Contudo, ficará a critério desse Poder atender ou não esta comunicação. O não-atendimento não implicará responsabilidade.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Injunção ns. 670 e n. 712, teve que decidir acerca de um mandado de injunção coletivo sobre a ausência de lei regulamentando o direito de greve do servidor público constitucionalmente previsto. O julgamento ainda está em andamento devido a um pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa. No entanto, observa-se dos votos dos ministros já proferidos que os mesmos decidiram por aplicar a lei de greve do particular, no que couber ao setor público.

Se esse votos proferidos no julgamento vierem a consolidar a decisão do Tribunal representa um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, posto que passa a garantir efetivamente a fruição de um direito que se encontra impossibilitado de ser exercido por ausência de lei. No entanto, deve ser analisada com bastante cautela, pois a função de legislar é precípua do Poder Legislativo, que não pode deixar de exercê-la sob pretexto algum, sob pena de comprometer o princípio da legalidade e a própria separação dos poderes prevista na Constituição.

Verifica-se, assim, que a Constituição de 1988 prevê em seu texto um Poder Legislativo ativo, com papel de destaque na separação dos poderes, posto que cabe a ele dar continuidade e plenitude aos preceitos normativos constantes de seu texto. O legislador desempenha relevante papel na constitucionalização do direito na exata medida em que cabe a ele o mister “de adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realizá-las por meio de legislação.”²⁷ Tem-se que somente com um

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 290.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, 43

Poder Legislativo autônomo e eficiente, a sociedade brasileira usufruirá em sua totalidade dos direitos previstos na Constituição, bem como será consolidado o Estado Democrático de Direito.

3 AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Poder Legislativo tem desde a promulgação da Constituição de 1988 se visto às voltas com os excessos cometidos pelo Poder Executivo na edição de medidas provisórias que acaba, muitas vezes, prejudicando a sua atuação de elaborar as leis que vão reger o nosso País.

A redação original da Constituição de 1988 previa a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória, em situação de relevância e urgência e com prazo de duração de trinta dias. Nada falava o Texto Constitucional na possibilidade de reeditá-las. No entanto, o Poder Executivo fez uso dessa possibilidade a despeito da inexistência de previsão expressa no Texto Constitucional. O Poder Judiciário, por sua vez, interpretou que a possibilidade de reedição de medidas provisórias era permitida, posto que a Constituição não continha qualquer disposição proibindo tal prerrogativa.

O excesso de edição de medidas provisórias foi tão grande que foi necessária à promulgação de uma Emenda Constitucional, a de n. 32 de 11 de setembro de 2001 para restringir o uso desse instrumento pelo Presidente da República.

A medida provisória passou a ter duração de 60 dias prorrogáveis por igual período, sendo vedada a sua reedição na mesma sessão legislativa. Perde a medida provisória a sua eficácia se não for convertida em lei ou se transcorrido o prazo de 120 dias não for apreciada pelo Congresso Nacional. Mantiveram-se os requisitos de urgência e relevância para a sua edição e a Constituição de 1988 fez referência à necessidade de instalação de uma comissão mista para apreciar os requisitos de relevância e urgência e sua constitucionalidade consoante o disposto no seu §9º do art. 62.

Todavia, constata-se que em raras ocasiões essa comissão mista foi instalada, o que resulta na designação de um relator para a medida provisória e o exame de seus pressupostos passa a ocorrer somente nos plenários das duas Casas Legislativas. Tal fato prejudica a análise desses pressupostos e viola o comando constitucional, o que possibilita que o Poder Executivo edite mais medidas provisórias.

A Emenda Constitucional n. 32/01 também inovou ao estabelecer que a medida provisória sobresta todas as demais deliberações legislativas, até que se ultime a votação, da Casa que estiver tramitando no 45º dia, contados a partir de sua edição. Esse dispositivo constitucional tinha por finalidade impor ao Poder Legislativo o dever de apreciar a medida provisória para aprová-la ou rejeitá-la. No entanto, com o excesso de edição de medidas provisórias verifica-se que a Câmara dos Deputados, por ser a Casa iniciadora na tramitação das medidas provisórias tem ficado com a sua pauta sobrestada por longos períodos, em virtude do grande número de medidas provisórias.

Esta circunstância prejudica em demasia a autonomia do Poder Legislativo e a elaboração de leis, pois passa o Poder Legislativo a simplesmente analisar as medidas provisórias vindas do Executivo, não restando tempo suficiente para propor e apreciar os projetos de lei de sua iniciativa. Vale dizer, que nos últimos anos a maioria dos projetos e mesmo das propostas de emenda constitucional foram de iniciativa do Senado Federal, que via de regra é a Casa Revisora.

Isso ocorre em virtude da pauta da Câmara dos Deputados estar por longos períodos sobrestada por medidas provisórias. Tanto é assim, que há no Congresso várias propostas de emendas à Constituição com o fulcro de alterar o regime das medidas provisórias, dentre elas, propõe-se a alternância no trâmite das medidas provisórias para que tenham início ora na Câmara dos Deputados, ora no Senado Federal. No entanto, se não houver um limite no uso das medidas provisórias, tal alteração em nada auxiliará o Poder Legislativo, podendo até gerar um efeito contrário, pois pode ocorrer das duas Casas do Congresso estarem com suas pautas sobrestadas.

Todavia, não nos parece que a solução do problema resida na alternância da Casa iniciadora para apreciação da medida provisória. A questão é mais profunda, pois se trata aqui de um abuso, pelo Poder Executivo, na edição de medidas provisórias, que acaba por impedir que o Poder Legislativo exerça a sua função constitucionalmente prevista e típica que é a de legislar. É a esse poder que cabe a criação de atos normativos que inaugurem a ordem jurídica, pois os seus representantes foram legitimamente eleitos pelo povo para realizar este mister.

Não se pode admitir que num legítimo Estado Democrático de Direito o Poder Legislativo restrinja-se na sua função típica ao exame de medidas provisórias.²⁸

O Poder Legislativo exerce relevante função na manutenção do Estado Democrático de Direito, incumbindo a ele a função de elaborar as leis, bem como de apreciar as medidas provisórias no tocante não só ao cumprimento dos seus requisitos constitucionais de relevância e urgência, bem como do próprio mérito da matéria.

Ainda no que se refere às medidas provisórias, cumpre registrar que a Constituição estabelece que incumbe ao Congresso Nacional, sessenta dias, após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória editar um Decreto-legislativo regulamentando os seus efeitos. No entanto, esse decreto legislativo não é editado, o que implica na “eternização” dos efeitos das medidas provisórias, que é extremamente prejudicial ao sistema jurídico.

Não pode o Poder Legislativo se furtar a essa importante tarefa de legislar, sob pena de comprometer o próprio sistema normativo, para tanto necessário se faz um Poder atuante, pluralista e que elabore leis que respondam com eficá-

²⁸ Nesse sentido muito bem esclarece Maria Garcia ao elucidar que: “Ricardo Haro enfatiza como ninguém pode desconhecer que a vigência efetiva do regime republicano requer, entre outros pressupostos, um vigoroso e eficiente funcionamento, do órgão legislativo, chamemos-lhe Congresso ou Parlamento. Para tanto várias perguntas são feitas (a propósito da situação Argentina em 1973): Como reintroduzir o Congresso no Poder? É ele presença soberana ou eixo residual do pluralismo tecnocrático? Protagonista de grandes mudanças ou produtor de leis modestas? Precioso para o debate convencional ou gabinete de imaginação política?” (GARCIA, M. op. cit. p. 52)

cia aos anseios e às necessidades da sociedade brasileira. A lei não se torna lei apenas quando um projeto é aprovado, mas sim quando deenvolve um papel relevante na sociedade que visa regular.²⁹

Tendo em vista tal desiderato, quer parecer que a participação do cidadão durante todo o processo legislativo se mostra de vital importância, não só no que diz respeito à iniciativa popular, mas também a sua participação nas audiências públicas realizadas pelas comissões de ambas as Casas Legislativas, bem como durante as votações desses projetos de lei. A Constituição prevê somente a iniciativa popular para a propositura de leis ordinárias, sendo vedada a sua utilização para as propostas de emenda constitucional. A iniciativa popular se dá com a obtenção da assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco estados.

Não há negar-se que um avanço nesse sentido ocorreu, no âmbito federal, com a criação da TV Câmara e da TV Senado, que depois foi implantando nos Estados-membros com a TV Assembléia. Na programação dessas televisões as sessões de votações do Poder Legislativo são transmitidas ao vivo, possibilitando o acesso do indivíduo a todos os projetos de lei que estão em votação, à posição dos parlamentares, bem como assegurando um controle de suas atividades pelo próprio povo. De outra parte a *internet* também propicia ao cidadão controle das atividades legislativas ha medida em que se pode acompanhar, por exemplo, toda a tramitação de um projeto de lei.

Necessário se faz também um Poder Judiciário independente que ganrate por meio de suas decisões proferidas nas ações de inconstitucionalidade por omissão e nos mandados de injunção, para impedir a mora do Legislativo na regulação das disposições constitucionais.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a separação dos poderes como um dos princípios a nortear o nosso Estado Democrático de Direito e, por sua vez, delineou um Poder Legislativo autônomo e ativo na difícil tarefa de regulamentar as normas constitucionais e conferir dinamismo ao sistema normativo como um todo.

O processo legislativo descrito no Texto Constitucional possibilita que os mais diversos setores da sociedade participem do processo de elaboração da lei, bem como confere ao cidadão o direito de diretamente propor um projeto de lei, ao estabelecer a iniciativa popular.

Não há negar-se que a sociedade civilmente organizada despempenha papel de relevo nessa ardua tarefa que é a de elaborar as leis. Ademais, essas entidades em muito colaboram para esclarecer a realidade social que as leis visam a regulamentar e a aproximar o Poder Legislativo do cidadão. Essa situação se mostra

²⁹ WALDRON, Jeremy, *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.11

mais visível quando se tem em vista que na elaboração das leis, precipuamente, na fase das comissões é possível a realização de audiências públicas, nas quais os mais diversos setores da sociedade se fazem ouvir pelos parlamentares.

O Texto Constitucional reconhece a existência de um povo soberano, eis que todo poder emana do povo, no entanto, para que se faça possível ouvir e atender os seus clamores é necessário um Poder Legislativo forte, ativo e aberto aos clamores da sociedade. É imprescindível que durante o processo de elaboração das leis esse ocorra de forma aberta e democrática e que o povo possa acompanhar essa atividade, bem como participar dela.

Nesse particular assume papel relevante a própria criação, no âmbito federal, da TV Câmara e da TV Senado, que possibilitam a todo cidadão acompanhar ao vivo o processo de elaboração das leis e das emendas constitucionais, resultando, portanto, num controle direto da atividade parlamentar pela sociedade civil.

De outra parte, não pode o Poder Legislativo se furtar ao seu mister de regulamentar a Constituição, seja porque ele permanece inerte, seja pelo excesso de medidas provisórias que acabam por impedir o regular andamento das Casas Legislativas.

É inegável que o Poder Executivo tem abusado do uso das medidas provisórias. No entanto, a Constituição prevê mecanismos para coibir esses desmandos, um deles é a necessidade da instauração de uma comissão mista para analisar o cumprimento dos requisitos constitucionais, bem como o mérito da medida.

Com a instalação da comissão mista, quer-nos parecer que muitas dessas medidas poderão ser rejeitadas ainda na fase da comissão, obtendo pareceres desfavoráveis, desta maneira se evita o sobrestamento da pauta da Casa em que estiver em tramitação, que na maioria das vezes é a Câmara dos Deputados.

É necessário que o Poder Legislativo assuma o papel estabelecido pela Constituição para que possamos usufruir de todos os benefícios de um real Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madri: Civitas, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2 ed., *Comentários a Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madri,

- McGraw- Hill/ Interamericana de España, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. In: *Dicionário Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo: Landy, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madri: Civitas, 1985.
- GARCIA, Maria. *O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais*, ano 3, n. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez de 1995.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ªed. São Paulo: Celso Bastos: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *A Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madri: Tecnos, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. *Sistema constitucional Tributário Brasileiro* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos, *Tribunal e jurisdição Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor – Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- TEUBNER, Gunther, *Direito, sistema e policontextualidade*, São Paulo: Unimep, 2005.
- WALDRON, Jeremy, *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O PATRIMÔNIO CULTURAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Vanessa Oliveira Batista^{*1}

Carmen Lúcia Macedo^{*2}

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar a evolução legislativa da proteção ao patrimônio cultural no Brasil. Escolhemos ampliar a discussão, partindo da definição de patrimônio cultural e sua regulamentação no âmbito internacional para atingir o ordenamento jurídico brasileiro e contextualizá-lo no mundo contemporâneo. O capítulo relativo à nossa legislação abrange o anteprojeto de Mario de Andrade, o Decreto-lei 35/1937, a Constituição Federal de 1988 e o Decreto 3551/2000. Em capítulo específico explicitamos o tratamento jurídico dado ao tema na cidade do Rio de Janeiro, antiga sede do Império e ex-Capital Federal, rica em monumentos e áreas de preservação cultural.

Palavras-chave

Cultural. Preservação cultural. Direitos culturais.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo presentar la evolución legislativa de la protección al patrimonio cultural en Brasil. Escogimos ampliar la discusión, partiendo de la definición de patrimonio cultural y su regulación en el ámbito internacional para llegar al ordenamiento jurídico brasileño y contextualizarlo en el mundo contemporáneo. El capítulo referente a nuestra legislación abarca el anteproyecto de Mario de Andrade, Decreto-ley- 35/1937, la Constitución Federal de 1988 y el Decreto 3551/2000. En capítulo específico explicitaremos el tratamiento jurídico dado al tema de la ciudad de Rio de Janeiro, antigua sede del Imperio y ex-capital federal, rica en monumentos y áreas de preservación cultural.

Palabras-clave

Patrimonio cultural. Preservación cultural. Derechos culturales.

1 O PATRIMÔNIO CULTURAL

A idéia central do conceito antropológico é a de que cultura é todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética. Não possuindo, pois, o homem, orientações genéticas - a mente

^{*1} Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

^{*2} Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

humana é uma caixa vazia por ocasião do nascimento – o homem organiza a sua conduta coletiva através de sistemas simbólicos que cria e transmite sob a forma de regras. O homem produz, assim, uma forma específica de adaptação ao meio ambiente que envolve tanto a produção de conhecimentos como a de técnicas, isto é, comportamentos padronizados, que são apreendidos e transformados por cada geração. Nesse sentido é que o homem construiu, através de sistemas simbólicos, um ambiente artificial no qual vive e que está continuamente transformando. A cultura é, portanto, esse movimento de criação, transmissão e reformulação desse ambiente artificial.³

Não é novidade tratar o patrimônio cultural visto como herança de um povo e conjunto de bens e valores representativos de uma nação, porém o tema vem ganhando espaço nas pesquisas produzidas por antropólogos, sociólogos, historiadores, arquitetos e profissionais de diversas áreas, estabelecendo-se como temática interdisciplinar.

A palavra “patrimônio” está originariamente ligada às estruturas familiares, econômicas e jurídicas de uma sociedade estável, enraizada no tempo e no espaço. No âmbito da antropologia, o conceito de patrimônio pode ser entendido como um conjunto de bens, materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa e seja suscetível de apreciação econômica. Atualmente designa um bem destinado ao usufruto de uma comunidade, constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que se congregam por seu passado comum: obras e obras-primas das belas artes e das artes aplicadas, trabalhos e produtos de todos os saberes e *savoir-faire* dos seres humanos. A noção de patrimônio se relaciona à de instituição e de mentalidade, em virtude da constante mobilidade social.

A institucionalização do patrimônio nasce no final do século XVIII, com a visão moderna de história e de cidade. É na época das Luzes que o patrimônio histórico, constituído pelas antiguidades, tem uma renovação iconográfica e conceitual. A idéia de um patrimônio comum a um grupo social, definidor de sua identidade e enquanto tal merecedor de proteção perfaz-se através de práticas que ampliaram o círculo dos colecionadores e apreciadores de antiguidades e se abriram a novas camadas sociais: exposições, vendas públicas, edição de catálogos das grandes vendas e das coleções particulares.

A mudança conceitual de patrimônio se relaciona com a próprio projeto republicano de construção de uma identidade nacional⁴ e serve para consolidar os estados nacionais no surgimento do Estado moderno, a reboque das idéias de direitos dos cidadãos, de representação, de república democrática. Um dos primeiros atos jurídicos da Constituinte francesa de 02 de outubro de 1789 foi colocar os bens do clero “à disposição da nação”, seguidos dos bens emigrados

³ BELTRÃO, Ana Raquel. Patrimônio cultural: novas fronteiras, *Prim@ Facie* – ano 1, n. 1, jul./dez. 2002

⁴ Cf. BATISTA, Vanessa Oliveira. Direitos Humanos e Multiculturalismo. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, Júris Itinera*, n.º 13, 2006, p. 151 e ss.

e posteriormente dos bens da Coroa. Assim, a idéia de nação veio garantir o estatuto ideológico do patrimônio e foi o Estado nacional que assegurou, através de práticas específicas, a sua preservação. Seu surgimento foi, na verdade, o fundamento para a mudança conceitual do patrimônio, que se inseriu em um projeto mais amplo de construção de uma identidade nacional e passou a servir ao processo de consolidação dos estados-nação modernos⁵.

A categoria do patrimônio que primeiramente foi contemplada é aquela relacionada com a vida comum, o patrimônio histórico representado pelas edificações e objetos de arte. Pouco a pouco a noção de patrimônio histórico passou a ser encampada pela de patrimônio cultural. A visão inicial, reducionista, enfatizava os aspectos históricos consagrados por uma historiografia oficial. A incorporação do “cultural” aliado ao “histórico” trouxe para o conceito as dimensões do cotidiano e os feitos imateriais.

A abrangência conceitual, portanto, está na definição antropológica de cultura, que se expressa em “tudo o que caracteriza uma população humana” ou “no conjunto de modos de ser, viver, pensar e falar de uma dada formação social” ou ainda, como toda forma de expressão simbólica desse conhecimento através de idéias, da construção de objetos e das práticas rituais e artísticas.⁶ Os bens materiais e imateriais, tangíveis e intangíveis que compreendem o patrimônio cultural são considerados “manifestações ou testemunho significativo da cultura humana”, reputados como imprescindíveis para a conformação da identidade cultural de um povo.

O patrimônio se relaciona diretamente à idéia de propriedade. A propriedade é noção universal da cultura humana, pois todos os povos conhecem alguma forma de propriedade, seja ela individual ou coletiva. Assim, todos os objetos materiais que podem ser encontrados no cotidiano das sociedades são considerados propriedade. A propriedade é um tipo de criação social. Não é suficiente a existência de um objeto em si para que ele seja relevante para o grupo social, deve ser a ele atribuído um valor, socialmente construído, e devem existir normas que regulem sua circulação e permanência dentro do grupo, estabelecendo uma rede de relações entre pessoas⁷.

O termo patrimônio⁸ traz em sua essência uma relação estreita com a idéia de herança: algo a ser deixado ou transmitido para as futuras gerações. A continuidade de um grupo social, ou mesmo de uma família ou tradição exige que haja a transmissão da propriedade considerada como patrimônio desse grupo ou família, e do status relativo a tal propriedade, de uma geração para a seguinte. Essa passagem é feita na forma de herança de bens e de práticas

⁵ Cf. BELTRÃO, A. op. cit.

⁶ Loc. cit.

⁷ CANANI, Aline Sapiezinskas Krás Borges. Herança, Sacralidade e Poder: Sobre as Diferentes Categorias do Patrimônio Histórico e Cultural no Brasil. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 163-175, jan/jun 2005

⁸ Em inglês *heritage*, em espanhol *herencia*

sociais. A idéia de patrimônio está ligada à transferência de propriedade de pai para filho.

O processo de atribuição de um valor e de um significado operado a partir do órgão público localizado exteriormente ao conjunto de casas que foram objeto das políticas públicas pode ser entendido como a atribuição de um sentido de sacralidade e de um certo carisma sobre esses bens⁹.

Nos últimos anos, o conceito “patrimônio cultural” adquiriu um peso significativo no mundo ocidental. De um discurso patrimonial referido aos grandes monumentos artísticos do passado, interpretados como fatos destacados de uma civilização, se avançou para uma concepção do patrimônio entendido como o conjunto dos bens culturais, referente às identidades coletivas. Desta maneira, múltiplas paisagens, arquiteturas, tradições, gastronomias, expressões de arte, documentos e sítios arqueológicos passaram a ser reconhecidos e valorizados pelas comunidades e organismos governamentais na esfera local, estadual, nacional ou internacional.¹⁰

No curso do século XX os entendimentos de cultura e história passaram por significativas modificações que repercutiram na compreensão dos bens considerados patrimônios.

A aceleração da urbanização no decorrer do século XX fez que a cidade passasse a ser compreendida como um tecido vivo, composto por edificações e por pessoas, congregando ambientes do passado que podem ser conservados e, ao mesmo tempo, integrados à dinâmica urbana. Ela tornou-se um nível específico da prática social na qual se vêem paisagens, arquiteturas, praças, ruas, formas de sociabilidade; um lugar não homogêneo e articulado, mas antes um mosaico muitas vezes sobreposto, que expressa tempos e modos diferenciados de viver.

Também se constatou nesse tempo um outro entendimento de história que centra seu interesse antropológico no homem e em sua existência, e assim busca contemplar todos os atores sociais e todos os campos nos quais se expressa a atividade humana. Tal compreensão implicou a valorização dos aspectos nos quais se plasma a cultura de um povo: as línguas, os instrumentos de comunicação, as relações sociais, os ritos, as cerimônias, os comportamentos coletivos, os sistemas de valores e crenças que passaram a ser vistos como referências culturais dos grupos humanos, signos que definem as culturas e que necessitavam salvaguarda.

Esses novos entendimentos levaram à reformulação do conceito de patrimônio. O valor cultural, a dimensão simbólica que envolve a produção e a reprodução das culturas, expressas nos modos de uso dos bens, foi incorporado à definição do patrimônio. A alteração também se deu em face da constatação

⁹ Cf. CANANI, A. op. cit.

¹⁰ ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Patrimônio cultural: a percepção da natureza como um bem não renovável. *Revista Brasileira de História*, vol.26 no.51 São Paulo Jan./Jun. 2006.

de que os signos das identidades de um povo não podem ser definidos tendo como referência apenas as culturas ocidentais, assim como a cultura campesina não pode ser vista como menor diante das atividades industriais.¹¹

Assim, podemos afirmar que “Patrimônio Cultural” compreende três categorias de elementos significativos da memória social de um povo ou de uma nação. A **primeira categoria** engloba os elementos da natureza; do meio ambiente. A **segunda** representa o produto intelectual, a acumulação do conhecimento, do saber, pelo homem no decorrer da história. A **terceira** abarca os bens culturais enquanto produtos concretos do homem, resultantes da sua capacidade de sobrevivência ao meio ambiente.

As recentes políticas públicas de reconhecimento do patrimônio imaterial implementadas pelo governo brasileiro, na forma de reconhecimento de bens imóveis de caráter patrimonial bem como dos fazeres e processos culturais como passíveis de registro em livro de tomo, além das tradicionais ações de restauro e preservação dos bens imóveis, têm levado pesquisadores a reflexões sobre a implementação e a manutenção de tais políticas. As políticas públicas do Estado, de modo geral, podem ser entendidas no contexto do que Shils chama de centralidade. Para este autor, “a centralidade é constituída pelo seu poder formativo ao iniciar, criar, governar, transformar, manter, ou destruir aquilo que é vital na vida do homem”¹².

O Estado secularizado, com poder centralizado, atua no sentido de congregar seu povo, reunindo-o em torno de sentimentos de pertencimento comuns a todos, com efeito semelhante aos “laços primordiais” descritos por Geertz, segundo o qual os “laços primordiais” são vitais para a vida do homem e podem ser mobilizados através das práticas do Estado¹³.

Percebe-se, pois, que o Estado opera na atribuição carismática, através da construção de significados com o propósito de gerar sentimentos no povo. Nesse processo de alimentar sentimentos de identificação¹⁴.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Para proteger bens históricos e culturais em escala internacional foi preciso promover diversos eventos no século XX. Ao mesmo tempo em que a industrialização avançou e produziu cidades complexas e renovadas, surgia também a inquietação com a conservação das formas urbanas do passado. A edificação do novo passou, aos poucos, a incorporar o antigo, mesmo que para lhe dar outros usos.

¹¹ Ibidem.

¹² SHILS, E. *Centro e periferia*. Lisboa: Difel, 1974, p. 395.

¹³ GEERTZ, C. The integrative revolution: primordial sentiments and civil politics in the new states. In: GEERTZ, C. *The interpretation of cultures*. New York: Basic Books, 1979. p. 255-310.

¹⁴ Cf. CANANI, A. op. Cit.

A internacionalização da preocupação com os bens patrimoniais e o reconhecimento de que a salvaguarda destes era um assunto que extrapolava as fronteiras nacionais acarretou a criação da Comissão Internacional de Cooperação Intelectual, dentro da Sociedade das Nações. O objetivo da Comissão era o de potencializar as relações culturais entre os países, e para isso procurou organizar a Conferência Internacional de Atenas, em 1931, cujo resultado foi a elaboração da Carta de Atenas, o primeiro documento de caráter internacional que dispõe sobre a proteção dos bens de interesse histórico e artístico.⁵

A eclosão da Segunda Guerra Mundial e a instituição da Organização das Nações Unidas em 1945 mostraram a emergência de estabelecer os direitos e os deveres dos habitantes do planeta. Um marco importante no percurso da preservação do patrimônio cultural foi a criação da Unesco, em 16 de novembro de 1945, para intervir, em escala mundial, nos campos da educação, da ciência e da cultura. A preocupação central foi a de que a conservação do patrimônio se efetivasse dentro de uma dimensão internacional. As prerrogativas da Unesco ganharam especial sentido após a emissão da Declaração Universal dos Direitos Humanos em dezembro de 1948, que estabeleceu o direito à educação e à cultura como prerrogativas mundiais.

Com o objetivo de promover a paz e os direitos humanos com base na solidariedade intelectual e moral da humanidade, essa agência das Nações Unidas incentiva a cooperação entre os Estados-Membros e desenvolve um programa internacional de preservação do patrimônio cultural de cada país e de defesa da diversidade mundial das culturas. Dos encontros internacionais resultam “recomendações”, a serem seguidas pelos países membros, sobre os procedimentos para a preservação dos bens de natureza material e imaterial.

A Unesco se propôs a formular diretrizes, definir critérios e prioridades para a proteção do patrimônio cultural. E um outro entendimento de bem cultural passou a ser empregado nos foros internacionais ainda na década de 1950, quando a Convenção de Haia, em 1954, convocada sob os auspícios da Unesco, definiu que o patrimônio cultural compreendia os monumentos arquitetônicos, os sítios arqueológicos, e os objetos e estruturas herdados do passado, dotados de valores históricos, culturais e artísticos; bens que representavam as fontes culturais de uma sociedade ou de um grupo social.

Esses bens podiam ser abrigados em três categorias: dos bens móveis ou imóveis que apresentassem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos; dos edifícios cujo destino principal e efetivo fosse o de conservar ou expor os bens culturais móveis, e dos centros monumentais que compreendessem um número considerável de bens culturais. A partir de então, distintos documentos internacionais passaram a adotar tal nomenclatura, num indicativo da propriedade do novo conceito.

Em 1964, é assinada a Carta de Veneza, difundindo mundialmente o conceito de patrimônio e as práticas de preservação a ele associadas. A partir

desse momento, as idéias de conservação foram estendidas também às cidades e a malha urbana como um todo, privilegiando-se, dessa vez, os valores estéticos das construções. A idéia central é de uma apreciação dos bens pelo seu valor estético de uma construção humana, capaz de provocar a memória e de dialogar com os homens, como um objeto de comunicação, que testemunha sobre um dado grupo de homens de um determinado momento historicamente marcado no tempo, mas que se dirige a toda a humanidade.

Conforme a própria Unesco, “num mundo de crescentes interações globais, a revitalização de culturas tradicionais e populares assegura a sobrevivência da diversidade de culturas dentro de cada comunidade, contribuindo para o alcance de um mundo plural”.

A UNESCO vem, nos últimos vinte anos, se esforçando para criar e consolidar instrumentos e mecanismos que conduzam ao seu reconhecimento e defesa. Em 1989, a Organização estabeleceu a *Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular* e vem, desde então, estimulando a sua aplicação ao redor do mundo. Esse instrumento legal fornece elementos para a identificação, a preservação e a continuidade dessa forma de patrimônio, assim como de sua disseminação.

Em 2003, a partir de estudos técnicos e discussões internacionais com especialistas, juristas e membros dos governos, a UNESCO adotou a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Essa convenção regula o tema do patrimônio cultural imaterial, e assim complementa a Convenção do Patrimônio Mundial, de 1972, que cuida dos bens tangíveis, de modo a contemplar toda a herança cultural da humanidade.

O Patrimônio Cultural Intangível compreende as expressões de vida e tradições que comunidade, grupos e indivíduos em todas as partes do mundo recebem de seus ancestrais e passam seus conhecimentos a seus descendentes. Apesar de tentar manter um senso de identidade e continuidade, este patrimônio é particularmente vulnerável uma vez que está em constante mutação e multiplicação de seus portadores. Por esta razão, a comunidade internacional adotou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível em 2003.

É amplamente reconhecida a importância de promover e proteger a memória e as manifestações culturais representadas, em todo o mundo, por monumentos, sítios históricos e paisagens culturais. Mas não só de aspectos físicos se constitui a cultura de um povo. Há muito mais, contido nas tradições, no folclore, nos saberes, nas línguas, nas festas e em diversos outros aspectos e manifestações, transmitidos oral ou gestualmente, recriados coletivamente e modificados ao longo do tempo. A essa porção intangível da herança cultural dos povos, dá-se o nome de patrimônio cultural imaterial.¹⁵

¹⁵ Cf UNESCO. *Convenção para a proteção do patrimônio mundial natural e cultural*. 1972. Disponível em www.whc.unesco.org, acesso em 05.08.2007.

Como se vê, durante as últimas décadas, veio à luz uma série de instrumentos jurídicos, convenções, declarações, resoluções e recomendações internacionais relativas à proteção do patrimônio cultural, de tal maneira que as convenções e recomendações aprovadas pela UNESCO vêm a enriquecer o Direito Internacional da cultura e os direitos internos com a elaboração de leis próprias no sentido dado pela UNESCO.

Tal a importância que tem a proteção dos bens culturais que a Carta das Nações Unidas não distingue hierarquicamente os direitos econômicos, sociais e culturais, colocando-os, isonomicamente, como um dos fatores que condicionam o desenvolvimento, a paz e a segurança entre os povos.

3 PATRIMÔNIO CULTURAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Dada a atualidade da manutenção dos laços primordiais e do papel relevante dos símbolos para reforçar os sentimentos de pertencimento e identificação de um povo com o Estado, caberia examinar também a legislação que estabelece o patrimônio no Brasil, através da qual opera o poder do Estado.

Durante o governo de Getúlio Vargas, no ano de 1936, o escritor Mário de Andrade redigiu um projeto de lei, a pedido do ministro da Educação Gustavo Capanema, no qual ele definia o patrimônio como “todas as obras de arte pura ou aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos e a organismos sociais e a particulares nacionais, a particulares estrangeiros, residentes no Brasil”. O trabalho de Mário de Andrade, num esforço para abranger tudo o que diz respeito à produção artística e cultural brasileira, incluindo os eventos que são do interesse da antropologia social, marca o começo dos debates sobre a preservação do patrimônio cultural e artístico no Brasil.

Não por acaso, a discussão do patrimônio no Brasil surgiu por parte dos mesmos intelectuais que estavam envolvidos no movimento modernista, caracterizado pela vontade de renovação, de desapego ao passado e pela construção de uma arte, música e literatura totalmente nova, moderna e tipicamente brasileira. Além de Mário de Andrade, podemos citar Oswald de Andrade, Manoel Bandeira, Carlos Drummond de Andrade, Cândido Portinari, Tarsila do Amaral e Lúcio Costa. A atuação de Mário de Andrade é caracterizada pela duplicidade de propósitos: de um lado a renovação inspirada pela modernização, e de outro a permanência, ligada ao resgate das tradições.

Na realidade, a preocupação com a valorização do patrimônio brasileiro inicia-se, efetivamente, com os intelectuais modernistas, oriundos do movimento cultural denominado “Semana de 22”. Destacam-se Mario de Andrade e Lúcio Costa, que exerceram papel determinante na criação e funcionamento da agência nacional de proteção. Contraditoriamente, os modernistas, que buscavam novos parâmetros para a cultura, elegem como patrimônio cultural a ser protegido apenas as edificações e monumentos de pedra e cal, representativos do país

colonial, escolhendo os sítios e monumentos setecentistas como símbolo das nossas raízes sócio-culturais, o nosso lastro de identidade nacional.

A preocupação com a preservação de uma herança para as futuras gerações, inicialmente delineada no projeto de Mário de Andrade, tem originado uma série de leis, que, no seu conjunto, se complementam. A importância da promulgação do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, reside no fato de que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e instituiu o instrumento do tombamento. Na realidade, a política preservacionista brasileira data do início desse século, com a criação da Inspetoria de Monumentos Nacionais, em 1934, iniciativa pioneira do poder público no sentido de institucionalizar uma ação de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Organiza-se aí o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan), que define o patrimônio como sendo: “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. Transformado posteriormente em Iphan, este órgão divide hoje a tarefa de identificação e tombamento do patrimônio histórico, cultural e artístico com estados e municípios. O tombamento dos bens imóveis pode ser realizado em qualquer uma das instâncias da federação, e em cada uma delas obedece-se à mesma legislação. Tombamento é o reconhecimento oficial de um bem junto aos órgãos de registro patrimonial.

O decreto-lei no 25, de 30 de novembro de 1937, regulamenta a proteção dos bens culturais no Brasil. De acordo com a legislação, um bem tombado deve ser preservado e suas características originais devem ser mantidas pelo proprietário do imóvel. A propriedade dos valores culturais representados pelo imóvel é colocada sob tutela do Estado, que age no sentido de promover o bem geral, mas os valores culturais são sempre os valores de um grupo social. Destarte, ao se verificar cada imóvel ou monumento preservado, é mister questionar quais são os valores que ele está representando, que atributos justificam a sua existência enquanto patrimônio de uma cultura, e qual a relação dos moradores locais, os portadores dessa cultura, com os imóveis ou monumentos tombados.

O caput do art. 1º do Decreto -Lei n.º 25/37 limita a incidência normativa do conceito de patrimônio cultural, considerando que “constitui patrimônio cultural e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Temos, pois, que desde 1937 o Brasil vem desenvolvendo uma política de identificação e preservação de obras de arte, monumentos e demais bens de natureza material através do instituto legal do tombamento, até pouco tempo o único instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro de que o poder

público dispunha. Embora válido, eficiente e atual, quando aplicado a edificações, obras de arte e outros bens dessa natureza, o tombamento é inaplicável e mesmo inadequado à preservação de manifestações culturais com vínculo maior a sua natureza imaterial e simbólica. Na década de 1970, os critérios da política de patrimônio cultural passaram a ser repensados e revistos de forma sistemática, até desembocar em propostas que incorporassem esses aspectos simbólicos e demais referências culturais, quer viriam a “deslocar o foco dos bens – que em geral se impõem por sua monumentalidade - para a dinâmica de atribuição de sentidos e valores”¹⁶. No decorrer dos anos, houve uma grande resistência por parte de conselheiros do antigo SPHAN, antecessor do IPHAN, quanto à extensão do título de patrimônio cultural a bens que não àqueles dotados de monumentalidade e valor artístico, que desembocou em 1984 na grande mobilização da sociedade, dos poderes constituídos e da imprensa baiana, de grupos pró e contra, em torno do primeiro tombamento de um terreiro de candomblé, o Casa Branca, em Salvador na Bahia¹⁷. Essa realidade começou a mudar mais efetivamente com as novas significações incorporadas ao conceito de patrimônio cultural na CF-1988, alargamento que permitiu algumas inovações históricas interessantes.

O Brasil aderiu à Convenção do Patrimônio Mundial em 1977. Inicialmente concentrada nos bens de interesse histórico, a lista brasileira foi sendo diversificada e hoje reflete o esforço do país para construir uma representação equilibrada e abrangente da sua notável diversidade cultural e natural. Entre os **bens brasileiros considerados patrimônio mundial**, estão a Amazônia e o Pantanal, o rico acervo de arte barroca e urbanismo do período colonial; Brasília, a capital, com sua arquitetura modernista; um sítio pré-histórico, como a Serra da Capivara, a singela cidade de Goiás, com suas técnicas e tradições vernaculares, entre outros. Também na década de 1970 foram realizados no Brasil dois encontros de governadores, em Brasília e Salvador, cuja importância foi fundamental para as políticas de descentralização das atividades de preservação.

A Constituição Federal de 1988 amplia a legislação relativa ao patrimônio cultural, e define as competências de promoção, regulamentação e fiscalização das práticas de preservação, atribuindo um papel mais significativo para o âmbito da administração municipal, e a participação popular nos processos. A participação da comunidade na preservação do patrimônio cultural está prevista em lei para ocorrer de três modos possíveis: na apresentação de projetos de lei, na fiscalização de execução de obras e na proteção do bem, preservando-o. Sendo assim, o cidadão que tiver interesse poderá participar diretamente da preservação do patrimônio cultural, seja sozinho, seja reunindo-se com outros no mesmo interesse ou associando-se a alguma entidade.

¹⁶ LONDRES, Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: SANT’ANNA, Márcia G. (Org.). *O registro do patrimônio imaterial*. Brasília: Ministério da Cultura/IPHAN, 2000, p. 60-61.

¹⁷ VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. Rio de Janeiro: *Mana* 12(1): p. 237-248, 2006.

A Constituição Federal de 1988 constitui marco de vanguarda jurídica, ao trazer para nosso ordenamento os conceitos internacionais de patrimônio cultural, ampliando o leque de bens passíveis de proteção, incluindo a proteção sobre os bens imateriais, de natureza intangível. O artigo 216 da Carta Magna constitui-se, pois, na espinha dorsal do sistema de identificação e de preservação dos valores culturais brasileiros, conforme transcrição abaixo:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

as formas de expressão;

os modos de criar, fazer e viver;

III. as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV. as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V. os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Segundo o Art. 216 da Constituição Federal de 1988, pois, o patrimônio cultural brasileiro se compõe de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Com efeito, a amplitude da definição constitucional sobre patrimônio cultural deixa a possibilidade de salvaguardar as motivações identitárias, históricas e culturais que levam os grupos sociais a agir em prol da defesa, valorização e promoção dos bens patrimoniais que lhes são caros e sobressaem como signos portadores de significados representativos de fatos, personagens, lugares, saberes, técnicas e artefatos.

Em agosto de 2000, foi editado o Decreto nº. 3.551/2000 que instituiu o Registro dos Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o “Programa Nacional do Patrimônio Imaterial”, e dividiu os registros dos bens em quatro livros: Saberes, Celebrações, Formas de Expressão e Livro dos Lugares. O decreto no 3551, de 4 de agosto de 2000, institui o registro de bens culturais de caráter imaterial, criando um conjunto de livros de tombo. Em 2001 a legislação patrimonial é ampliada, levando-se em conta uma nova categoria de bens, que já fora pensada por Mário de Andrade em 1936, embora não houvesse até então uma previsão legal detalhada.

Atendendo a esse espírito da nova política cultural, desde 2002, por exemplo, várias manifestações culturais passaram a ser inscritas nos referidos Livros de Registro e declaradas como patrimônio cultural imaterial, tais como: o Talian, dialeto vêneto-rio grandense falado pelos imigrantes italianos nas serras gaúchas e oeste de Santa Catarina; o ofício da fabricação artesanal de painéis de barro pelas paineleiras de Goiabeiras-ES; o Jongo, expressão musical coreográfica trazida para o Rio de Janeiro pelos escravos angolanos e que deu

base ao samba de partido alto e a festa do Círio de Nazaré em Belém-PA. A importância dessa nova forma de registro cultural chegou a níveis internacionais com o reconhecimento pela ONU da arte kusiwa dos Wajápi, povo indígena do Amapá, e o samba-de-roda do Recôncavo baiano como exemplos de Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade. Sendo assim, o conceito de patrimônio cultural, lato sensu, aponta para dois aspectos que lhe são funcionais e que poderíamos considerar como indissociáveis: por um lado, seu uso se aplica à materialidade ou à tangibilidade dos bens, obras e artefatos a que se refere; por outro, temos um aspecto imaterial, simbólico, baseado nas significações vividas e praticadas pelas pessoas que compõem um grupo social. Por fim, o terceiro aspecto a ser realçado no conceito de patrimônio cultural são as vivências históricas e a idéia mesma do que seja história - concebida na escala diacrônica de modo distinto seja por uma comunidade negra-quilombola seja por uma comunidade indígena guarani-mbyá, por exemplo -, de que as manifestações culturais são testemunhas e que deverão sempre ser destacadas na definição do conceito.

Ancorado nesta legislação, cabe questionar: qual é o procedimento adotado pelo Iphan para identificação e registro dos bens considerados patrimônio nacional? De acordo com as informações fornecidas pelo próprio IPHAN:

[...] o Tombamento, como qualquer outra Lei Federal, Estadual ou Municipal, estabelece limites aos direitos individuais com o objetivo de resguardar e garantir direitos e interesses de conjunto da sociedade. Não é autoritário porque sua aplicação é executada por representantes da sociedade civil e de órgãos públicos, com poderes estabelecidos pela legislação.

[...] O Tombamento é uma ação administrativa do Poder Executivo, que começa pelo pedido de abertura de processo, por iniciativa de qualquer cidadão ou instituição pública. Este processo, após avaliação técnica preliminar, é submetido à deliberação dos órgãos responsáveis pela preservação. Caso seja aprovada a intenção de proteger um bem cultural ou natural, é expedida uma Notificação ao seu proprietário. A partir desta Notificação o bem já se encontra protegido legalmente, contra destruições ou descaracterizações, até que seja tomada a decisão final. O processo termina com a inscrição no Livro Tombo e comunicação formal aos proprietários.

Para a identificação dos bens a serem protegidos, face à abrangência do seu conteúdo, adota a legislação brasileira o método da classificação. O art. 216, §1º estatui que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventário, registro, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.

Dentre todos os instrumentos legais de proteção dos bens culturais, o tombamento é a forma de intervenção estatal mais utilizada para a preservação do patrimônio público, uma vez que, feita a inscrição dos bens móveis e imóveis cuja conservação é de interesse público nos órgãos oficiais de preservação (IPHAN _ Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no âmbito

federal ou órgãos semelhantes nos Estados e Municípios), impede-se legalmente que eles sejam destruídos ou mutilados.

O ato de tombamento, prerrogativa do poder Executivo, pode incidir sobre coisas pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às autarquias, assim como coisas pertencentes à pessoas naturais ou jurídicas privadas. Ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo restrições ao direito de propriedade e cria para eles um regime jurídico especial, transformando-os em bens de interesse público. Não implica desapropriação, ao contrário do que afirma uma das correntes doutrinárias sobre sua natureza jurídica, mas limitação administrativa ao direito de propriedade, tese sintetizada por José Afonso da Silva que entende que “o tombamento é limitação ao caráter absoluto da propriedade, porque reduz a amplitude dos direitos do proprietário por meio de um regime jurídico que impõe ao bem tombado vínculos de destinação, de imodificabilidade e limites à alienabilidade”¹⁸.

A Constituição Brasileira atribui a responsabilidade da preservação dos bens tombados aos poderes executivos nos âmbitos federal, estadual e municipal. Na cidade do Rio de Janeiro, o acervo cultural é protegido nos três níveis:

- a. Federal: Sob tutela do IPHAN (Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional);
- b. Estadual: Sob tutela do INEPAC (Instituto Estadual de Patrimônio Cultural);
- c. Municipal: Sob tutela do DGPC (Departamento Geral de Patrimônio Cultural); do CMPC (Conselho Municipal de Patrimônio Cultural) e do Escritório Técnico do Corredor Cultural.

Atualmente os critérios internacionalmente reconhecidos para intervenções de conservação em patrimônio cultural tombado remetem às recomendações da “Carta de Veneza”. A primeira condição para a preservação de um patrimônio tombado é a consciência de seu valor histórico, artístico, científico e/ou afetivo, pela coletividade envolvida. Outra condição fundamental é seu uso efetivo. Nada contribui tanto para a degradação de um prédio como a sua não utilização. Toda matéria tem uma vida útil determinada por suas características intrínsecas e pela forma como é mantida. Assim, a manutenção sistemática, preventiva ou corretiva é a melhor maneira de se preservar um patrimônio, tombado ou não. A restauração faz-se necessária quando a degradação dos materiais chegou aos limites de comprometimento da integridade de um determinado bem cultural¹⁹.

Ao longo do percurso dessa legislação, como já mencionado, foram realizadas alterações no sentido de garantir uma maior participação popular no

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

¹⁹ Cf. Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Legislação Brasileira de Proteção aos Bens Culturais, MEC/IPHAN, 1976.

processo de tombamento. Entretanto, podemos observar que o procedimento atual garante aos “técnicos” a avaliação da pertinência dos pedidos e decide através de “deliberação” dos órgãos responsáveis. Ainda que não seja um ato autoritário, envolve o uso de um poder de decidir ou deliberar que é hierárquico, e repousa nas mãos dos órgãos competentes.

Em última análise, o poder para decidir o que será registrado no livro de tomo emana do centro para a periferia, ainda que com a garantia de um espaço para a manifestação popular, ou periférica, durante o processo. Aquele que detém o poder de definir o que será considerado patrimônio nacional localiza-se no centro, e com esse mesmo poder ele atribui um certo caráter de sacralidade para os bens tocados por ele, aqueles escolhidos para compor a lista do patrimônio nacional. “Esta percepção daquilo que é sagrado e a seriedade de espírito que ela desperta é acompanhada pela atribuição de caráter sagrado aos poderes, transcendentais ou terrenos, que os homens consideram governar as suas vidas”²⁰.

Assim, uma vez constatado o caráter sagrado da atribuição de valor patrimonial a um bem imóvel ou monumento público, observa-se que nesse processo de reconhecimento e identificação há uma relação de poder, hierarquizada, que estabelece competências e define que saberes específicos entram no jogo.

O tombamento, no entanto, apresenta problemas de ordem pragmática em sua aplicação para a conservação da memória e dos valores culturais. Os imóveis e conjuntos urbanos tombados debatem-se com uma definição profundamente arraigada ao imaginário jurídico nacional: a propriedade privada e sua incondicional autonomia. A função social da propriedade, garantia fundamental inscrita no art. 5º, nº XXIII e art. 182, §2º não foi, ainda, incorporada pelos proprietários dos bens tombados, garantindo a sua fruição histórica, estética, artística e paisagística ao conjunto da sociedade²¹.

Lamentavelmente, como as relações urbanísticas e suas conseqüências somente muito recentemente vêm tomando corpo nos meios jurídicos brasileiros, a maioria dos nossos núcleos urbanos crescem, vivem e, infelizmente agonizam sem que o Poder Público Municipal assuma o seu papel de regulador do solo urbano.

A Constituição Federal determina que a competência da regulamentação urbana cabe ao Poder Público Municipal (art. 182), ficando a utilização do solo urbano sujeita às determinações de leis urbanísticas e do plano urbanístico diretor. O texto constitucional acolheu, deste modo, a doutrina de que a propriedade urbana é um típico conceito de Direito Urbanístico, na medida em que a este cabe qualificar os bens urbanísticos e definir seu regime jurídico. Assim, o dispositivo do art. 182, §2º da Carta Magna constitui –se em um

²⁰ SHILS, E. op. cit. p.401.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p.808 e ss.

divisor de águas entre a natureza jurídica da propriedade privada urbana, anteriormente regida pelos critérios do Direito Civil – de natureza privada – para o Direito Urbanístico – de natureza pública – alterando, sobremaneira, o enfoque jurídico sobre o bem privado.

No entanto, o instituto preservacionista responde atualmente de forma bastante desarticulada. O Poder Público Municipal, oscilante a cada mudança política, possui poucas condições de assumir o papel fiscalizador e regulador do patrimônio cultural. Não obstante a lei prever a coordenação das atividades protetoras do patrimônio cultural, exercidas pela União, Estados e Municípios e pelas pessoas e instituições privadas (Decreto-Lei 25, de 1937, arts. 23 e 25), fundada na premissa de que a proteção ao patrimônio cultural só pode ser eficaz e organizada, tanto em bases nacionais quanto internacionais, entre Estados que trabalhem em estreita cooperação, observa-se que, à revelia das políticas e atuações do Estado, via de regra desarticuladas, o crescimento urbano desordenado resultou em uma descaracterização de grande monta do objeto tombado. As conseqüências são desastrosas: criam-se tipologias diversas ao parcelamento do solo aliadas à implantação de edificações nos terrenos, as quais alteraram sobremaneira a configuração espacial dos núcleos tombados, mesmo nas hipóteses em que houve a preocupação arquitetônica de reproduzir estilisticamente a tipologia originária nas novas edificações²².

O patrimônio cultural deve ser concebido pela política pública de proteção como brasileiro e não apenas de interesse estadual ou municipal, política pública esta que termina por patrocinar argumentos que justifiquem a omissão dos órgãos de preservação mais organizados (federais e estaduais) diante da dilapidação cultural sistemática que vem sendo praticada em municípios que a ambição política e econômica considera “desinteressante” do ponto de vista patrimonial. A proposta é a criação de um “Sistema Nacional de Preservação do Patrimônio Cultural, criado por lei, em que cada ente político governamental tivesse bem determinada a esfera de sua atuação, no sentido de se evitar a superposição que resulta normalmente da aplicação do sistema constitucional de competências concorrentes e que, ao mesmo tempo, criasse mecanismos de cooperação entre esses mesmos entes, com ênfase especial à esfera mais fraca que é a municipal.”²³

Para o sistema funcionar, é fundamental a criação de conselhos, com ampla participação da sociedade civil, em que comparecessem representantes de várias esferas de governo, com a finalidade de solucionar conflitos entre os entes estatais, criar estratégias conjuntas para a proteção do patrimônio cultural e aferir os seus resultados. Com tais medidas, evita-se erros cometidos ao longo de décadas.²⁴

²² Cf. BELTRÃO, A. op. cit.

²³ Ibidem.

²⁴ CHAUÍ, Marilena. Política Cultural, Cultura política e Patrimônio Histórico. *O Direito Memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura – DPH, 1992. p. 37: “Uma política cultural que idolatre a memória enquanto memória ou que oculte as memórias

O conceito moderno de patrimônio cultural, incluindo o patrimônio intangível, imaterial, contido na Constituição Federal, recentemente regulamentado pelo Decreto Federal nº 3.551 de 04 de agosto de 2000, expressa o resgate de uma dívida histórica com os bens culturais imateriais como: saberes, celebrações, expressões, os quais irão procurar resguardar os cantos, lendas, hábitos, festas, rituais e outras práticas populares brasileiras.

Com o advento do decreto passam tais bens e valores culturais a ter proteção especial com a possibilidade de serem tombados. O tombamento dos bens imateriais suscita uma questão: se todas as atividades humanas estão abrangidas na definição constitucional de patrimônio cultural intangível, todas elas constituem-se em bens simbólicos a serem preservados? Obviamente que a resposta é negativa, pois não é possível a preservação de todo e qualquer bem cultural que represente os mitos, os sonhos, as idealizações, a sabedoria popular e o imaginário coletivo de pessoas e comunidades, mediante a utilização do tombamento, sob pena de o instituto congelar a vida cultural, que tem natureza dinâmica, condenando-se a criatividade humana à paralisia, com evidente empobrecimento da memória cultural.

O tombamento, portanto, se adequa somente aos bens materiais, sendo que a forma de proteção das manifestações intangíveis deve ser feita por outros meios, como, por exemplo, o registro e o cadastramento.

É importante, entretanto, pontuar que o tombamento é apenas uma das formas legais de preservação, que incluem toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória ou valores culturais. O grande desafio que se impõe à gestão do patrimônio cultural é a definição conceitual e legal de novas formas de acatamento compatíveis com a abrangência dos bens e valores culturais e com o exercício dos direitos culturais do cidadão, reconhecidos no texto da Constituição de 1988, art. 215; "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (...)"

A política de preservação do patrimônio cultural no Brasil tem percorrido um caminho crescentemente integrador das iniciativas públicas e particulares, diante de um progressivo movimento de educação e de conscientização das comunidades. Isto se dá pela impossibilidade de considerar qualquer questão de interesse nacional e internacional em outros que não os da globalização, entendida não apenas como a mundialização do capital, mas também como um processo de natureza histórico-cultural que relativiza a soberania nacional, tornando as fronteiras tradicionais porosas e gera novas práticas e relações entre as comunidades²⁵. Os direitos dos cidadãos, nesse contexto, incluídos os direitos culturais, tendem a se transformar em grandes causas comuns da humanidade, sendo que a cultura passa a ser um dos principais instrumentos de definição, particularização e mobilização das comunidades.

sob uma única memória oficial está irremediavelmente comprometida com as formas presentes de dominação, herdadas de um passado ignorado. Fadada à repetição e impedida de inovação tal política cultural é cúmplice do status quo."

²⁵ Cf. BATISTA, V. op. cit. p. 152.

Entretanto, a globalização representa, igualmente, uma ameaça real de uniformização e homogeneização, de imposição de modelos de consumo por parte de centros criadores cada vez mais fortes a centros consumidores cada vez mais numerosos. É preciso, pois, como alternativa aos efeitos negativos da globalização, a criação de espaços políticos supra-nacionais onde se reivindicam os direitos e se explicitam os deveres dos cidadãos, inclusive à alteridade e à diversidade cultural, como um dos princípios para um desenvolvimento sustentável.²⁶

Os valores culturais de uma cidade não devem ser conceituados como eminentemente locais. Se por um lado eles representam a memória e a identidade cultural da nossa comunidade, constituem patrimônio de todos os homens sendo a sua preservação dependente de um grande pacto, entre a comunidade onde se situam os bens eleitos, a nação que eles representam e o interesse de toda a humanidade.

Nesse contexto, o direito à cultura exige uma ação positiva do Estado mediante uma política cultural oficial, na qual os Poderes Públicos proporcionem as condições e os meios para o exercício desse direito, deslocando a fronteira entre o privado e o público para fruição democrática de todos ao gozo dos bens culturais.

4 AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL NO RIO DE JANEIRO: ÁREAS DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL

Desde 1988, a Constituição Federal conferiu competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o fim de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente.²⁷

No mesmo passo, assegurou aos Municípios competência para promoverem a proteção do patrimônio histórico cultural local, desde que observadas as ações fiscalizadoras federal e estadual.²⁸

Não bastasse, no capítulo da política urbana, previu a necessidade de as cidades com mais de vinte mil habitantes elaborarem Planos Diretores, aprovados pelas Câmaras Municipais, servindo de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana segundo o conceito da função social da propriedade.²⁹

Sem dúvida, ao lado da preocupação constitucional de promover a proteção aos elementos culturais, houve a de dar a dimensão de zelo às questões urbanísticas, sobretudo às áreas urbanas que deveriam, também, ser inspiradas pela função social decorrente da propriedade privada, expressamente prevista na Carta Magna.

²⁶ Cf. Batista, V op. vit. e BELTRÃO, Ana. op. cit.

²⁷ Vide artigo 23, incisos III e VI, da Constituição Federal.

²⁸ Este é o teor do artigo 30, IX, da Constituição Federal

²⁹ Artigo 182, incisos I e II, da Carta Magna.

Aliás, diga-se desde logo que o ordenamento jurídico urbanístico remonta do Direito Romano, que dividia o conjunto das regras em quatro grupos: normas de garantia da segurança das edificações; normas dirigidas à tutela da estética das construções; normas que visavam a salubridade das edificações e, finalmente, disposições com objetivo de ordenamento do conjunto urbano.³⁰

A propriedade, então, já devia ser considerada dentro do referido conjunto urbano, como se depreende dos comandos contidos na Constituição Federal brasileira e no Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro – Lei Complementar nº 16/92.

Em 1992, com o Plano Diretor Decenal, Lei Complementar 16/1992, são estabelecidos os alicerces para uma nova forma de política pública de proteção do patrimônio cultural urbano instituindo a Área de Proteção do Ambiente Cultural – APAC, instrumento utilizado para a proteção do ambiente construído.³¹

É correto afirmar, portanto, que ao lado do instituto do tombamento, encontramos, na Cidade do Rio de Janeiro, especialmente, formas de preservação que encontram amparo tanto na Constituição Federal quanto no Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, e que, através da redação exata do art. 124, declaram a existência de “Unidades de Conservação Ambiental”, dentre elas as “Áreas de Proteção do Ambiente Cultural”.³²

Tal fato demonstra que o patrimônio cultural não se limita ao tombamento de prédios ou monumentos notáveis, em sua individualidade. Cuida, igualmente e através de outros mecanismos, da preservação de conjuntos urbanos representativos das diversas fases de ocupação da Cidade do Rio de Janeiro, caracterizando o conjunto urbano de cada bairro como único e especial.³³

Diante desse novo conceito, a Área de Proteção do Ambiente Cultural, foca a formação da memória de uma cidade, seja o bem proveniente de domínio público ou privado, mas que, por força de relevante interesse cultural ou de características paisagísticas notáveis, deve ter sua ocupação compatível com a valorização e proteção da sua paisagem e do seu ambiente voltada para a preservação e recuperação de seus conjuntos urbanos.

³⁰ CORREIA, *Fernando Alves*. Manual de Direito do Urbanismo. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 139

³¹ Enquanto a Área de Preservação Ambiental – APA – passaria a ser utilizada apenas para o ambiente natural.

³² Artigo 124, III, do Plano Diretor.

³³ Lista completa das áreas protegidas por bairro: Botafogo - Decreto 22.221 de 04/11/2002; Catete - Lei 1769/91 e Decreto 25.693 de 23/08/05; Centro Corredor Cultural - Decreto 4141/83, Lei 506/84 e Lei 1139/87; Cidade Nova e Catumbi - Decreto 10.040 de 11/03/91; Estácio - Decreto 19.000/2000; Cruz Vermelha - Decreto 11.883/92; Teófilo Otoni - Decreto 16.419/97; Saúde, Gamboa e Santo Cristo - Lei 971 de 04/05/1987 e Decreto 7351 de 14/01/88; Lido - Decreto 11.448/92; Bairro Peixoto - Decreto 9226 de 13/03/90 e Lei 1390 de 12/05/89; Cosme Velho - Lei 1784 de 29/10/91; Humaitá - Lei 730 de 04/09/85 e Decreto 4665 de 27/08/84; Ipanema - Decreto 23.161 de 21/07/2003; Jardim Botânico - Chácara do Algodão - Decreto 7313/87 e Decreto 23.067/2003; Jockey Club - Decreto 14.898 de 20/06/96; Jardim Botânico - Decreto 20.939 de 24/12/2001 (repblicado em 27/3/03); Cosme Velho e parte de Laranjeiras - Lei 1784/91 (Cosme Velho) e Decreto 17.028 de 25/9/98; Casas Casadas - Decreto 13.051 de 29/06/94 e Decreto 20.611 de 10/10/2001; Leblon - Decreto 20.300 de 27/07/01; Paqueta - Decreto 17.555 de 18/05/99; Santa Cruz - Decreto 12.524 de 09/12/93; Santa Teresa - Lei 495 de 09/01/84 e Decreto 5050 de 23/04/85; São Cristóvão (compreende Mangueira e Benfica) - Lei Complementar 24 de 19/11/93; Tijuca - Decreto 12.864 de 29/04/94; Urca - Decreto 7451 de 03/03/88; Vila Isabel - Lei 2038 de 19/11/93

O Plano Diretor previu, então, programas prioritários da política de meio ambiente e valorização cultural do Município, e dentre eles o programa de proteção, recuperação e valorização do patrimônio cultural e do ambiente urbano.³⁴

Segundo tal programa, as APACs devem ser delimitadas, declaradas pelo Poder Público, assim como identificadas os ambientes urbanos que se encontram integrados à morfologia da Cidade e que terão seu crescimento e renovação adequados às necessidades de preservação cultural³⁵ sem, contudo, impedir seu desenvolvimento.

Diferentemente do que ocorre nos casos de tombamento, nos quais o valor individual de cada edificação justifica a preservação, na APAC o que importa é o valor de conjunto. A proteção de uma área é precedida de um estudo da evolução urbana, não se limitando a dimensões, e a partir daí os bens são inventariados, cadastrados e classificados. Após tal classificação, os bens passam a integrar o banco de dados ambientais da Cidade do Rio de Janeiro.

Os bens de valor excepcional são tombados; os que são caracterizadores do conjunto são preservados; e os demais são tutelados.³⁶ Segundo dados fornecidos pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, existem hoje mais de mil bens tombados, na forma descrita na ilustração:

A cidade guarda, entre seus bens tombados, bens móveis e bens naturais e paisagísticos, obras de arte urbanas (fontes, estátuas)

³⁴ Artigo 126 do Plano Diretor.

³⁵ Corresponde ao comando do artigo 130 do Plano Diretor, do seguinte teor:

“Art. 130 - O programa de proteção e valorização do patrimônio cultural e do ambiente urbano compreenderá:

I - a delimitação e declaração das Áreas de Proteção do Ambiente Cultural e definição dos critérios de proteção;

II - a proteção e valorização da paisagem e dos conjuntos urbanos de interesse;

III - a identificação dos ambientes urbanos adequadamente integrados à morfologia da Cidade que terão seu crescimento e renovação compatibilizados com as necessidades de proteção;

IV - a elaboração de projetos de recomposição da paisagem, do ambiente urbano e da recuperação dos logradouros e espaços públicos, visando à sua adequação aos conjuntos protegidos;

V - a revisão dos procedimentos e avaliação permanente da aplicação de isenção do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana como instrumento de incentivo à conservação do patrimônio cultural;

VI - a criação de novos instrumentos de caráter tributário, urbanísticos e financeiros de incentivo à conservação do patrimônio cultural;

VII - o inventário, classificação e cadastramento do patrimônio cultural e paisagístico do Município, sua atualização permanente e integração ao banco de dados ambientais;

VIII - a revisão dos Projetos de Alinhamento em vigor para os logradouros incluídos em Área de Proteção do Ambiente Cultural que estejam em desacordo com seus critérios de preservação;

IX - a reavaliação das autorizações para instalação de mobiliário urbano, de vinculação publicitária, anúncios indicativos, artefatos e pequenos equipamentos de uso público;

X - o controle e fiscalização das obras, instalações e atividades que incidam sobre os bens tombados e suas áreas de entorno e nas Áreas de Proteção do Ambiente Cultural;

XI - a integração das ações de proteção, conservação e revitalização do patrimônio cultural entre órgãos e entidades municipais, estaduais e federais e a comunidade”

³⁶ Segundo informações da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, atualmente há 36 áreas urbanas protegidas, entre APACs e áreas de proteção de entorno de bens tombados, localizadas nas Zonas Norte, Sul, Oeste e Central da Cidade e que incluem cerca de 30 mil imóveis, entre bens tombados, preservados e tutelados.

e até mesmo bens de natureza imaterial que, por sua história e importância, preservam a alma do carioca, como por exemplo: a Banda de Ipanema e o Lambe-lambe.

São instrumentos de proteção do patrimônio cultural, na cidade do Rio de Janeiro, o inventário, o tombamento, a criação das Áreas de Proteção do Ambiente Cultural e a Declaração do Patrimônio Cultural para os bens de natureza imaterial.³⁷

Enquanto a tutela dos bens tombados assim como dos imóveis construídos em data anterior a 1938 está sob a responsabilidade do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural, a tutela dos bens situados em APACs e dos bens de natureza imaterial está a carga da Coordenadoria de Proteção e Conservação.

Já a proteção dos imóveis construídos até 1937 está prevista na legislação municipal³⁸ e a alteração destes imóveis é avaliada pelo Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural.³⁹

Um bem é classificado como bem preservado⁴⁰ quando pertence a um conjunto arquitetônico cujas características representem a identidade cultural de um bairro ou de uma região ou ainda quando se situe no entorno de um bem tombado. Por meio da preservação, são mantidos fachadas ou telhados, mas permite-se modificação interna que não fira os elementos arquitetônicos preservados.⁴¹

Por sua vez, o bem tutelado⁴² é o imóvel renovado que não possui valor de conjunto, mas que está sujeito a restrições para não descaracterizar o conjunto protegido, já que situado no entorno dos bens preservados ou tombados. Ele pode ser substituído ou modificado, após análise e aprovação do órgão de tutela.

³⁷ Dados disponíveis no site da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (<http://www.rio.rj.gov.br>)

³⁸ Decreto 20.048/2001.

³⁹ “Art. 132 - As demolições, construções e quaisquer obras a serem efetuadas nas áreas de entorno de bens tombados e nos limites das Áreas de Proteção do Ambiente Cultural deverão ser previamente aprovadas pelos órgãos e entidades municipais, estaduais e federais de tutela.”

⁴⁰ “Art. 131 - Na criação de uma Área de Proteção do Ambiente Cultural serão relacionados os bens preservados e os bens tutelados e definidos seus critérios de preservação.

§ 1º - Para controle e acompanhamento dos critérios de preservação, a declaração de Área de Proteção do Ambiente Cultural poderá conter a criação de escritório técnico em função da natureza e do grau de complexidade da área protegida.

§ 2º - Entende-se por bem preservado aquele que, situado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, deverá manter as características que tenham sido identificadas como de importância para a ambiência e identidade cultural da Área, segundo critérios estabelecidos pelo órgão de tutela.

§ 3º - Considera-se bem cultural passível de preservação aquele que atenda alguma das seguintes exigências:

I - seja parte de um conjunto de bens de valor cultural na área na qual está inserido;

II - apresente características morfológicas típicas e recorrentes na área na qual está inserido;

III - constitua-se em testemunho das várias etapas da evolução urbana da área na qual está inserido;

IV - possua inequívoco valor afetivo coletivo ou se constitua em marco na história da comunidade.

§ 4º - Entende-se por bem tutelado aquele que, situado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, integra a ambiência do bem ou conjunto preservado, podendo ser modificado ou demolido, ficando a nova edificação sujeita a restrições para evitar a descaracterização do conjunto preservado, a critério do órgão de tutela.”

⁴¹ Ver nota 36.

⁴² Essa é a definição do já transcrito artigo 131 na nota 37.

Para garantir a proteção aos referidos bens, o Plano Diretor prevê que o órgão responsável pela tutela poderá intimar o respectivo proprietário e determinar a realização de obras de recuperação de bens em mau estado de conservação, além de autorizar o embargo administrativo de demolições ou de obras de restauração, de reforma ou de acréscimo não precedidas de autorização.⁴³

Caso já tenha ocorrido a demolição, sem a prévia autorização do órgão competente, ou tenha havido atentado ou sinistro em bem tombado ou preservado, o Poder Público tem a possibilidade de determinar a sua reconstrução no intuito de manter as características originais do imóvel e, em se tratando de estabelecimento comercial, poderá promover a cassação de alvará de localização de atividade econômica.

Em contrapartida a tais responsabilidades, o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro conferiu aos imóveis protegidos o direito de requerer a isenção do IPTU, de ISS de qualquer natureza e de Taxa de Obras em áreas particulares⁴⁴ como instrumento de incentivo à conservação do patrimônio cultural.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relacionar patrimônio cultural e patrimônio natural é resultado do amadurecimento do conceito de patrimônio. Pode-se dizer que houve um desdobramento possibilitado a partir da importante ruptura histórica que reconhecia como passíveis de serem mantidos à posteridade apenas os feitos de heróis e das camadas dominantes. O patrimônio imaterial passou a ser objeto de análise, mesmo com as dificuldades encontradas em sua manutenção e conservação. Diálogos, ritos e práticas religiosas passaram a incorporar as obras da humanidade para a Unesco.

Assim, o conceito de patrimônio histórico tem evoluído ao longo do tempo e a busca de identidade do homem urbano em meio à avalanche de informações dos mais variados setores e dos mais variados matizes - decorrentes do processo de mundialização da cultura e “facilitadas” pelo avanço da tecnologia, que proporciona o acesso à informação em tempo real, pela difusão quase que simultânea à ocorrência dos fatos - tem tirado do homem moderno o sentido de pertencimento.

Na busca de sua identidade, o homem recorre, inicialmente, ao patrimônio material no qual se inserem os bens edificados e os objetos que tiveram significado na formação de nossa identidade cultural. Num segundo momento, busca-se o resgate do intangível, o patrimônio imaterial, no qual se inserem as festas, as celebrações, os lugares e os saberes que fazem parte de nossa formação cultural e que, de alguma forma, encontram-se latentes no inconsciente coletivo. O resgate dessa história é fundamental, não só sob o aspecto cultural como por sua função social.

As construções históricas que, no passado, tiveram momentos de glória

⁴³ Artigo 133 do Plano Diretor.

⁴⁴ Ver artigo 130 da Lei Complementar nº 16/92 e também Decreto nº 28.247/2007.

na vida das cidades e hoje se encontram abandonadas e em avançado processo de deterioração precisam ser recuperadas, não só como resgate da cultura e preservando traços de uma época mas permitindo, também, a possibilidade do estabelecimento de novos usos, sejam eles comerciais ou residenciais. Antigos prédios comerciais que, no passado, abrigaram lojas e escritórios, hoje podem ser utilizados como residências para a população de baixa renda cumprindo, assim, uma importante função social e contribuindo para a redução do déficit habitacional.

A existência de infra-estrutura urbana no entorno desses imóveis torna sua recuperação e utilização muito menos onerosas para a sociedade que a construção de novas moradias. O Projeto Tiradentes, no Rio de Janeiro é um ensaio desse processo de revitalização urbana e contou com aporte de recursos da Caixa Econômica Federal (CEF) e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). O projeto de revitalização do antigo “Bairro do Recife” tenta unir o resgate histórico cultural com a sustentabilidade do patrimônio, pela criação de pólos de empresas de tecnologia de informação e exportadoras.

Já a utilização de imóveis de valor histórico para fins culturais tem sido lugar-comum nas grandes cidades, como é o caso dos Centros Culturais do Banco do Brasil, no Rio de Janeiro e em São Paulo e, mais recentemente, do Santander Cultural, em Porto Alegre. Em Belo Horizonte, uma boa experiência foi o patrocínio da restauração da Casa do Conde de Santa Marinha por uma empresa promotora de eventos, sem a utilização de lei de incentivo. Em todo o Brasil, vários edifícios de estações ferroviárias têm sido restaurados para abrigar cafés culturais, cinemas, locais para exposição, salas de aulas especializadas, bibliotecas, enfim uma gama enorme de possibilidades de uso. A recuperação de praças históricas é outro bom exemplo de restauração, muitas vezes ligada à iniciativa privada e com enorme retorno institucional. Um bom exemplo é a restauração da Praça da Liberdade, também em Belo Horizonte, pela empresa MBR, que destina recursos anuais para a manutenção do espaço e tem, por essa atitude, amplo reconhecimento público.⁴⁵

Os poucos recursos públicos orçamentários transformam em principais fontes de financiamento para obras de restauração do patrimônio cultural as leis de incentivo à cultura municipais, estaduais e federal (esta última incluiu, recentemente, a área de patrimônio no rol das que têm cem por cento de isenção tributária) e as fundações privadas e bancos públicos como a CEF, o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG) e o BID que, pelo Programa Monumenta, destina recursos próprios com contrapartida dos governos federal, estadual e municipal para a conservação do patrimônio. Temos, atualmente, portanto, diversas possibilidades de modelos de financiamento que podem ser aplicadas a projetos públicos como locais de execução de políticas de cultura e a projetos privados de comunicação empresarial através do marketing cultural, com responsabilidade social. De qualquer maneira, quem ganha com a recuperação de bens culturais é sempre o cidadão.

⁴⁵ OLIVEIRA, Péricles Antônio Mattar de. *Patrimônio histórico – Um bom negócio para todos*. Possibilidades de iniciativa privada com interesse público. Disponível em: <http://www.pdturismo.ufsj.edu.br/artigos/umbomnegocio.shtml>. Acesso em 05.08.2007.

No esteio da proteção aos elementos culturais, mereceram cuidado inovador as áreas urbanas, inspiradas pela função social da propriedade. Justo por isso, na Cidade do Rio de Janeiro, estão previstas formas de preservação que prevêm dentre as Unidades de Conservação Ambiental, as Áreas de Proteção do Ambiente Cultural.

São as APACs mecanismos de preservação de conjuntos urbanos representativos das diversas fases de ocupação da Cidade do Rio de Janeiro, cuja justificativa de proteção se encontra no respeito à memória de uma cidade, voltada para a preservação e recuperação do conjunto urbano.

REFERÊNCIAS

- BELTRÃO, Ana Raquel. Patrimônio cultural: novas fronteiras, *Prim@ Facie* – ano 1, n. 1, jul./dez. 2002.
- BATISTA, Vanessa Oliveira. Direitos Humanos e Multiculturalismo. São Luiz: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, Júris Itinera*, n.º 13, 2006.
- BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.
- CANANI, Aline Sapiezinskas Krás Borges. Herança, Sacralidade e Poder: Sobre as Diferentes Categorias do Patrimônio Histórico e Cultural no Brasil. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 163-175, jan/jun 2005
- CHAUÍ, Marilena. Política Cultural, Cultura política e Patrimônio Histórico. *O Direito Memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura – DPH, 1992.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- GEERTZ, C. The integrative revolution: primordial sentiments and civil politics in the new states. In: GEERTZ, C. *The interpretation of cultures*. New York: Basic Books, 1979.
- LEMONS, Carlos A. *O que é patrimônio histórico ?*, São Paulo, Brasiliense, 1985.
- LONDRES, Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: SANT´ANNA, Márcia G. (Org.). *O registro do patrimônio imaterial*. Brasília: Ministério da Cultura/IPHAN, 2000.
- VELHO, Gilberto. *Patrimônio, negociação e conflito*. Rio de Janeiro: Mana 12(1), 2006.
- BRASIL. *Patrimônio histórico e artístico nacional*. Legislação Brasileira de Proteção aos Bens Culturais, MEC/IPHAN, 1976.
- OLIVEIRA, Péricles Antônio Mattar de. *Patrimônio histórico – Um bom negócio para todos*. Possibilidades de iniciativa privada com interesse público. Disponível em: <http://www.pdturismo.ufsj.edu.br/artigos/umbomnegocio.shtml>. Acesso em 05.08.2007.
- SHILS, E. *Centro e periferia*. Lisboa: Difel, 1974.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SÃO PAULO. *Tombamento e Participação Popular*, do Departamento do Patrimônio Histórico, do município de São Paulo.

UNESCO. *Convenção de Haia*, 1954. Disponível em www.portaliphan.gov.br. Acesso em 05.08.2007

UNESCO. *Convenção para a proteção do patrimônio mundial natural e cultural*. 1972. Disponível em www.whc.unesco.org. Acesso em 05.08.2007

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. *Patrimônio cultural: a percepção da natureza como um bem não renovável*. *Revista Brasileira de História*, vol.26 nº.51 São Paulo. jan./jun. 2006.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

Leis sobre Patrimônio Cultural

LEIS	ASSUNTO
Lei Nº 3.924/ 1961	Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos
Lei Nº 8.313/1991	Lei ROUANET- Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC, e dá outras providências
Lei Nº 6.292/1995	Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN
Lei Nº 9.312/1996	Altera o art. 5º da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que “restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC e dá outras providências
Lei Nº 9.999/2000	Altera o inciso VIII do art. 5º da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, alterada pela Lei nº 9.312, de 5 de novembro de 1996, que restabelece princípio da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC e das outras providências, aumentando para três por cento da arrecadação bruta das loterias federais e concursos de prognóstico destinados ao Programa
Lei Complementar Nº 16 de 1992	Plano Diretor Decenal da Cidade do Rio de Janeiro

DOUTRINA ESTRANGEIRA

DAÑO AMBIENTAL Y OPINIÓN PÚBLICA: LA GENTE, LOS MEDIOS Y LA POLÍTICA

João Alves Silva^{*1}
Yamila M. Castagnola^{*2}

Resumo

El hombre y el medio ambiente. La percepción social sobre la prevención del daño ambiental. La opinión pública y la multiplicidad de conceptos. Los condicionamientos de la opinión pública. La espiral del silencio. El fenómeno social de carácter político. Las influencias de los medios de información masiva. Los análisis del discurso ambiental. Los datos recolectados en los diarios más importantes de la Argentina: Clarín y La Nación. La sinergia entre el fenómeno de la globalización y los medios. Las estrategias de desarrollo sostenible. La opinión política. Las influencias de la función del *agenda-setting* de Luhmann. Una carta dialéctica a los legisladores. La labor diaria de los parlamentos. La interacción posible entre la gente y los medios para el medio ambiente.

Palabras-clave

Opinión Pública. Medios de Información. Medio ambiente. Discurso ambiental. La Gente.

Abstract

The man and the environment. The social perception on the prevention of environmental damage. Public opinion and the multiplicity of concepts. The conditioning of public opinion. The spiral of silence. The social phenomenon of a political nature. The influences of the mass media. Analysis of the environmental discourse. Data collected in the most important newspapers in Argentina: Clarín and La Nación. The synergy between the phenomenon of globalization and the mass media. Sustainable development strategies. The political opinion. The influences of the agenda-setting function of Luhmann. A dialectic letter to legislators. The daily work of parliaments. The possible interaction between people and the means for the environment.

Key-words

Public opinion. Mass media. Environment. Speech environment. The People.

^{*1} Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", e Investigador del Directorio Jurídico del Banco do Brasil (DIJUR) Brasília/Brasil en el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

^{*2} Profesora de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad de Belgrano (UB), Becaria de Investigación UB e integrante del Proyecto UBACyT "Daños Producidos por Inundaciones. Percepción, Cuantificación y prevención: rol de Derecho y trascendencia social (Análisis del caso Santa Fe)".

1 ¿QUÉ ES EL DAÑO AMBIENTAL?

El hombre está inmerso en el medio ambiente y forma parte del mismo. Es preciso aclarar que entendemos al ambiente como comprensivo de distintos elementos, a saber, los naturales y los artificiales y socioculturales.³

En la Argentina, la reglamentación del daño ambiental por parte de la Ley General del Ambiente constituye un paso de gran envergadura para el Derecho Ambiental. La Constitución Nacional había incorporado en su reforma del año 1994, en el artículo 41, primer párrafo, *in fine*: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Este ha sido un reconocimiento de gran importancia que obligó a nuestro derecho a virar su mirada en relación con este tema, debiendo considerarlo en forma explícita, mediante la sanción de legislación específica.⁴

Ahora bien, a pesar del reconocimiento político-jurídico de la problemática no podemos desconocer que se requiere de la percepción social de dicho fenómeno para que la prevención del daño sea realmente efectiva.

En este sentido, es importante determinar si la problemática ambiental forma parte de la agenda informativa de los dos principales medios gráficos del País, es decir, los dos principales diarios – Clarín y La Nación –, ya que no podemos desconocer su influencia en la formación de la *opinión pública*. En forma paralela, nos interesa saber cómo y cuánto percibe el ciudadano común la degradación del ambiente como un problema que requiere de la construcción de alternativas de solución.

2 ¿CÓMO SE FORMA LA OPINIÓN PÚBLICA?

Las insuficiencias han caracterizado los intentos de formular un concepto preciso del contenido de la expresión *opinión pública*. El problema, repetimos, no es nuevo y hace mucho tiempo autores de distintos matices intentan aclarar su significado, cada vez más dinámico y complejo.

Los conceptos de opinión pública recurren a referencias diversas en otras áreas del conocimiento: de lo empresarial⁵ a la semiología⁶; de la lingüística⁷ a la imagen personal;⁸ de la imagen corporativa⁹ a la teoría de la imagen; todas

³ HUTCHINSON, Tomás. *Daño Ambiental*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 304.

⁴ SABSAY, Daniel. DI PAOLA, María Eugenia. El daño ambiental colectivo y la nueva Ley General del Ambiente. *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo- N° 17. Buenos Aires, La Ley, Año 2003. p. 1-9.

⁵ NASSAR, Paulo. *Tudo é comunicação*. São Paulo: Lazuli, 2004.

⁶ Recorridos semiológicos. MARAFIOTI, Roberto (comp.) 3. reimp. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires – Eudeba, 2001.

⁷ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. 30ª ed. Traducción de Amado Alonso. Buenos Aires: Losada, 2003.

⁸ THEODORO, Marlene. *A era do Eu S/A*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹ COSTA, Joan. *Imagen corporativa en el siglo XXI*. 2ª ed. Buenos Aires: La Crujía, 2003.

aparentemente ajenas a la Política, al Derecho y a la Sociología, si los miramos desde una perspectiva aislada.

Según Childs (1965) existen aproximadamente cincuenta definiciones distintas del concepto opinión pública que pueden agruparse en tres abordajes: 1) definiciones que entienden la opinión pública como proceso racional de discusión entre individuos-ciudadanos debidamente informados e interesados por las cuestiones públicas, que argumentan, razonan y emiten juicios sobre esos asuntos y que el gobierno debe tener en cuenta a la hora de la toma de decisiones en el marco de un régimen político democrático; 2) la opinión pública como proceso de control social que promueve el consenso y la integración social sin considerar la racionalidad del argumento y la discusión sino meramente la posibilidad de que se imponga una idea sobre otra y que ella sea aceptada porque es vista como la mayoritaria. Así, la opinión pública será aquella que pueda expresarse públicamente sin temor a quedar aislado. 3) la opinión pública desde una perspectiva operacionalista-técnico-instrumental como la efectivamente exteriorizada, medida y recolectada a través de encuestas.¹⁰

Tönnies clasifica la opinión pública en tres niveles:

- a. sólida: arraigada desde generaciones;
- b. líquida o fluida: aunque genera un fuerte grado de convicción, no alcanza el nivel de inmodificable y admite controversias; y
- c. gaseosa: se difunde con gran velocidad y con la misma velocidad desaparece.

Para Bercholc, en la actualidad la opinión pública se presenta en los niveles dos y tres, es decir como opinión líquida y gaseosa.¹¹

En su tesis “Cambio estructural de la esfera pública”, Jürgen Habermas¹² defendió que el concepto de opinión pública nació en el siglo XVIII. El surgimiento de la opinión pública tuvo relación con la urbanización, sobre todo en la sociedad inglesa del siglo anterior, en la que la *law of opinion* ganó equivalencia a la *ley divina*. Esta concepción liberal manejó con destreza las revoluciones *postiluministas* imponiendo su forma de ser y pensar.

Bercholc¹³ aporta que “en la República de Platón, Sócrates sostiene que la opinión es menos que el conocimiento y más que la ignorancia, situándola en una posición intermedia, no alcanza a ser saber y ciencia, sólo es un parecer subjetivo y más o menos intuitivo que no requiere prueba empírica de objetividad”.

¹⁰ BERCHOLC Jorge: *La opinión pública de los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires. Opinión pública y medios de comunicación*. Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, 7.

¹² HABERMAS, Jürgen, *apud* AVRITZER, L. *A moralidade da democracia*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: UFMG, 1996.

¹³ BERCHOLC, J. op. cit. p. 6-7.

Asimismo, Ventura¹⁴ hace la siguiente diferenciación: “la opinión, por ser tal, es *doxa* y no *episteme*, y por eso mismo puede ser cambiante, y por su dimensión pública, nace del debate público y, además, se refiere a la cosa pública, es decir, a asuntos que exceden el interés privado”.

En sintonía con el pensamiento en la antigüedad clásica, Saïd Farhat¹⁵ define que la opinión pública se expresa en el “sentimiento” lo que difiere de la razón. En su conocido diccionario político, habla de opinión pública de manera abierta: “en términos simplificados, opinión pública expresa el sentimiento colectivo de un grupo social – grande o pequeño – sobre determinada cuestión. Sentimientos, es obvio, no se forman a través del conocimiento, del análisis y de la ponderación de los hechos o de la reflexión conciente sobre ellos, pero decurrente de las emociones y percepciones, subjetivamente compartidas por cierto número de personas”.

Más adelante, enumera factores condicionantes, tales como la realidad geográfica, los aspectos económicos, las condiciones sociales, las características étnicas, las afinidades profesionales o de educación, *etc.* Esto forma y condiciona lo que se denomina opinión pública. Después de la definición, enumera varios criterios para la identificación de la opinión pública, ninguno de ellos con tintes de cierre de la cuestión.

En el campo de la Sociología, se registra uno de los trabajos más notables en materia de opinión pública. Se trata de las investigaciones lideradas por Elisabeth Noelle-Neumann.¹⁶ Tomando por base el concepto interactivo de la *espiral del silencio*, la opinión pública es percibida como aquella que se puede expresar abiertamente sin temores o riesgos de rechazo cuando es oída por el entorno de relación del sujeto que la emite. Noelle-Neumann desarrolló investigaciones importantes en el campo de las encuestas electorales en los años 70 en Alemania.

En consecuencia, y a modo de síntesis, podemos sostener lo siguiente acerca de la opinión pública:

- a. Está relacionada directamente al fenómeno social que podrá ser o no de carácter político;
- b. Sufre influencias del sistema social y también de los medios de comunicación masiva;
- c. Las dificultades para su aprehensión conceptual están relacionadas con la dinámica que la caracteriza.

¹⁴ VENTURA, Adrián. *Poder y opinión pública*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004. p. 67-68.

¹⁵ FARHAT, Saïd. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis/Companhia Melhoramentos, 1996. p. 664-670.

¹⁶ NOELLE, Neumann Elisabeth. *La espiral del silencio*. Barcelona: Paidós, 1995.

3 PERCEPCIONES SOCIO–AMBIENTALES: DOS MIRADAS DEL MISMO FENÓMENO

Una presentación clásica del término *percepción* equivaldría a decir que el contacto con la realidad se realiza, justamente, mediante la percepción. Se supone que la percepción extrae del mundo que nos rodea, información (en este orden de ideas, es un mecanismo que nos comunica con el mundo exterior).¹⁷

Debemos tener en cuenta que la persona, inserta en un determinado contexto social, no permanece ajena al mismo. De lo contrario, la participación del sujeto en las relaciones de comunicación social hace que sus concepciones se hallen tan socializadas como él mismo.

En consecuencia, el proceso de comunicación tiene una importancia vital en el estudio de las percepciones sociales.

A su vez, es posible sostener que los problemas sociales están inexorablemente vinculados a los textos ya que se expresan mediante discursos – públicos o privados – que moldean la definición de estos problemas, entre los cuales podemos incluir la percepción social del fenómeno ambiental.

Por lo tanto, decidimos analizar la problemática a partir de dos discursos claramente identificables en los periódicos de mayor difusión de la Argentina: los editoriales y notas de opinión que reflejan la posición que dichos medios tienen sobre la cuestión y las cartas de los lectores que, evidentemente, reflejan la posición personal de los mismos.

Creemos que la opinión de los informadores con prestigio social (periodistas, autores, escritores) cumple un rol clave porque se constituyen en factores de moralización al sacar a la luz las conductas desviadas ya que gozan de confiabilidad y, en consecuencia, pueden imprimir un carácter de “urgencia social” a los problemas planteados y convertir la información presentada en el criterio para juzgar la verosimilitud de lo que otros, con menor prestigio, comunican o informan.¹⁸

En nuestro caso, es posible imaginar que cuando el periódico recoge la opinión de “autoridades” o personalidades destacadas, también su rol es clave en la construcción de la opinión ya que “sacan a la luz” problemas sociales, como el ambiental, que aparentan estar encubiertos. Sin desconocer el hecho de que la persistencia de un tema puede implicar instalarlo como problema.

Sin embargo, esta aproximación es insuficiente toda vez que a la hora de determinar la actualidad de la temática del daño ambiental es preciso conocer qué piensan los lectores de dichos periódicos, cómo lo perciben ellos. Por ello, la necesidad de indagar las cartas de lectores.

¹⁷ KUNZ, Ana. *Percepción social de la administración de justicia*. Documento de trabajo Nro. 132. Departamento de investigación. Universidad de Belgrano, jul. 2005, p. 16.

¹⁸ MONZÓN, José María. *La violencia, los medios y la valoración jurídica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 109.

4 ACERCA DE LA METODOLOGÍA

A efectos de abordar nuestro objeto de estudio hemos efectuado un análisis de noticias periodísticas publicadas en los diarios más importantes de la Argentina: Clarín y La Nación, teniendo en cuenta su tirada y la repercusión que tienen los mismos en la sociedad, no sólo entre los ciudadanos comunes, sino también por ser referentes de otros medios de prensa y de los principales actores de la esfera pública (políticos, empresarios, sindicalistas, entre otros).

La búsqueda realizada en la Sección de Opinión (editoriales y cartas de lectores) abarcó el período comprendido entre los años 2005 y 2006 apelando a las herramientas digitales que ambos medios ofrecen al lector, a través de los criterios: “ambiental, daño, ambiente” y “opinión pública”.

Una de las cuestiones más atractivas al pensar en la dinámica de la opinión pública y los medios de comunicación es poder desentrañar cómo y por qué las personas dirigen su atención hacia algunos *issues* en detrimento de otros. O, en otras palabras, cómo y por qué se arma una agenda.¹⁹

Así, la recurrencia al análisis del contenido de las cartas de lectores publicadas es particularmente útil para examinar lo que la gente piensa, mientras que el de los editoriales permite establecer la línea de opinión de los periódicos. Es evidente que la combinación de ambos aspectos está directamente relacionada con nuestro objetivo de identificar qué y cómo se percibe el daño ambiental.

5 LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LOS MEDIOS

Los medios de comunicación de masas eran vistos en el siglo XIX y hasta el principio del siglo XX como difusores de conocimiento, educadores, medios de expresión de distintas corrientes sociales y políticas. En ese sentido la prensa escrita cumplió un papel significativo como el nuevo y primer medio de comunicación de masas existente; las expectativas estaban puestas sobre el carácter masivo de la prensa ya que permitiría la divulgación de la información a un gran número de personas.²⁰

En una sociedad democrática su función se acentúa, ya que la población requiere que exista libertad de acceso a la información.²¹ Desde esta visión se ha dicho que los medios de comunicación son el medio habitual para conocer la realidad y ayudar a la formación de una opinión crítica.²²

¹⁹ PETRACCI, Mónica. *La agenda de la opinión pública a través de la discusión grupal. Una técnica de investigación cualitativa: el grupo focal*. In: KORNBLIT, Ana Lía (Coord.). *Metodologías cualitativas en ciencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2004, p. 77-89.

²⁰ BERCHOLC, Jorge: *Del diario como “foro” al diario “televisivo”*. *La influencia de la televisión en los diarios. Opinión pública y medios de comunicación*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 45.

²¹ MONZÓN, José María. *La violencia, los medios y la valoración jurídica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 17.

²² MONZÓN, J. op. cit., p. 23.

Por lo tanto, los medios de comunicación cumplen una función constructora de la realidad, función que interactúa con la ética, la psicología y el derecho.²³ En particular, Bercholz define al diario como un instrumento de información y modo de representación de la realidad circundante.²⁴

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que “está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social – los medios técnicos de información – ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de estas técnicas en la elaboración de estructuras mentales condiciona la vida humana” (CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otros”).²⁵

Con respecto al contenido del término “comunicación”, en sentido estricto, puede definirse como el proceso de interacción bipolar y unívoco que involucra en su estructura relacional a un transmisor y a un receptor; los que poseen la característica bivalente que les permite intercambiar sus roles y establecer un intercambio racional y no mecánico de mensajes e información mutua, del tipo dialógica, que se asienta en una relación de simetría y de paridad de condiciones.²⁶

A diferencia de la descripta comunicación en sentido estricto, encontramos otro tipo de comunicación en la que la reciprocidad sólo se dará en el nivel de Emisor = Informaciones–Estímulo // Receptor = Respuestas Mecánicas. Es la llamada relación de información: aquí el receptor sólo está en condiciones de emitir mensajes de retorno mecánico, también denominado de bajo coeficiente de comunicabilidad.²⁷

Este tipo de proceso comunicacional, que en rigor resulta de información y no de comunicación, reemplaza el diálogo por la alocución (discurso unilateral). El receptor asume un rol pasivo y limitado a internalizar la información recibida.²⁸

6 EL DIÁLOGO POSIBLE: LAS DIFERENCIAS VISIBLES

La sinergia entre el fenómeno de la globalización y los medios de comunicación masiva es indiscutible. Uno se nutre del otro, en movimiento pendular, como si fuera un reloj sincronizado. El ámbito espacial de la opinión pública se ha modificado mucho con la globalización. Lo que fue local ahora es global, sin necesidad de tránsito por lo nacional o regional. El ámbito de la opinión pública, antes restringido al *ágora*, ahora sufre influencias de la *aldea global* a que si refiere Herbert Marshall McLuhan.²⁹

²³ Ibidem, p. 52

²⁴ BERCHOLC, J. op. cit. (2003), p. 41.

²⁵ MONZÓN, J. op. cit. p. 28.

²⁶ BERCHOLC, J. op. cit. (2003). p. 51.

²⁷ Ibidem, p. 51.

²⁸ BERCHOLC, J. op. cit. (2003), p. 52.

²⁹ Como consecuencia de ellos hemos incluido en nuestro análisis el ítem “política internacional”

El papel decisivo que ejercen los medios de comunicación casi determina su opinión, ya que el conjunto general de experiencias directas está muy restringido. En una simplificación sobre las formas de adquisición de las informaciones que basan la opinión de una persona promedio en la sociedad se presentarían tres situaciones: 1) no conozco el tema, por lo tanto, no tengo opinión; 2) conozco por información indirecta de los medios (con los problemas que les son inherentes: asimetrías entre los diferentes canales, superficialidad, intereses diversos que obstaculizan o distancian la información de los hechos primarios); y, 3) conozco por contacto directo con la realidad y/o conocimiento acabado de los hechos y circunstancias que involucran el objeto en discusión.

No necesitamos ir lejos para inferir que la segunda situación, la más cargada de defectos, es la que tiene la incidencia casi total. Los medios masivos de comunicación, con sus defectos y virtudes, son lo que existe de modo más determinante en la formación de la opinión pública.

En este sentido, se debe recordar lo afirmado por Lazarsfeld: “en general (...) la gente no busca nuevas experiencias en los medios masivos sino la repetición y elaboración de sus viejas experiencias, en las cuales pueda proyectarse más fácilmente”.³⁰

Quizás esto explique, al menos parcialmente, por qué a pesar de una posición editorial crítica con respecto al conflicto suscitado por la instalación de las plantas de celulosa en Uruguay, ambos medios dieron importante cobertura al tema en su sección opinión.³¹

Ahora bien, las cartas enviadas por los lectores – y que responden a múltiples estímulos: en algunas oportunidades como respuesta a alguna noticia aparecida en el diario; en otras, a efectos de dar a conocer la opinión propia o de realizar un llamado de atención – se presentan como un espacio de retroalimentación entre la sociedad y los medios.

Elas constituyen el único camino posible para entender a este proceso como de comunicación entre dos interlocutores (el periódico, por un lado y el ciudadano/lector, por el otro), puesto que colocan al receptor de la información en un rol activo: confrontando o poniendo luz sobre alguna situación que no había sido tratada con anterioridad por el medio.³²

dentro del cual ubicamos noticias referidas, por ejemplo, a la percepción de la gestión del presidente estadounidense George Bush por la llamada “opinión pública internacional”.

³⁰ Communication research and the social psychologist. WRIGHT, Charles. *Comunicación de masas*. Paidós, Buenos Aires, 1963, p. 97.

³¹ Sobre el tema, La Nación publicó 26 notas y Clarín, 65.

³² En el punto anterior pusimos atención en la descripción del proceso de información como discurso unilateral.

7 EL DAÑO AMBIENTAL EN NÚMEROS

7.1 Diario La Nación

Tema Central de los Editoriales		2005	2006	Total
1.	Institucional	2	5	7
2.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	23	3	26
3.	Espacio público	2	0	2
4.	Agua	1	1	2
5.	Riachuelo	3	1	4
6.	Educación	4	4	8
7.	Política Nacional	4	1	5
8.	Conflicto ambiental	1	0	1
9.	Ética ambiental	1	0	1
10.	Tabaco	1	0	1
11.	Naturaleza	2	4	6
12.	Desarrollo sustentable	0	1	1
13.	Responsabilidad social empresaria – RSE	0	2	2
14.	Cambio climático	0	3	3
15.	Sin relación específica con la investigación	1	0	1
16.	Justicia	0	1	1
17.	Plan Urbano Ambiental	0	0	0
18.	Otros ³³	5	4	9
Totales		50	30	80

Tema Central de las Cartas de Lectores		2005	2006	Total
1.	Institucional	0	2	2
2.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	8	1	9
3.	Espacio público	4	0	4
4.	Agua	1	0	1
5.	Riachuelo	0	0	0
6.	Educación	1	0	1
7.	Política Nacional	0	0	0
8.	Conflicto ambiental	0	0	0
9.	Ética ambiental	0	0	0
10.	Tabaco	1	0	1
11.	Naturaleza	0	0	0
12.	Desarrollo sustentable	0	0	0
13.	Responsabilidad social empresaria – RSE	0	0	0
14.	Cambio climático	0	0	0
15.	Sin relación específica con la investigación	1	1	2
16.	Justicia	0	0	0
17.	Plan Urbano Ambiental	0	0	0
18.	Otros ³⁴	5	2	7
Totales		21	6	27

³³ Basura (0/1), Calidad del aire en Buenos Aires (1/0), Daño – Transporte (0/0), Contaminación Industrial (1/0), Ruido Urbano (1/0), Mercosur (1/0), Coches urbanos (1/0), Industria pesquera (0/1), Playas/turismo (0/1), Biodiversidad (0/1), Patrimonio arquitectónico urbano (0/0) y Energía (0/0).

³⁴ Basura (1/0), Calidad del aire en Buenos Aires (0/0), Daño – Transporte (1/0), Contaminación Industrial (2/2), Ruido Urbano (0/0), Mercosur (1/0), Coches urbanos (0/0), Industria pesquera (0/0), Playas/turismo (0/0), Biodiversidad (0/0), Patrimonio arquitectónico urbano (0/0) y Energía (0/0).

7.2 Diario Clarín

Tema Central de los Editoriales		2005	2006	Total
1.	Institucional	11	6	17
2.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	4	61	65
3.	Espacio público	1	5	6
4.	Agua	1	0	1
5.	Riachuelo	0	3	3
6.	Educación	1	2	3
7.	Política Nacional	7	5	12
8.	Conflicto ambiental	8	7	15
9.	Ética ambiental	3	2	5
10.	Tabaco	1	2	3
11.	Naturaleza	0	2	2
12.	Desarrollo sustentable	6	3	9
13.	Responsabilidad social empresaria – RSE	2	2	4
14.	Cambio climático	4	1	5
15.	Sin relación específica con la investigación	62	80	122
16.	Justicia	0	1	1
17.	Plan Urbano Ambiental	4	4	8
18.	Otros ³⁵	10	16	26
Totales		125	202	327

Tema Central de las Cartas de Lectores		2005	2006	Total
1.	Institucional	2	0	2
2.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	2	22	24
3.	Espacio público	1	3	4
4.	Agua	4	4	8
5.	Riachuelo	1	2	3
6.	Educación	0	1	1
7.	Política Nacional	0	0	0
8.	Conflicto ambiental	2	1	3
9.	Ética ambiental	0	0	0
10.	Tabaco	1	1	2
11.	Naturaleza	0	1	1
12.	Desarrollo sustentable	1	0	1
13.	Responsabilidad social empresaria – RSE	0	0	0
14.	Cambio climático	0	0	0
15.	Sin relación específica con la investigación	0	0	0
16.	Justicia	0	0	0
17.	Plan Urbano Ambiental	0	0	0
18.	Otros ³⁶	5	7	12
Totales		19	42	61

³⁵ Basura (1/2), Calidad del aire en Buenos Aires (0/0), Daño – Transporte (3/0), Contaminación Industrial (0/0), Ruido Urbano (0/1), Mercosur (3/7), Coches urbanos (0/0), Industria pesquera (0/0), Playas/turismo (0/0), Biodiversidad (0/0), Patrimonio arquitectónico urbano (0/2) y Energía (3/4).

³⁶ Basura (2/0), Calidad del aire en Buenos Aires (0/0), Daño – Transporte (0/1), Contaminación Industrial (0/2), Ruido Urbano (0/0), Mercosur (0/0), Coches urbanos (0/1), Industria pesquera (0/0), Playas/turismo (0/0), Biodiversidad (2/1), Patrimonio arquitectónico urbano (1/2) y Energía (0/0).

8. LA OPINIÓN PÚBLICA EN NÚMEROS

8.1 Diario La Nación

Tema Central de los Editoriales		2005	2006	Total
1.	Política internacional ³⁷	49	49	98
2.	Política nacional ³⁸	96	63	159
3.	Política provincial	11	11	22
4.	Política de la Ciudad de Buenos Aires	2	2	4
5.	Medios ³⁹	24	13	37
6.	Terrorismo	2	3	5
7.	Piqueteros	4	1	5
8.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	1	18	19
9.	Cultura	16	6	22
10.	Educación	14	16	30
11.	Justicia	15	15	30
12.	Medio ambiente	4	2	6
13.	Sin relación específica con la investigación	2	2	4
14.	Mercosur	3	4	7
15.	Ibarra/Cromañón	8	7	15
16.	Jóvenes	3	1	4
17.	Otros ⁴⁰	48	52	100
Totales		302	267	569

Tema Central de las Cartas de Lectores		2005	2006	Total
1.	Política internacional	2	8	10
2.	Política nacional	19	18	37
3.	Política provincial	0	3	3
4.	Política de la Ciudad de Buenos Aires	0	2	2
5.	Medios	7	3	10
6.	Terrorismo	0	0	0
7.	Piqueteros	2	1	3
8.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	2	5	7
9.	Cultura	10	8	18
10.	Educación	7	6	13
11.	Justicia	9	8	17
12.	Medio ambiente	3	1	4
13.	Sin relación específica con la investigación	20	5	25
14.	Mercosur	0	2	2
15.	Ibarra/Cromañón	3	1	4
16.	Jóvenes	1	0	1
17.	Otros ⁴¹	46	29	75
Totales		131	100	231

³⁷ El conflicto palestino-israelí es el tema más frecuente.

³⁸ El gobierno del Presidente Néstor Kirchner es el tema más frecuente y suele ser abordado en una perspectiva crítica.

³⁹ Los medios hablan de sí mismos con mucha frecuencia.

⁴⁰ Política externa de la Argentina (0/0), Paz (0/0), Empleo (1/0), Transporte urbano (0/0), Deportes/Fútbol (0/1), Psicoanálisis (Freud) (0/1), Transgénicos (0/1), Servicio militar obligatorio – Conscriptión (1/0), Perón (1/1), Jubilados (0/0), Pobreza (2/1), UBA (0/0), Diálogo (0/1), Consumidor (0/1), Violencia (0/1), Derechos humanos (0/0), Energía (0/1), Responsabilidad social empresaria (2/0), Colegio de Abogados (0/2), Agroindustria (1/1), Cambio Climático (0/2), Derecho Penal (0/2), Espacio público (2/0), Deuda Externa (2/1), Malvinas (0/2), ALCA/Cumbre de las Américas (3/0), Seguridad (1/7), Economía (11/12), Corrupción (4/5), Familia (3/2), Drogas (2/2), Dictadura Militar (0/4), Salud (6/2) y Religión (4/2).

⁴¹ Política externa de la Argentina (1/0), Paz (1/0), Empleo (1/0), Transporte urbano (0/3), Deportes/Fútbol (3/2), Psicoanálisis (Freud) (0/0), Transgénicos (0/0), Servicio militar obligatorio – Conscriptión (0/0), Perón (0/4), Jubilados (0/2), Pobreza (0/0), UBA (1/1), Diálogo (0/0), Consumidor (4/2), Violencia (0/1), Derechos humanos (0/1), Energía (0/0), Responsabilidad social empresaria (0/0), Colegio de Abogados (0/1), Agroindustria (0/1), Cambio Climático (1/0), Derecho Penal (0/0), Espacio público (4/8), Deuda Externa (0/0), Malvinas (1/0), ALCA/Cumbre de las Américas (2/0), Seguridad (2/1), Economía (11/6), Corrupción (3/1), Familia (0/1), Drogas (2/0), Dictadura Militar (9/2), Salud (9/5) y Religión (3/1).

8.2 Diario Clarín

Tema Central de los Editoriales		2005	2006	Total
1.	Política internacional ⁴²	14	17	31
2.	Política nacional ⁴³	14	12	26
3.	Política provincial	1	1	2
4.	Política de la Ciudad de Buenos Aires	0	0	0
5.	Medios	3	1	4
6.	Terrorismo	1	1	2
7.	Piqueteros	0	0	0
8.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	1	8	9
9.	Cultura	1	0	1
10.	Educación	3	1	4
11.	Justicia	7	2	9
12.	Medio ambiente	1	1	2
13.	Sin relación específica con la investigación	1	3	4
14.	Mercosur	0	1	1
15.	Ibarra/Cromañón	2	2	4
16.	Jóvenes	0	0	0
17.	Otros ⁴⁴	16	15	31
Totales		78	71	149

Tema Central de las Cartas de Lectores		2005	2006	Total
1.	Política internacional	0	0	0
2.	Política nacional	3	0	3
3.	Política provincial	0	0	0
4.	Política de la Ciudad de Buenos Aires	0	0	0
5.	Medios	0	0	0
6.	Terrorismo	0	0	0
7.	Piqueteros	0	0	0
8.	Uruguay/Gualeguaychú/Pasteras	0	2	2
9.	Cultura	1	0	1
10.	Educación	0	1	1
11.	Justicia	0	0	0
12.	Medio ambiente	1	0	1
13.	Sin relación específica con la investigación ⁴⁵	20	19	39
14.	Mercosur	0	0	0
15.	Ibarra/Cromañón	0	1	1
16.	Jóvenes	0	0	0
17.	Otros ⁴⁶	2	2	4
Totales		27	25	52

⁴² Se destaca el análisis acerca de la política norteamericana en Irak y la gestión del gobierno del Presidente G. Bush.

⁴³ Al igual que en La Nación, el tema principal ha sido la gestión de gobierno del Presidente Néstor Kirchner, tratado, en varias oportunidades desde una perspectiva crítica.

⁴⁴ Política externa de la Argentina (0/2), Paz (1/0), Empleo (0/1), Transporte urbano (0/0), Deportes/Fútbol (0/0), Psicoanálisis (Freud) (0/0), Transgénicos (0/0), Servicio militar obligatorio – Conscriptión (0/0), Perón (0/0), Jubilados (0/0), Pobreza (0/1), UBA (0/1), Diálogo (2/2), Consumidor (0/0), Violencia (1/1), Derechos humanos (3/0), Energía (1/1), Responsabilidad social empresaria (0/0), Colegio de Abogados (0/0), Agroindustria (0/1), Cambio Climático (1/0), Derecho Penal (4/1), Espacio público (0/0), Deuda Externa (0/0), Malvinas (0/0), ALCA/Cumbre de las Américas (1/0), Seguridad (2/2), Economía (4/3), Corrupción (6/1), Familia (0/0), Drogas (1/0), Dictadura Militar (0/2), Salud (0/0) y Religión (2/2).

⁴⁵ En estos casos, las cartas de lectores tratan de la opinión personal del lector (por ejemplo, con respecto a las drogas o la posibilidad de una reforma constitucional) o la referencia acerca de la opinión de un tercero.

⁴⁶ Política externa de la Argentina (0/0), Paz (0/0), Empleo (0/0), Transporte urbano (0/0), Deportes/Fútbol (0/0), Psicoanálisis (Freud) (0/0), Transgénicos (0/0), Servicio militar obligatorio – Conscriptión (0/0), Perón (0/0), Jubilados (0/0), Pobreza (0/0), UBA (0/0), Diálogo (0/1), Consumidor (0/0), Violencia (0/1), Derechos humanos (0/0), Energía (0/0), Responsabilidad social empresaria (0/0), Colegio de Abogados (0/0), Agroindustria (0/0), Cambio Climático (0/0), Derecho Penal (0/0), Espacio público (0/0), Deuda Externa (1/0), Malvinas (0/0), ALCA/Cumbre de las Américas (0/0), Seguridad (0/0), Economía (0/0), Corrupción (1/0), Familia (0/0), Drogas (0/0), Dictadura Militar (0/0), Salud (0/0) y Religión (0/0).

9 UNA MIRADA CRÍTICA DE LOS RESULTADOS

En relación con el tópico “daño ambiental” las principales cuestiones abordadas fueron las siguientes:

- a. Lo ambiental como problema complejo que requiere un abordaje multidisciplinario;
- b. Lo ambiental como factor decisivo en las estrategias de desarrollo sostenible (“contrato ambiental”);
- c. Inexistente o insuficiente participación del Estado en la concreción de políticas públicas relativas a prevención, mitigación y/o control de daños ambientales, tanto en el escenario nacional como en el internacional. Se ha destacado:
 - Importancia de la integración regional: soluciones consensuadas y cooperación internacional;
 - El factor local: importancia de la implementación de políticas en el nivel local.
 - La inevitabilidad del daño siempre y cuando se actúe con rapidez.
 - Preservación del medio ambiente: requiere mayor acción estatal y concientización.

Nos ha llamado la atención la *baja percepción sobre los problemas ambientales de la ciudad de Buenos Aires*. En efecto, los temas basura, calidad del aire, ruido urbano, transporte y patrimonio arquitectónico, prácticamente no han sido tratados por los periódicos: La Nación apenas publicó cuatro editoriales sobre estos temas, mientras que en Clarín se registraron nueve aciertos. Estos números se repiten cuando el análisis se efectúa sobre el contenido de las cartas de lectores. Dentro del período en estudio, La Nación publicó dos cartas sobre estos tópicos, mientras que Clarín, siete.

En relación con este punto, la *contaminación ambiental del Riachuelo* tampoco aparece como uno de los principales puntos de la agenda informativa. En este sentido, el tema es tratado en cuatro editoriales de La Nación y en tres, de Clarín – números que no varían demasiado en las cartas de lectores, en las que sólo Clarín registra coincidencias: tres cartas.

Otro dato de interés lo constituye el tópico sobre *energía* que sólo es contemplado por los editoriales y notas de opinión en Clarín. Se plantea en este medio un debate acerca de las bondades de la energía nuclear como medio alternativo al actualmente existente (petróleo). El tema ocupa algunas semanas en esta Sección y aparecen voces a favor y en contra de aquélla.

Algo similar ocurre con el tratamiento del *Plan Urbano Ambiental* en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Una vez más, el tema sólo es tratado por los editoriales de Clarín (se registraron ocho coincidencias). En términos generales, se

plantea la necesidad de abordar la discusión legislativa sobre éste a fin de arbitrar los mecanismos necesarios para un desarrollo equilibrado de la ciudad.

Es evidente que el *tema central* lo constituye el conflicto existente entre la Argentina y Uruguay por la instalación en la vecina ciudad de Fray Bentos de dos plantas de elaboración de pasta celulosa. La noticia es tratada desde diversos ángulos, entre los que se destacan: política nacional, política regional, medio ambiente, contaminación de las aguas y desarrollo sustentable.

10 LA OPINIÓN POLÍTICA EN BADENI

Nadie descarta lo decisivo que es la opinión pública en el proceso político. La relación es tan intensa que muchos piensan que la legitimación del poder político no está en la democracia, pero si en las encuestas que encomiendan a cada rato los gobiernos (influencias de la función del *agenda-setting* de Luhmann).

Tal equivocación orienta la agenda del corto plazo y determina pautas enmarcadas por esta orientación, como si tales mecanismos integrasen y supliesen las fallas a camino de un nuevo *estado de naturaleza* política, en una especie de sinergia sin lógica, caleidoscópica, con influencias recíprocas entre legitimidad y opinión pública.

Adrián Ventura advierte esta anomalía, diciendo que “esa relación, que por momentos es de simbiosis y, en otros, de tensión, conlleva también el riesgo de que la autoridad política quede, a la larga, a merced de factores condicionantes tan fuertes que pueden aniquilar el poder político. Y, admitámoslo, más allá de las utopías, es peligroso concebir un mundo sin autoridades políticas”.⁴⁷

Gregorio Badeni⁴⁸ presenta información de naturaleza histórica, útil a los análisis de los procesos de formación del concepto vinculados a las esferas de poder político. Relata que “la existencia de la opinión pública como factor de poder, se manifiesta desde el mismo momento en que aparecen las sociedades dotadas de organización política”. Informa, basado en Herman Heller, que “si tuviéramos que fijar un hito en el proceso histórico para determinar el momento a partir del cual comienza a vislumbrarse la trascendencia de la opinión pública, lo señalaríamos en el Renacimiento”.

La opinión pública es un género que comprende muchas especies (religión, política, economía, deporte, cultura, educación, jurídica, etc.). Gregorio Badeni⁴⁶ presenta esquema útil a la comprensión de la opinión en este sentido. Para el autor, “generalmente, los términos opinión pública y opinión política son utilizados como sinónimos y por tal razón se incluye a la primera en el campo de estudio de la Ciencia Política. En realidad, la opinión política es una especie de la opinión pública que se expresa en una función política ejercida

⁴⁷ BADENI, Gregorio. *La opinión política*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1972. p. 19-20.

⁴⁸ BADENI, G. op. cit. p. 23; 40; 130.

por los grupos de opinión – por cuyo intermedio se transforman en factores del poder – consistente en emitir conceptos o juicios públicos como reacción a determinados problemas políticos, y con el objeto de controlar, fortalecer o legitimar el ejercicio del poder por parte de los gobernantes”.

A continuación presenta los aspectos que interfieren para la emisión de una opinión: (1) manifestación del problema (2) conocimiento del problema (3) análisis del problema y formación del concepto de juicio (4) expresión de la opinión (5) representación del problema en el grupo social (6) surgimiento del concepto o juicio colectivo.

11 UNA CARTA DIALÉCTICA A LOS LEGISLADORES: APORTES ÚTILES

La organización de los poderes del Estado pone en la función legislativa la primicia de fijación de los temas y los medios para ordenar el bienestar de la gente. Tal primicia está relacionada con la pretendida identidad entre los legisladores y el pueblo;⁴⁹ este último la fuente primaria de los poderes constituidos.

Sería ingenuo confundir los espacios de *idealidad* de los ensayos con los de la *realidad* política a que están sometidos los representantes del pueblo en la labor diaria de los parlamentos. La fortuna y la miseria son moneda corriente en los debates y negociaciones que conllevan la formación de la voluntad general expresada por medio de las leyes.

En la *realidad* política y su mundo posible están las raíces que disocian los intereses directos del pueblo y posibilitan que nazcan otros para la conformación de la voluntad general. Abstrayendo las anomalías propias de las relaciones sociales, atravesadas por múltiples intereses que caracterizan a la actividad política y a muchas otras, las interacciones legítimas de los representantes para la construcción de la voluntad general federada generalmente no resultan en construcciones que se identifican en todos sus términos y anhelos con las voluntades de sectores de la población localizados.

Sin embargo, aún en las diferencias, es posible identificar puntos en común respecto de la prioridad de temas y medios para la construcción del bienestar. Una de las formas más conocidas de aproximación a la voluntad general fuera del parlamento es lo que se suele denominar opinión pública. Lo dicho en el Capítulo 2 da cuenta de las dificultades para la identificación de la verdadera opinión pública no parlamentaria.

Las limitaciones, con todo, no impiden que los espacios de *idealidad* ensayen las posibles respuestas y traigan los vientos ciudadanos para refrescar la memoria de los representantes respecto de las prioridades de sus representados.

Tales reflexiones se sostienen en técnicas diversas, entre ellas los pequeños

⁴⁹ MÜLLER, Friedrcih. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo, SP: Max Limonad, 2000.

espacios de interacción entre los medios de información y la comunidad, a través de los cuales podemos identificar un catálogo de preocupaciones de la gente – medios de información incluidos – y generar los aportes útiles a la recalificación de la identidad de intereses entre representantes y representados.

Entre nuestras reflexiones respecto del medio ambiente y la opinión pública, la centralidad ocupada por el conflicto y sus múltiples disputas políticas, económicas y ambientales instaladas alrededor la industria celulosa en Fray Bentos impuso una pregunta a título de ensayo: ¿si no hubiese pasado este *tema-accidente*, cuál sería la *agenda* de los medios relacionada al medio ambiente?

Un ensayo lineal en estos términos no deja de ser una opción controvertida. Sabemos sin más rodeos que la interacción dinámica de los hechos podría determinar que flotarán otros temas. Sin embargo, y tan sólo como ensayo, proponemos una lectura *filtrada* que excluya el *tema-accidente* de Fray Bentos. Así, la interacción posible entre la gente y los medios se develaría en otros términos, a saber:

- a. Educación ambiental
- b. Agua
- c. Protección a los recursos naturales
- d. Plan urbano ambiental
- e. Desarrollo sustentable

Más allá de la importancia insoslayable de los fundamentos técnicos ambientales que impulsan el movimiento de Fray Bentos, el *resto* de los temas son fundamentales para enfrentar los problemas de la contemporaneidad y se constituyen en un conjunto armónico mucho más importante y completo.

Tal es así, incluso porque en su generalidad y armonía no excluye las preocupaciones más legítimas alzadas en Fray Bentos. En esta perspectiva, es posible afirmar que los temas vinculados a la educación ambiental, el agua, la protección de los recursos naturales, a los planes urbanos y el desarrollo sustentable, son una especie de *Carta a los Legisladores*, en la cual están planteadas las cuestiones genéricas más importantes para los representados, verdaderos constituyentes del poder político y sobre quienes pesa la mayor responsabilidad de ofrecer las respuestas adecuadas al bienestar y equilibrio socio-ambiental.

REFERENCIAS

ARENDDT, Hannah. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Antônio Abranches (organizador) Tradução Helena Martins e outros. Rio de Janeiro:Relume Dumará, 1993.

BADENI, Gregorio. *La opinión política*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1972.

- BERCHOLC, Jorge: *Del diario como "foro" al diario "televisivo. La influencia de la televisión en los diarios. Opinión pública y medios de comunicación*. Buenos Aires: La Ley, 2003
- COSTA, Joan. *Imagen corporativa en el siglo XXI*. 2ª ed. Buenos Aires: La Crujía, 2003.
- DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciomik. São Paulo: Edusp, 1997.
- FARHAT, Saïd. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis/Companhia Melhoramentos, 1996
- HUTCHINSON, Tomás: *Daño Ambiental*. t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. [s.d].
- KUNZ, Ana. *Percepción social de la administración de justicia*. Documento de trabajo Nro. 132. Departamento de investigación. Universidad de Belgrano, jul. 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MARAFIOTI Roberto (comp.) *Recorridos semiológicos 3*. reimp. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires – Eudeba, 2001.
- MONZÓN, José María. *La violencia, los medios y la valoración jurídica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005
- MÜLLER, Friedrcih. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NASSAR, Paulo. *Tudo é comunicação*. São Paulo: Lazuli, 2004.
- NOELLE, Neumann Elisabeth. *La espiral del silencio*. Barcelona: Paidós, 1995.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Traducción Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.
- PETRACCI, Mónica. La agenda de la opinión pública a través de la discusión grupal. Una técnica de investigación cualitativa: el grupo focal. In: KORNBLIT, Ana Lía (Coord.). *Metodologías cualitativas en ciencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2004.
- MARAFIOTI, Roberto (Comp.). *Recorridos semiológicos. 3* reimp. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires – Eudeba, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. 7. ed. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, SP : Hemus, sem data.
- SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia. *El daño ambiental colectivo y la nueva Ley General del Ambiente. Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo- N° 17*. Buenos Aires, La Ley, Año 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. 30ª ed. Traducción de Amado Alonso. Buenos Aires: Losada, 2003.

VENTURA, Adrián. *Poder y opinión pública*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

WRIGHT, Charles. *Comunicación de masas*. Paidós, Buenos Aires, 1963.

NOTAS SOBRE O DIREITO DE PETIÇÃO

*Jorge Miranda**

RESUMO

O presente texto corresponde às notas tomadas com vista à arguição da lição de síntese da Doutora Maria Luísa da Conceição Duarte sobre o direito de petição, nas provas para obtenção do título de agregada, realizadas na Universidade de Lisboa em 1 e 2 de Novembro de 2007.

Palavras-chave

Direito de petição. Direito constitucional português. Direito comparado.

Resumen

Este texto corresponde a las notas tomadas para examen de la lección de síntesis de la Doctora Maria Luísa da Conceição Duarte sobre el derecho de petición, en las pruebas para la obtención del título de agregada realizada en la Universidade de Lisboa los días 1 y 2 de Noviembre de 2007.

Palabras-clave

Derecho de petición. Derecho constitucional portugués. Derecho comparado

1 RELANCE HISTÓRICO

I – É de supor que em qualquer forma mais ou menos evoluída de organização política sempre se tenha admitido a faculdade de as pessoas se dirigirem às autoridades, ou à autoridade suprema do Estado, para *pedirem* a protecção delas mesmas, dos seus familiares ou dos seus bens contra violações ou ameaças de violação vindas de outros detentores do poder e de oficiais públicos ou vindas até de outros particulares. Estaria aí um verdadeiro direito natural de defesa².

Nas monarquias tradicionais europeias, a petição tanto podia ser individual como, principalmente, colectiva ou grupal, por ter origem nos municípios, nas universidades, nas corporações de mesteres ou nas “ordens” ou estamentos por que se repartia a sociedade; e tanto podia ser apresentada dentro

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

² Sobre o direito de petição em geral, v. bibliografia citada em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.VII, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 111.

como fora das Cortes³. O seu destinatário era o Rei, cujo primeira prerrogativa e primeira obrigação consistia em administrar a justiça.

A figura desempenharia um papel crucial nas vicissitudes políticas e institucionais inglesas desde a *Magna Carta*, de 1215, e a *Petição de Direito*, de 1628, à *Declaração de Direitos*, de 1689. Em nome da salvaguarda de direitos, imunidades, privilégios dos ingleses ou das suas comunidades, através dela foram sendo afirmadas e conquistadas progressivas limitações do poder monárquico. E o *Bill of Rights* seria o primeiro grande texto a positivar esse direito, considerando ilegais todas as prisões e todos os processos por causa do seu exercício (I, nº 5). E, já com a preponderância do Parlamento no sistema político, em 1782, uma petição a ele endereçada contribuiria para a abolição da escravatura.

II – O constitucionalismo moderno confirmaria o direito de petição como meio de defesa de direitos e, ao mesmo tempo, conexo com a emergência do princípio democrático, como via de participação política.

No 1º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, é elevado, a par da liberdade religiosa, de liberdade de palavra e de imprensa e do direito de reunião, a direito fundamental dos cidadãos. O mesmo se verifica na Constituição francesa do mesmo ano (no seu título I). E, segundo a Declaração de Direitos anteposta à Constituição de 1793 o direito de apresentar petições aos depositários da autoridade pública não poderia, em nenhum caso, ser vedado, suspenso ou limitado (artigo 32º).

Seriam estas as fontes das Constituições dos demais países, interpretadas, geralmente, como contendo aquelas duas vertentes. E no século XIX a petição serviria, de certo modo, de sucedâneo do sufrágio universal: através do seu exercício, todos os cidadãos poderiam intervir na vida política e os que não tinham direito de voto não poderiam recusar obediência às leis, já que o direito de petição lhes permitia pedir a sua reforma ou o seu aperfeiçoamento⁴.

III – Também em todas as Constituições portuguesas do século XIX e do século XX vai encontrar-se o instituto, consignado, por sinal, em fórmulas mais complexas do que as adotadas na maioria de outros países.

Na Constituição de 1822, havia dois preceitos: o artigo 16º, conferindo a todos os Portugueses o direito de apresentar, por escrito, às Cortes reclamações, queixas e petições, as quais deveriam ser examinadas; e o artigo 17º, relativo a infracções à Constituição.

Na Carta Constitucional, como que se juntavam os dois preceitos e fazia-se referência quer ao Poder Legislativo quer ao Poder Executivo (artigo 145º, § 28º).

³ Entre nós, recordem-se os “agravamentos dos povos, em Cortes”. Cfr., por exemplo, CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (1140-1495)*. Lisboa: Verbo, 1981, p. 312.

⁴ ESMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 7ª ed., I, Paris : Sirey, 1921, p. 551-552. Sobre a história do direito de petição, v. também LOPES PRAÇA. *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*. v. III, Coimbra: Imprensa Literária, 1878, p. 118 e ss; ou, VERDE, Giuseppe lo. *L'evoluzione del diritto di petizione*. *Revista di Diritto Pubblico*. 1938, I, p. 673 e ss.

A Constituição de 1838, aparentemente alargando o âmbito da figura, falava em “objecto de interesse público ou particular” (artigo 15º).

A Constituição de 1911 retomava a linha da Carta e passava a aludir a “poderes do Estado”, acrescentando em caso de infracções à Constituição, o direito dos cidadãos de, sem prévia autorização, requererem, perante a competente autoridade, a efectiva responsabilidade dos infractores (artigo 3º, nº 30).

A Constituição de 1933 adoptava a fórmula mais sintética de “direito de representação ou petição, de reclamação ou queixa perante os órgãos de soberania ou qualquer autoridade em defesa dos seus direitos ou do interesse geral” (artigo 8º, nº 18).

Finalmente, a Constituição de 1976, apesar de seguir de perto a antecedente, acrescenta-lhe três novos aspectos: o tratamento conjunto com a acção popular, o reconhecimento do exercício tanto individual quanto colectivo do direito e a referência à defesa da Constituição e das leis (artigo 49º, nº 1, inicial, artigo 52º, nº 1, após 1982). E contempla, expressamente, no tocante às petições dirigidas à Assembleia da República, o poder de as comissões solicitarem o depoimento a quaisquer cidadãos (artigo 181º, nº 3, inicial, hoje 178º, nº 3).

Prevêem-se, além disso, duas modalidades especiais de petições quanto aos sujeitos: a das organizações populares de base, hoje organizações de moradores, perante os órgãos das autarquias locais relativamente a assuntos administrativos de interesse dos moradores [artigo 266º, hoje 265º, alínea a)]; e o direito de reclamação do funcionário ou agente perante ordens ou instruções do superior hierárquico ou de exigência da sua transmissão ou confirmação por escrito (artigo 271º, nº 2).

IV – Ainda no tocante à Constituição de 1976, observe-se que é no capítulo dos direitos políticos (capítulo II do título II da parte I) que se encontra o direito de petição.

Em rigor, deveria ter-se desdobrado o tratamento, ficando no título I (de princípios gerais), o direito de petição enquanto direito de defesa junto do artigo sobre o Provedor de Justiça (ou, porventura, englobado num único preceito). Mas, subjacente à decisão constituinte, esteve a consideração de que, com o desenvolvimento da tutela jurisdicional, por imposição do Estado de Direito, era a vertente de direito político que deveria avultar⁵ 6.

Na revisão constitucional de 1982, a petição colectiva seria incluída entre os direitos susceptíveis de restrição de militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo (artigo 270º, nº 3)⁷.

⁵ Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, nºs 36 e 42, reuniões de 23 de Agosto e de 4 de Setembro de 1975, págs. 980 e ss. e 1196 e ss. e 1198, respectivamente.

⁶ Algo de parecido caberia dizer, acerca da acção popular (hoje artigo 52º, nº 3): se a acção popular verdadeira e própria [alínea b)] corresponde a um direito político, já a acção popular para defesa de interesses difusos melhor ficaria no âmbito do princípio da tutela jurisdicional (artigo 20º).

⁷ *Diário da Assembleia da República*, 2ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série, suplemento ao nº 64, págs. 1232(29) e 1232(30); 4º suplemento ao nº 64, págs. 1232(121) e ss.; 3º suplemento ao nº 106, págs. 1998(69) e ss.; e 2º suplemento ao nº 114, pág. 2076(14); e 1ª série, nºs 125 e 130, de 23 e 30/7/1982, págs. 5280 e 5484.

Na revisão de 1989 aditar-se-ia um novo nº 2, respeitante às petições colectivas apresentadas à Assembleia da República e, no preceito sobre comissões parlamentares (artigo 181º, hoje 178º, nº 3) prever-se-ia a possibilidade de existência de uma comissão especialmente constituída para o efeito⁸.

A nível de Direito ordinário, vigora a Lei nº 43/90, de 10 de Agosto, com alterações feitas pela Lei nº 6/93, de 1 de Março, pela Lei nº 15/2003, de 4 de Junho, e pela Lei nº 15/2007, de 24 de Agosto.

V – Não faltam Constituições actuais de outros países que, igualmente, consagram o direito de petição⁹. Não é possível, neste escrito, proceder a um estudo comparativo sobre elas¹⁰.

VI – Não há dados sobre a prática das petições nas Leis fundamentais anteriores a 1976. Nem houve nenhuma forma de regulamentação legislativa¹¹. Sabe-se, porém, ter sido a representação ao Presidente da República um dos poucos instrumentos de que pôde servir-se a Oposição ao regime autoritário para reivindicar liberdades, a libertação dos presos políticos ou a realização de eleições livres.

Ao invés, na vigência da actual Constituição, têm sido frequentes, ou relativamente frequentes, os casos em que os cidadãos, sozinhos ou em conjunto com outros cidadãos, se têm dirigido aos órgãos do Estado, em especial à Assembleia da República ou ao seu Presidente e ao Provedor de Justiça, a invocar providências adequadas às suas situações ou providência de interesse geral.

Na Assembleia da República, os resultados até agora não têm sido tão promissores como se esperaria¹². As petições são apreciadas a correr, às vezes

⁸ Quanto ao artigo 52º, nº 2, *Diário*, 5ª legislatura, 1ª sessão legislativa, 2ª série, nº 17-RC, págs. 497 e ss.; e 2ª sessão legislativa, nº 67-RC, págs. 2101 e ss.; e 1ª série, 2ª sessão legislativa, nºs 74 e 75, de 3 e 4/5/1989, págs. 3535 e ss. e 3612. E quanto ao artigo 178º, nº 3, *ibidem*, 1ª sessão legislativa, nº 46-RC, págs. 1419 e ss.; e 2ª sessão legislativa, nº 88-RC, págs. 2615 e ss.; e 1ª série, nº 86, de 23/5/1989, págs. 4270-4271.

⁹ Entre outras. Constituições japonesa, artigo 16º; italiana, artigo 50º; alemã, artigo 17º; espanhola, artigo 29º; holandesa, artigo 5º; brasileira, artigo 5ºXXXIV; santomense, artigo 59º; búlgara, artigo 45º; cabo-verdiana, artigo 57º; lituana, artigo 33º; timorense, artigo 48º.

¹⁰ Cfr. RICHARD, Michel. *Le droit de pétition*, Paris, 1932; STANCATI, Paolo. *Petizione (diritto costituzionale)*, In: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983, págs. 596 e ss.; VITZHUM, Wolfgang Graf von. *Petitions on Parliament*. In: *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, obra colectiva, Baden-Baden, 1988, p. 121 e ss.; QUADRADO, Antonio Garcia. *El derecho de petición*. *Revista de Derecho Político*, nº 32, 1991, págs. 121 e ss.; COSTA, Isaac Ibañez. *Derecho de petición y derecho de queja*, Madrid, 1933; DUBOURG-LAVROFF Sonia. *Le droit de pétition en France*. *Revue du droit public*, 1992, p. 1733 e ss.; BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição – garantia constitucional*, São Paulo, 2004.

¹¹ Curiosamente, em 24 de Abril de 1974, o Deputado João Bosco Mota Amaral apresentou à Assembleia Nacional de então um projecto de lei, intitulado “Colaboração dos cidadãos com a Assembleia Nacional”, em que se previa que o direito de representação, petição, reclamação ou queixa incluísse o direito de ser ouvido pelas comissões competentes sobre assuntos que se encontrassem em estudo ou outros de interesse geral.

¹² Cfr. FREIRE, André. ARAÚJO, António de. LESTON-BANDEIRA, Cristina. LOBO, Marina Costa Lobo. MAGALHÃES, Pedro. *O Parlamento Português: uma reforma necessária*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais / Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002, p. 78 e ss.

fora de tempo¹³ e sem sequência relevante, e não se compreende por que não funciona a comissão admitida desde 1989. Pelo contrário, muito mais efectiva tem sido a capacidade de resposta do Provedor de Justiça.

2 ESTRUTURA E REGIME JURÍDICO

I – Enquanto direito de defesa, a petição (petição *stricto sensu* e queixa) é, na linguagem doutrinal, uma garantia petitória, contraposta às garantias impugnatórias. Ela cinge-se a solicitar a atenção do órgão competente para situações ou actos ilegais ou injustos, ao passo que as garantias impugnatórias vão mais longe: constituem formas de reacção contra actos administrativos, através dos quais os administrados, por eles lesados, visam a sua modificação ou a sua revogação (artigos 158º e segs. do Código do Procedimento Administrativo)¹⁴.

Enquanto direito de participação política, a petição (petição *stricto sensu* e representação) consiste em suscitar perante os órgãos do poder e outras entidades públicas quaisquer problemas de interesse geral, seja para criticar ou contestar o modo como eles têm sido equacionados, seja para alvitrar soluções ou providências tidas como mais adequadas. Tem finalidades, pois, correctivas ou prospectivas¹⁵.

Falaremos, no presente escrito, no primeiro caso, em petição-queixa e, no segundo, em petição-representação¹⁶.

II – A petição, em qualquer das suas modalidades, é um direito de estrutura complexa, em que entra uma componente de liberdade e uma componente de direito positivo¹⁷.

Tem estrutura de liberdade – de liberdade de expressão e de liberdade política. Os cidadãos podem fazer petições sobre quaisquer assuntos da competência dos órgãos a que se dirigem, sem necessidade de autorização destes, sem impedimentos e sem consequências desfavoráveis. Ninguém pode ser prejudicado, privilegiado ou privado de qualquer direito em virtude do exercício do direito de petição (artigo 7º, nº 1 da lei).

¹³ Um caso recentíssimo. A nova lei de regime jurídico das instituições de ensino superior foi publicada em 10 de Setembro de 2007. Ora, somente em 28 de Setembro a Assembleia apreciou a petição que reclamava o alargamento do prazo para a sua discussão pública ... (v. *Público*, de 29 de Setembro).

¹⁴ Cfr. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. II, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1972, p. 1240 e ss.; AMARAL, Diogo Freitas do. *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, I, Coimbra: Atlantida, 1981, p. 85 e ss.

¹⁵ Cfr., apesar da designação do livro, ANTUNES, Manuel Meirinho Antunes. *SÁ, Jorge de Sá. O exercício do direito de queixa como forma de participação política*. Lisboa: [s.e.], 2005.

¹⁶ Cfr., algo diferentemente, as definições constantes da lei (artigo 2º).

¹⁷ Cfr., por todos, JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*, Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 559.; MAMOCO. SOUSA. *Constituição Política da República Portuguesa – Comentada*, Coimbra: Coimbra, 1913, p. 183.

Tem estrutura de direito positivo, visto que compreende: a) o direito a que as petições sejam admitidas; b) o direito a que sejam apreciadas; c) o direito a que os cidadãos sejam informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação (artigo 52º, nº 1, 2ª parte)¹⁸.

A isso acrescem, nas petições dirigidas à Assembleia da República por mais de 1.000 cidadãos, o direito de audição dos peticionários pela comissão competente (artigo 21º da lei)¹⁹ e, nas subscritas por mais de 4.000 cidadãos, a apreciação em Plenário (artigo 24º), assim como o direito de iniciativa de averiguação acerca dos resultados pela comissão (artigo 27º)²⁰.

Nas petições sobre regulamentos acresce o direito de obter fundamentação das posições dos órgãos com competência regulamentar (artigo 115º do Código do Procedimento Administrativo).

III – O direito de petição envolve, pois, no constitucionalismo moderno, o direito a um procedimento. Já não um direito a uma decisão.

Mas esse procedimento – designadamente, na Assembleia da República, o exame pela comissão – pode desencadear uma vasta gama de efeitos (artigo 19º da lei), entre os quais a elaboração por qualquer Deputado²¹ ou por qualquer grupo parlamentar de um projecto de lei ou a iniciativa de um inquérito parlamentar [alíneas c) e i)]²².

Nem a Constituição, nem a lei cominam sanções pelo incumprimento pelos órgãos destinatários de tais petições das atinentes normas. O que existe é, sim, responsabilidade política, como adiante se mostrará.

IV – O regime do direito de petição é o dos direitos, liberdades e garantias.

Apesar de não incluída no artigo 164º da Constituição, deve considerar-se – pela natureza das coisas – pelo menos, a matéria das petições dirigidas à Assembleia da República (artigo 52º, nº 2) como integrada na sua reserva absoluta de competência legislativa. À semelhança do que sucede com a iniciativa legislativa popular (artigo 167º, nº 1)²³, porque se afecta o exercício de competências da própria Assembleia, deve ser esta a regulá-las.

¹⁸ E a Assembleia da República deve apreciar e elaborar relatório final sobre as petições, no prazo legal (artigo 232º, nº 1 do regimento).

¹⁹ Independentemente de a comissão sempre poder solicitar depoimentos de quaisquer cidadãos (artigo 20º da lei).

²⁰ Cfr. RODRIGUES, Luís Barbosa. O direito de petição perante a Assembleia da República. In: *Perspectivas constitucionais*, II, obra colectiva, Coimbra [s.e], 1997, págs. 643 e ss.

²¹ Ou seja, a petição pode funcionar como impulso legiferante: cfr. MIRANDA, J. op. cit. v. p. 249 e ss. e Autores citados.

²² Uma forma também de vivificar o instituto poderia ser *de jure condendo* a apreciação necessária de qualquer petição conjuntamente com propostas ou projectos de lei que versassem sobre tema ou problema dele objecto.

²³ E de outras matérias: cfr. MIRANDA, J. op. cit. V, cit., p.. 232.

3 FIGURAS AFINS

I – Direito a uma decisão existe, sim, na iniciativa popular e na acção popular – ali direito a uma decisão política, aqui a uma decisão judicial²⁴.

Na iniciativa popular os cidadãos, no número mínimo fixado pela Constituição ou pela lei, propõem ao Parlamento ou ao próprio povo, directamente, determinada orientação legislativa ou política com carácter inovatório (iniciativa *stricto sensu*) ou, pelo contrário, a cessação de vigência de uma lei (*veto popular*) ou a revogação do mandato de um titular de cargo político (*recall*).

Em Portugal, neste momento, existe iniciativa legislativa de grupos de cidadãos quer perante a Assembleia da República (artigo 167º, nº 1 da Constituição, desde 1997, e Lei nº 17/2003, de 4 de Junho) quer perante a Assembleia Legislativa Regional da Madeira (artigo 44º do estatuto da Região e Decreto Legislativo Regional nº 23/2000, de 1 de Setembro). E existe direito de pré-iniciativa de referendo perante a Assembleia da República (artigo 115º, nº 2 da Constituição e artigo 16º da Lei nº 15-A/98, de 3 de Abril) e perante as assembleias das autarquias locais²⁵ (artigo 10º, nº 2 da Lei Orgânica nº 4/2000, de 24 de Agosto): pré-iniciativa, e não iniciativa, porquanto a assembleia destinatária é que vai deliberar se propõe ou não a realização do referendo.

Na acção popular, um ou alguns cidadãos, agindo nessa qualidade, como elementos do *populus* e, portanto, sem interesse pessoal na demanda (artigo 9º, nº 2 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) requerem em tribunal providências destinadas a corrigir ou a suprir a actividade dos pertinentes órgãos do Estado ou de outras entidades públicas. A própria essência do instituto leva a que ele possa ser aproveitado muito para além das hipóteses expressas na Constituição [artigo 52º, nº 3, alínea b)], designadamente no âmbito do contencioso eleitoral²⁶.

II – Distante do direito de petição vem a ser ainda o direito de participação procedimental, o direito de participar, embora só a título consultivo ou informativo, em procedimentos políticos, legislativos ou administrativos.

A diferença consiste em que os cidadãos, no exercício do direito de petição, se desencadeiam ou concorrem para se desencadear um procedimento, não entram nele, esgotam a sua relação com os destinatários da petição no momento da apresentação da petição ou do resultado da sua apreciação, ao passo que, na participação procedimental eles ficam dentro, tornam-se também seus intervenientes, praticam actos que fazem parte do procedimento. E a diferença está outrossim em que a participação procedimental ora se circunscreve a cidadãos portugueses, ora abrange quaisquer interessados ou

²⁴ Cfr. a bibliografia citada em MIRANDA, J. op. cit. VII, p. 177.

²⁵ A nível de autarquias locais, a Constituição admite, porém, que se trate de verdadeira iniciativa.

²⁶ Cfr. MIRANDA, J. op. cit. VII, p. 302.

afectados pela futura decisão de autoridade pública, independentemente da respectiva nacionalidade.

Formas de participação reservadas aos cidadãos portugueses e aos de países de língua portuguesa com estatuto de igualdade de direitos políticos, por via colectiva, são a participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais na elaboração de legislação do trabalho [artigos 54º, nº 5, alínea *d*), e 56º, nº 2, alínea *a*)] e a participação dos representantes das associações sindicais no Conselho Económico e Social (artigo 92º)^{27 28}.

III – Também é direito político o direito dos cidadãos a audição pelas comissões parlamentares – seja na sequência de petições (artigo 178º, *in fine*), seja quando nela estejam apreciadas quaisquer matérias (artigo 104º do regimento), seja em comissões de inquérito (artigo 16º da Lei nº 5/93, de 1 de Março), seja para efeito de indigitação de dirigentes de autoridades reguladoras (artigo 231º do regimento)²⁹.

Trata-se, no essencial, de modos de funcionamento do Parlamento e o direito dos cidadãos não é já um direito de propulsão, mas sim um mero direito e acesso às comissões, dependente de convocação pelas próprias comissões.

4 OS SUJEITOS E OS DESTINATÁRIOS DAS PETIÇÕES

I – As petições-queixas podem ser apresentadas quer por portugueses quer por quaisquer pessoas que se encontrem ou residam em território nacional

²⁷ Cfr., sobre a natureza destes direitos, o nosso estudo, *O quadro de direitos políticos da Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, p.. 182 e ss.

²⁸ Já participação aberta a estrangeiros, por se situar no âmbito da sociedade civil, é a que ocorre:

- na audição das associações de consumidores e das cooperativas de consumo sobre questões que lhes digam respeito (artigo 60º, nº 3 da Constituição);
- na participação das associações sindicais, de outras organizações representativas de trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários no sistema de segurança social (artigo 63º, nº 2);
- na participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de outros instrumentos de planeamento físico do território (artigo 65º, nº 5 e artigo 4º da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto);
- no envolvimento e na participação dos cidadãos na defesa do ambiente (artigo 66º, nº 2, corpo);
- na audição das associações representativas das famílias na definição da política de família [artigo 67º, nº 2, alínea *g*)];
- na participação das associações de professores, de alunos e de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (artigo 77º, nº 2);
- na participação das organizações representativas dos trabalhadores e das representativas das actividades económicas na definição das principais medidas sociais [artigo 80º, alínea *e*)];
- na participação das organizações representativas dos trabalhadores rurais e dos agricultores na definição da política agrícola (artigo 98º).

E também, naturalmente, a participação dos administrados na formação das decisões que directamente lhes digam respeito (artigo 267º, nº 5).

²⁹ Este artigo 231º do regimento refere-se também à indigitação de titulares de altos cargos do Estado, nos termos da lei. Mas é contestável aí a sua constitucionalidade, porque essas audições, se obrigatórias, limitam, à margem da Constituição, os poderes de decisão dos órgãos com poder de decisão.

(artigo 15º, nº 1 da Constituição), tal como, por qualquer delas, pode ser proposta acção popular para protecção de interesses difusos – porque não estão aí em causa direitos políticos.

Pelo contrário, as petições-representações e a acção popular para defesa de bens do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais ou para prossecução de outros interesses públicos [artigo 52º, nº 3, alínea c)] estão reservadas aos portugueses, aos cidadãos de países de língua portuguesa com estatuto de igualdade de direitos políticos (artigo 15º, nº 3)³⁰ e, no domínio local, aos cidadãos de outros países com capacidade eleitoral relativa aos órgãos das autarquias locais (artigo 15º, nºs 4 e 5).

As petições colectivas, por seu turno, tanto podem provir de grupos de cidadãos formados *ad hoc* como provir de pessoas colectivas de qualquer natureza e até de entes não personalizados. Eis o que resulta do princípio da universalidade e da cláusula aberta de direitos fundamentais (artigos 12, nº 2, e 16º, nº 1), não procedendo aqui um argumento *a contrario sensu* retirado da atribuição expressa de direitos só às organizações de moradores.

II – As petições tanto podem ser apresentadas em território nacional – em regra nos serviços das entidades a quem são dirigidas – como no estrangeiro – nas representações diplomáticas e consulares (artigos 10º e 11º da lei).

III – O artigo 270º, introduzido em 1982, prescreve que a lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições a, entre outros direitos, o direito de petição colectiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança.

Pode estabelecer? Mas poderia não estabelecer? Parece óbvio que não. À face das exigências institucionais de disciplina e isenção política das Forças Armadas, o legislador está, sim, adstrito, a prescrevê-las, embora, naturalmente, com relativa margem de manobra na sua conformação³¹.

De igual sorte, para realização de análogas exigências, restrições do mesmo tipo – implícitas, mas, como as explícitas, destinadas a salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18º, nº 2, 2ª parte) – justificam-se também quanto aos juízes, aos magistrados do Ministério Público, aos diplomatas, aos dirigentes de graus mais elevados da Administração pública³².

³⁰ O artigo 4º, nº 1 da lei deve ter-se por inconstitucional, por estender o direito de petição como direito político a cidadãos de quaisquer Estados, em condições de igualdade e reciprocidade.

³¹ A regra é concretizada pelo artigo 31º da Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas (Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro, na versão da Lei Orgânica nº 4/2001, de 30 de Agosto). Admitindo embora petições colectivas dirigidas aos órgãos de soberania ou a quaisquer outras autoridades, elas não podem incidir sobre a condução da política de defesa nacional, pôr em risco a coesão e a disciplina das Forças Armadas e desprezitar o dever de isenção política e sindical ou o apartidarismo dos seus elementos. O artigo 31º, nº 8 inicial era mais restritivo, porque previa petições sobre assuntos de carácter político ou respeitantes às Forças Armadas.

³² Assim, MIRANDA, J. op. cit. p. 336.

Em última análise, estas restrições fundam-se não só na autoridade do Estado como na salvaguarda das liberdades dos demais cidadãos. É para que todos gozem de liberdade que aqueles que têm mais poder, de direito ou de facto, devem ter restringidos – de harmonia com o princípio da proporcionalidade – alguns dos seus direitos.

IV – Em contrapartida, os condenados a penas ou a medidas de segurança privativas de liberdade têm direito de petição?

A resposta deve ser positiva, porque eles mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução (artigo 30º, nº 4).

V – Destinatários possíveis das petições são quaisquer órgãos do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e das demais entidades públicas, salvo – pela própria natureza da função jurisdicional – os tribunais. O direito de acção exclui o direito de petição.

Casos especiais de petições-queixas são:

– as queixas por acções ou omissões ilegais ou injustas dos poderes públicos (mas também não dos tribunais) ao Provedor de Justiça (artigo 23º, nº 1);

– as queixas à Entidade Reguladora da Comunicação Social relativas aos direitos de resposta, de antena e de réplica política [artigo 24º, nº 3, alínea j) da Lei nº 53/2005, de 8 de Novembro];

– as queixas à Comissão Nacional de Protecção de Dados quanto ao tratamento de dados pessoais [artigo 23º, nº 1, alínea i), j) e k) da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro];

– as queixas à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos contra a falta de resposta, indeferimento ou outra decisão limitadora do acesso a esses documentos [artigos 27º, nº 1, alínea b), e 15º da Lei nº 46/2007, de 24 de Agosto].

VI – No interior de pessoas colectivas privadas, nomeadamente em empresas, nada impede, com as devidas adaptações, a invocação do direito de petição para fins homólogos aos que justificam o seu exercício perante entidades públicas.

Será um caso particular de eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº 1).

5 RESPONSABILIDADE POLÍTICA E DIREITO DE PETIÇÃO

I — A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus actos e actividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por acto destes ⁽³³⁾.

³³ Cfr. MIRANDA, J. op. cit. p. 78 e ss. e Autores citados.

Trata-se, no essencial, de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República, os Deputados e os titulares dos demais órgãos electivos representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou (quanto aos Deputados) perante quem os elegeu, nos diferentes círculos. E o mesmo se aplica aos membros do Governo, responsáveis, por sua vez, perante o Presidente e o Parlamento

É responsabilidade difusa, porque realizada:

- a. a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais, o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objectivamente sobre os actos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e por outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (artigo 48.º, n.º 2, da Constituição);
- b. b) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;
- c. c) Através das eleições para outros órgãos (*v.g.*, de autarquias locais) com significado político relevante.

II — Ora, a responsabilidade política manifesta-se também por meio do exercício da petição-representação³⁴ – verdadeiro direito fundamental, e não humilde súplica ao monarca – ou em consequência desse exercício.

Por um lado, a petição (como a liberdade de expressão, em geral) serve para os cidadãos contestarem actos dos governantes ou a política geral que estes conduzam e torna-se, assim, um modo de efectivação de responsabilidade política.

Por outro lado, se os governantes são livres de aceitar ou não o conteúdo de qualquer petição e nem sequer são obrigados a responder, o que façam ou não façam no seu seguimento não menos está sujeito ao escrutínio quer dos peticionários quer dos cidadãos em geral. O juízo sobre o tempo e o modo da apreciação das petições e dos correspondentes resultados entra outrossim no juízo global que os cidadãos venham a fazer, pelo menos, aquando das novas eleições.

6 PETIÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Os cidadãos portugueses têm acesso ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos, através do *recurso* de decisões dos tribunais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade por violação de leis de valor reforçado hajam suscitado durante o processo [artigo 280º, nº 1, alínea b) e nº 2, alínea d)].

Não gozam, entretanto, de direito de *acção* directa, paralela do *amparo*

³⁴ De certo modo, ainda, o termo *representação* traduz também uma ideia de representação: a de que os peticionários, tal como os actores populares, agem em nome e ao serviço do *populus*.

espanhol e de outros países hispânicos, à *Verfassungsbeschwerde* dos Direitos germânicos ou a figuras afins. Propostas apresentadas nesse sentido nas revisões constitucionais de 1989 e de 1997 não lograram aprovação³⁵, nem têm recebido adesão significativa as posições doutrinárias favoráveis³⁶.

Pode falar-se, porém, num sucedâneo, mesmo se limitado: o direito de petição ao Provedor de Justiça (fundado na cláusula geral do artigo 52º, e não no artigo 23º) e ao Procurador-Geral da República para que requeiram a fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção [artigo 281º, nº 2, alíneas d) e e)] e o direito de petição ao Provedor para que requeira a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º, nº 1). Embora não sejam os únicos órgãos com poder de iniciativa, deles tem partido, nas últimas décadas, a maior parte dos pedidos de fiscalização; e, quanto à inconstitucionalidade por omissão, até agora só o Provedor tem desencadeado o respectivo processo.

No fundo, o Provedor de Justiça e o Procurador-Geral da República fazem algo de semelhante àquilo a que são obrigados a fazer os Tribunais Constitucionais de países em que existem *amparo* ou figuras afins. Os estudos prévios das questões por juristas dos seus serviços equivalem à filtragem da imensa massa de casos a que procedem esses Tribunais.

7 O DIREITO DE PETIÇÃO PARA ALÉM DO ESTADO

A institucionalização da comunidade internacional através de múltiplas organizações e entidades afins tem levado a que o direito de petição se encontre também consagrado em vários instrumentos internacionais, embora (com poucas excepções) não como petição-representação, devido à falta de participação democrática dos cidadãos nessas organizações.

Com termos diversos – comunicação, queixa, petição – e com densidade muito variável, o direito de defesa de direitos individuais ou de grupos encontra-se consagrado:

- nos tratados de protecção de direitos das minorias, particularmente nos concluídos após a primeira e a segunda guerras mundiais;
- na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (artigos 24º e 25º);
- na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 34º, após o Protocolo Adicional);
- no 1º Protocolo adicional facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
- na Convenção contra a Discriminação Racial (artigo 14º);
- na Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (artigo 22º);

³⁵ Cf. MIRANDA, J. op. cit. VI, p. 52, 153 e 156.

³⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta). *Themis*, nº 10, 2005, p. 104 e ss.

- na Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (artigos 44º e 48º e segs.);
- no Tratado da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 21º e 195º e artigo 43º, respectivamente).

Como direito de representação, por seu turno, o direito de petição aparece:

- na Carta das Nações Unidas, relativamente aos membros dos povos não autónomos sujeitos a regime de tutela [artigo 87º, alínea b) da Carta das Nações Unidas, hoje já caducada, por já não haver territórios sob tutela];
- no Tratado da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia quanto ao direito de petição dos cidadãos ao Parlamento Europeu (artigos 21º e 194º e artigo 44º, respectivamente).

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, I, Coimbra: Atlantida, 1981.
- ANTUNES, Manuel Meirinho Antunes. SÁ, Jorge de Sá. *O exercício do direito de queixa como forma de participação política*. Lisboa: [s.e.], 2005.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (1140-1495)*. Lisboa: Verbo, 1981.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. II, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1972.
- ESMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 7ª ed., I, Paris : Sirey, 1921.
- FREIRE, André. ARAÚJO, António de. LESTON-BANDEIRA, Cristina. LOBO, Marina Costa Lobo.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*, Buenos Aires: Albatros, 1954.
- LOPES PRAÇA. *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*. v. III, Coimbra: Imprensa Literária, 1878.
- MAGALHÃES, Pedro. *O Parlamento Português: uma reforma necessária*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais / Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002.
- MAMOCO. SOUSA. *Constituição Política da República Portuguesa – Comentada*, Coimbra: Coimbra, 1913.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.V, VI, VII, Coimbra: Coimbra, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta). *Themis*, nº 10, 2005.
- PORTUGAL. *Diário da Assembleia Constituinte*, nºs 36 e 42, reuniões de 23 de Agosto e de 4 de Setembro de 1975.

RODRIGUES, Luís Barbosa. O direito de petição perante a Assembleia da República. In: *Perspectivas constitucionais*, II, obra colectiva, Coimbra [s.e], 1997.

VERDE, Giuseppe lo. L'evoluzione del diritto di petizione. *Revista di Diritto Pubblico*. 1938, I, p. 673 e ss.

PARTENARIAT STRATEGIQUE UNION EUROPEENNE – BRÉSIL

Leda Rouquayrol Guillemette^{*1}
Léa Auffret^{*2}

RÉSUMÉ

Cet article est destiné à expliquer le Partenariat Stratégique entre l'Union Européenne et le Brésil. Il s'agit ici de replacer cet instrument de coopération approfondie dans le contexte géopolitique actuel. Il m'a semblé important de travailler sur ce thème car il marque un tournant dans la coopération entre l'Union Européenne et l'Amérique latine. En effet, par ce partenariat, l'Union Européenne confère au Brésil de grandes responsabilités notamment au sujet de l'intégration régionale.

Mot-clés

Partenariat Stratégique. Instrument de coopération. Union Européenne. Intégration régionale.

RESUMO

Este artigo se destina a explicar a Parceria Estratégica entre a União Européia e Brasil. Trata-se de recolocar este instrumento de cooperação no contexto geopolítico atual. Este tema marca um momento decisivo no âmbito da cooperação entre a União Européia e Brasil. Com efeito, com esta parceria, a União Européia confere ao Brasil grandes responsabilidades sobretudo no âmbito da integração regional.

Palavras-chave

Parceria Estratégica. Instrumento de cooperação. União Européia. Integração regional.

1 LES PARTENARIATS STRATEGIQUES DE L'UNION EUROPEENNE

1.1 Qu'est ce qu'un partenariat stratégique ?

Un partenariat stratégique est un accord qui met en place une coopération encore plus avancée entre l'Union Européenne et un pays ou une région du monde.

On qualifie ce type de partenariats de « stratégiques » car ils intègrent

^{*1} Diretora do Mestrado de Comércio com a América Latina da Université du Havre (França).

^{*2} Mestranda no Curso de Mestrado em Comércio com a América Latina da Université Havre (França).

les objectifs de la politique internationale de l'Union Européenne et tout particulièrement en matière de protection des intérêts vitaux communs.

a. Pourquoi ?

Ces partenariats font partie des réalisations de la PESC, Politique Etrangère de Sécurité Commune.

La PESC est apparue avec la signature en 1992 du traité de Maastricht. Elle introduit la notion de coopération intra-communautaire en ce qui concerne les affaires extérieures. La PESC permet à l'Union Européenne depuis lors de se faire entendre au sein de la communauté internationale car elle parle désormais d'une seule voix.

Les dispositions de la PESC ont été modifiées avec le traité d'Amsterdam en 1997, entré en vigueur en 1999. Entre autres, le traité d'Amsterdam a permis la nomination d'un Haut Représentant pour la PESC. Monsieur Javier Solana exerce cette fonction depuis le 18 octobre 1999. Cette décision a participé à l'amplification de la visibilité et de l'efficacité de la PESC.

L'Union Européenne a redéfini les cinq grands axes de sa politique internationale. Cette remodelisation lui a permis de mettre en valeur le fait qu'elle renonce à être l'acteur mondial le plus puissant et préfère le statut de l'acteur mondial le plus influent.

De nombreux pays influencent la géopolitique mondiale, à des niveaux politiques, économiques, énergétiques ou encore environnementaux. Ces pays ont un rôle important à jouer non pas de façon bilatérale mais multilatérale du fait de leurs étroits avec leur région. Le but de l'Union Européenne est de développer des relations de coopération approfondies avec ces acteurs globaux pour que ceux-ci répercutent les bénéfices du partenariat à leur région et en fasse bénéficier les états membres de l'UE en retour.

Il s'agit aussi d'établir des relations fortes avec des pays émergents jusqu'alors délaissés par le vieux continent. Le but étant de faire passer un message auprès d'eux et de leur montrer de l'intérêt et de la considération. L'Union Européenne se doit d'établir des relations sincères et durables avec ces pays qui vont métamorphoser ces prochaines années le paysage mondial. L'UE se doit d'assurer la paix et la sécurité au sein du continent, son dessein premier, mais aussi au niveau global.

Bien évidemment l'UE ne peut pas se permettre de passer à côté des potentiels commerciaux de ces pays en termes de stratégie.

Le développement de tels partenariats est la preuve que l'UE au travers d'une politique internationale novatrice peut user de sa puissance sans avoir recours à la force, en tirer profit et en faire bénéficier directement ses voisins et partenaires.

Par ailleurs, l'UE est la forme d'intégration régionale la plus ancienne

et la plus aboutie à ce jour. C'est pourquoi elle se doit de faire bénéficier son expérience aux nouvelles formes d'intégrations. Il ne faut pas négliger le fait que ce soutien est dans l'intérêt politique de l'UE de voir se développer d'autres entités supranationales devant comme elle combiner unité et diversité.

Il s'agit ici de promouvoir un multilatéralisme plus juste tout en luttant contre la fragmentation de notre monde. Cela fait partie de son objectif de « relever les défis mondiaux ».

b. Architecture

Il n'existe pas de modèle type de partenariat stratégique cependant on retrouve très souvent des similarités entre les différents partenariats stratégiques existants. Il est souvent difficile d'établir la date d'établissement d'un partenariat stratégique car ils émanent de déclarations, de traités ou encore de réunions en marge des sommets. Il n'y a pas de « contrat cadre » signé sous le nom de partenariat stratégique.

L'ossature générique découle du principe de complémentarité du partenariat stratégique.

En effet quatre piliers sont nécessaires pour soutenir un tel projet de coopération :

- Un dialogue politique : entre l'Union Européenne, d'une part l'exécutif et le Parlement et d'autre part, les responsables politiques du pays partenaire.

Des sommets annuels précèdent le partenariat stratégique ou bien sont mis en place par ce dernier. Lors de ces sommets, l'Union Européenne est représentée sous forme de Troïka³, Réunions ministérielles bisannuelles, Réunions de Hauts Fonctionnaires annuelles ou bisannuelles selon le partenariat.

- **Une infrastructure diplomatique** : composée des acteurs publics et institutionnels à la fois nationaux et communautaires.

Celle-ci est primordiale pour assurer le bon déroulement des sommets et prévenir les conflits d'intérêt. Les délégations de la Commission Européenne jouent un rôle très important dans ce dialogue.

- **Une dynamique centrale** : coopération économique, commerciale, financière, militaire et scientifique.

Des groupes de travail, de forums et des sous commissions sont généralement mis en place pour permettre d'approfondir la coopération entre experts de ces domaines.

³ Troïka : représente l'Union européenne dans les relations extérieures relevant de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Elle est composée du ministre des Affaires étrangères de l'État membre qui assure la présidence du Conseil de l'Union européenne ; le secrétaire général/haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune ; le commissaire européen chargé des relations extérieures et de la politique de voisinage.

Les sociétés civiles et d'information des deux parties s'organisent et se réunissent en marge des sommets pour partager leurs expériences, orienter les négociations des futurs sommets.

C'est par exemple le cas des entrepreneurs qui tentent de mettre en exergue leurs problèmes afin de dynamiser et de faciliter les échanges entre eux.

- **Une composante durable** : constituée d'une politique d'échange universitaire à moyen et long terme sous forme de partenariat entre ONG et collectivités locales. Cette composante a pour fonction d'assurer la stabilité du partenariat face à d'éventuelles « perturbations ». C'est un moyen de véhiculer les valeurs de chaque pays et d'encourager leur partage. Généralement, les thèmes prioritaires se rejoignent surtout dans les partenariats les plus récents. Ils sont toujours au nombre de quatre :
- Promotion de la sécurité et de la paix et protection des droits de l'Homme
- Rapprochement des peuples et des cultures
- Relever ensemble les défis mondiaux
- Renforcer la coopération

Majoritairement, des **accords de coopération** ont été signés entre les deux parties plusieurs années auparavant. Il s'agit notamment d'accords de coopération économiques, commerciaux, technologiques...

L'initiative de la proposition du partenariat revient presque toujours à la Commission Européenne par le biais d'une communication elle démontre les avantages d'un partenariat stratégique avec un pays donné auprès du Conseil Européen, du Parlement Européen et du Comité Economique et Social.

Le Conseil Européen avalise ensuite la proposition de la Commission et la procédure peut ainsi démarrer.

Un **Plan d'Action Commun** est adopté par la suite et permet de mettre en place ou de renouveler un « **Country Strategy Paper** ». Celui déterminera pour une période donnée, généralement six ans, les objectifs stratégiques de la coopération entre les pays.

Les **sommets annuels** et **biannuels** sont établis en fonction du Country Strategy Paper ainsi que les autres canaux de dialogue. Cependant on a parfois constaté dans des partenariats comme celui du Japon que ces sommets existaient déjà en amont mais que les autres canaux de dialogues de sont développer au fur et à mesure de l'évolution des relations et surtout des besoins des dirigeants et de la société civile.

Il est difficile d'établir la raison pour laquelle certain partenariats sont plus faciles à dater et à comprendre que d'autre. On pourrait penser que plus on avance dans l'histoire de l'Union Européenne et de a politique extérieure, plus il est facile de comprendre un partenariat. C'est une fausse idée, en effet, comme

on peut le constater en examinant les partenariats stratégiques actuellement en vigueur, un partenariat des années 1990 peut parfois être plus évident à analyser qu'un partenariat plus récent.

Ce phénomène s'explique notamment par le fait qu'un partenariat stratégique est adopté lors d'un sommet mais il ne fait pas l'objet de signatures pour entrer en vigueur. Il manque à ces partenariats bien spécifiques un cadre juridique de procédure.

2 PARTENARIAT UE - AMÉRIQUE LATINE CARAÏBES

Le Partenariat stratégique entre l'UE et l'Amérique latine a été proposé en 1999 par l'ancien Président français Jacques Chirac lors du sommet de Rio de Janeiro au Brésil. Ce sommet rassemblait les chefs d'états et de gouvernements.

Ce partenariat est une évidence car l'UE partage avec cette région les mêmes valeurs du fait de leur passé historique commun. L'Espagne et le Portugal y attache bien évidemment une grande importance et en stimulent le développement.

L'Union Européenne a consolidé des liens avec l'Amérique latine et les Caraïbes depuis les années 1960 et 1970 respectivement. Déjà en 1992, le règlement PVD-ALA avait annoncé le rapprochement au niveau de la coopération politique, économique, commerciale, sociale et de développement entre les deux régions.

La dernière décennie a été particulièrement marquée par le développement des relations politiques et économiques. En effet, des Accords d'Association ont été conclus entre l'UE et le Mexique en 1997, avec le Chili en 2002. L'Accord de Cotonou avec les pays des Caraïbes et le groupe ACP dans son ensemble (Afrique, Caraïbes, Pacifique) est entré en vigueur en 2003. Un Accord d'Association est en cours de négociation avec le Mercosur et des Accords de Coopération Politique ont été conclus avec la Communauté Andine des Nations et l'Amérique centrale en 2003.

Au sommet de **Rio de Janeiro** ont succédé les sommets de **Madrid** en 2002, **Guadalajara** en 2004, **Vienne** en 2006. Lors du sommet de Rio, les deux régions se sont engagées à développer un partenariat stratégique.

Le sommet de Guadalajara a été le lieu de grandes avancées dans la coopération bilatérale et vers l'établissement du partenariat stratégique selon une volonté commune de promouvoir les principes du multilatéralisme, de la cohésion sociale et de l'intégration régionale. L'UE espère stimuler ses relations avec le Mercosur et la CAN via ce partenariat.

Lors du sommet de Vienne en 2006, le quatrième sommet UE – ALC, le

Président de la Commission européenne José Manuel Barroso déclara ⁴: « *Dans un contexte mondial qui évolue très rapidement, l'Europe, l'Amérique latine et les Caraïbes apparaissent comme étant les partenaires les plus naturels en ce qui concerne la promotion de leurs valeurs et de leurs principes de convergence. Il est de notre responsabilité que de profiter de l'opportunité que nous offre ce sommet pour s'associer plus fortement et plus efficacement pour ainsi entamer un dialogue politique plus intense. Vienne constitue une opportunité que nous ne pouvons pas perdre* ».

Le sommet de Vienne en 2006 n'a malheureusement pas abouti à la signature du partenariat stratégique. Comme tous les partenariats, l'évolution des relations est conditionnée par la ronde de Doha. L'UE veut que l'Amérique latine lui ouvre ses portes des ses services et de ses industries sans pour autant lui proposer d'amélioration des conditions d'entrées des produits agricoles latino américains dans l'UE. Les divergences entre les deux régions ont donc conduit le dialogue et par conséquent le partenariat stratégique dans une impasse.

Le sommet de **Lima** au Pérou du 16 et 17 mai prochain est de ce fait très attendu. On attend beaucoup de ce sommet pour mettre fin à ce blocage et exprimer l'intérêt que porte l'UE à l'Amérique latine.

3 PARTENARIAT STRATEGIQUE UNION EUROPEENNE –BRÉSIL

Ce partenariat permet enfin à l'Union Européenne de couvrir l'intégralité des pays BRIC : Brésil, Russie, Inde et Chine. Le Brésil obtient la reconnaissance qu'il attend depuis longtemps de la part de son proche partenaire, l'Union Européenne.

3. 1 Un regain d'intérêt

L'Union Européenne est le premier partenaire commercial du Brésil, avec des échanges commerciaux bilatéraux s'élevant à 43,9 milliard d'euro en 2006, absorbant ainsi un quart des exportations brésiliennes. Le Brésil est une importante destination pour les investissements de l'Union européenne avec un total des stocks d'investissement avoisinant les 80 milliards d'euros, bien plus que dans les autres pays BRIC.

Le Brésil joue un rôle majeur dans la région latino-américaine et ce depuis plusieurs années. Il est vu par l'UE comme le porte-parole de la région, notamment en ce qui concerne le processus d'intégration du Mercosur.

Partant de ces considérations il était évident pour les deux puissances de développer leurs relations. C'est ainsi que le 29 juin 1992 fut conclu un **Accord-cadre de Coopération** Communauté Economique européenne et la république fédérative du Brésil, qui entra en vigueur le 1^o novembre 1995 entre la introduisant ainsi une dimension politique au dialogue bilatéral matérialisée par

⁴ Euronotas, numéro 15, Avril à Juin 2006. Edition spéciale

un communiqué joint se concentrant sur des thèmes variés allant de l'utilisation des ressources naturelles à l'information relative aux questions monétaires.

Cet accord-cadre est confié à un Comité joint composé des représentants des communautés européennes et du gouvernement brésilien dont la tâche est de s'assurer du bon fonctionnement de l'accord et de la coordination des activités en relations avec les objectifs de l'accord.

En 2004, un **Accord de Coopération Technologique et Scientifique** fut signé dans le cadre de l'accord de 1995. Cet accord avait pour objectif de développer et de faciliter les activités de coopération relevant de l'intérêt commun.

En 2005, une série de dialogues bilatéraux sur les politiques sectorielles fut mise en place par ces comités, notamment sur l'environnement, la société d'information, le transport maritime ou encore la science et la technologie. Le dernier comité joint en date remonte au 21 mars 2007 qui s'est tenu à Brasilia et qui s'est focalisé sur l'importance d'approfondir le dialogue sur des sujets tels que l'agriculture, le commerce, l'énergie, le développement social et la politique régionale.

En parallèle à ces accord, fut conclut un Accord-cadre de Coopération entre l'Union Européenne et le Mercosur en 1995 avec pour but de créer la plus vaste zone de libre échange du monde.

Au début de l'année 2006, le Brésil et l'Union Européenne ont travaillé de paire afin de lancer le Secteur des Politiques de Dialogue dans plusieurs domaines d'intérêt commun contribuant à la mise en valeur et au développement des interactions politiques.

La commissionnaire Benita Ferrero-Waldner s'est rendue en visite au Brésil en juillet 2005 afin de concrétiser ce rapprochement. Le Président de la Commission Européenne a fait de même en mai 2006.

Début 2006, le Brésil et l'Union Européenne ont travaillé ensemble sur le lancement des Dialogues sur les Politiques Sectorielles dans différents domaines d'intérêt commun, qui contribue à mettre en avant les interactions politiques.

Des consultations sur des problèmes internationaux relavant de l'intérêt commun ont été renforcées dans le but d'avancer encore un peu plus dans ce processus de dialogue au travers de l'établissement du Mécanisme de Consultation Politique au niveau des hauts représentants. Ceux –ci se sont rencontrés pour la première fois en mai 2007.

Le premier sommet entre le Brésil et l'Union Européenne s'est tenu le 4 juillet 2007 à Lisbonne à l'initiative de la Commission Européenne. En effet dans une communication de datée du 30 mai 2007 adressée au Conseil des Ministres et au Parlement européen, la Commission européenne a proposé d'aller encore plus loin dans ses relations avec le Brésil en établissant un partenariat stratégique. Elle annonce dans cette communication la mise en

place de sommets annuels et précise que celui de Lisbonne sera décisif dans l'évolution des relations.

L'important à ce moment de leurs relations pour l'Union Européenne était de démontrer au Brésil sa considération grandissante. Le Brésil a longtemps reproché à l'Union Européenne, et non sans faute, son manque d'intérêt et son obstination à percevoir ce pays comme un pays du « tiers monde » et non pas comme un pays émergent se dirigeant vers un leadership régional. La commission voulait donc repartir sur de nouvelles bases avec le dernier pays BRIC avec lequel elle n'avait pas conclu de partenariat stratégique.

Ce changement de position vis-à-vis du Brésil n'est pas anodin. En effet, le Brésil est en ascension depuis plusieurs années et exerce une influence non négligeable dans la région. Par ailleurs, cette influence s'est propagée géographiquement comme on a pu le constater avec son rapprochement d'avec l'Inde et la Chine, deux autres nouveaux géants économiques mais aussi géopolitiques. L'évolution dans les négociations de la Ronde de Doha en a été le théâtre tout particulièrement en ce qui concerne la question agricole et les pressions exercées contre les Etats-Unis d'Amérique et contre l'Union Européenne au sujet des subventions agricoles.

Le partenariat stratégique a donc été établi en juillet 2007 lors du premier sommet UE-Brazil à Lisbonne le 4 juillet 2007. Il est basé sur la connaissance mutuelle de l'importance du rôle du Brésil et de l'Union Européenne dans les affaires mondiales et de bénéfice que représente le renforcement du dialogue entre les deux parties.

Le Brésil et l'Union européenne partagent des valeurs fondamentales et des intérêts communs en ce qui concerne le respect de la démocratie, l'état de droit, la protection et la promotion de droits de l'Homme, le changement climatique, la poursuite de la croissance économique accompagnée d'une justice sociale sur le territoire nationale comme à l'étranger, le renforcement du multilatéralisme et la promotion de la paix et de la sécurité mondiale.

Le Brésil et l'UE sont des alliés vitaux qui se focalisent sur ces thèmes mais également d'autres défis. Ils se sont accordés autour de ce partenariat stratégique basé sur des souhaits partagés afin d'approfondir la compréhension réciproque des grands thèmes de l'agenda international qui doit être opérationnel, orienté vers la recherche du résultat et regardant vers l'avenir. Toujours dans l'optique de mettre en place ces objectifs, ils ont élaboré ensemble le Plan d'Action Commun.

En outre, la création de l'UNASUR et de la banque du Sud sont des événements majeurs dans l'évolution géopolitique de l'Amérique latine avec laquelle l'Union Européenne tente d'établir un partenariat stratégique. Le Brésil apparaît une fois de plus l'interlocuteur le plus intéressant aux yeux des hauts fonctionnaires européens car il est très influent mais il est également bien plus facile de dialoguer avec lui qu'avec d'autres leaders comme Hugo Chavez par exemple.

De même, le Brésil joue un rôle plus qu'important dans l'évolution des relations entre l'Union Européenne et le Mercosur. Depuis 1995, l'accord cadre signé entre les deux régions a pour but de créer la plus grande zone de libre échange au monde regroupant quelques 750 millions de consommateurs répartis sur une surface géographique impressionnante. Il est donc bien évident que l'Union Européenne a tout intérêt à valoriser ses relations avec le Brésil dans le but de concrétiser ce projet colossal.

D'autre part, le Brésil a beaucoup développé son industrie durant ces dernières années notamment en sciences et en technologie. En cette époque de grand débat sur le changement climatique, le Brésil pionnier en matière de biocarburants ne passe pas inaperçu. Ses prouesses en aéronautique, aérospatial et en technologie nucléaire attirent fortement les convoitises.

Le taux de croissance brésilien qui s'établit aujourd'hui à environ 4% ce qui n'est certes pas aussi impressionnant que les taux de croissance de l'Inde ou de la Chine mais l'Union Européenne a compris le potentiel brésilien et ne veut pas passer à coté.

L'Union Européenne dans cette communication prouve clairement son intérêt au Brésil et annonce de manière plus ou moins transparente son intention de « miser » sur ce pays afin d'approfondir et d'améliorer ses relations dans la région. On constate donc que les deux puissances pourtant axées sur le multilatéralisme se tournent vers le bilatéralisme afin de pouvoir concrétiser leurs attentes.

Il est important de souligner que le renforcement des relations et la volonté d'établir un partenariat stratégique ont été rendu possibles grâce à l'impulsion de la présidence portugaise.

3.2 Le sommet de Lisbonne

La veille du sommet de Lisbonne, le président Barroso a déclaré : *«Ce premier sommet représente une étape historique dans nos relations avec le Brésil. Le partenariat stratégique fait de nous des partenaires internationaux qui renforcent leur coopération dans une multitude de domaines d'intérêt commun. En conjuguant davantage nos efforts, nous pouvons faire bouger les choses dans les débats internationaux sur la pauvreté ou le changement climatique.»*

La commissaire Benita Ferrero-Waldner a, quant à elle, précisé: *«Il s'agit d'une étape importante, le point culminant de relations de longue date que nous avons soigneusement construites sur plusieurs années. Nous nous engageons dans un partenariat stratégique fondé sur des bases solides - des relations commerciales prospères, un dialogue dynamique sur les politiques sectorielles et une coopération efficace dans le domaine de l'environnement et de l'éducation. Ce nouveau chapitre dans nos relations offre de nombreuses possibilités qui seront pleinement exploitées au profit des Européens et des Brésiliens.»*

Le premier ministre portugais **José Socrates** a indiqué : *«Ce sommet est une manière de reconnaître le rôle grandissant que le Brésil a joué sur la scène internationale et qui fait de lui un partenaire essentiel». Concernant le cycle de Doha, il a ajouté : «Nous avons réalisé que nos positions étaient proches et qu'il valait la peine de les conserver. Il n'y a aucun doute sur le fait que ce sommet a relancé les négociations (commerciales)».*

Le président brésilien **Lula** a de son côté déclaré : *«Le Brésil a démontré qu'il consacrerait ses efforts au succès de Doha. Nous serons disposés à être flexibles tant que l'accord, en particulier sur l'agriculture, répondra aux préoccupations que nous partageons avec le Mercosur. Nous n'abandonnerons pas Doha. Nous n'allons pas mettre un terme à notre recherche d'un compromis».*

La commissionnaire Benita Ferrero-Waldner a accueilli les participants au sommet en affirmant que : *« L'Union européenne est profondément engagée à développer un partenariat stratégique avec le Brésil. Il existe un énorme potentiel pour débloquer la situation au niveau multilatéral, régional mais aussi bilatéral. Je crois également qu'en activant le dialogue nous pourrions aider à la conclusion des négociations entre l'Union Européenne et le Mercosur ».*

La priorité était donnée au renforcement du dialogue et aux mécanismes de consultation, ceux-ci étant subordonnés au Comité Joint. Les domaines principaux de ce dialogue sont : la science et la technologie, l'énergie, l'environnement et le développement durable, la société d'information, l'emploi et les problèmes sociaux, le développement régional, la culture et l'éducation et enfin le transport maritime.

La question du rôle de l'Union Européenne et du Brésil en tant qu'acteurs planétaires d'influence a été posée et mise en relief en ce qui concerne les actuels défis mondiaux.

Les thèmes prioritaires à traiter sont :

a. Renforcer le dialogue et les mécanismes de consultation

Le multilatéralisme effectif : l'importance est donnée à leur coopération bilatérale mais aussi centrée sur l'Organisation des Nations Unies. Les deux parties se doivent de chercher ensemble des solutions pour améliorer leur coopération et l'étendre au niveau régional et international. Le but étant ici de rappeler combien il est primordial de parvenir au plus vite à la conclusion équitale de la Ronde de Doha.

La paix et la sécurité mondiale : en tant que réelle base du multilatéralisme. L'accent est mis sur le Traité de Non Prolifération des armes nucléaires.

La démocratie et les Droits de l'Homme : se basant sur leurs valeurs communes et leur passé commun, les deux parties se doivent de promouvoir la démocratie et les droits de l'Homme.

L'environnement : le Brésil étant considéré comme le poumon du monde,

ce chapitre était inévitable. Le partenariat doit donner une impulsion à la mise en place d'un dialogue sur les questions environnementales telles que la préservation de la biodiversité, le changement climatique, les forêts et les eaux.

La lutte contre la faim et la pauvreté : Les deux parties se sont accordées sur le fait que ce problème est l'un des majeurs problèmes de notre époque. Elles réaffirment leur engagement dans la lutte conjointe contre celui-ci et dans la mise en application du Plan d'Action de Monterrey. Il s'agit ici de marquer l'importance d'avancer dans les négociations entre l'UE et l'Amérique latine et les Caraïbes vers l'établissement d'un Partenariat Stratégique.

La coopération triangulaire dans le domaine de l'assistance au développement :

Ici on sous entend notamment l'importance de l'influence du Brésil dans les pays ACP de langue portugaise. Il est important que les pays européens comme le Brésil profite de leur liens culturels ou historiques avec des pays tiers afin de promouvoir leurs valeurs communes et venir en aide au pays les moins avancés.

L'énergie : c'est le grand thème de ce début de siècle et le Brésil n'est pas un acteur négligeable dans l'évolution de l'énergie mondiale. Il est question ici d'encourager le Brésil dans sa quête d'énergie renouvelable et de développement durable avec sa recherche dans les biocarburants tout en restant concentré sur la question de la sécurité énergétique. Le nucléaire a une place importante dans le cadre du Dialogue sur la politique de régulation énergétique entre le Brésil et l'Union Européenne.

Les initiatives régionales : elles sont primordiales pour mener à bien les négociations en cours entre les pays latino-américains et l'Union Européenne telles que les négociations UE-ALC, UE-Mercosur ou encore UE-CAN

b. Renforcer le commerce et les relations économiques

Les deux parties considèrent que la promotion et la libéralisation commerciale ainsi que les flux d'investissements vont renforcer la croissance économique et la prospérité de leurs sociétés. Une fois de plus on se rapproche des réquisitoires de la ronde de Doha.

L'intégration régionale : les deux parties s'accordent à dire que l'intégration régionale est nécessaire et doit être aidée.

Les questions agricoles, sanitaires et phytosanitaires : il s'agit là des questions les plus sensibles du partenariat stratégique. L'objectif est donc d'améliorer le dialogue afin de parvenir à un consensus.

La société d'information : parmi leurs valeurs communes, l'information joue un grand rôle et surtout sa facilitation d'accès et son influence sur la cohésion sociale.

Le transport : aérien comme maritime des progrès doivent être fait afin de faciliter l'accès aux voyageurs et réduire les transit-times.

La science et la technologie : Il est prévu de se focaliser sur l'innovation et la coopération dans la recherche. Une coopération notamment avec le programme Galileo amis aussi la négociation d'un accord de fusion nucléaire et la promotion du renouvellement du projet ALICE (America Latina Conectada com a Europa).

c. Rapprocher les peuples et les cultures

Education et échanges académiques : avec le programme Erasmus Mundus

Coopération culturelle : avec le soutien de l'UNESCO.

Migration et problèmes consulaires : il est prévu de faciliter les mouvements des personnes.

Justice et sécurité : Les deux parties s'accordent pour coopérer dans ces domaines et ainsi promouvoir l'application des protocoles des nations unies.

Monde des affaires : le sommet a vu naître la Table Ronde des Affaires entre le Brésil et L'UE. Leurs recommandations sont bilatéralement jugées comme essentielles dans l'évolution du partenariat.

Visibilité mutuelle : toutes ces concessions ne seront effectives que si les deux parties s'engent à être transparent dans leur relation bilatérale. D'autre part les citoyens brésiliens comme européens ont le droit à l'information sur cette relation c'est pourquoi l'accent a été mis lors de ce sommet sur la promotion de la couverture médiatique du Brésil en Europe afin de changer l'image caricaturale qui lui porte tant préjudice.

La société civile : Le CESE (Comité Economique et Social Européen) et son équivalent brésilien le CDES (Conseil de Développement Economique et Social) doivent renforcer leur coopération et de la prolonger dans le cadre de leur coopération avec la convention de l'UNESCO sur la Protection et la Promotion de la Diversité des Expressions Culturelles.

4 L'ARCHITECTURE DU PARTENARIAT

Le **Document de Stratégie Pays** a précédé la proposition de la Commission européenne. Rendu public le 14 mai 2007, ce second document de Stratégie Pays donne un cadre stratégique aux relations entre les deux parties pour la période 2007-2013. Il découle du processus de consultations préalablement mis en place et regroupant des hauts fonctionnaires, des représentants étatiques et de la société civile surtout du côté brésilien. Ce document fixe les bases de la coopération et détermine les thèmes importants.

Pour la période 2007-2013 il est prévu par ce document de mettre l'accent sur les richesses naturelles du Brésil et de son implication dans la protection de l'environnement. Pour ce faire, l'Union Européenne a fixé une somme indicative

de 61 millions d'euros sous le contrôle de l'instrument de financement pour la coopération dans le développement. 70% de cette somme seront reversés pour la principale priorité, le renforcement des relations bilatérales, et 30% pour la seconde, la promotion de la protection de l'environnement et le développement durable.

Le sommet de Lisbonne a été choisi dans la **proposition de la Commission européenne** comme rencontre clé pour la conclusion du partenariat et l'élaboration du processus de fonctionnement. Lors du sommet, il fut stipulé qu'il était primordial de maintenir le dialogue de haut niveau au moment des Sommets entre le Brésil et l'UE réunie en Troïka. La nécessité d'établir un dialogue à un niveau ministériel sur des questions politiques d'intérêt commun a été soulignée. D'autre part, il est à noter que fut demandé d'initier des dialogues sectoriels sur des nouveaux champs d'intérêt et de continuer à échanger les visions sur les questions bilatérales et régionales mais aussi globales à tous les niveaux.

5 REFLEXIONS SUR L'AVENIR

L'Union Européenne est enfin parvenue à établir des Partenariats Stratégiques avec l'ensemble des pays BRIC. Elle entend ainsi maîtriser l'évolution politico-économique de ces nouvelles puissances émergentes et surtout s'assurer de leur « amitié » et de pouvoir participer à la croissance du flux des échanges commerciaux mondiaux.

L'Union Européenne a clairement ciblé le Brésil non seulement pour approfondir ses relations et sa coopération effective avec ce géant émergent mais aussi parce que le Brésil se définit aujourd'hui comme étant le porte-parole de l'Amérique latine. Obtenir ses faveurs est le point de départ pour percer et influencer en Amérique latine. Il ne faut pas oublier qu'en marge de ces partenariats stratégiques existants, l'Union Européenne est en pleine négociation avec l'Amérique latine dans son ensemble mais aussi avec les régions intégrées telles que la CAN et le Mercosur.

Les négociations avec le Mercosur se sont réellement enclenchées lors de la signature de l'Accord Cadre Général de 1995. Depuis 1999, les négociations piétinent et ce phénomène s'est amplifié en 2004 lors du sommet de Lisbonne. L'Union Européenne espère donner une impulsion positive pour avancer plus vite vers un déblocage de la situation. Le Partenariat Stratégique avec le Brésil lui apparaît donc désormais comme étant un outil de négociation. L'enjeu est énorme, comme nous l'avons vu précédemment, le partenariat commercial entre l'Union Européenne et le Mercosur s'il se concrétise, conduirait à la création de la plus vaste Zone de Libre Echange au monde.

Le Mercosur représente aujourd'hui une population de plus de 237 millions d'habitants et son Produit Intérieur Brut atteignait 1 310 milliard de dollars, soit un PIB supérieur à celui de l'Espagne. Le Mercosur représente plus de 60% du commerce de l'Amérique latine. L'Union Européenne attend donc du Brésil qu'il aille dans le sens du consensus. Elle espère qu'il jouera le

rôle de meneur et parvienne à convaincre l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay et le Venezuela de l'opportunité de développement et de croissance que représenterait la concrétisation de cette Zone de Libre Echange.

Ce rôle de porte-parole et de meneur intéresse tout particulièrement l'Union Européenne dans ce contexte de convergence régionale. La création de la Banque du Sud peut lui paraître positive comme négative selon le point de vue où elle se place. Si elle parvient à devenir un partenaire privilégié, la Banque du Sud deviendra pour elle un atout.

Par ailleurs, le développement des processus d'intégration régionale a conduit à la création de l'UNASUR. L'Union des Nations d'Amérique du Sud. Celle-ci a pour but de développer une Union calquée sur le modèle de l'Union Européenne tout en intégrant cette fois l'importance de la différenciation des pays en fonction de leur dimension géographique, politique et économique mais aussi leurs niveaux de développement. Elle s'appuie sur les travaux des secrétariats généraux de l'ALADI (Association Latino-Américaine de Développement et d'Intégration), du Mercosur et de la CAN. L'UNASUR sera une version améliorée du Mercosur et de la CAN. Elle donnera également la priorité au traitement efficace des controverses qui fait tant défaut au Mercosur et à la CAN. Celui-ci sera aligné sur le modèle du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Une fois de plus, l'Union Européenne compte sur l'influence du Brésil et sur sa capacité à rallier les avis positifs pour pouvoir à son tour mettre un pied dans ce projet prometteur.

En outre, l'Amérique du Sud en elle même, l'Union Européenne vise surtout l'ensemble de l'Amérique latine et des Caraïbes. Il s'agit d'un des partenariats stratégiques de l'Union Européenne en cours de négociation. Il se concentre plus sur la coopération socio-économique et le renforcement institutionnel. L'idée, lancée par l'ancien président français, Jacques Chirac, remonte à 1999.

Ce fut lors du Sommet de Rio de Janeiro qui regroupait les chefs d'état latino américains, des Caraïbes et de l'Union Européenne que fut concrétisée cette idée et c'est ainsi que des sommets de chefs d'états ont eu lieu depuis tous les deux ans. L'Espagne et le Portugal ont beaucoup influencé l'accélération et l'approfondissement de ses relations tout comme pour les négociations avec la CAN et surtout avec le Mercosur. L'Union Européenne espère pouvoir compter sur le Brésil pour en faire de même outre-Atlantique. Les premiers résultats sont attendus pour le Sommet de Lima du 16 et 17 mai 2008. L'Union Européenne espère pouvoir établir de manière définitive un partenariat stratégique avec l'Amérique latine et les Caraïbes.

En marge des processus d'intégration régionaux, ce partenariat stratégique avec le Brésil est loin d'être désintéressé de l'évolution de la Ronde de Doha encadrée par l'OMC. Le Brésil s'est converti en un véritable acteur

proposant une alternative à l'influence des grandes agricoles dominantes sur la scène internationale. Il parvient à rallier à sa cause de grands pays émergents tels que la Chine et l'Inde mais aussi la Russie. Ses revendications sont claires : pour un meilleur et plus équitable développement des échanges entre les pays développés et les pays en développement, le Brésil exige l'arrêt des subventions agricoles et la levée des barrières tarifaires et non-tarifaires. En effet, les Etats Unis d'Amérique et l'Union Européenne restent relativement protectionnistes vis à vis de leurs marchés agricoles. Pour le Brésil, la Politique Agricole Commune n'est pas compatible avec le bon fonctionnement du commerce international et se trouve même à la limite des pratiques déloyales.

L'Union Européenne compte donc bénéficier d'une amélioration de ses relations avec le Brésil par le biais de ce partenariat stratégique et ainsi développer, via des groupes de travail, des forums commerciaux et autres commissions, des relations basées sur la compréhension et avancer vers un consensus.

L'Union Européenne souhaite effectivement préserver pour le moment la stabilité de son marché agricole. Ses réquisitoires en ce qui concerne le Brésil concernent l'ouverture du marché industriel brésilien, des services, une facilitation d'accès aux investissements directs à l'étranger européens et surtout de son secteur aéronautique.

Il apparaissait donc important pour l'Union Européenne d'aborder ses questions sensibles en « interne » et ainsi tenter de les solutionner dans l'optique de sortir de l'impasse de la Ronde de Doha.

A ADESÃO DA VENEZUELA AO MERCOSUL: O MANIFESTO DA EXPANSÃO INTEGRACIONISTA*¹

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha^{*2}

Leyza Ferreira Domingues^{*3}

Elisa de Sousa Ribeiro^{*4}

RESUMO

O presente artigo trata do processo de adesão da Venezuela ao Mercado Comum do Sul cujo marco inicial foi a XXIX Conferência do Mercosul, sediada na cidade de Montevidéu, em dezembro de 2005, ocasião na qual lhe foi outorgado o status de *Estado membro em processo de adesão*, por meio da subscrição do Acordo Quadro para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Palavras-chave

Mercosul. Adesão de Venezuela ao Mercosul. Tratados Internacionais. Expansão Integracionista.

RESUMEN

El presente artículo trata del proceso de adhesión de Venezuela al Mercado Común del Sur cuyo marco inicial fue la XXIX Conferencia del Mercosur, realizada en la ciudad de Montevideo, en diciembre de 2005, ocasión en que le fue otorgado el status de Estado miembro en proceso de adhesión, por medio de la subscripción del Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana da Venezuela al Mercosur.

Palabras-clave

Mercosur. Adhesión de Venezuela al Mercosur. Tratados Internacionales. Expansión Integracionista.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do processo de adesão da Venezuela ao Mercado Comum do Sul cujo marco inicial foi a XXIX Conferência do Mercosul, sediada na

^{*1} Este artigo foi resultado das análises desenvolvidas no Grupo de Pesquisa do MERCOSUL do Centro de Ensino Universitário de Brasília

^{*2} Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito. Professora Universitária

^{*3} Mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB e bolsista do programa PROSUP/CAPES.

^{*4} Graduanda em Direito pelo UniCEUB e bolsista do programa PIBIC-CNPq.

cidade de Montevidéu, em dezembro de 2005, ocasião na qual lhe foi outorgado o status de *Estado membro em processo de adesão*, por meio da subscrição do Acordo Quadro para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Cabe salientar que a entrada de um novo Estado Parte vem fortalecer os ideais presentes quando da assinatura do Tratado de Assunção e ampliar os objetivos descritos na Constituição Brasileira de 1988, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Inicialmente, cabe relembrar o histórico dos movimentos integracionistas latino-americanos que culminaram na criação do Mercado Comum do Sul, com vistas à compreensão da importância da expansão do bloco.

Diversos Estados, imbuídos do espírito integracionista, firmaram tratados a fim de promover a integração econômica e social da América do Sul. Nesse sentido, em 1948, foi criada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL)⁵, cujos principais objetivos eram inicialmente o desenvolvimento econômico da região e o fortalecimento das relações econômicas entre seus membros⁶.

A CEPAL defendendo a idéia de se criar um “mercado regional” sul-americano⁷, organizou em Santiago, no ano de 1958, a Primeira Reunião de Consulta sobre Política Comercial no Sul do Continente, na qual representantes da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai concluíram pela conveniência de se adotar, no mais breve prazo possível, uma política de liberalização progressiva de seu comércio recíproco. Mas foi em 1959, durante a Segunda Reunião de Consulta sobre Política Comercial no Sul do Continente que se formalizou o projeto de zona de livre-comércio, com a adesão de outros países da região – Paraguai, Peru e Bolívia.⁸

Fato relevante que estimulou a integração latino-americana foi a Conferência Interamericana de Buenos Aires, em 1957, onde se discutiu a conveniência em estabelecer, paulatinamente, um mercado comum latino-americano.

Com base nesse entendimento foi criada, em 1960, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), consolidada com a assinatura do Tratado de Montevidéu tendo como países signatários a Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai; aderindo posteriormente a Colômbia,

⁵ LOCATELI, Claudia Cínara. *Mercosul: Tribunal Arbitral ou Permanente?* Curitiba: Juruá, 2003. p. 18.

⁶ Disponível em: <http://www.eclac.org>. Acesso em: 10 de dezembro de 2006.

⁷ DREYZIN KLOR, Adriana. *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Zavalia, 1997. p. 33.

⁸ ALMEIDA, Paulo Roberto. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993. p. 64.

Equador, Venezuela e Bolívia⁹. O objetivo principal desta Associação era a integração comercial da América Latina e o estabelecimento de uma área de livre comércio¹⁰. O tratado constitutivo previa, inicialmente, um prazo de 12 anos para a criação da zona de livre comércio, lapso temporal ampliado em oito anos pelo Protocolo de Caracas (1969).

Em seu preâmbulo, os Estados comprometiam-se a “perseverar em seus esforços tendentes ao estabelecimento, de forma gradual e progressiva, de um mercado comum latino-americano”. Contudo, devido a problemas políticos governamentais e ante a impossibilidade de cumprimento dos prazos estabelecidos nos instrumentos constitutivos, foi firmado novo pacto, o Tratado de Montevideu de 12 de agosto de 1980, que colocou fim à ALALC e criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI)¹¹.

A ALADI, igualmente, tinha por objetivo a total liberalização do comércio entre seus onze países membros, não obstante o *novel* Tratado eliminou a obrigação de elaboração de listas comuns, abandonando a fixação de prazos rígidos para o cumprimento das metas integracionistas. Assim, mecanismos mais flexíveis, de caráter bilateral, para a conformação de uma “área de preferências tarifárias” foram implementados, sem prazos para o seu estabelecimento. A principal novidade foi a admissão e o estímulo dado aos acordos sub-regionais, respeitados os princípios e conceitos comuns, a exemplo do Protocolo de Expansão do Comércio (PEC), firmado em 1980 entre Brasil e Uruguai, e o Convênio Argentino-Uruguio de Complementação Econômica (CAUCE).¹²

Durante toda esta década os países latino-americanos buscaram tratamentos conjuntos a muitos dos seus problemas comuns. Para tanto, realizou-se a Conferência de Cartagena, em 1984, convocada por iniciativa do México, Argentina, Brasil e Colômbia e, um ano antes, na Ilha de Contadora, a Conferência na qual México, Venezuela, Colômbia e Panamá se ofereciam como mediadores para solucionar os conflitos da região. Formou-se o Grupo de Contadora, que recebeu grande apoio internacional denominado, Grupo de Apoio à Contadora.

Na esteira desse espírito integracionista iniciou-se um considerável intercâmbio entre Brasil e Argentina¹³, que já começara nos anos que precederam a 1970, com a assinatura do “Acordo Tripartite Argentina-Brasil-Paraguai”, permitindo a compatibilização das cotas das represas de Itaipu e Corpus. A partir de 1980 o projeto consolidou-se, inicialmente, com a subscrição de um convênio de cooperação nuclear e, posteriormente, por meio da “Declaração de Iguazu”, firmada em 30 de novembro de 1985.

⁹ LOCATELI, C. op. cit. p. 19.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² FLORENCIO, Sérgio Abreu e Lima, ARAÚJO, Ernesto Henrique F. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Omega, 1996. p 36.

¹³ FLORENCIO, Sérgio Abreu e Lima, ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *Mercosul, proyecto, realidad y perspectivas*. Trad. Maria del Carmen Hernández Gonçalves. Brasília: Vest-Con, 1997. p. 11.

Subscrita a Declaração, foi criada uma Comissão Mista para a integração e cooperação econômica em nível bilateral, contando esta com subcomissões de energia, transporte, comunicações, ciência e tecnologia. Em decorrência dos trabalhos é assinada, em 29 de julho de 1986, a “Ata para a Integração Argentino-Brasileira”¹⁴, por meio da qual fora estabelecido o “Programa de Integração e Cooperação Econômica entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil”.

Neste diapasão, pactuou-se, em 10 de dezembro de 1986, a “Ata da Amizade Argentino-Brasileira, Democracia, Paz e Desenvolvimento”, que refletia a “inquebrantável vontade das duas nações de assegurar o sucesso do Programa de Integração e Cooperação Econômica”.

No anseio de o Uruguai aderir ao processo, realizou-se, em fevereiro de 1988, a reunião tripartite, em San Juan de Anchorena, tendo resultado na subscrição, em abril do mesmo ano, da Decisão Tripartite nº. 1, denominada Ata da Alvorada e que constitui o documento fundacional da integração entre os três países.

Por fim, significativa vitória foi alcançada em 29 de novembro de 1988, em Buenos Aires, quando da assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre Argentina e Brasil, ao abrigo do sistema jurídico da ALADI, o que, posteriormente, daria azo a uma maior integração regional. O objetivo do Tratado era a formação de um espaço econômico comum entre seus Estados Partes, objetivando-se a eliminação dos obstáculos tarifários em um prazo máximo de dez anos a contar da entrada em vigor do Tratado. Porém, em 6 de julho de 1990, assinou-se a “Ata de Buenos Aires”, decidindo-se adiantar em cinco anos a data para a instauração do mercado comum bilateral, antecipando-a para 31 de dezembro de 1994¹⁵.

2.1 Nasce o Mercosul

A constituição de um Mercado Comum Sub-regional realizou-se em agosto de 1990, na Reunião de Ministros de Relações Exteriores e de Economia da Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai; nela o acesso do Uruguai ao movimento de integração foi aceito, tendo o Chile aberto um período de observação e o Paraguai, aderido imediatamente ao processo.¹⁶

Resultado de intensas negociações, em 26 de março de 1991, os Presidentes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado de Assunção que passou a reger as relações econômico-comerciais dos quatro países no período transitório de 1991 a 1994, antecedendo à plena conformação do Mercado Comum do Sul. Tendo por objetivo primordial a conjunção dos

¹⁴ MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?* Trad. Ana Maria Merlino. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 83.

¹⁵ LOCATELI, C. op. cit. p. 23

¹⁶ MENEM, op. cit. p. 86.

quatro Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma tarifa externa comum, da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes, seu escopo, que permanece, é o fortalecimento do processo integrativo do bloco.

A partir de sua assinatura iniciou-se o chamado “período de transição” do MERCOSUL, assim definido pelo próprio instrumento. Tal período estendeu-se até 31 de dezembro de 1994, e caracterizou-se pelo desenvolvimento do programa de desgravação tarifária, bem como pela negociação dos instrumentos de política comercial comum. A finalização desses elementos permitiu ao MERCOSUL que passasse a constituir, em 1º de janeiro de 1995, uma União Aduaneira principiando-se uma nova fase conhecida como o “período de consolidação da União Aduaneira”.

Ainda durante o período de transição, destaca-se a aprovação, em 1992, do “Cronograma de Las Leñas” pelas Decisões CMC nsº. 01 e 02/92, instrumento que sistematizava as tarefas a serem efetivadas para o cumprimento dos objetivos do MERCOSUL e que envolviam as mais diversas áreas; da política agrícola e assuntos aduaneiros até questões trabalhistas.

Em face ao rápido avanço nas negociações no decorrer de 1994 que levou à formação dos lineamentos de uma União Aduaneira, fez-se necessário a adoção de uma estrutura institucional definitiva para comportar foros negociadores abrangentes que discutissem variadas áreas temáticas a fim de ajustá-las à dinâmica evolutiva integracionista.

Nesse sentido, em consonância com o artigo 18 do Tratado de Assunção, os Estados Partes do MERCOSUL firmaram, em dezembro de 1994, o Protocolo de Ouro Preto, no qual definiu-se a configuração e as características institucionais básicas do bloco integrado: por órgãos decisórios de caráter intergovernamental, por um sistema consensual de tomada de decisões e por um sistema arbitral de solução de controvérsias.

Conforme disposto no artigo 1º do Protocolo *supra*¹⁷, a estrutura interna do MERCOSUL é composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC); o Grupo Mercado Comum (GMC); a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); o Foro Consultivo Econômico-

¹⁷ Artigo 1. A estrutura institucional do Mercosul contará com os seguintes órgãos:

- I. O Conselho do Mercado Comum (CMC);
- II. O Grupo Mercado Comum (GMC);
- III. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM);
- IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);
- V. O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES);
- VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Parágrafo único - Poderão ser criados, nos termos do presente Protocolo, os órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração.

Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). Ademais, por intermédio da Decisão nº 11/03, constituiu-se recentemente a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM), cuja função principal é apresentar iniciativas ao CMC sobre temas relativos ao processo de integração, às negociações externas e à conformação do Mercado Comum.

O MERCOSUL conta, também, com órgãos temáticos não decisórios tais como a Comissão Sociolaboral (CSL), o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), os Grupos de Alto Nível, os Subgrupos de Trabalho (SGT) dependentes do GMC, os Comitês Técnicos (CT) dependentes do CCM, o Observatório do Mercado de Trabalho (OMT) dependente do SGT10, e o Fórum da Mulher em âmbito do FCES. Há ainda as Reuniões de Ministros (RM), Reuniões Especializadas (RE) e Reuniões *ad-hoc*.

Cumprе assinalar que pelo Protocolo de Ouro Preto o MERCOSUL adquiriu personalidade jurídica internacional. Essa disposição atribuiu ao bloco econômico competência para negociar, em nome próprio, acordos com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais.

Diante dessa atribuição, acordos relevantes com outros grupos regionais foram firmados desde então, como o Acordo-Quadro Inter-Regional de Cooperação com a União Européia - Dec. 05/95 -, o Acordo de Complementação Econômica com a Comunidade Andina - Dec. 31/02 - e o Acordo de Comércio Preferencial com a União Aduaneira da África do Sul firmado em 2004.

Para além, vislumbram-se, no âmbito do MERCOSUL, avanços significativos no campo político e social. Os exemplos mais relevantes dessa nova vertente na agenda da integração política seriam a Declaração Presidencial sobre Diálogo Político responsável pelo implemento do Mecanismo de Consulta e Concertação Política (MCCP), em 1996; a saber: entendimentos estabelecidos por meio da Decisão 18/98, que criou o Foro de Consulta e Concertação Política –; a Declaração Política do MERCOSUL, Bolívia e Chile como Zona de Paz (1998); a “cláusula democrática”, institucionalizada pelo Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL (1998). Na área social destacam-se: o Foro Consultivo Econômico Social (FCES) criado em 1994 mediante o Protocolo de Ouro Preto; o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul (1997); o Observatório do Mercado de Trabalho (1997); a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (1998), por meio da qual instituiu-se a Comissão Sociolaboral (CSL) e a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social proclamada em 2000 pelos Estados Partes do MERCOSUL, juntamente com a Bolívia e Chile.

O Sistema de Solução de Controvérsias adotado pelo MERCOSUL vem se aperfeiçoando devido à necessidade de um método que resolva eficazmente, não somente os conflitos entre os Estados Partes do Mercosul, mas também destes com os particulares. Previsto o mecanismo no Protocolo de Brasília, deveria vigorar durante um “período de transição”. Preconizava o instrumento que os

Estados deveriam, de início, resolver suas questões sob a forma de negociações diretas e, somente não sendo alcançado acordo, submetê-las ao Grupo Mercado Comum. Cumprido tal procedimento - *ex vi* do artigo 4º daquele Protocolo - o GMC formularia recomendações com vistas a resolver a contenda e se não lograsse êxito, a submeteria ao procedimento arbitral¹⁸.

Atualmente, é o Protocolo de Olivos o instrumento que regula a solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. Em seu texto encontram-se previstos os mecanismos que os Estados Partes devem adotar. Importante ressaltar que a maior inovação que Olivos trouxe foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) que, como os Tribunais *ad hoc* e na medida de suas atribuições, é o responsável para apreciar as controvérsias no bloco. O TPR é constituído por cinco árbitros e por uma Secretaria Técnica e seus laudos são obrigatórios para os Estados litigantes, tendo força de coisa julgada; as opiniões consultivas, porém, não possuem caráter vinculante¹⁹.

Buscando minimizar as diferenças entre os Estados, harmonizar as legislações nacionais, agilizar a incorporação das normativas do Mercosul e fomentar a cooperação inter-parlamentar²⁰, o Conselho Mercado Comum decidiu, em 08 de dezembro de 2005, aprovar o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Marco do movimento de integração, ele dispõe sobre o sistema de representação a ser adotado no âmbito do Parlamento do Mercosul, bem como suas competências, princípios regentes, atribuições dos parlamentares e forma de eleição de seus membros.

Conforme previsto em seu artigo 1º, no dia 14 de dezembro de 2006²¹, na cidade de Brasília, foi constituído em Sessão Solene no Congresso Federal o Parlamento do Mercosul. Sua implementação observará duas etapas: a primeira,

¹⁸ Artigo 4:

1. Se mediante negociações diretas não se alcançar um acordo ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá submetê-la à consideração do Grupo Mercado Comum.
2. O Grupo Mercado Comum avaliará a situação, dando oportunidade às partes na controvérsia para que exponham suas respectivas posições e requerendo, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas selecionados da lista referida no Artigo 30 do presente Protocolo.
3. As despesas relativas a esse assessoramento serão custeadas em montantes iguais pelos Estados partes na controvérsia ou na proporção que o Grupo Mercado Comum determinar.

¹⁹ Disponível: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2006.

²⁰ Preâmbulo da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/05

²¹ Artigo 1: Constituir o Parlamento do MERCOSUL, doravante o Parlamento, como órgão de representação de seus povos, independente e autônomo, que integrará a estrutura institucional do MERCOSUL.

O Parlamento substituirá à Comissão Parlamentar Conjunta.

O Parlamento estará integrado por representantes eleitos por sufrágio universal, direto e secreto, conforme a legislação interna de cada Estado Parte e as disposições do presente Protocolo.

O Parlamento será um órgão unicameral e seus princípios, competências e integração se regem de acordo com o disposto neste Protocolo.

A efetiva instalação do Parlamento realizar-se-á até 31 de dezembro de 2006.

A constituição do Parlamento realizar-se-á através das etapas previstas nas Disposições Transitórias do presente Protocolo.

de transição, compreende o período de 31 de dezembro de 2006 a 31 de dezembro de 2010 e nela, os 18 parlamentares de cada Estado Parte, indicados por seus respectivos países, integrarão o órgão. A segunda, que iniciará em 1º de janeiro de 2011 e terminará em 31 de dezembro de 2014, prevê deverem, os parlamentares, ser eleitos por voto universal, direto e secreto em cada Estado Parte, obedecendo ao preceituado no artigo 6º e demais dispositivos do Protocolo Constitutivo²².

Pelo exposto, constata-se que o MERCOSUL transformou-se, num curto espaço de tempo em uma integração complexa, que transcende as metas comerciais para alcançar o entendimento permanente dos países sul-americanos em diversos campos, visando promover o desenvolvimento de seus povos e construir uma verdadeira “zona de prosperidade compartilhada”²³.

2.2 Entrada de novos membros ao bloco

Aberto à adesão após cinco anos de vigência do Tratado de Assunção²⁴, o Mercado Comum do Sul, em concordância com as Declarações Presidenciais da V Reunião do CMC (Colônia del Sacramento, 17/1/94), e da VI Reunião do CMC (Buenos Aires, 4-5/8/94), recebeu como membros associados a Bolívia e o Chile, por entendimento das Decisões nº 14/96 e nº 12/97, as quais foram revogadas pela Decisão nº. 18/04, que dispõe sobre o regime de participação dos Estados Associados ao MERCOSUL.

Segundo a Decisão nº. 18/04, em seus termos; “os países membros da ALADI com os quais o MERCOSUL tenha assinado Acordos de Livre Comércio poderão, depois da protocolização do referido Acordo na ALADI, solicitar adquirir a condição de Estado Associado ao MERCOSUL nos termos da

²² Artigo 6 – Eleição: 1. Os Parlamentares serão eleitos pelos cidadãos dos respectivos Estados Partes, por meio de sufrágio direto, universal e secreto.

2. O mecanismo de eleição dos Parlamentares e seus suplentes reger-se-á pelo previsto na legislação de cada Estado Parte, e que procurará assegurar uma adequada representação por gênero, etnia e regiões conforme as realidades de cada Estado.

3. Os Parlamentares serão eleitos conjuntamente com seus suplentes, que os substituirão, de acordo com a legislação eleitoral do Estado Parte respectivo, nos casos de ausência definitiva ou transitória. Os suplentes serão eleitos na mesma data e forma que os Parlamentares titulares, para idênticos períodos.

4. Por proposta do Parlamento, o Conselho do Mercado Comum estabelecerá o “Dia do MERCOSUL Cidadão”, para a eleição dos parlamentares, de forma simultânea em todos os Estados Partes, por meio de sufrágio direto, universal e secreto dos cidadãos.

²³ Expressão extraída do texto: “O predomínio do equilíbrio no MERCOSUL”, disponível no site do Ministério de Relações Exteriores – www.mre.gov.br. Acesso em: 10.12. 2006.

²⁴ Artigo 20 - O presente Tratado estará aberto á adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países membros da Associação Latino-Americana de Integração que não façam parte de esquemas de integração subregional ou de uma associação extra-regional. A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.

presente Decisão”²⁵. Urge salientar que, atualmente, o MERCOSUL conta com os seguintes Estados Associados: Chile, Bolívia, Peru, Colômbia e Equador.

3 A ADESÃO DA VENEZUELA AO MERCOSUL

A entrada da Venezuela ao Mercosul fortalece os ideais norteadores do Tratado de Assunção e amplia os objetivos descritos na Constituição Brasileira de 1988.

Os antecedentes de sua aproximação com o Mercado Comum do Sul ocorreu quando de sua inserção ao bloco na qualidade de Estado Associado, tendo subscrito os Acordos de Complementação Econômica n.ºs. 39 (1999), 48 (2000) e 59 (2003).

Reconhece, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, em seu Preâmbulo, a grande importância para o desenvolvimento social, cultural e econômico que a união dos latino-americanos traria para os países que a constituem. Leia-se; *verbis*:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; **promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos**, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente²⁶ (grifo nosso).

Por seu turno, prevê o artigo 20 do Tratado de Assunção a adesão mediante negociação dos demais países membros da ALADI, cujas solicitações deverão ser examinadas pelos Estados Partes do Mercosul, condicionada sua

²⁵ MERCOSUL/CMC/DEC. N.º 18/04 – Artigo 1.º.

²⁶ VENEZUELA. *Preâmbulo*. Constitución de la República Bolivariana da Venezuela. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 12.04.2007.

aprovação à decisão unânime. A regulamentação do artigo em comento foi feita pela decisão do Conselho Mercado Comum – CMC nº 28, de 2005 - que dispõe sobre o processo de adesão.

Assim, mister que a adesão do novo Estado ao bloco ocorra de maneira conforme aos procedimentos previstos nos instrumentos do Mercosul e nas normas constitucionais e legais dos Estados Partes, a fim de se resguardar a segurança jurídica do processo de integração.

No tocante a esse tópico, importa relevar a Exposição de Motivos nº 00453, do Ministério de Relações Exteriores do Brasil. Referido instrumento, que acompanha o Protocolo de Adesão da Venezuela ao Mercosul, faz referência aos expressivos avanços proporcionados pela adesão da Venezuela ao bloco regional. Do texto, *ipsis litteris*, extrai-se:

Com a adesão da Venezuela, o MERCOSUL passa a constituir um bloco com mais de 250 milhões de habitantes, área de 12,7 milhões de km², PIB superior a um trilhão de dólares (aproximadamente 76% do PIB da América do Sul) e comércio global superior a US\$ 300 bilhões.

(...)

O adensamento dos fluxos comerciais MERCOSUL-Venezuela impulsionará o desenvolvimento da infra-estrutura de transportes e comunicação da porção setentrional da América do Sul e contribuirá para o aprofundamento da integração econômica, comercial e produtiva na região.²⁷

Destarte, infere-se que a adesão da Venezuela ao MERCOSUL enseja, não somente, maior fortalecimento político que possibilita uma inserção internacional mais ampla e intensa do bloco em foros de negociações estratégicas, mas também, um substancial crescimento econômico, visto que “em sua nova configuração, o MERCOSUL torna-se um dos mais significativos produtores mundiais de alimentos, energia e manufaturas”.²⁸

3.1 O Protocolo de Adesão

A Decisão CMC nº 29/2005 acolheu, em observância ao artigo 2º da Decisão nº 28/05 deste mesmo órgão²⁹, a solicitação da República Bolivariana da Venezuela de incorporar-se ao Mercosul como Estado Parte, adotando os referenciais legal, político e comercial mercosulistas.

²⁷ Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores. Disponível para *download* em: <http://www.camara.gov.br> (Projetos de Lei e outras proposições – MSC – 82/2007). Acesso em: 12.04. 2007.

²⁸ Observação apresentada na Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores, quanto ao Protocolo de adesão da Venezuela ao Mercosul. Disponível para *download* em: <http://www.camara.gov.br> (Projetos de Lei e outras proposições – MSC – 82/2007). Acesso em: 12.04. 2007.

²⁹ Art. 2 - A solicitação deverá ser aprovada por unanimidade pelos Estados Partes e expressar-se-á mediante Decisão do Conselho Mercado Comum.

As tratativas para o ingresso da Venezuela ao bloco ocorram durante a XXIX Conferência do Mercosul, na cidade de Montevidéu, quando se lhe outorgou, em 9 de dezembro de 2005, o status de *Estado membro em processo de adesão*, subscrevendo-se o Acordo Quadro para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Dando continuidade a este processo, em 4 de julho de 2006, na cidade de Caracas. Firmou-se, então, o Protocolo para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, fato histórico de extremo relevo para a integração latino-americana.

Acorde o referido instrumento, a República Bolivariana da Venezuela adere ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto e ao Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Ademais, constam nos artigos 3º e 4º, a incorporação do acervo normativo vigente do MERCOSUL, a Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC), de forma gradual e no prazo máximo de quatro anos contados a partir da vigência do pacto.

Neste sentido, com o fim de estabelecer o cronograma de adoção das normativas vigentes, foi definida a criação de um Grupo de Trabalho, cuja primeira reunião deveria realizar-se dentro de 30 dias contados a partir da data de subscrição do Protocolo, devendo seu trabalho estar concluído, no mais tardar, em cento e oitenta dias a contar da realização da mencionada reunião - artigo 11 do Protocolo de Adesão³⁰.

Por fim, em seu artigo 12, o referido Protocolo, instrumento adicional ao Tratado de Assunção, entrará em vigência no trigésimo dia contado a partir da data de depósito do quinto instrumento de ratificação, sendo a República do Paraguai a depositária³¹.

Quanto ao processo de ratificação do Protocolo pelos países membros do MERCOSUL, não obstante a conclusão dos trâmites legislativos no Uruguai e na Venezuela, como esclarece a Exposição de Motivos nº 00453, do Ministério de Relações Exteriores³²; até o momento, somente a Argentina efetuou o depósito

³⁰ Artigo 11. A fim de desenvolver as tarefas previstas no presente Protocolo, cria-se um Grupo de Trabalho, integrado por representantes das Partes. O Grupo de Trabalho deverá realizar sua primeira reunião dentro de trinta (30) dias contados a partir da data de subscrição do presente Protocolo, e concluir tais tarefas no mais tardar em um prazo de cento e oitenta (180) dias, a partir da realização da referida reunião.

³¹ Artigo 12. O presente Protocolo, instrumento adicional ao Tratado de Assunção, entrará em vigência no trigésimo dia contado a partir da data de depósito do quinto instrumento de ratificação. A República do Paraguai será depositária do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e notificará às Partes a data dos depósitos desses instrumentos. Feito na cidade de Caracas, República Bolivariana da Venezuela, aos quatro dias do mês de julho de dois mil e seis em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

³² Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores. Disponível para *download* em: <http://www.camara.gov.br> (Projetos de Lei e outras proposições – MSC – 82/2007). Acesso em: 12. 04. 2007.

do instrumento de ratificação, em 14 de fevereiro de 2007 (Lei 26192), conforme notícia o sítio oficial do Mercosul.³³

4 O PROCESSO DE RATIFICAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE UM TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O sistema constitucional brasileiro optou pela forma dualista do direito internacional, assim, para ocorrer a validade de um tratado internacional no plano interno, necessário se faz a sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio. Resumidamente, três fases se distinguem após a celebração do ato internacional pelo plenipotenciário brasileiro: a primeira: a aprovação do tratado internacional pelo Poder Legislativo, mediante decreto-legislativo; a seguir, o Presidente da República o ratifica; por último, o Chefe do Poder Executivo promulga o ato internacional, mediante decreto presidencial, tornando-o público e exigível no âmbito doméstico.³⁴

Por força do artigo 49, inciso I da Carta Magna, cabe ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Dito dispositivo sujeita à aprovação do Poder Legislativo todo ato internacional que traga encargo ou gravame. A apreciação do Tratado inicia-se na Câmara dos Deputados, tramitando pela Comissão de Relações Exteriores, pela Comissão de Constituição e Justiça e, dependendo da matéria, pelas Comissões específicas. Após, é levado ao Plenário, onde deve ser aprovado pela maioria dos votos, estando presentes a maioria dos Deputados.

Na segunda fase, remete-se o Instrumento internacional ao Senado Federal para aprovação ou rejeição. Ele é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que comunicará sua decisão, quanto à aprovação do texto, ao Presidente do Senado. No Plenário, a aprovação deve se dar por maioria de votos, estando presente a maioria absoluta dos Senadores. Sempre que a deliberação do Senado não corresponder à deliberação da Câmara, o projeto volta para a Casa iniciadora. O Decreto Legislativo é promulgado pelo presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União.

A anuência do Poder Legislativo, devido ao modelo dualista adotado pela constituição brasileira, não torna o tratado obrigatório no âmbito nacional,

³³ Portal Oficial do Mercosul: <http://www.mercosur.int/msweb/>. Acesso em: 12. 09. 2007.

³⁴ CR 8.279-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/00. Inviável olvidar, também, outro julgado da Égrégia Corte Suprema, que assevera: “(...) O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais — superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.”(ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01)

nem internacional. Para tanto, o Poder Executivo deverá ratificá-lo de modo a conferir-lhe eficácia internacional e, posteriormente, editar um Decreto Executivo, com vistas a torná-lo eficaz no âmbito doméstico.

Manifestação eminentemente discricionária, o ato de ratificação, privativo do Presidente da República, é meio pelo qual este confirma às outras partes, desta vez em caráter definitivo, a disposição do Estado em firmar as obrigações contidas no tratado.

A entrada em vigor de um tratado, no âmbito internacional, ocorre após os Estados signatários comunicarem reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação. Essa notificação se dá pela troca ou depósito dos instrumentos.

Não obstante à sua intrínseca internacionalidade³⁵, o tratado, para que possa ser aplicado pelos nacionais e pelos magistrados, deve compor a ordem jurídica nacional.

A competência para internacionalizá-lo depois de aprovado pelo Parlamento, nos moldes do artigo 84, IV da Constituição Federal, cabe privativamente ao Presidente da República. É, portanto, por meio de Decreto Presidencial que a norma internacional torna-se aplicável e exigível na ordem jurídica pátria.

4.1 A aprovação do Congresso Nacional do instrumento de adesão

No tocante ao Acordo de Adesão da Venezuela ao Mercosul cogitou-se institucionalmente sobre a desnecessidade de seu envio ao Parlamento. Prevalece o entendimento de que imperiosa era sua remessa ao Poder Legislativo, em cumprimento aos mandamentos constitucionais mencionados. Razões várias justificavam o envio. Primeiramente, o próprio texto acordado condiciona, em seu artigo 12, a vigência do instrumento após o depósito do quinto documento de ratificação, o que pressupõe a observância de atendimento ao *iter* procedimental indispensável à futura internalização da norma internacional à Ordem Jurídica Pátria. Em igual sentido, estabelecem as Constituições do Uruguai, da Argentina e do Paraguai.

Ademais, por intermédio do Protocolo, os Estados Partes se comprometem a procederem às alterações que se façam necessárias nas normativas já aprovadas pelos órgãos decisórios do Mercosul, muitas delas, inclusive, devidamente incorporadas pelos parceiros do bloco. Nestes termos, não haveria possibilidade jurídica de se mudar normas acessórias, decorrentes do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto e do Protocolo de Olivos sem a prévia anuência do Poder Legislativo, mormente porque, estes próprios instrumentos, estão sendo igualmente modificados pelo Instrumento Normativo de Adesão da Venezuela.

³⁵ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 78.

No tocante ao Estado Brasileiro, a *ratio* constitucional é de inoldivável clareza quando dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio público, conforme mencionado alhures. Da leitura do Protocolo depreende-se que vários de seus artigos – art. 4º, que diz respeito à adoção da Tarifa Externa Comum (TEC); art. 5º, que trata do livre comércio e de programas de liberalização comercial, art. 10º, que versa sobre o compromisso de assunção de direitos e obrigações perante o MERCOSUL, dentre outros dispositivos – implicam em ônus ao Erário Estatal, razão pela qual, previu o Constituinte Originário o sistema de checks and balances em situações desta natureza.

E não é só, direitos e garantias fundamentais também se encontram sob a égide do texto em epígrafe, conforme se subsume da leitura do artigo 9º que reafirma o compromisso dos Estados impulsorem a inclusão social e assegurarem condições de vida digna aos seus povos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dezesseis anos após a assinatura do Tratado de Assunção, por parte do Brasil, Uruguai e Paraguai, o Mercosul passará a recepcionar a Venezuela como seu quinto Estado Membro, dando início a um importante processo de expansão que avança com as negociações para a transição da Bolívia de Estado Associado para Estado Membro³⁶ e com as discussões sobre a entrada do México para o bloco. No decorrer deste processo, da XXIX Conferência do Mercosul até a recente decisão do Conselho Mercado Comum de nº 12/07, foi possível observar os progressos nas negociações concernentes à adesão da Venezuela ao bloco regional.

Não obstante o atual contexto político vivenciado pelo Estado Venezuelano e a ameaça de eventuais represálias às manifestações do Presidente Hugo Chávez, efetivas discussões se ascendem acerca da viabilidade de concretização desta adesão, incitando uma crucial reflexão: será, o Congresso Brasileiro, capaz de estorvar o processo de expansão da integração regional?

Certo é que, o processo de ratificação do Protocolo sofreu significativa evolução na Câmara dos Deputados, em razão do parecer apresentado pelo seu Relator, Deputado Dr. Rosinha, na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. O documento, datado de 21 de agosto de 2007, manifesta posição favorável ao processo de adesão da Venezuela ao MERCOSUL.

Interessante aduzir declaração contida no mencionado parecer, *litteris*:

No nosso entendimento, temos de ter, no MERCOSUL, a mesma tolerância e visão estratégica que nortearam a integração da União

³⁶ MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 01/07

Européia, a qual soube consolidar-se apesar de notáveis diferenças políticas conjunturais e de retrocessos eventuais. Processos de integração nunca são harmônicos. Há sempre conflitos e assimetrias a serem resolvidos, especialmente quando eles ainda estão em fase de consolidação. Por isso, diferenças políticas entre governos não devem ser encaradas como obstáculos insuperáveis à integração, mas sim como desafios naturais do longo e complexo processo e construção de um mercado comum.³⁷

Transpondo, pois, as incertezas do futuro, o Mercosul prossegue determinado em seus objetivos a despeito das dificuldades existentes no caminho da integração. Nesse diapasão, inserção da Venezuela representará um marco significativo e necessário para a expansão do bloco regional. A propósito, escreveria Alfredo Toro Hardy, ex-Embaixador da Venezuela no Brasil:

A busca da regionalização dentro da globalização, quer dizer, do regionalismo aberto, transformou-se numa saída inescapável para sobreviver dentro das duras realidades do comércio internacional. A busca de uma integração regional ou hemisférica que nos brinde maiores opções de sobrevivência neste mundo darwiniano converte-se numa via inescapável.³⁸

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

BRASIL. *Carta Rogatória* 8.279-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/00.

_____. *Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>> (Projetos de Lei e outras proposições – MSC – 82/2007). Acesso em: 12 de abril de 2007.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima, ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *MERCOSUR, proyecto, realidad y perspectivas*. Trad. Maria del Carmen hernández Gonçalves. Brasília: Vest-Con, 1997.

_____. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Omega, 1996.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *Brasil e Venezuela: esperanças e deter-*

³⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br> (Projetos de Lei e outras proposições – MSC – 82/2007). Acesso em: 04.09. 2007.

³⁸ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *Brasil e Venezuela: esperanças e determinações na virada do século*. In: VISENTINI, Paulo. G. Fagundes. *Venezuela e Brasil na Política Internacional: um ensaio exploratório*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais: Fundação Alexandre Gusmão, 1995, p. 19.

minações na virada do século. In: VISENTINI, Paulo G. Fagundes. *Venezuela e Brasil na Política Internacional: um ensaio exploratório*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais: Fundação Alexandre Gusmão, 1995

DREYZIN KLOR, Adriana. *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Zavalia, 1997.

LOCATELI, Claudia Cínara. *Mercosul: Tribunal Arbitral ou Permanente?* Curitiba: Juruá, 2003

MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?* Trad. Ana Maria Merlino. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

MERCOSUL. Decisão MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 01/07. Disponível em <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10. 09. 2007.

_____. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 18/04. Disponível em <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10. 01. 2007.

_____. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/05. Disponível em <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10. 01. 2007.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002, 9ª ed.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana da Venezuela*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 12.04.2007



NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos para publicação na Revista NOMOS devem ser sobre Direito Constitucional.

2. Os trabalhos devem ser inéditos.

3. Os trabalhos devem ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade profissional exercida.

4. Os trabalhos devem ter preferencialmente entre 12 e 25 laudas e redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês ou alemão.

5. Os trabalhos devem ser redigidos no programa Microsoft Word, a fonte deve ser Times New Roman e os parágrafos justificados, salvo o título do artigo e a autoria.

6. As margens devem ser: superior 3 cm, inferior 2 cm, esquerda 3 cm e direita 2 cm.

7. A estrutura dos trabalhos deve ser:

- Título do artigo: centralizado, caixa alta, fonte 14 e em negrito;

- Autoria: alinhada à direita, fonte 12, com asterisco indicando breve currículo em nota de rodapé;

- Resumo em português e em alguma das outras línguas acima indicadas: deve conter até 250 palavras, fonte 10, espaço entre linhas 1,0;

- Palavras-chave em português e em alguma das outras línguas acima indicadas: de 3 a 6 palavras-chave, separadas por ponto;

- Corpo do texto: deve conter Introdução, Desenvolvimento e Conclusão. Todos os títulos devem ser escritos em caixa alta, fonte 12 e em negrito, os parágrafos devem iniciar com 1,25 cm na régua do Word, o espaço entre linhas deve ser 1,5 e entre parágrafos 2,0. Os subtítulos devem ser redigidos em caixa baixa, fonte 12 e em negrito. Os sub-subtítulos devem ser escritos em caixa baixa, fonte 12 e em itálico.

- Referências bibliográficas: devem seguir as regras da ABNT. No caso de

livros, por exemplo, devem ser redigidos com o sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

Exemplo:

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário – a função do cidadão contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2004.

8. As citações com menos de 3 linhas devem ir no texto entre aspas, sem uso de itálico.

9. As citações longas devem ser separadas do parágrafo e colocadas com 4,0 cm de recuo, fonte 10, espaço entre linhas simples.

10. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usada a sublinha nem o negrito.

11. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista NOMOS. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista onde seu trabalho tenha sido publicado.

12. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outros números da Revista NOMOS, desde que autorizado pelo autor.

13. Os trabalhos deverão ser enviados eletronicamente ao Curso de Mestrado em Direito da UFC (pgdir@ufc.br).

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE ARTIGOS

LINHA EDITORIAL

Publicação semestral do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), a *NOMOS* tem por finalidade veicular trabalhos científicos que possam contribuir para o avanço do Direito Constitucional, insistindo na diversidade de filiação institucional dos autores e de perspectivas teórico-metodológicas, bem como na apreensão crítica da realidade.

PROCEDIMENTO DE TRAMITAÇÃO E ARBITRAGEM

NOMOS – *Revista do Mestrado em Direito da UFC* conta com um editor responsável, e vários profissionais brasileiros e estrangeiros no corpo editorial científico, trabalhando em conjunto na organização e preparação da publicação. O editor responsável tem a função da apreciação inicial dos manuscritos, designação e encaminhamento aos pareceristas, acompanhamento do processo editorial de cada artigo, bem como revisão final do periódico.

Os manuscritos submetidos à Revista passam pelos seguintes processos, preservando-se sempre a identidade dos autores e dos pareceristas:

- a. Verificação inicial de sua adequação à linha editorial e às normas de formatação previstas nas normas de publicação. Caso uma ou ambas as condições não sejam atendidas, o manuscrito retornará ao(s) autor(es), com esclarecimentos que lhe(s) possibilitam envio do texto reformulado ou de outro texto. Se atendidas as condições previstas, serão designados dois pareceristas. Um deles dentre os membros do Conselho Editorial e um ad hoc dentre a lista de avaliadores externos designados pelo Conselho Editorial;
- b. Os pareceristas serão consultados sobre a possibilidade de realização do parecer e, se aceitarem, preencherão formulário próprio no qual poderão sugerir alterações, recusar ou aprovar o texto para publicação. Em todos os casos, o autor será comunicado. Diante da solicitação de alterações, o manuscrito e os pareceres serão encaminhados ao(s) autor(es) para modificações em um prazo de dez dias, caso ainda haja interesse na

- publicação. As alterações, quando realizadas, serão apreciadas pelos pareceristas, que autorizarão ou não a publicação;
- c. Na seleção final de manuscritos para publicação, avaliar-se-ão, além da adequação às normas editoriais adotadas pelo periódico, a originalidade, a relevância do tema e a qualidade da metodologia científica utilizada. O teor do conteúdo e a exatidão das citações são de inteira responsabilidade dos autores. Os originais, mesmo quando não aproveitados, não serão devolvidos ao(s) autor(es);
 - d. Em casos em que os dois pareceristas emitirem opiniões divergentes, um aprova e o outro recusa, designar-se-á um terceiro parecerista, membro do corpo editorial científico, para definir a situação;
 - e. Após essa tramitação, se o manuscrito for recusado o(s) autor(es) receberá(ão) carta do editor esclarecendo os motivos e deixando aberta a possibilidade de envio de novos trabalhos. Em caso de aprovação, o(s) autor(es) serão comunicado(s) sobre o número da revista em que sairá seu artigo e o manuscrito será enviado para a revisão de português ou espanhol. O editor responsável e o Conselho Editorial se reservam o direito de aprovar as correções do idioma, mas, havendo alterações substanciais, essas correções serão submetidas à apreciação do(s) autor(es);
 - f. A partir daí, os manuscritos iniciarão os trâmites na gráfica, contando com o acompanhamento do editor responsável e do Conselho Editorial;
 - g. Concluída a editoração, o editor responsável e o conselho editorial acompanharão o envio da revista para o(s) autor(es) e sua distribuição nas principais Bibliotecas do país.



Gráfica e Editora LCR Ltda
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844
Bairro: Dionísio Torres
Fortaleza - Ceará