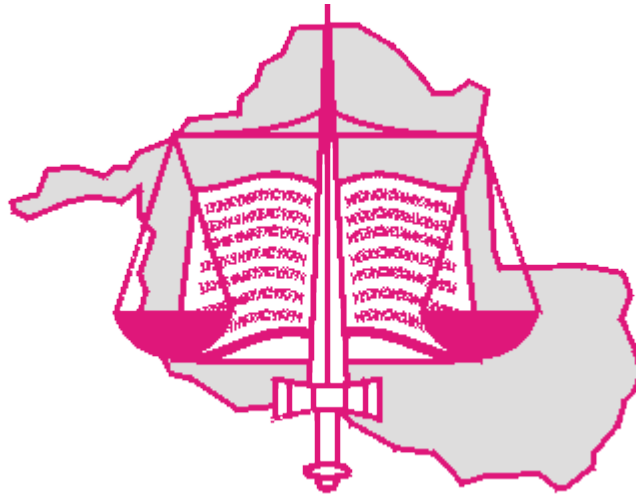


**ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**



EMERON

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**

(Criada em agosto de 1996)

Ano 2004 - Nº 12

Porto Velho - Rondônia

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA -
EMERON**

Diretor Des. RENATO MARTINS MIMESSI

Vice-Diretor Juiz Marcos Alaor Diniz Grangeia

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE
RONDÔNIA**

Conselho Editorial *Des. Renato Martins Mimessi*

Des. Dimas Ribeiro da Fonseca

Des. Eurico Montenegro Júnior

Des. Gabriel Marques de Carvalho

Des. Eliseu Fernandes de Souza

Des. Francisco César Soares Montenegro

Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos

Juiz Alexandre Miguel

Juiz Marcos Alaor Diniz Grangeia

Juiz Cesar Rubens de Sousa Lima

Divulgação *Coordenadoria de Comunicação Social*

do Tribunal de Justiça do Estado

de Rondônia

Diagramação,

Composição e Capa *José Miguel de Lima*

Fotolito, Impressão,

Acabamento e Comercialização *Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça*

do Estado de Rondônia

Revisão *Maria Luzia Godoi Navarrete*

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON

Av. Rogério Weber, 1872 - Fone (069) 217-5034

CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia

www.tj.ro.gov.br - emeron@tj.ro.gov.br

**ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO (2004-2005)**

Presidente Des. VALTER DE OLIVEIRA

Vice-Presidente Des. ROWILSON TEIXEIRA

Corregedora-Geral da Justiça Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. VALTER DE OLIVEIRA

Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR

Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA

Des. RENATO MARTINS MIMESSI

Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO

Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES

Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO

Des. CASSIO RODOLFO SBARZI GUEDES

Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

Des^a IVANIRA FEITOSA BORGES

Des. ROWILSON TEIXEIRA

Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA



**CORPO DOCENTE DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON**

PORTO VELHO

Dr. Alexandre Miguel

Direito Administrativo

Dr. Álvaro Kalix Ferro

Direito Ambiental

Direito do Consumidor

Dr. Edenir Sebastião A. da Rosa

Direito Civil

Des. Eurico Montenegro Júnior

Direito Constitucional

Dr. Francisco Borges Ferreira Neto

Prática de Audiência e Sentença Criminal

Dr. Ilisir Bueno Rodrigues

Direito Agrário, Hermenêutica e Deontologia

Dr. João Adalberto Castro Alves

Prática de Audiência e Sentença Cível

Dr. Jorge Luiz dos Santos Leal

Direito Processual Civil

Dr. José Antonio Barretto

Direito Empresarial

Dr. José Antônio Robles

Direito Processual Penal

Dr. José Jorge Ribeiro da Luz

Direito Penal

Dr. Marcos Alaor Diniz Grangeia

Direito Tributário

JI-PARANÁ

Dr^a . Ana Valéria de Queiroz Santiago

Direito Administrativo

Dr. Aureo Virgílio de Queiroz

Direito do Consumidor

Hermenêutica

Dr. Edewaldo Fantini Júnior

Direito Constitucional

Dr. Edson Yukishigue Sassamoto

Direito Tributário

Dr. Glauco Antonio Alves

Direito Civil e

Direito Ambiental

Dr. Guilherme Ribeiro Baldan

Prática de Audiência e Sentença Cível

Dr. Haruo Mizusaki

Direito Empresarial

Dr^a Maria Abadia de C. M. S. Lima

Prática de Audiência e Sentença Criminal

Dr. Renato Bonifácio de Melo Dias

Direito Processual Civil

Dr^a Sandra Aparecida Silvestre

Direito Penal

Dr. Silvio Viana

Direito Agrário e

Deontologia

Dr. Valdecir Ramos de Souza

Direito Processual Penal

APRESENTAÇÃO

A Escola da Magistratura, se rejubila de lançar mais um número de sua Revista, a de n. 12, visando sempre propiciar aos magistrados e aos demais leitores temas de grande relevância do mundo jurídico, tais como os artigos aqui inseridos.

A alegria na publicação da Revista n. 12 não é diferente daquela experimentada na primeira vez, pois cada lançamento representa uma forma de nascer: novos autores e novos leitores.

Pensando que se deve investir naquilo que vem dando certo, contamos com a sua participação para o nascimento de novas publicações.

Des. **RENATO MARTINS MIMESSI**

Diretor

A REFORMA TRIBUTÁRIA, O ICMS E O PACTO FEDERATIVO

Luís Carlos Vitali Bordin

*Economista, com Mestrado pela FGV/RJ,
Membro da Comissão de Aspectos Tributários
do Mercosul e Fiscal de Tributos Estaduais/RS).*

A REFORMA TRIBUTÁRIA, O ICMS E O PACTO FEDERATIVO

Luís Carlos Vitali Bordin

1 - PROCESSO DE REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: HISTÓRICO RECENTE

O processo de reforma tributária é uma necessidade recorrente. A estrutura tributária tende a modificar-se ao longo do tempo, à medida que as necessidades de acumulação se modificam, trazendo, no seu bojo, mudanças na estrutura econômica, novas pressões sociais, além de promover alterações no papel do Estado e, com isso, a necessidade de adequação instrumental.

É muito difícil a implementação de um modelo ideal de Sistema Tributário no Brasil em função das especificidades do nosso sistema federativo. Uma reforma tributária adequada seria aquela que conseguisse acomodar os três tipos de conflitos de interesses existentes:

a) o conflito de interesses entre o Setor Público (que quer disponibilidade maior de receitas) e o Setor Privado - os contribuintes, sejam empresas ou indivíduos (que quer a redução do impacto negativo da tributação sobre a eficiência e a competitividade do setor produtivo nacional, a prestação de serviços públicos compatíveis e, ainda, que se faça a justiça fiscal);

b) o conflito entre as esferas de Governo (conflito vertical) - União, Estados e Municípios que brigam por fatias maiores do "bolo tributário" para fazerem frente aos seus encargos e que lutam (no caso da União e Estados) pela hegemonia legislativa em relação ao principal imposto da federação (o ICMS);

c) o conflito distributivo entre as Regiões num mesmo nível de governo (conflito horizontal), como é o caso da tributação do ICMS na origem ou no destino, opondo os Estados produtores do Sul e Sudeste e os Estados consumidores do Norte e Nordeste.

Resolver estes conflitos de interesses certamente não é solução fácil. E nem pode ser feita antes de uma ampla discussão sobre a matéria, envolvendo todos os personagens. Além disso, ao se falar de uma ampla "reforma fiscal", os estudos deveriam seguir um processo lógico: definir qual o papel do Estado, isto é, saber que funções deve desempenhar, que esferas de governo exercerão as funções determinadas. E só, a partir disso, indicar a forma de financiamento desses encargos através da tributação.

A Reforma Constitucional de 1988 foi concebida de maneira a atenuar os desníveis e as distorções existentes na estrutura tributária brasileira. Houve uma importante reformulação na repartição das receitas públicas no sentido da desconcentração dos recursos tributários da União em favor dos Estados e, principalmente, dos Municípios. Surgiu o ICMS em lugar do ICM, mantendo a mesma técnica do "valor agregado", mas com uma base ampliada através da incorporação dos impostos únicos sobre energia elétrica, comunicações, combustíveis, transportes e minerais. A despeito dos ganhos auferidos na nova partilha de rendas, fixada pela Constituição de 1988, os Estados não conseguiram superar seus problemas fiscais.

Os estudos e os debates sobre Reforma Tributária foram retomados logo após a entrada em vigor do novo Sistema Tributário. A linha desenvolvida pelo Governo Federal (Governo Collor) parecia que iria tomar corpo por intermédio da criação da Comissão Executiva da Reforma Fiscal, também conhecida como a "Comissão Ary Osvaldo". A Comissão sugeriu a criação de um IVA amplo, estadual, no lugar do ICMS, a criação de impostos especiais, federais, no lugar do IPI, além de propor a criação do Imposto sobre Ativos e do Imposto sobre Movimentação Financeira (embrião da atual CPMF). A proposta, de caráter técnico, acabou relegada a um segundo plano.

Paralelamente, seguindo em outra direção, recebia a simpatia da sociedade o discurso tributário simplificador do Deputado Flávio Rocha que elaborou a proposta do "imposto único" (PEC 17/91). Esta fase inicial do processo de Reforma Tributária pós-Constituição de 1988 acabou não produzindo efeitos concretos. O Governo Federal, por sua vez, foi bem mais pragmático.

Ao perder recursos para os Estados e, principalmente, para os Municípios, a União passou a criticar o novo modelo concebido pela Constituição de 1988 e, paralelamente, a recompor sua arrecadação pela imposição de contribuições sociais cumulativas, mas de receita privativa (não compartilhada com os entes subnacionais).

Para se ter uma idéia da vantagem financeira para a União, destaque-se que apenas o Imposto de Renda tem 47% do produto de sua arrecadação compartilhada pelos Estados e Municípios, sendo 21,5% destinado ao Fundo de Participação dos Estados, 22,5% para o Fundo de Participação dos Municípios e 3% para programas de financiamento nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159 da Constituição Federal). No caso do IPI, a vantagem comparativa das contribuições sociais é ainda maior, uma vez que 57% da receita do imposto fica com os entes subnacionais.

O avanço das contribuições sociais (e atualmente das "CIDes") acarretou enorme perda de qualidade técnica no sistema tributário nacional. Representou, também, um grande retrocesso. De fato, um dos méritos da reforma tributária de 1967 havia sido a eliminação da tributação em cascata (principalmente o Imposto Estadual sobre Vendas e Consignações) e a criação de impostos sobre o valor adicionado (IPI e ICM). A Constituição de 1988 seguiu o caminho da não-cumulatividade do sistema com a ampliação do ICM para ICMS. A partir de 1989, no entanto, a União potencializou a tributação "em cascata".

Durante a revisão constitucional de 1994, mais de 60 propostas de reformulação tributária foram apresentadas. Com as novas propostas apresentadas, a partir de 1995 até os dias de hoje, por parlamentares e todo o tipo de entidades, este número passa de cem. Afora algumas propostas com mudanças drásticas no sistema fiscal (criação de um imposto único ou de impostos não declaratórios), as demais podem ser agrupadas entre as correntes "tradicionalistas", que defendem o retorno às bases de incidência tradicionais, como a renda, o consumo e a propriedade, e a "reformista", que apregoa apenas a correção de distorções do sistema vigente. Segundo os estudos do grupo de análise tributária do CONFAZ (GT-47) e os promovidos pela Secretaria da Receita Federal, a quase totalidade das propostas não garante recursos suficientes para o financiamento do setor público nos seus níveis atuais de dispêndio.

Em 1995, o Governo Fernando Henrique Cardoso apresentou sua primeira proposta (a PEC 175/95), retomando a mobilização de interesses em torno do tema de reformulação do Sistema Tributário Nacional. Formulada no Ministério de Planejamento (na gestão José Serra), ela seguia o modelo das fontes tributárias tradicionais, promovendo alguns arranjos na competência e na distribuição das receitas tributárias. A principal novidade era a substituição do IPI federal e do ICMS estadual por um ICMS nacional, de competência tributária compartilhada entre União e Estados (o modelo do "barquinho"). Este novo ICMS desoneraria a produção e as exportações. Com a edição da Lei Complementar n. 87/96 (a chamada Lei Kandir), somada à estratégia da União em potencializar a receita de contribuições sociais, a PEC 175/95 ficou esvaziada e foi colocada em segundo plano pela equipe do governo federal. Com efeito, mesmo com a elaboração do Substitutivo em 1996 pelo Relator da Comissão Especial de Reforma Tributária, Deputado Mussa Demes, a proposição não foi adiante.

Para o governo federal, a reforma tributária, de caráter amplo, passou a ser um processo secundário. Ele preferiu privilegiar as modificações pontuais, tendo em vista a necessidade de consolidar o seu plano de estabilização. A tramitação rápida da Lei Kandir, em 1996, foi um exemplo disso. A Lei foi vista pela União como "emergencial", isto é, como mecanismo de "oxigenação" ao Plano Real, debilitado que estava pelos problemas de balança comercial que enfrentava. Este processo pontual continha também aspectos de perversidade financeira com os entes subnacionais. Enquanto os Estados suportaram o ônus da correção de rumo do Plano Real (sustentação do câmbio e estímulos aos investimentos e às exportações através da Lei Kandir), a União criou a CPMF, reconhecida por todos como geradora de grande impacto negativo sobre as exportações. O Poder Executivo Federal vetou dispositivos da Lei Kandir que eram supostamente destinados a enfrentar a "guerra fiscal", aquela altura já deflagrada entre os Estados. Era a União abdicando do seu papel constitucional de regular o conflito de interesses entre os Estados. Na verdade, a União cedeu às pressões de governadores, especialmente os do Nordeste, que, na falta de uma política nacional industrial e de um projeto de redução de disparidades regionais, preferiam investir na atração de investimentos privados, mediante concessão de favores fiscais à revelia do CONFAZ.

Com o acirramento da disputa por grandes empreendimentos industriais (especialmente as montadoras de automóveis) entre os Estados, alguns esforços do Governo Federal foram feitos para tentar reduzir o embate fiscal. A primeira foi a proposição oriunda do Ministério do Planejamento (em 1996, já na gestão Kandir) e que não teve caráter oficial, sendo apenas debatida no Congresso Nacional. Mais festejada foi a divulgação "oficiosa" do projeto elaborado pelo Ministério da Fazenda em 1997, logo apelidado de "Proposta Pedro Parente" _ então Secretário Executivo do Ministério.

A proposta do Ministério do Planejamento (Kandir) mantinha o ICMS compartilhado e criava uma Contribuição sobre Valor Agregado (CVA) para a União no lugar das contribuições sociais cumulativas. A proposta Pedro Parente, de setembro de 1997, abandonava a idéia de compartilhamento e introduzia um IVA federal, substituindo praticamente toda a tributação sobre o consumo. Os Estados ficariam com um Imposto sobre Vendas a Varejo - IVV. A nova versão de Pedro Parente (Proposta Parente II), de junho de 1998, também "oficiosa", mantinha o esboço da primeira, preservando, no entanto, a PIS e a COFINS.

As propostas de "Kandir" e de "Parente" tinham como um dos objetivos principais regular a Guerra Fiscal entre os Estados. A nova versão do Substitutivo do Relator Mussa Demes para a PEC 175/95, apresentado em março de 1998, trilhava o mesmo caminho. A retirada da competência estadual exclusiva sobre o ICMS foi a tônica das proposições. Como não eram oficiais, nos casos de "Kandir" e "Parente", e não atendiam ao interesse da União, no caso de Mussa Demes, as propostas acabaram sendo apenas sinalizadoras para o processo de reformulação fiscal. O processo de reforma tributária também ficou emperrado entre 1995 e 1999 devido à conjugação de alguns fatores de ordem financeira: por um lado, a União não queria abrir mão das suas receitas cumulativas exclusivas; por outro, a maioria dos Estados queria manter seu poder de utilizar o ICMS como instrumento de política industrial e, por fim, os Municípios não queriam perder a competência sobre o ISS que, na maior parte das propostas, seria incorporado ao novo IVA.

O distanciamento das esferas de governo em relação ao processo reformista motivou o que Gustavo Costa (Tributação e Desenvolvimento, dez.2001) denominou de "atitudes quixotescas" de alguns reformuladores. De fato, tanto o Relator da PEC 175/95, Deputado Mussa Demes, como o Presidente da Comissão Especial de Reforma Tributária da Câmara dos Deputados, Germano Rigotto, percorreram o País de Norte a Sul tentando atrair alguma atenção para o tema da Reforma Tributária.

O final de 1999 marcou o desfecho do processo de Reforma Tributária na década de 90. Após quase uma centena de emendas apresentadas pelos congressistas, houve a aprovação da quinta versão do Substitutivo do Relator na Comissão Especial da Reforma Tributária. De pronto, o Ministério da Fazenda, através do Secretário da Receita Federal, Everardo Maciel, criticou a aprovação do

Substituto e apresentou uma nova versão "oficiosa" de suas idéias sobre a Reforma Tributária. Foi o que bastou para tornar o Substitutivo um "morto-vivo". No início de 2000, as equipes técnicas da União e dos Estados e a Presidência da Comissão Especial costuraram uma proposta de reforma tributária conjunta: a Emenda Aglutinativa da Comissão Tríplice. O acordo durou pouco tempo, pois logo a União e alguns Estados passaram a manifestar suas discordâncias em relação à proposta que se anunciava como consensual.

Num rápido resumo, podemos concluir que as propostas de reforma tributária em evidência no cenário nacional na década de 90 retomaram a tendência de centralização do sistema e de maiores restrições à autonomia financeira de Estados e Municípios.

Estas propostas de reforma tributária situaram a tributação sobre bens e serviços entre dois extremos: ou só na fase final de consumo, através da introdução de um imposto sobre vendas a varejo (*Sales Tax* ou IVV), nos moldes do similar existente nos Estados Unidos, ou na fase industrial, através de um imposto seletivo (*Excise Tax*) sobre determinados bens e serviços, como energia elétrica, comunicações, combustíveis, bebidas, fumos e veículos. A primeira corrente foi defendida na Revisão Constitucional pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo- FIESP, que encomendou estudos nesse sentido à FIPE/USP, e pelo então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Pedro Parente, nas proposições feitas em 1997 e 1998. A segunda visão encontra no Deputado Luiz Roberto Ponte o seu mais obstinado defensor.

Os inconvenientes do IVV são por demais conhecidos, especialmente no que diz respeito às dificuldades de fiscalização do setor varejista, caracterizado por ser um universo de muitos contribuintes excessivamente atomizados. A tendência de concentração da receita estadual em setores pré-varejistas tem se acentuado desde a criação do ICMS. É fruto principalmente da desoneração total das microempresas, da redução da tributação sobre bens da chamada "cesta básica" e da exploração excessiva das novas bases tributárias criadas em 1989. Com pequeno número de contribuintes, relativa facilidade de fiscalização e grande potencial de receita, os setores que eram tributados pelos antigos impostos únicos, de competência federal, têm sido a opção das administrações fazendárias para gerar acréscimos de arrecadação.

Esta exagerada concentração setorial da receita do ICMS, além de colocar em risco o financiamento do Estado, distancia cada vez mais o ICMS da moderna tendência impositiva sobre bens e serviços. O modelo mundialmente adotado é o do VAT (*Value-Added Tax*) ou IVA (Imposto sobre Valor Agregado). Trata-se de um imposto amplo sobre bens e serviços, multifásico, com poucas isenções e predominantemente utilizado com uma alíquota única.

O IVA é, na maioria dos casos, complementado por um imposto específico sobre determinados bens. O caso mais conhecido é o modelo adotado pela União Européia em seu processo de integração econômica. A Europa harmonizou a tributação sobre bens e serviços adotando um IVA amplo, com alíquotas aproximadas entre os países membros, complementado por um imposto seletivo sobre cigarros, bebidas e combustíveis.

Os Estados brasileiros, que deveriam aperfeiçoar o ICMS, de modo a torná-lo o mais abrangente possível e próximo à concepção de um IVA amplo, têm demonstrado pouca preocupação com o debate nacional sobre o sistema tributário.

A União, por sua vez, passou a liderar o processo no final da década de 90 e a reivindicar para si competências tributárias historicamente alocadas nos níveis subnacionais.

Enquadra-se nesse contexto a última proposta formal do Ministério da Fazenda, apresentada em meados de 2001. Ela reestrutura o ICMS, através da uniformização da legislação do imposto, o que deixaria apenas a fiscalização do tributo na esfera estadual. Para os adeptos da centralização fiscal, é um fecho de "ouro" do processo reformista pós-Constituição de 1988.

O Governo Federal, atendendo ao clamor de diversos segmentos, relançou a idéia da unificação da legislação do ICMS, que é o principal imposto do País e que tem competência legislativa estadual.

Segundo o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, a existência de 27 legislações estaduais sobre o tributo, além de atentar contra o princípio da simplificação, contribui para o acirramento da "Guerra Fiscal" entre os entes subnacionais.

A legislação do ICMS, pela proposta de Malan, seria unificada e de competência da União. A atual distribuição das competências legislativas, vista sob a magnitude financeira, seria ainda mais concentrada nas mãos da União.

Cerca de 90% do comando legislativo da arrecadação tributária nacional ficaria nas mãos do Governo Federal. A centralização tributária sugerida nesta proposição seria a mais acentuada da história republicana brasileira. Nem o regime militar ousou tanto na centralização fiscal.

Alguns Secretários de Fazenda dos Estados até admitiram a perda da competência legislativa relativa ao ICMS. A resistência maior foi localizada naqueles que querem fazer uso da legislação estadual para realizarem suas políticas de desenvolvimento regional.

O remanejamento da competência legislativa do ICMS dos Estados para a União é um dos aspectos jurídicos mais controversos das diversas propostas reformistas do Governo Federal. A dita "uniformização" do ICMS, nada mais é do que um eufemismo para "centralização". Ademais, a garantia de os Estados possuírem o controle da arrecadação e da fiscalização do imposto não é suficiente para assegurar a competência tributária. A experiência do México mostrou que o IVA, inicialmente previsto para ser fiscalizado pelas Províncias mexicanas, acabou, por pressão do fisco federal que alegava dispersão de métodos de fiscalização, sendo totalmente federalizado.

2 - O ICMS, O PACTO FEDERATIVO E AS DIRETRIZES PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA FRENTE O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

A centralização legislativa do ICMS suscita alguns questionamentos sobre a sua constitucionalidade por contrariar a cláusula pétrea da preservação da federação. Com base no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, pode-se dizer que os Estados e os Municípios têm incumbências próprias e receitas também próprias.

Isto é o que confere a uma organização política o caráter de federação. Assim, um dos esteios da federação é a autonomia financeira dos entes federativos, consubstanciada a partir de atribuição de esferas de competências impositivo-tributárias diversificadas entre eles. Em outras palavras, cada um dos entes tem o poder de instituir e arrecadar seus próprios tributos destinando-os a receita obtida para a realização de seus gastos (capacidade de auto-administração). Neste raciocínio, a redução do poder de instituir impostos pelos Estados, especialmente quando se trata de sua maior fonte de receita _ o ICMS, pode ser perfeitamente entendida como uma afronta ao disposto na cláusula pétrea da Constituição. Concretamente, a proposta de retirada da competência legislativa do ICMS das mãos dos Estados não "acaba" com a federação, mas a faz regredir, ou seja, "é tendente a fazê-lo, nos termos da Constituição".

O ICMS, em nível estadual, é apontado pelo Governo Federal como inadequado para o processo de harmonização tributária com os demais países, notadamente os do Mercosul, que adotam o IVA, especialmente por estimular a "guerra fiscal".

Quanto ao fato de o ICMS estadual estimular a Guerra Fiscal, cumpre esclarecer que a federalização legislativa ou até mesmo a adoção do princípio do destino (não prevista na proposta do Governo Federal) não irão resolver completamente o problema. Os Estados deixariam, efetivamente, de ter um forte instrumento tributário para atrair investimentos privados, mas nada os impedirá de usar seus fundos orçamentários para esse desiderato. O que ocorrerá, na verdade, é uma mudança na forma de operacionalização dos instrumentos de atração.

Deixará de ser uma Guerra "Tributária" para ser uma Guerra "Orçamentária".

Com efeito, a competência legislativa federal do ICMS limitará o uso da tributação como instrumento de política econômica regional (resolução de problemas conjunturais e setoriais) e de desenvolvimento (atração de investimentos) por parte dos Estados, mas certamente será substituída

pela via orçamentária (fundos), embora sem a mesma flexibilidade e eficácia. Nada impedirá que os Estados continuem a conceder financiamento subsidiado ou a fazer aportes de capital em empresas privadas. Ademais, mantendo-se a atual sistemática de tributação mista (origem e destino), os Estados produtores continuarão com ganhos de arrecadação no fluxo comercial interestadual, o que não ocorreria com o princípio pleno de destino. Assim, mesmo que o benefício seja financeiro (e não tributário), os Estados ainda terão interesse em atrair investimentos privados, mesmo com elevados custos, pela simples razão de obterem ganhos de ICMS nas vendas interestaduais. Ou seja, a guerra não acaba, apenas muda o armamento.

O que verdadeiramente funcionaria para minimizar a chamada Guerra Fiscal entre os Estados é uma adequada política industrial no País, problema este que a União demonstra não estar muito preocupada em resolver nos últimos governos.

Outra questão pouco considerada é a intensidade atual da chamada guerra fiscal. O acirramento da guerra ocorreu na primeira metade dos anos 90, quando uma onda de grandes investimentos invadiu o país. Naquele momento era necessário no entender dos Governos Federal e estaduais criar condições para atraí-los. Embora alguns defendam que o *locus* natural destes investimentos seria o Brasil, não havendo, portanto, necessidade de se apoiarem estes empreendimentos com benefícios fiscais federais ou estaduais. O fato é que os Estados se armaram com arsenais de incentivos fiscais para a atração desses investimentos, especialmente as montadoras de automóveis. Já para o atual momento vivido pelo país, as medidas de combate à guerra fiscal parecem ser inócuas. A crise energética e a queda do crescimento econômico devem fazer os investimentos em novas plantas ficarem extremamente reduzidos até o final das atuais gestões governamentais.

Por outra banda, causa perplexidade a ênfase que a União dá para a questão da guerra fiscal quando ela, em alguns momentos, foi a grande incentivadora desta política. A questão da disputa pela montadora Ford entre o Rio Grande do Sul e a Bahia foi um caso típico. Com efeito, o Governo Federal potencializou com benefícios fiscais federais o pacote de incentivos tributários e financeiros do Governo Baiano.

A adoção do princípio do destino para restringir a guerra fiscal ficou ausente da proposta federal. É bom lembrar que a adoção do princípio do destino também não necessita da interferência federal no imposto ou na sua receita. Ela pode ser feita através de uma agência que funcionaria como um *clearing house*, administrada pelos Estados e pela própria União em seu adequado papel de coordenação. Esta solução minimizaria os efeitos da chamada guerra fiscal e a perda financeira dos Estados consumidores. Cumpre lembrar que, no processo constituinte de 1988, foram os próprios Estados do Norte e Nordeste (consumidores) que não aceitaram a adoção do "destino". Preferiram manter o sistema misto, negociando uma maior participação no FPE. Hoje, dispondo de uma receita significativa e certa _ o FPE, acabam utilizando o ICMS como instrumento de atração de investimentos, deflagrando guerras tributárias com os demais Estados.

A proposição de participação do Governo Federal na política tributária dos Estados também é uma questão grave que merece ser intensamente debatida. Ao possibilitar ao Presidente da República a iniciativa para apresentar ao Senado Federal projeto de resolução para a fixação das alíquotas do imposto, a proposta de emenda constitucional apresentada em 2001 permitirá, se aprovada, a efetiva interferência da União na elaboração da política tributária atualmente reservada aos Estados através do CONFAZ. E mais: para fazer frente as crises conjunturais e setoriais do País, a União poderá propor a redução de alíquotas apenas do imposto estadual, livrando o Tesouro Federal de arcar com o ônus de conceder os demandados incentivos fiscais. Neste caso, restaria aos Estados pleitearem algum tipo de compensação, o que parece não ser uma medida muito eficaz, como tem revelado a experiência de ressarcimento decorrente da chamada Lei Kandir.

Quanto ao aspecto de o ICMS prejudicar a harmonização tributária, é importante lembrar preliminarmente que o ICMS (e antes o ICM) é um imposto tipo-IVA, isto é, um imposto com a técnica do valor adicionado. O IPI também é um imposto tipo IVA. Aliás, o Brasil foi um dos pioneiros no mundo em implantar impostos com esta característica. A diferença básica do ICMS

com o IVA vigente na Europa e na América Latina é que nem todos os serviços estão incluídos em sua base. Apenas comunicações e transportes são tributados pelo ICMS enquanto os demais serviços são alcançados pelo ISS. Ademais, as mudanças da chamada "Lei Kandir" (L.C. 87/96) eliminaram as diferenças estruturais existentes em relação ao IVA. A concessão do crédito integral e imediato na aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e a liberação integral das exportações transformou o ICMS de um IVA "tipo produto" com princípio misto de origem e destino em um IVA "tipo consumo" aplicando o princípio de destino. A adoção do crédito financeiro em lugar do conceito de crédito físico eliminou também o ônus sobre bens de uso e consumo. Estas mudanças em relação ao aproveitamento de créditos, associadas à desoneração total das exportações, tornaram, de fato, o ICMS muito próximo ao padrão internacional de um IVA "tipo-consumo", praticamente ajustado aos padrões internacionais e harmonizado com o MERCOSUL. Esta conclusão, aliás, consta do dossiê sobre a Lei Kandir preparado pelo próprio Ministério de Planejamento. Neste documento, inclusive, o novo ICMS é definido como uma "máquina de desenvolvimento", devido ao seu efeito dinamizador nas exportações e no reaparelhamento do parque industrial brasileiro.

As modificações impostas pela Lei n. 102/2000, embora não contaminassem a essência da nova estrutura do imposto, afetaram um pouco a sua formatação. A determinação contida na Lei Complementar n. 102/2000 de aproveitamento do crédito em parcelas de 1/48 avos, correspondendo, aproximadamente, à taxa de depreciação dos bens de capital, representou um recuo, ao transformar o ICMS de um IVA "tipo consumo" num IVA "tipo renda". Outro recuo aconteceu com a prorrogação da entrada em vigor, atualmente prevista para 1º de janeiro de 2003, da apropriação do crédito com base financeira ao propiciar o aproveitamento do imposto pago sobre bens de uso e consumo, extinguindo a atual prática baseada na integração física do produto. Estas alterações, no entanto, não tornaram o ICMS inadequado para o processo de harmonização fiscal.

Sobre a questão específica de harmonização do ICMS no âmbito do MERCOSUL, cumpre referir alguns aspectos. O mercado comum implica a adoção de políticas comuns, coordenação e harmonização das legislações fiscais, trabalhistas e de sociedades. E este é o objetivo a atingir no caso do Mercado Comum do Sul _ MERCOSUL. O art. 1º do Tratado de Assunção estabelece que a constituição do Mercosul implicará a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos aduaneiros e restrições não aduaneiras à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida equivalente. No mesmo artigo é assinalada a coordenação da política fiscal e aduaneira com o objetivo de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes.

A principal determinação do Tratado de Assunção sobre as distorções possíveis de serem geradas pelos impostos internos em mercados em integração está inserida no art. 7º, pela imposição do princípio da "não discriminação" (orientação de que se evite que um determinado bem vendido num país-membro suporte uma carga tributária diferente, pelo fato de ser originário de outro Estado-parte).

Considerando que os impostos aplicados sobre o consumo repercutem nos preços e custos das mercadorias e serviços, eles podem alterar os fluxos comerciais dentro da região em integração, por influírem nas condições vigentes de concorrência entre os produtores nela estabelecidos. Daí o destaque, no art. 7º, do princípio da não-discriminação (taxa só aplicada a importados ou aplicação de uma taxa maior para produtos importados). Neste caso os impostos internos assumem, sob o ponto de vista econômico, o papel das tarifas aduaneiras, zeradas, reintroduzindo a proteção à indústria nacional. A eliminação da discriminação contra o produto importado revela a preocupação principal no processo de integração pela ótica dos produtores da área, que desejam uma tributação neutra em relação aos fluxos comerciais.

Assim, caso existam indícios de discriminação nas legislações estaduais, bastaria suprimir estes dispositivos. Não é necessário federalizar o imposto para alcançar este objetivo. Cabe lembrar que o tema da harmonização tributária no âmbito do MERCOSUL foi tratado pela "Comissão de Aspectos

Tributários" do Subgrupo de Trabalho X do MERCOSUL. Nesta Comissão, a Receita Federal, representando o governo brasileiro, solicitou a participação de técnicos da SEFAZ/RS para o desenvolvimento dos trabalhos. Participamos da elaboração dos informes que analisaram detalhadamente a tributação no consumo nos 4 países membros. Em nenhum informe houve menção à inadequação do ICMS para harmonização tributária, pelo fato de ser de competência estadual. A ênfase foi sempre a de identificar as possíveis distorções causadas por tratamento discriminatório às importações.

Segundo o citado relatório (elaborado em 1994, antes, portanto, da edição da Lei Kandir), considerando os efeitos perversos previsíveis de um ajustamento total no ICMS sobre as receitas de alguns Estados e, por decorrência, nos seus municípios, isso impediria, no curto prazo, uma harmonização completa nos termos do modelo europeu, em que se avançou para os diversos critérios de imposição, como o campo de incidência, a base de cálculo e suas reduções, o crédito fiscal, os tratamentos setoriais e outros tratamentos especiais (pequenos e médios contribuintes), nível das alíquotas e tratamento das exportações. Mas permitiria uma harmonização restrita, suficiente para o nível atual de integração do MERCOSUL, ainda limitado a uma união aduaneira. Esse grau de harmonização seria definido fundamentalmente pela eliminação dos tratamentos discriminatórios contra as importações, tanto no concernente à aplicação sobre elas de alíquotas nominais superiores às aplicadas a mercadorias adquiridas no mercado interno estadual, como no concernente ao tratamento "preferencial" dado ao fluxo interestadual, justificado no Brasil pela estrutura especial de distribuição da receita do ICMS entre os estados. Também, a critério do país exportador, deveriam ser eliminados os efeitos acumulativos que afetassem as exportações, resultante, por exemplo, da tributação dos bens de capital, sem concessão de direito a crédito por parte do adquirente.

A Lei Kandir, na sua formulação original, ultrapassou, em alguns aspectos, a harmonização restringida pela proposta no curto prazo pela Comissão e abriu espaço para uma adequação mais ampla. O ICMS está sendo ajustado às novas condicionantes estabelecidas pelos processos de abertura e de integração de mercados em que o Brasil se envolveu desde o final da década de 1980. Mesmo com os recuos posteriores, o formato atual do ICMS ainda o mantém em condições de harmonização fiscal. O federalismo fiscal brasileiro pode, desta forma, ser mantido nos processos de abertura e integração de mercados.

No que tange ao aspecto da globalização, faz-se mister destacar que o último estágio de um processo de integração econômica (após harmonização das políticas macroeconômicas e adoção de uma moeda única) seria uma integração política por meio da formação até de uma federação. Na Europa se vislumbra este caminho. A União Européia, no futuro, ao cabo de seu processo de integração econômica e política seria uma federação, administrando um IVA de unidades federadas, não necessariamente de competência supranacional. O Brasil, neste paralelo tributário, já contempla, em si, um processo de integração quase acabado (com um imposto tipo IVA nas unidades federadas e contando, inclusive, com um órgão de harmonização fiscal - o CONFAZ). Em relação à propalada existência de 27 diferentes legislações estaduais do ICMS, cumpre salientar o caráter mistificador desta assertiva. O ICMS é um imposto com características nacionais. A competência legislativa estadual não abrange toda a produção normativa. O perfil jurídico do imposto é distinto e fracionado, mas razoavelmente uniformizado. Existe uma espinha dorsal legislativa formada por dispositivos constitucionais, por legislação complementar (L.C.n. 87/96), pelas resoluções do Senado Federal (na fixação das alíquotas interestaduais e com o exterior), pelas leis estaduais e até por Convênios e outras formulações feitas no CONFAZ. A produção de normas relacionadas à definição da incidência do imposto é exercida em grau muito pequeno pelas entidades federativas. A pouca expressividade da margem de atuação do legislador estadual para a produção da norma material de incidência fez com que o tributarista Sacha Calmon Coelho (Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário, Forense, 1990) definisse essa situação como "massacre da competência estadual".

Com efeito, O ICMS é regulado por uma lei de abrangência nacional _ a chamada "Lei Kandir"

(L.C. n. 87/96) - que estabelece as regras gerais do tributo em todo o País. As leis estaduais apenas complementam a lei nacional. Levantamento por nós realizado demonstrou que os textos estaduais seguem e reproduzem em cerca de 80% as linhas definidas no diploma nacional. O texto legal residual trata de especificidades regionais que em nada afetam a harmonização e a padronização do tributo. Lamentavelmente, os Secretários de Fazenda, em sua maioria composta por profissionais que não são especializados em tributação, acabaram sendo seduzidos pelo discurso mistificador da União.

É inegável que a independência tributária, essencial à caracterização de um Estado Federativo, nas condições em que vem sendo praticada no Brasil, deu margem e continua possibilitando excessos no campo dos incentivos fiscais, contrários aos ideais de um federalismo cooperativo.

Essas distorções podem e devem ser inibidas. Não é necessário, porém, sacrificar um meio legítimo para os estados fortalecerem suas economias por iniciativa própria, nem dar motivo para soluções tributárias centralistas.

A centralização legislativa é uma reação desproporcional ao problema levantado, revelando que ela, na verdade, apresenta outras razões, não explicitadas. Os defeitos do sistema vigente no atual ICMS podem e devem ser corrigidos, sem sacrificar, porém, a autonomia legislativa estadual em matéria tributária. Alguns instrumentos legais, inclusive, já foram implementados para conter a guerra fiscal. São os casos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da nova versão da "Lei Kandir" que possuem dispositivos de contenção de renúncia tributária.

Para o ICMS estadual poder funcionar de forma mais adequada, bastariam algumas alterações constitucionais que definissem a forma de realização da política tributária e estabelecesse as punições aos Estados infratores. O formato deste novo ICMS, que adotaria o princípio do destino, continuaria contendo uma legislação nacional _ lei complementar _ que definiria as normas gerais do imposto, nos moldes da atual "Lei Kandir". Ela seria apenas ampliada para possibilitar uma maior padronização entre os Estados. Permaneceriam, ainda, as leis e atos normativos estaduais, garantindo aos Estados a autonomia para disciplinar aspectos, situações e institutos tributários de natureza local e que não colocassem em risco a harmonização nacional do imposto. Entre as peculiaridades locais estão, por exemplo, a concessão de diferimento a produtores rurais, a ampliação provisória de prazos de recolhimento, dentro dos limites estabelecidos pelo órgão harmonizador, a formulação de institutos simplificados na sistemática de apuração do imposto para micro e pequenas empresas. Diversas são, pois, as situações de caráter regional sem influência maior na alocação de investimentos privados e sem repercussão na harmonização tributária estadual, mas muito importantes para um funcionamento mais adequado da administração tributária.

É importante esclarecer bem a diferença entre uma Lei Complementar e uma legislação federal para o tributo. Com efeito, uma coisa é se ter uma legislação nacional, através de Lei Complementar do Congresso Nacional, que estabeleça as normas gerais do ICMS no sentido de dar maior uniformidade e padronização ao tributo (uma espécie de ampliação da atual "Lei Kandir"). Outra coisa bem diferente é atribuir à União a competência legislativa plena e exclusiva sobre o imposto.

Mantido o ICMS na competência estadual, a União poderia substituir seus tributos cumulativos (PIS, COFINS e CPMF), que constituem, na verdade, a grande distorção do sistema tributário nacional, por uma Contribuição sobre o Valor Agregado (CVA). Seria uma espécie de ICMS federal, mas administrado somente pela União, independentemente do ICMS estadual. Teríamos, na nova fórmula, também dois tributos com a técnica do valor adicionado: o novo ICMS estadual e a CVA federal. Resolvem-se, com isto, as distorções da tributação nacional e preserva-se igualmente o federalismo fiscal brasileiro.

Da mesma forma que as demais proposições de reformulação tributária, a proposta federal apresentada em meados de 2001 não contempla, nem ao menos como "agenda de trabalho", o papel da Administração Tributária no processo de reformulação do sistema tributário nacional. Embora possa ser argumentado de que não se trata de "matéria constitucional" e que, portanto, não deve ser

incluída no texto da reforma, esta questão não pode ser olvidada e deixada de lado. Ao contrário, é matéria de suma importância para o contexto da tributação. O próprio Governo Federal, em 1999, na exposição do Plano de Estabilização Fiscal, sinalizou, em uma "agenda de trabalho", para a necessidade de reestruturação da Secretaria da Receita Federal em uma Autarquia Especial, dotando-a de maior autonomia e independência, para otimizar o ingresso da receita tributária. Nesta linha, a não inclusão do Fisco como carreira típica de Estado na regulamentação da Reforma Administrativa vai no sentido contrário ao do necessário fortalecimento do aparelho de fiscalização. A modernização e a elevação do grau de autonomia da Administração Tributária deve contemplar também as máquinas estaduais e municipais. A própria configuração de um novo ICMS, que venha a adotar o princípio do destino, levará a uma abordagem do fisco sobre todo o universo interno de contribuintes e não apenas sobre alguns grandes contribuintes como é feito hoje em muitas unidades da federação.

As experiências internacionais de ajuste fiscal demonstram que de nada adianta fazer mudanças na legislação tributária se não houver uma administração de tributos eficiente e eficaz para dar suporte às políticas impositivas. Na Argentina, temos um bom exemplo. O Governo Menem decidiu alterar o sistema tributário em fins de 1989. Nessa oportunidade, foi introduzido o imposto sobre ativos em substituição ao imposto sobre a riqueza líquida. Para incentivar o investimento produtivo e possibilitar o crescimento econômico, a alíquota do imposto de renda das empresas foi reduzida de 33% para 20% e os dividendos, sujeitos à tributação exclusiva de 10% na fonte, foram isentos do imposto de renda pessoal. No início de 1990, entretanto, o Governo Menem passou a aplicar penalidades criminais aos sonegadores, passando a dar importância, assim, à administração tributária. Até então, a Argentina buscara resolver o problema de sua receita através da legislação. A sua máquina de administração tributária, no entanto, estava sucateada de tal forma que Bird (1992, p. 21), embora reconhecesse sinais promissores nessa medida, manteve-se cético em relação a sua eficácia.

Nas experiências de estabilização do Chile e da Bolívia, em que a política e a administração tributárias foram acionadas simultaneamente no momento do ajuste fiscal, o resultado foi altamente positivo em relação à meta de estabilização perseguida. No caso da Argentina e México, observa-se uma série de tentativas que buscaram resolver a questão fiscal unicamente através da política tributária ao se tentar cobrir as falhas relativas à fiscalização e ao controle promovendo alterações na legislação. Somente quando o Governo Mexicano, em 1988, e o Governo Menem, a partir de 1991, na Argentina, acionaram simultaneamente esses dois instrumentos, e que se conseguiu o ajuste, gerando um superávit fiscal, respectivamente em 1989 e em 1992, e uma estabilização um pouco mais prolongada.

Dessa forma, pode-se concluir que não basta lançar mão da "engenharia legislativa", sem uma sustentação sólida por parte da máquina administrativa. É certo, por outro lado, que uma sólida máquina administrativa fracassará frente uma legislação tributária complexa. Existe, na verdade, uma interdependência entre os dois instrumentos: uma legislação simplificada favorece uma eficaz administração tributária, assim como uma administração tributária profissional, altamente qualificada e materialmente suprida, favorece o cumprimento pleno do que está legalmente estabelecido.

Nas palavras de Kaldor (1957), um dos poucos economistas a considerar a importância estratégica da Administração Tributária, "a eficácia do sistema tributário não é apenas uma questão de legislação tributária apropriada, mas de eficiência e integridade da administração tributária... e uma administração eficiente, formada por pessoas de grande integridade, é o principal requisito para que se possa explorar o potencial tributário de um país". Para Kaldor (1957), o Fisco jamais poderia ser tratado como uma burocracia comum: "qualquer gasto adicional incorrido na melhora do *status* e do pagamento dos funcionários do departamento de fiscalização propiciará provavelmente um grande retorno em termos de aumento de receita".

A experiência internacional está a nos ensinar, portanto que um verdadeiro ajuste fiscal no Brasil

passa muito mais pela reformulação institucional do Fisco do que pela "engenharia legislativa", materializada em inúmeras propostas de Reforma Constitucional Tributária. A Reforma Tributária deve buscar, isto sim, a eliminação dos tributos cumulativos (PIS, COFINS e CPMF), que afetam a competitividade dos produtos nacionais e o aperfeiçoamento da atividade fiscal, através de um novo formato institucional.

Para Batista Jr. (2000), "o fortalecimento da administração tributária e do seu sistema de fiscalização é uma das reformas indispensáveis para o país". Com efeito, a opção pela via da Administração Tributária representará uma grande mudança no comportamento atual dos governantes brasileiros, seja em nível estadual ou federal. Um bom início para este processo de mudança seria seguir a atual tendência internacional em matéria de Administração Fiscal que consagra uma maior independência para o Fisco.

No dizer de Jorge Cosulich Ayala, Secretário- Executivo do Centro Interamericano de Administradores Tributários - CIAT, (em Reforma de *Las Administraciones Tributarias em los Paises Miembros del CIAT de America Latina y El Caribe: Lecciones Aprendidas y Temas Pendientes*, apresentado no X Seminário Regional de Política Fiscal, Cepal/BID/FMI/BIRD, Santiago do Chile, 1998), esta nova tendência significa:

"un profundo cambio en la forma que son gerenciadas las administraciones. La exigencia de cada vez mayor eficiencia y eficacia en la gestión de las Administraciones tributarias implicará dotarlas del marco jurídico apropiado y de los recursos requeridos para cumplir con sus funciones y responsabilidades. En este sentido, será lógico y natural dotarlas de mayor autonomía de gestión para: (i) la administración de sus recursos humanos y materiales (ii) la determinación y ejecución de su presupuesto y (iii) la ejecución de su gestión".

ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Romilton Marinho Vieira

I - Introdução

Este trabalho tem por finalidade analisar alguns aspectos referentes ao controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil e nos Estados Unidos, em face dos direitos fundamentais e assim contribuir com o debate jurídico, tão necessário neste início de milênio.

O controle de constitucionalidade de leis é decorrente da existência de uma lei básica, que estrutura os órgãos estatais e garante os direitos dos cidadãos contra as investidas do Poder Público, inclusive via legislativa.¹ Onde não existe esta distinção, essa preeminência de uma lei em relação a outras, não se pode falar em "controle" ou na terminologia portuguesa, em "fiscalização"². O controle é exatamente uma técnica oficial de aferição de conformidade de uma norma em relação a outra, que lhe serve de estalão. Pode se afirmar, na acepção kelseniana, que a Constituição é uma *Grundnorm* ("norma-fundamento"), isto é, uma "norma pressuposta", e não propriamente "uma norma estabelecida"³.

O "controle político" *stricto sensu*, isto é, aquele feito pelo Executivo ou Legislativo não será objeto de nosso estudo. Interessa-nos o controle jurisdicional dos atos normativos.

Para se chegar exatamente ao tipo de sistema de controle de constitucionalidade de atos normativos adotados no Brasil e ainda comparar com o sistema norte americano, é necessário fazer-se, antes de tudo, um retrospecto da situação do Poder Judiciário no Brasil e a influência que exerceu, sobre esse tema, o advogado e Patrono da OAB Rui Barbosa.

Este trabalho discorrerá ainda sobre as funções do controle de inconstitucionalidade das leis, abordando o movimento de reconhecimento de direitos e de limitação do poder, e também falará sobre a democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis em que se abordará o que representa para a democracia essa forma de controle estatal, pela jurisdição constitucional.

E por último apresentará as formas de controle no Brasil e sua comparação com a forma de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, fazendo assim um pequeno ensaio comparativo de direito comparado sobre esse tema, de real importância para a Jurisdição Constitucional.

A importância desse estudo para a Jurisdição Constitucional toma relevo quando se tem que esta constitui o elemento indispensável no Estado de Direito e tem por finalidade a supremacia da Constituição e a integralidade da Unidade Política e os direitos fundamentais tendo o Processo Constitucional o grande instrumento da Jurisdição Constitucional.

II - DESENVOLVIMENTO

1 - O Poder Judiciário no Brasil

A administração da justiça implantada nas capitanias hereditárias, na primeira fase do período colonial brasileiro, tinha características feudais: fazia-se por intermédio de funcionários nomeados pelo donatário, competindo à autoridade pessoal deste o reexame das decisões em grau de recurso.

Somente na segunda fase do período colonial, a dos governadores-gerais, a organização judiciária brasileira passara a ser regulada pelas ordenações Filipinas. De modo que a "primeira instância" da justiça era formada por ouvidores-gerais, corregedores, ouvidores de comarca, provedores, juízes de fora, juízes ordinários, juízes de vintena (correspondentes ao juiz de paz), juízes de órfãos, almotacés, alcaides e vereadores. Foram instalados dois órgãos de segunda instância _ os tribunais de relação do Rio de Janeiro e da Bahia-, sendo que, das causas superiores a duzentos mil reis, admitiam-se recursos para o desembargo do paço, de Lisboa⁴.

Com a mudança da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro passou a se chamar Supremo Tribunal de Justiça, sendo equiparado à casa de Suplicação de Lisboa.⁵

Essa situação permaneceu até a independência, quando, sob o impulso da Constituição Federal Norte-Americana de 1787 (que elevou, "pela primeira vez no mundo, o Poder Judiciário à alta categoria de instituição constitucional, a que chamou *Judicial Power*⁶), também a nossa Constituição de 25 de março 1824 adotou a terminologia _ "poder Judicial "(Título VI)". Embora não tenha havido na Constituição de 1824 controle da Constituição. O Imperador com o Poder Moderador exercia o direito de veto e também o Poder Legislativo.

Declarou-o independente e composto de juízes e jurados, cabendo a estes se pronunciarem sobre o fato e àqueles aplicar a lei (art. 151 e 152). Aos juízes de direito, de todas as instâncias, era assegurada a vitaliciedade, porque "perpétuos", mas removíveis (art. 151 e 152). Aos juízes de direito, de todas as instâncias, era assegurada a vitaliciedade, porque "perpétuos", mas removíveis (art. 153). Podiam perder o seu cargo em virtude de sentença, cabendo aos tribunais processá-los e julgá-los (art.101.7.c/c art.154), muito embora pudessem ser suspensos dos seus cargos pelo Imperador em virtude de queixas contra eles apresentadas (art. 154 e 155). A organização judiciária era composta pelo Supremo Tribunal de Justiça, na capital do império, composta de juízes togados e letrados, bem como das relações, nas capitais das províncias (art. 158 e 163). Havia ainda juízes de paz eleitos pelo povo, com atribuições não contenciosas (art.162).

Mas a "modernidade" haveria ainda de conviver com as tradições monárquicas (a tal "marca" da Metrópole?), de modo que a Constituição de 1824 também consagraria uma novidade, na esfera dos poderes estatais, acrescentando o poder moderador, deferido ao monarca e considerado a "chave de toda a organização política". Esse poder, pinçado da teia em que se achava envolto com o poder executivo, noutras constituições, "... muito se aproximava da prerrogativa do soberano inglês, ou seja, na expressão de Dicey, da autoridade discricionária ou arbitrária que permanecia, juridicamente, na dimensão relativa a coroa"⁷.

Desse modo, na Constituição de 1824, o Poder Judiciário convivia numa atípica repartição de Poderes, em que ao Poder Moderador, e não aquele, é que sublinhava, num plano ideal, a neutralidade. Conforme Observa Paulino Jacques, "era com o judiciário que o Moderador mantinha relacionamento mais cerimonioso, precisamente porque os magistrados não exerciam atividade político-partidária, qual ocorria com os agentes do Executivo e do Legislativo, cuja ação, por vezes, devia ser moderada para o bem do Estado"⁸.

Ressalte-se ainda que antes da Constituição de 1891, exatamente em 1880, D. Pedro II enviou juristas aos Estados Unidos para estudar a Suprema Corte. Primeiros sinais do controle constitucional.

No governo Deodoro da Fonseca foi delineado, por obra de Rui Barbosa, o Decreto n. 510/1890, que previa a criação do Supremo Tribunal Federal (STF) e previsão do Controle da Constituição e que foi a base da nova Constituição que se desdenhava.

A Constituição Republicana de 1891, inspirada pelas idéias liberais da América do Norte, instituiu o regime federativo, bipartindo a Justiça em federal e estadual, num sistema de dualidade que permanece até hoje. O Judiciário passou a ser um Poder soberano da República, ao lado do Executivo e do Legislativo. O Judiciário da União tinha como órgãos o Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República, e juízes e Tribunais Federais (art. 55). A Constituição assegurava aos Estados-membros a competência para organizar a sua Justiça e, portanto, o seu Tribunal de Apelação.

Não obstante a forte influência liberal na Constituição escrita, a prática ainda denotava um relação de *continuidade*, e não de rompimento, com as estruturas anteriores à República. Prova disso é a própria composição do Supremo Tribunal Federal, que nasceu, segundo o Ministro Aliomar Balleiro, "com 15 juízes de 'notável saber e reputação, e elegíveis para o Senado", isto é, com 35 anos de idade mínima. Foram nomeados 48 horas depois de promulgada a Constituição e instalados quatro dias depois dela no edifício da Relação, à Rua do Lavradio. Aproveitou-se a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça de Monarquia, inclusive quatro conselheiros septuagenários, sete sexagenários e quatro, apenas, de menos de 60 anos".

Segundo Josaphat Marinho:

"Construir a barreira da legalidade, erguendo a jurisdição constitucional, foi tarefa hercúlea de Rui Barbosa. Sem precedente dessa natureza no Império, coube-lhe o ônus de desbravar o terreno, espantar o medo, delinear princípios e responsabilidades, para que florescessem a Constituição, por ele grandemente preparada, e os direitos nela consagrados"⁹

A Constituição de 1934 manteve a dualidade de justiça (art 104), inserindo no Poder Judiciário, ainda, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral, com Justiças especializadas. Instituiu a Justiça do Trabalho, mas como órgão administrativo, não-integrante do Poder Judicial (art. 122).

A Constituição de 1937, manifestação do caráter autoritário de que era porta-voz, extinguiu a Justiça Federal e a Eleitoral. Como era de se supor, foi um período da história brasileira caracterizado por forte ingerência política do Executivo no Judiciário, inclusive mediante a nomeação, pelo Chefe do Executivo, do Presidente do Supremo Tribunal Federal. É ainda Aliomar Ball eiro quem dirá, a respeito dessa fase, ter o Supremo experimentado "o colete de aço do Estado Novo", voltando "a respirar amplamente com a carta de 1946"¹⁰.

Com a restauração democrática, veiculada pela Constituição de 1946, o Poder Judiciário foi estruturado (art. 94) com os seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais, Juízes e Tribunais do Trabalho. Conquanto tenha previsto o TFR, não dispôs a respeito da Justiça Federal de 1ª Instância (que somente viria a ser restaurada pelo Ato Institucional n. 2, de 27-10-65). A novidade ficou por conta da elevação da Justiça trabalhista ao patamar constitucional.

A Constituição de 1967, a não ser quanto ao ressurgimento da Justiça Federal, manteve, quanto ao mais, inalterada a organização jurídica anterior.

O Ato Institucional n.5, de 13-12-68, trouxe profundas alterações no Poder Judiciário, retirando-lhe várias prerrogativas e diminuindo o seu poder: foram suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados, podendo o Presidente da República, por decreto, demitir, remover, aposentar ou colocar os juízes em disponibilidade. Excluiu da apreciação judicial qualquer medida praticada com base em seus dispositivos, além de suspender a garantia do *habeas corpus*.

Dentro do mesmo espírito autoritário, a Emenda Constitucional n. 7, de 13-4-77, alterou o art. 112 da Constituição, criando o Conselho Nacional da Magistratura como órgão integrante do Poder Judiciário. Esse órgão seria composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 120, *caput*, da CF/67), competindo-lhe conhecer de reclamações contra membros de tribunais e podendo, inclusive, avocar processos disciplinares contra juízes de primeiro grau. Esse conselho desapareceu com a atual Constituição.

Foi nessa época editada a Lei Orgânica da Magistratura Nacional _ LOMAN (Lei complementar n. 35, de 14-3-79), que regulamentou o Conselho nos seus arts. 50 a 60 e 133 a 135. Trouxe ainda normas relativas à organização, funcionamento, disciplina, vantagens, direitos e deveres da magistratura, respeitadas as garantias e as proibições previstas na Constituição, matérias que lhe foram reservadas pelo parágrafo único do art. 122.

Recuperada a democracia, promulgou-se a Constituição de 5-10-1988, a qual estruturou o Poder Judiciário no título da "Organização dos Poderes" (Título IV) e dentro da perspectiva da *dualidade de jurisdições* _ federal e estadual. Considerou como órgãos dele integrantes: I _ o Supremo Tribunal Federal; II _ o Superior Tribunal de Justiça; III _ os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV _ os Tribunais e Juízes do Trabalho; V _ os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI _ os Tribunais e Juízes Militares; VII _ os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A Constituição Brasileira de 1988 foi quase exaustiva, em estabelecer normas gerais quanto à estrutura e organização do Poder Judiciário, dando enfoque especial ao próprio "Estatuto" dos Juízes. Remeteu a pormenorização dos princípios nela consagrados à lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, na qual deverá ser observado o seguinte (art. 93):

1. Ingresso na magistratura por concurso de provas e títulos, onde se assegura a participação da Ordem dos Advogados;
2. A promoção dos magistrados se fará por critérios alternados de antiguidade e merecimento, assegurada a promoção obrigatória daquele que figurar por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadas em lista de merecimento elaborada pelos seus respectivos tribunais;
3. Na avaliação por merecimento, será observado o critério de presteza e segurança na prestação jurisdicional, além de se considerar a frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento;
4. Previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, como requisito de ingresso e promoção na carreira.

Infelizmente, até o presente momento _ passados mais de treze anos -, ainda não se encontra aprovado o projeto de lei relativo à nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que, não obstante

seja mais avançado do que a lei atual, ainda assim é alvo de muitas críticas, especialmente por parte dos Juizes.

Além desses princípios, a Constituição consagra outros, que denotam a importância atribuída ao Judiciário. Podemos citar, por exemplo:

1. Garantias atribuídas aos juizes _ vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Por outro lado, a Constituição estabelece determinadas proibições que são consideradas "garantias de imparcialidade", quais sejam: proíbe-se aos magistrados o exercício de outro cargo ou função, ainda que em disponibilidade, salvo um de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação no processo; e exercer atividade político-partidária (art. 95 e parágrafo único);
2. Os tribunais gozam, na atual Constituição, de uma boa dose de *independência*: podem eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos; organizar suas secretarias e juízos, bem como zelar pela atividade correcional das mesmas; prover, por concurso público, os cargos necessários à administração da Justiça e, inclusive, como novidade, prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (art. 96).

Manteve a Constituição atual o chamado "quinto constitucional": em cada um dos tribunais, um quinto dos lugares deverá ser preenchido por membros do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados, conforme lista remetida para nomeação pelo Chefe do Executivo (art. 94).

Importante conquista do Judiciário foi a assegurada *autonomia financeira*, ao lado, a administrativa. Significa isso que os Tribunais poderão elaborar as suas propostas orçamentárias em conjunto com os outros Poderes, encaminhá-las para aprovação na lei de diretrizes orçamentárias (art.99).

Como na Constituição de 1967, com a redação da Emenda n. 1/69, permaneceu o princípio de que o Poder Judiciário é *nacional*, tanto que, entre os seus órgãos, estão alinhadas a Justiça dos Estados e Territórios. Considera-se, assim, como tribunais nacionais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por examinarem questões relativas às duas ordens jurisdicionais.

Ainda como inovação, a Constituição atual instituiu o Superior Tribunal de Justiça, que absorveu parte da competência do Supremo Tribunal Federal (guarda da legislação federal infraconstitucional), bem como os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Justiça de Paz remunerada, no âmbito das Justças dos Estados, Territórios e Distrito Federal.

Esboçada em pequena síntese, a história do Poder Judiciário no Brasil que vai conduzir ao atual delineamento das formas de controle de constitucionalidade das leis, passa-se a descrever sobre a função do controle de constitucionalidade das leis e o que esta representa para o objeto de nosso estudo.

2 - A função do controle de constitucionalidade das leis

O controle de constitucionalidade das leis só tem sentido se analisado a partir de uma legítima idéia de constitucionalismo, esta comprometida visceralmente com a dignidade do homem, pelo motivo de almejar o conhecimento deste enquanto ser de direitos a partir da idéia de limitação do poder.

Se as experiências do constitucionalismo não conseguiram realizar tal intento, trata-se de uma outra questão, mas o fato é que o legítimo constitucionalismo almejou o bem comum, na medida em que teve origem numa disposição moral da sociedade, provocada pela consciência do estado de sofrimento, miséria, penúria e infelicidade em que vivia o homem dentro de uma sociedade que o ignorava enquanto ser de direitos¹¹.

Em outros termos, o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido dentro da idéia original do constitucionalismo, isso porque a constituição, o instrumento mediante o qual o constitucionalismo se mostra, nada mais é do que uma carta que torna de todos conhecido que as relações de poder devem ter como referência os direitos fundamentais e a impossibilidade de concentração do poder, com a finalidade de assegurar a subsistência dos direitos incorporados a algo que pode ser chamado de *avanço no processo civilizatório*.

Portanto, se a principal função do controle de constitucionalidade das leis é não permitir um retrocesso histórico a partir da capacidade de desconsideração de decisões, leis que afrontem os direitos caracterizadores do legítimo constitucionalismo, o controle de constitucionalidade das leis revela-se uma tarefa de extraordinária importância, não sendo responsabilidade apenas de um homem ou de alguns, mas de toda coletividade.

Sendo assim, o controle de constitucionalidade das leis aparece como algo intrinsecamente ligado à democracia, porquanto há uma ordem que reconhece aos homens certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, sem, contudo, desconhecer que a marca da democracia é a criação social de novos direitos, longe de ser mera conservação dos já conquistados¹².

Com base nesse raciocínio, o controle de constitucionalidade das leis não é o controle de leis/ atos / decisões que façam referência a toda e qualquer constituição, mas somente aquelas que realmente traduzam um movimento de reconhecimento de direitos fundamentais e de limitação do poder.

Dessa forma, nota-se que o controle de constitucionalidade das leis deve ter uma base ética, deve estar voltado para a realização do bem comum a partir de determinado projeto de sociedade, projeto esse que jamais deve ser esquecido, sob pena de se desvirtuar as funções das instituições do modelo de sociedade que propiciou a emergência do constitucionalismo.

É por essa razão que o controle de constitucionalidade só faz sentido quando se volta para garantir um modelo de sociedade resultado de um consenso histórico, o qual procura dar dignidade a todos os homens, uma vez que todos são portadores de direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Em sendo assim, revela-se completamente descabido falar em controle de constitucionalidade das leis em regimes autoritários ou totalitários, até mesmo porque, nesses ambientes, não estão resguardados os direitos humanos e o poder está concentrado, o que faz com que esses espaços estejam destituídos da idéia de constitucionalismo da qual se está falando e em que o controle de constitucionalidade das leis é possível.¹³

E para se chegar ao controle ideal, surge a tarefa da Jurisdição Constitucional, que, segundo Marcelo Cattoni, "será a de garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos".¹⁴

E esta tarefa, segundo Marcelo Cattoni, deverá ser tratada com as seguintes perspectivas:

"Garantia do devido processo legislativo democrático; ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação; garantia do devido processo constitucional: ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional"¹⁵.

Essa interpretação nos leva ao entendimento que o Processo Constitucional é o Instrumento da Jurisdição Constitucional.

3 - A democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis

Não é impertinente dizer mais uma vez que o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido em ambientes democráticos, porquanto é justamente dentro desses onde existem as melhores condições para a consolidação dos direitos fundamentais, justamente os direitos que a técnica do controle de constitucionalidade das leis procura resguardar.

Segundo Ackerman e Rosenkrantz ¹⁶, a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis depende da opção da democracia de cada país. Isso não quer dizer que aqueles países que optem por um tipo de democracia que não comporte um controle judicial de constitucionalidade das leis não tenham um parâmetro para a limitação do poder e, conseqüentemente, para o resguardo dos direitos fundamentais. A Inglaterra desmente aqueles que querem pensar doutra forma.

Os mencionados autores desenvolveram essas idéias, tendo em vista três grandes experiências de

sociedades democráticas: a inglesa, caracterizada pela democracia constitucional monista; a americana, pela democracia constitucional dualista, e a alemã, pela democracia constitucional fundamentalista.¹⁷

O primeiro tipo de democracia constitucional se distingue dos demais pela inadmissibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, porque é resultado de consenso entre os cidadãos o fato de que o parlamento é a única instância legítima existente, pois apenas seus integrantes são eleitos diretamente pelo povo. Por conta disso, é de aceitação geral que essa instituição tenha autoridade suficiente para estabelecer todas as leis necessárias para o bem-estar do povo, sem que sejam censurados por qualquer outra instância de poder.

A anuência da possibilidade de um controle sobre as ações do parlamento seria a própria recusa do princípio da vontade da maioria e, conseqüentemente, da legitimidade do poder.

O segundo tipo de democracia constitucional, representado pelos Estados Unidos da América do Norte, denomina-se dualista. É dualista porque distingue as decisões em duas espécies: as do povo e as dos representantes do povo.

As decisões do povo são tomadas em momentos delicados da vida política do país, ou seja, em momentos extraordinários, por exigirem grandes mobilizações em torno de determinados objetivos. As decisões dos representantes do povo são tomadas quotidianamente. Diante dessa situação, o controle judicial de constitucionalidade das leis torna-se aceitável, porque sua função é a de estabelecer limites para as decisões destes últimos em relação às decisões daquele.¹⁸

Os fundamentalistas, por outro lado, argumentam que nem o povo pode derrogar determinados direitos inseridos na constituição, pelo motivo de fazerem parte da herança cultural, herança essa que reflete um avanço no processo civilizatório. Em virtude disso, a atividade de controle de constitucionalidade das leis consiste na conservação dos direitos fundamentais, caracterizadores daquilo que se vem chamando de avanço do processo civilizatório¹⁹.

Assim, para os fundamentalistas, a razão de ser dos direitos é que eles servem como sustentáculo para a persecução de objetivos coletivos por parte das instituições democráticas e que, por isso, caso fossem ceder frente as decisões da coletividade, não lograriam satisfazer a função a que estão chamados a desempenhar²⁰. Trata-se, na verdade, do resgate da idéia de democracia liberal, caracterizada pela presença de certos direitos que representam limites à atuação da maioria²¹. Alias, Dworkin analisa muito bem essa questão, dizendo que *"uno derecho contra del gobierno debe ser um derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que harcelo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque esse algo se haga"*²².

Diante da abordagem desses três modelos de democracia, vê-se que o controle de constitucionalidade das leis só é possível nesses espaços, na medida em que só dentro deles os direitos fundamentais estão resguardados.

Se na concepção monista não se confere ao Poder Judiciário a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade das leis, é porque, dentro das sociedades em que esse modelo de democracia se desenvolveu, o povo já se constitui no maior controlador da constitucionalidade das leis, porquanto possui plena consciência de que seus direitos fundamentais devem ser respeitados. Em virtude dessa situação, o controle de constitucionalidade, mesmo sem Constituição, dá-se naturalmente, porque a sociedade conseguiu inserir no seu quotidiano o respeito, aquilo que os países que adotam constituições escritas tentam garantir aos seus cidadãos mediante um controle institucional, e nem sempre conseguem.

No Brasil, ainda está bem distante a viabilização de um espaço democrático no qual o controle de constitucionalidade das leis possa emergir com eficácia real. Percebe-se, todavia, por meio das garantias inseridas na Constituição de 1988, um desejo de construir no país uma democracia do tipo fundamentalista, por via da outorga a diversos órgãos estatais e da sociedade civil da capacidade de

reivindicar ao Poder Judiciário o cumprimento dos dispositivos constitucionais. Ademais, o próprio Poder Judiciário foi significativamente fortalecido por essa Constituição. Assim, parece muito pertinente a observação de Dobrowolski, segundo a qual se o constituinte não desejasse uma justiça ágil, ter-se-ia omitido em lhe conceder os meios necessários para que tivesse esse perfil de agilidade, perfil esse que pode ser caracterizado pelas ações que permitem a imediata correção das violações a direitos²³.

Ainda, para caracterizar essa aspiração fundamentalista da Constituição Brasileira de 1988, deve-se citar a inserção do § 4º do art. 60, cuja redação determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais.

Lamentavelmente, a Constituição de 1988 coincidiu com um processo mundial de desvalorização dos direitos e, ao mesmo tempo, não conseguiu despertar, naqueles encarregados de sua defesa, a adesão ao seu espírito, voltado para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa falta de sensibilidade, especialmente por parte do Poder Judiciário, demonstra que a maioria de seus integrantes não tem a consciência de que o processo democrático não é uma atividade inorgânica e espontânea, mas uma atividade regrada. As regras que devem reger o processo democrático não são arbitrárias senão que respondem à finalidade de maximizar seu valor epistêmico²⁴.

Assim, para que essa situação seja invertida, faz-se necessário que o Judiciário deixe de desempenhar uma função apenas jurídica, técnica, secundária e passe a exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos²⁵, fazendo com que, apesar de não eleito pelo povo, seja caracterizado com um Poder funcional para o sistema democrático²⁶, agindo no sentido da materialização, extensiva a todos os homens, dos direitos fundamentais e de impedir a concentração de poder.

4 - O Controle dos atos normativos no Brasil

No Brasil, como já dito anteriormente, o controle judicial das leis só se deu com o advento da República²⁷. No império, pela Carta de 1824 (art. 13, 8º e art. 9º) o controle era feito pelo próprio Legislativo. Era, de resto, a sistemática adotada na Europa.

Quando se elaborou o Decreto n. 848/1890 inspirado no *Judiciary act* americano, e a Constituição Brasileira de 1891, também modelada pela Constituição da Filadélfia, o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, nos Estados Unidos, já contava mais de oito décadas, ainda que tenha, por três vezes, pelo menos, sofrido sérios e perigosos reveses.²⁸ De lá para cá, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, o controle dos atos públicos pelo Judiciário se foi modificando. Nos Estados Unidos, mais arrastada e lentamente; no Brasil, como se verá a seguir, de maneira rápida e, até por que não dizer atabalhoada. É fácil explicar a diferença: nos Estados Unidos, com a promulgação da Constituição de 1787, já vigorava o *common law* inglês, direito tipicamente "judicial". Sua força estava assentada no "precedente judicial" (*stare decisis*). Já no Brasil da República, o direito era tipicamente "legal". Sua única fonte, pode-se dizer, era a lei.

Da Constituição de 1934 para cá, há entendimentos de que o nosso sistema de controle jurisdicional de leis e atos normativos se foi afastando do figurino clássico americano, e adquiriu feição própria. Hoje temos um sistema *sui generis*, tipicamente brasileiro. Ao lado do denominado "controle difuso" de matriz americana, adotou-se também o "controle concentrado", de procedência austríaca, por influência de Hans Kelsen.

Essa posição acima é contestada por José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

"Não se pode dizer que um sistema misto de controle de constitucionalidade seja uma particularidade brasileira, visto que em Estados nos quais se implantou um dos dois sistemas (concentrado ou difuso) de forma a excluir peculiaridades inerentes ao outro, hoje já se conjugam os sistemas, abandonando os rigores iniciais"²⁹.

A verdade é que, no nosso sistema brasileiro, o sistema de controle difuso de constitucionalidade que se desdenhou desde a Constituição de 1891, com forte participação de Rui Barbosa, segundo Baracho Júnior: "informou e informa toda a nossa dogmática constitucional"³⁰.

Entretanto essa coexistência de controle concentrado e difuso traz algumas vantagens e desvantagens: O sistema difuso não deixa de ser mais democrático, pois a inconstitucionalidade é levantada pela via de exceção por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou até pelo próprio juiz. A possibilidade de pressão política por parte do Executivo é nula, diante da multiplicidade de órgãos judicantes e da falta de compromisso do juiz singular, que galgou o cargo por concurso público. O sistema concentrado, por sua vez, em que um único órgão se encarrega de resolver quanto à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, tem a vantagem da uniformização imediata da jurisprudência e de ensejar o controle abstrato, sem a presença de interesse individual. Seu alcance sócio-político é maior, pois escapa do subjetivismo das partes e entra no objetivismo da defesa do Estado Democrático de Direito. Tem a desvantagem de ser o controle sem partes, em que falta a dialética processual. A legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade ainda deixa a desejar, pela sua restrição.

A Constituição de 1934, como se falou rapidamente, além de criar um controle concentrado, (*ação interventiva* ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o STF se manifestasse sobre lei de intervenção federal nos Estados-Membros), instituiu mecânica substitutiva do *stare decisis* do direito americano: a suspensão, pelo Senado Federal (art. 91, IV), " ... de qualquer lei ou ato...quando haja sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Foi, inegavelmente, um meio engenhoso de estender para casos futuros a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o que não havia na Primeira República (1891/1930).³¹

A partir da Constituição de 1934, como se falou mais de uma vez, foi-se encaminhando para o controle concentrado. A princípio, por meio da ação *interventiva* (CF, art. 34, III, c/c arts. 102, I, a e 129, IV). Com a Emenda Constitucional n. 16/65, passamos a ter, também, o controle abstrato de leis e atos normativos³², modalidade desenvolvida por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920.

No Brasil, pela Constituição de 1988, temos um sistema misto ou híbrido de controle da constitucionalidade das leis ou de atos normativos.

Somente o Supremo Tribunal (ou os TJs, em relação à lei municipal ou à lei estadual em relação à Constituição Estadual) tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, a) *in abstracto*. Daí não se admitir reclamação ao Supremo para que ele garanta, nos termos do art. 102, II, I, a "autoridade de sua decisão".³³

Por influência da Constituição da República Portuguesa (art. 283), temos, também, a "ação de inconstitucionalidade por omissão" art. 103, § 2º. Trata-se de ação proposta não para declarar uma norma "inconstitucional", mas para combater o "silêncio legislativo", na expressiva concisão de Gomes Canotilho.³⁴

Além dessas ações existem ainda a ação declaratória de constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, com forte influência do sistema alemão, patrocinado por Gilmar Mendes Ferreira.

5 - O Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira

Se a filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis se assenta na necessidade de

garantir os direitos humanos fundamentais, por meio do mecanismo da valorização do sistema de separação dos poderes e da idéia de segurança jurídica, o Constituinte de 1988, tendo em vista o atraso da sociedade brasileira na realização desse projeto, só poderia valorizar esse controle como forma de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa.

Assim, verifica-se que o controle concentrado de constitucionalidade das leis adotado no Brasil tendeu para esse caminho, o de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa, só pecando quando manteve a atribuição de guarda da constituição a um tribunal ordinário, muito embora órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, acostumado a tomar decisões preocupado muito mais com filigranas formais que com a vontade de ver as normas inscritas na Constituição efetivamente materializadas.

Daí ter alertado o constitucionalista Repetto que o trabalho do órgão controlador de constitucionalidade das leis não se deve reduzir a comparar os preceitos constitucionais com a lei cuja constitucionalidade se discute, isso porque nem a lei nem a constituição tem um conteúdo fixo e determinado que o órgão controlador se limita a constatar.³⁵

Apesar do alerta de REPETTO, o seu entendimento ainda não ecoou no Brasil, porquanto as normas jurídicas são vistas pela grande maioria dos juízes como razões operativas para justificar suas ações ou decisões, quando a boa orientação indica que não são, a menos que se as conceba como derivadas de princípios morais.³⁶

Apesar dessa tradicional postura dos magistrados brasileiros, a preocupação maior do constituinte/1988 esteve voltada para criação de mecanismo para a garantia dos direitos fundamentais do homem, mediante mecanismos limitadores do poder e voltados para propiciar a segurança jurídica.

Em virtude dessa preocupação, deram grande destaque ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, aquele efetuado por um único tribunal e da maneira mais breve possível, provocador de conseqüências imediatas, com eficácia *erga omnes*.

Diante disso, parece correto o ensinamento de Repetto segundo o qual a extensão das garantias constitucionais reconhecidas aos particulares, a maior ou menor amplitude de competência que se reconheça aos diversos órgãos constitucionais, o caráter exclusivo ou concorrente, mínimo ou máximo da competência; a possibilidade para os particulares ou bem só para determinados órgãos constitucionais de solicitar a declaração de inconstitucionalidade, a oportunidade para solicitar esta e os efeitos de tal declaração nos indicam em benefício de quem se estabeleceu o controle de constitucionalidade.³⁷

Isso, por si só, indica a vontade do legislador constituinte de ver o projeto de sociedade voltado para a materialização dos direitos humanos fundamentais rapidamente consolidada.

Dessa forma, o controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88 assenta-se na filosofia de consolidar a democracia por meio da materialização imediata dos direitos humanos fundamentais, daí a prioridade a um controle célere e, em tese de constitucionalidade das leis, possível de ser efetuado por vários segmentos da sociedade civil brasileira. O que efetivamente na prática não vem ocorrendo no Brasil.

A forma de controle difuso, como já dito, apresenta-se mais democrática pela sua descentralização e também por conter elementos históricos influenciados por Rui Barbosa e outros com inspiração no sistema norte-americano.

6 _ Comparação com o sistema de controle norte-americano.

Como já dito anteriormente, o dogma da nulidade da norma inconstitucional no Brasil teve suas origens no desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade por influência de Rui Barbosa, com forte influência americana.

Inobstante essa influência, certo é que difere o sistema difuso de controle de constitucionalidade de

atos normativos brasileiros do norte-americano.

Segundo Baracho Júnior: "O sistema difuso tem sido compreendido na doutrina e jurisprudência brasileiras como a competência a qualquer órgão ou instância do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo".³⁸

Outra questão importante, nesta comparação, surge em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No sistema de controle concentrado, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, como aponta Kelsen, pois retira a norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Esse efeito inexistente no controle difuso brasileiro, onde a inconstitucionalidade é reconhecida entre as partes. Nos Estados Unidos em razão do *stare decisis*, o Precedente da Suprema Corte vincula as demais instâncias judiciais e a norma deixa de ser aplicada em qualquer hipótese. Essas são as comparações delineadas no início deste trabalho.

7 - Os Sistemas de Controle e os Direitos Fundamentais

A temática envolvendo os sistemas de controle e dos direitos fundamentais vai necessariamente desembocar no conceito de liberdades públicas, uma vez que a razão das diversas formas de controle da constituição é a efetivação desse conceito, que segundo José Alfredo de Oliveira Baracho consiste na "expressão concreta das liberdades dos homens que vivem em sociedade, reconhecidas e garantidas pelo Estado."³⁹ E a defesa dessas liberdades públicas passa pela garantia do princípio democrático, separação de poderes, princípio da legalidade e supremacia da constituição.⁴⁰

E esses elementos encontram-se destacadamente como bases principais de nossa atual Constituição, tendo em específico, os Sistemas de Controle (difuso e concentrado) uma garantia a mais para o cidadão na defesa e garantia dos Direitos Fundamentais, ressaltando a proteção às cláusulas pétreas.

O Sistema de Controle da constitucionalidade das leis representa uma das instituições mais importantes do processo democrático, um vez que tem como pano de fundo a dignidade da pessoa humana como fim útil do direito.

Trata-se, portanto, de uma competência exclusiva, atribuída ao Poder Judiciário.

O sistema norte-americano, conforme ensina Baracho Júnior, comporta maior complexidade.⁴¹

Essa complexidade reside na amplitude de legitimidade ativa das pessoas que podem usar desse direito.

As autoridades públicas nos Estados Unidos, não apenas do Poder Judiciário, têm legitimidade para interpretar a Constituição. Isto significa a possibilidade, por exemplo, do Presidente deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. No mesmo sentido, os governadores dos estados, conforme ensina Baracho Júnior.⁴²

Além dessas pessoas, o cidadão norte-americano tem o direito, mas não somente tem o ônus de interpretar a Constituição. Com isso tem-se uma inovação: a possibilidade do cidadão norte americano, como as autoridades públicas, desconsiderar a norma que reputa como inconstitucional. Essa é a amplitude que difere o sistema norte-americano do sistema de controle difuso brasileiro, uma vez que a ninguém é dado o direito de deixar de cumprir uma lei por entendê-la inconstitucional.

Embora a nossa doutrina e jurisprudência se assenta que a norma constitucional é sempre "nula de pleno direito" ou *nula ab initio*. Tem-se que a nulidade apenas se configura após declaração judicial neste sentido.

Daí conclui-se que no Brasil há um sistema de controle de constitucionalidade que se concentra no Poder Judiciário, sendo exercido por via direta ou via incidental, ou chamado misto.

E esse controle jurídico é o sistema originário do Poder Judiciário, conforme o modelo norte-

americano da *judicial review of legislation*, que reconhece o acesso dos juízes à Constituição, a fim de controlarem a constitucionalidade das leis, momento esse segundo Canotilho, relevantíssimo para a gênese da justiça constitucional⁴³

No Brasil, adota-se o sistema misto: difuso (incidente) e concentrado (direto), conforme já dito.

O critério difuso segue a matriz norte-americana, em sua essência, ou seja, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei, por via incidental, isto é, pela arguição de inconstitucionalidade em defesa do réu no processo concreto. O controle concentrado, que pode ser combinado com o primeiro, é um ataque direto do ato impugnado em apenas um tribunal que, conforme a competência constitucional, pode ser no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais de Justiça dos Estados, sendo este competente para exercer o controle último de constitucionalidade.

Desse modo, ao Estado Jurisdicional cabe a defesa do Processo de Controle da Constitucionalidade tendo como Paradigma os Direitos Fundamentais, com sinônimo de liberdades públicas.

III _ CONCLUSÃO

Este trabalho procurou trazer à discussão tema relacionado ao Direito Constitucional Comparado, ressaltando aspectos do Controle da Constitucionalidade das leis no Brasil e nos Estados Unidos com ênfase aos direitos fundamentais.

Torna-se impossível tratar esse tema de forma comparativa, se antes não se buscar as origens dessas formas de controle no Poder Judiciário no Brasil.

E o que verificamos em nossa análise é que o Brasil deveu em muito a sua cultura constitucional à cultura norte-americana, em especial a forma do controle difuso apresentada com maestria pelo Advogado e Patrono da OAB Rui Barbosa.

Após essa viagem histórica e a influência norte-americana verificada no início de nosso constitucionalismo, procurou-se demonstrar a real função do Controle da Constitucionalidade das Leis. E essa função consistiu em síntese num movimento dialético de reconhecimento dos direitos fundamentais e de limitação do poder, tendo como grandes instrumentos a Garantia do Devido Processo Legislativo Democrático e a garantia do Devido Processo Constitucional preconizados pelo Doutor e Professor Marcelo Cattoni.

Procurou demonstrar esse trabalho o aspecto democrático que possui essas formas de controle pelo Poder Judiciário, destacando os controles difuso e concentrado, comparando-se com o sistema norte-americano, em que ficam patentes algumas semelhanças, na forma difusa; porém, o sistema norte-americano é mais abrangente, em sua base de legitimação ativa, conforme o marco teórico de José Alfredo Baracho Júnior.

Por fim, deu-se relevo à estreita relação que há entre os Sistemas de Controle da Constituição e os Direitos Fundamentais onde esse sistema representa o resgate das liberdades públicas que consiste tratar a dignidade da pessoa humana como a causa final dos direitos fundamentais.

E o Controle de Constitucionalidade representa essa mola propulsora da dinâmica social que tem como pano de fundo uma sociedade mais democrática, e em busca de sua vocação para a liberdade.

IV - BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Fundamentos y alcances Del control judicial de constitucionalidad*. In: Cadernos y Debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 29, 1991. p. 13-31.

ARAÚJO, Castro. *A nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247.

AUXILIAR JURÍDICO. *Apêndice às Ordenações Filipinas*.v. I. Lisboa: Gulbenkian, 1985. *Fac-símile* da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1869.

AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional* _ atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933. Ed. fact-similar. Brasília, Senado Federal, 1993.

BALLEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *"Teoria da Constituição"*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n° 47., p. 7-47, jul. de 1978.

BITENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualização de José AGUIAR DIAS. Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed. pp. 13 e seg.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa* anotada. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993,

Senado Federal, ano XI, n° 141, p. 5-16, jan/mar 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2001.

CHAUÍ, MARILENA. Apresentação. In: LEFORT, Claude. *A*. Em sendo assim, revela-se completamente descabido falar em controle de constitucionalidade das leis em regimes autoritários ou totalitários, até mesmo porque, nesses ambientes, não *invenção democrática*: os limites do totalitarismo. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 11.

DODROWOLSKI, Sílvio. *O pluralismo e o controle de poderes do Estado*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 206. (tese de doutorado).

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKING, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción por Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 1995, p. 289.

JACQUES, Paulino. *O relacionamento dos poderes políticos na Constituição do Império*. Revista de Informação Legislativa, Brasília,

Senado Federal, ano XI, n. 141, p. 5-16, jan/mar 1974.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Júnior. *Efeitos do Pronunciamento Judicial de Inconstitucionalidade no tempo*, Teoria Geral do Processo Civil, cadernos de pós-graduação, Faculdade da UFMG, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 214.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: p. 283/4.

MARINHO, Josaphat, *Rui Barbosa Valores da Personalidade e da Obra*, OAB _ Conselho Federal, DF, 2001, p. 51.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental de normas no direito brasileiro in* Revista dos Tribunais, ano 6 n. 23 (abril/junho de 1980). São Paulo: pp. 30 e seg.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* (estudo de direito constitucional), 2ª edição revisada e ampliada, Celso Bastos Editor, 1999.

NINO, Carlos S. *Los fundamentos Del control judicial de constitucionalidad*. In: Ackerman, Bruce, et al, Op. cit., p. 122.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª edição, revista ampliada. Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

REPETTO, Raul Bertelsen. *Control de Constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 5.

RUSSOMANO, Rosah. *Facetas da Constituição de 1824*, Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado /federal, ano XI, n. 141, p. 17-26, jan/mar 1974.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Romilton Marinho Vieira

Advogado especialista em Direito Público e Direito Tributário e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG

43- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

1 - ARAUJO CASTRO. *A nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

2 - AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional _ atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933*. Ed. fact-similar. Brasília, Senado Federal, 1993.

3 - BALLEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1ª . Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

7 - RUSSOMANO, Rosah. *Facetas da Constituição de 1824*, p. 25.

8 - *Idem, idem*.

4 - Cf. SAHID MALUF. *Direito Constitucional*, 9ª ed, p. 283/4.

5 - Cf. Auxiliar Jurídico... Apêndice, 1985. op. cit. P. 4.

6 - JACQUES, Paulino. *O relacionamento dos poderes políticos...*p. 5-16.

9 - MARINHO, Josaphat, *Rui Barbosa Valores da Personalidade e da Obra*, OAB _ Conselho Federal, DF, 2001, p. 51.

10- *Op.cit.p. 12*.

11- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p 214.

12- CHAUI, MARILENA. Apresentação. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 11.

13- LOEWENSTEIN, Karl, *Op. cit.*, p. 214.

14- CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2001. p. 259.

15- *Idem, Idem*, p. 259.

16- ACKERMAN, Bruce. *Fundamentos y alcances Del control judicial de constitucionalidad*. In: *Cadernos y Debates*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 29, 1991. p. 13-31.

17- *Id. Ibid*, p. 13-31.

18- *Id ibid*, p. 16.

19- *Id, ibid*, p. 22.

20- *Id ibid*. p. 23.

21- NINO, Carlos S. *Los fundamentos Del control judicial de constitucionalidad*. In: Ackerman, Bruce, *et al*, *Op. cit.*, p. 122.

22- DWORKING, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción por Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 1995, p. 289.

23- DODROWOLSKI, Sílvio. *O pluralismo e o controle de poderes do Estado*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 206. (tese de doutorado).

24- NINO, Carlos S. *Op. Cit.*, p. 125.

25- DOBROWOLSKI, Sílvio. *Op. Cit.*, p. 99.

26- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

27 O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 calcado no Judiciary Act norte-americano de 1789, no art. 9º, a competência originária e recursal.

28 Cf. BITENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualização de José AGUIAR DIAS. Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed. pp. 13 e seg.

29- Oliveira, Júnior, José Alfredo de *Efeitos do Pronunciamento Judicial de Inconstitucionalidade no tempo*, Teoria Geral do Processo Civil, cadernos de pós-graduação, Faculdade da UFMG, 1995.

30- Idem, Idem.

31- ARAÚJO, Castro. *A nova Constituição Brasileira*: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p.247.

32- Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro *in* Revista dos Tribunais, ano 6 n. 23 (abril/junho de 1980, p. 30 e seg.

33- Reclamação 390 _ RS, relator Ministro Carlos Velloso, ob. Cit. P. 96.

34- Ob. Cit., p. 792.

35- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 31.

36- NINO, Carlos. Op. Cit., p. 108.

37- REPETTO, Raul Bertelsen. Op. cit. p. 6.

38- id, ibid.

39- id, ibid.

40- id ibid.

41- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 180.

42- Id ibid, p.180.

UNIÕES HOMOAFETIVAS: uma realidade que o Brasil insiste em não ver

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDfam, Autora do livro "União Homossexual: O Preconceito e a Justiça".

UNIÕES HOMOAFETIVAS: uma realidade que o Brasil insiste em não ver

Maria Berenice Dias

SUMÁRIO: 1. No Âmbito Constitucional; 2. No Âmbito Legal; 3. No Âmbito Judicial; 3.1. Competência; 3.2. Alimentos; 3.3. Partilha de Bens; 3.4. Direito Sucessório; 3.5. Condição de Dependência; 4. Adoção; 5. Inserção como Direitos Humanos; 6. O Novo Código Civil; 7. Uniãoes Homoafetivas.

As questões que dizem respeito à sexualidade sempre foram e ainda são cercadas de mitos e tabus, e os chamados "desvios sexuais" _ tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes _ permanecem alvo da mais profunda rejeição social. Tudo que se situa fora do modelo estabelecido acaba por ser rotulado de "anormal", ou seja, fora da normalidade, o que não se encaixa nos padrões, visão essa polarizada e extremamente limitante.

No Brasil, como em praticamente todos os países do mundo, há uma nítida tentativa de negar a existência dos vínculos afetivos homossexuais, o que gera um sistema de exclusão permeado de preconceito. Tal postura na maioria da sociedade acaba por inibir o legislador de normar situações que fogem dos estereótipos de moralidade, por temor de afrontar segmentos conservadorismo social e gerar uma estigmatização que não combina com fins políticos e eleitoreiros.

Essa atitude acaba se refletindo também na esfera jurídica. Além da omissão do legislador, o Poder Judiciário, extremamente acanhado e conservador, nega-se a emprestar visibilidade aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Sob o fundamento de falta de previsão legal, os magistrados sentem-se impedidos de conceder direitos ou reconhecer obrigações quando as demandas têm por base a existência de vínculos homossexuais.

Mas fechar os olhos não faz desaparecer a realidade. A omissão legal e o temor judicial acabam tão-só fomentando a discriminação e se tornando fonte de injustiças, possibilitando o enriquecimento sem causa e a exacerbação de preconceitos.

1. No Âmbito Constitucional

A Constituição Federal, que data de 1988, consagra a existência de um estado democrático de direito. O núcleo do atual sistema jurídico brasileiro é o respeito à dignidade humana, baseado nos princípios da liberdade e da igualdade.

De forma enfática, a Carta Magna assegura como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (inc. IV do art. 3º). Ainda que seja imperioso reconhecer que proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, as diretrizes traçadas e os princípios insculpidos na Lei Maior não são suficientes para assegurar o respeito à livre orientação sexual. Em face disso, antiga é a luta dos movimentos ligados aos direitos humanos buscando inserir no elenco da Carta Política a expressão "orientação sexual". No entanto, o Projeto de Emenda Constitucional, que data de 1995, até agora não logrou obter aprovação.

2. No Âmbito Legal

O único Projeto de Lei _ entre os vários já apresentados _ que se encontra em tramitação é o de n. 1.151/95, sendo que teve seu nome trocado de **união civil** para **parceria civil registrada**, segundo o substitutivo aprovado, para não haver a possibilidade de ser confundida com casamento.

Visa tão-só a autorizar a elaboração de um contrato escrito, a ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais. Conforme diz a própria justificativa do Projeto, não se propõe dar às parcerias homossexuais *status* igual ao casamento. Busca conceder amparo às pessoas que o firmam, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.

Essa tentativa de regulamentação assegura às pessoas do mesmo sexo terem sua parceria civil reconhecida. Ainda que não pressuponha a existência de uma relação afetiva entre os parceiros, o projeto nitidamente visa a proteger as relações homossexuais, criando um vínculo jurídico gerador de efeitos não só patrimoniais, mas também pessoais, não podendo ser enquadrado exclusivamente no âmbito dos direitos obrigacionais.

Basta observar que somente pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas têm a possibilidade de firmarem o contrato, mediante público instrumento a ser submetido a registro cartorário. Há o impedimento de alteração do estado civil dos parceiros durante sua vigência e é reconhecida a

nulidade de pleno direito do contrato firmado com mais de uma pessoa. Em ambas as hipóteses, a infração configura o delito de falsidade ideológica, sujeito à pena de um a cinco anos de reclusão.

Não é autorizada a mudança de sobrenome em decorrência da assinatura do pacto.

É livre a possibilidade de estipulações de ordem patrimonial, inclusive com efeito retroativo.

Cabível é a imposição de deveres, impedimentos e obrigações mútuas, mas é expressamente vedada qualquer disposição sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Aos contratantes são garantidos direitos previdenciários e sucessórios com algumas restrições. O direito ao usufruto _ instituto de nítido caráter protetivo _ tem finalidade alimentar e evidência, às claras, o caráter familiar do instituto. Assim, não se justifica a falta de previsão de alimentos, pois é assegurado amparo por morte, mas não para o caso de rompimento da relação. Porém, não há nenhum impedimento de se prever obrigação alimentar entre nas cláusulas do pacto.

O projeto de lei assegura o direito à meação *se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro*. Este dispositivo é pouco claro, pois exige a prova do esforço comum, mas determina a divisão paritária do patrimônio. Ao depois, o direito do parceiro prevalece ao direito dos descendentes e ascendentes, pois subtrai destes o direito ao uso dos bens. Enquanto não firme o parceiro sobrevivente novo pacto, lhe é assegurado o direito ao usufruto de um quarto dos bens, se houver filhos do *de cujus*, e da metade, *embora não sobrevivam ascendentes*. Tal dispositivo igualmente se ressentir de clareza, uma vez que, em outro artigo, é garantido ao sobrevivente o direito à totalidade da herança na inexistência de descendentes ou ascendentes.

Tem o parceiro preferência aos familiares para o exercício da curatela. São assegurados a impenhorabilidade da residência comum e o direito de nacionalidade em caso de estrangeiros. Também há a possibilidade de indicação do par na declaração do imposto de renda, sendo que os rendimentos de ambos podem participar na composição para compra ou aluguel de imóvel.

A extinção da parceria ocorre por morte ou por decreto judicial em face da ocorrência de infração contratual ou mediante simples alegação de desinteresse de um dos contratantes. Mesmo havendo consenso entre os parceiros, necessária é a homologação do distrato em juízo. Dita exigência que não tem nenhuma justificativa nessa espécie de vínculo jurídico, pois quando se trata de relações extramatrimoniais _ chamadas de uniões estáveis _ dispensável a intervenção judicial para sua extinção. Somente para dissolver-se o casamento é que as partes devem obter a chancela do Poder Judiciário.

O Projeto, mesmo já sendo considerado acanhado, em face dos avanços legislativos de outros países, por uma dezena de vezes, foi pautado para votação, mas nunca chegou a ser apreciado. De qualquer forma, têm-se poucas chances de merecer imediata aprovação. Apesar de os movimentos chamados GLS _ gays, lésbicas e simpatizantes _ serem muito articulados e ativos, as forças conservadoras do Congresso Nacional, as quais congregam todos os segmentos religiosos, formam uma barreira quase inviolável. Afigura-se, assim, remota a possibilidade de o Brasil dispor de alguma legislação que regule tais relacionamentos tidos ainda como "marginais".

O que tem proliferado são leis em nível municipal, buscando a repressão de atos discriminatórios, bem como algumas Constituições dos Estados vêm inserindo em seus textos a livre orientação sexual no rol dos direitos fundamentais.

3. No Âmbito Judicial

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de "corretas". Vivenciar uma situação não prevista na legislação não significa viver à margem da lei e muito menos quer dizer que tal omissão deixa alguém desprovido de direito. Nada justifica a vedação de acesso à Justiça e a

busca da tutela jurídica para regular situações, pelo simples fato de falta de previsão legal.

A circunstância de inexistir legislação que contemple os direitos emergentes das relações homossexuais, no entanto, não tem impedido que algumas questões aportem no Judiciário.

A dificuldade de se reconhecer a existência de um vínculo afetivo como fundamento das pretensões deduzidas em juízo tem levado à concessão de restritos direitos e ao deferimento de bem poucos benefícios, e isso em um espectro muito limitado.

Cabe trazer a posição da jurisprudência brasileira sobre algumas questões ligadas ao tema.

3.1. Competência

Independentemente de quais sejam os direitos reclamados em juízo, as ações fundadas na existência de um vínculo afetivo homossexual apontam tal circunstância como causa de pedir. Porém, a quase unanimidade dos julgados reconhece, no máximo, a presença de uma sociedade de fato, confinando-a no Direito Obrigacional, sem visualizar a presença de uma entidade familiar, à semelhança da união estável heterossexual. Dita diferenciação impede extrair dos relacionamentos toda a gama de efeitos jurídicos que existem exclusivamente em âmbito do Direito de Família.

A resistência em identificar os vínculos entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar sempre levava as demandas afetas, ditos relacionamentos, a ser distribuídas às Varas Cíveis, e não às Varas de Família. Decisão pioneira da Justiça do Rio Grande do Sul, datada de junho de 1999, fixou a competência das Varas de Família para julgar ação decorrente de relacionamento homossexual (AI n. 599.075.496), dando o primeiro passo para se conceder à união homossexual *status* de família.

A partir de tal posicionamento jurisprudencial, ao menos nesse Estado da Federação, todas as ações envolvendo os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo foram transferidas das Varas Cíveis para as Varas de Família. Igualmente restou atribuída às Câmaras de Família do Tribunal de Justiça a competência para o julgamento dos respectivos recursos. Merece registro que esse é o único Estado cujas Câmaras recursais são especializadas, tendo a competência definida por matéria. Esse motivo certamente é que tem levado a Justiça Gaúcha a ser considerada a que mais avanços vem introduzindo, principalmente, no âmbito do Direito de Família de um modo geral e particularmente nas questões que envolvem os pares do mesmo sexo.

3.2. Alimentos

Ainda que tramitando as ações nos Juizados de Família, permanecem as uniões homossexuais sendo consideradas fora do âmbito do Direito de Família, o que inibe inclusive o ingresso de ações buscando alimentos.

O único julgamento de que se tem notícia foi o do Agravo de Instrumento n. 70000535542, Relator o Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, da 8ª Câmara Cível do TJRS, que, por maioria, rejeitou o pedido de alimentos provisórios formulado em decorrência do fim de relação que perdurou por 8 anos.

3.3. Partilha de Bens

Finda a relação pelo rompimento do vínculo afetivo, o pedido que com mais frequência vem a juízo é o de partilha do patrimônio amealhado durante o período de vida em comum.

Nos julgamentos que envolvem o fim das relações de pessoas do mesmo sexo, no dilema entre praticar uma injustiça e afrontar tabus e preconceitos, de forma tímida, a tendência da jurisprudência é de, no máximo, reconhecer o direito à divisão proporcional do patrimônio.

Não emprestando nenhum relevo ou significado à natureza do relacionamento das partes, invoca-se o art. 1.363 do Código Civil, que regula a sociedade de fato: *Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns*. Portanto, o fundamento para o deferimento da partilha de bens não é o reconhecimento de

um estado condominial decorrente da vida em comum, mas a mera repulsa à possibilidade de enriquecimento injustificável.

Exige-se, por conseqüência, a prova da efetiva participação de cada um na formação do acervo patrimonial. Tenta-se identificar o aporte econômico de cada parceiro para a aquisição dos bens, a fim de se estabelecer sua proporcional partição. Tal solução, ainda que vise a impedir a ilicitude do proveito exclusivo do titular do domínio, na grande maioria das vezes resta por perpetrar resultados que em muito se distanciam de uma solução justa. Quer porque são relacionamentos que guardam uma certa discrição _ o que dificulta uma probação testemunhal _, quer porque se empresta valia somente à contribuição de cunho financeiro. Não se reconhece conteúdo econômico no próprio cuidado e desvelo mútuo ou às atividades domésticas, quando são desempenhadas por um dos pares, que não desempenha atividade laboral. Trata-se assim como uma sociedade de fato, o que nada mais é do que uma sociedade de afeto.

3.4. Direito Sucessório

Quando da morte de um dos parceiros _ mas também em número muito acanhado _ é buscada em juízo, em regra, somente a partilha dos bens adquiridos durante o período de convívio, e não a integralidade do acervo hereditário. Pretende-se a meação, sob o fundamento da existência de uma sociedade de fato, e não o direito à herança, tendo como pressuposto a existência de um núcleo familiar. Não é invocado o direito sucessório, nem alegada a qualidade de herdeiro ou sucessor, mesmo quando inexistam herdeiros necessários.

Dísparos são as decisões, mas é majoritária a tendência de rejeitar a demanda, pois enorme a dificuldade até para o reconhecimento de uma sociedade de fato. Recusa-se sistematicamente atribuir a condição de herdeiro ao parceiro, o que leva a excluí-lo da ordem de vocação hereditária e a alijá-lo dos direitos sucessórios.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar em grau de recurso especial, assim decidiu: *O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato.* (REsp 148897/MG).

Tais soluções restam por gerar um descabido beneficiamento dos familiares distantes que, normalmente, rejeitavam, rechaçavam e ridicularizavam a orientação sexual do *de cujus*. De outro lado, na ausência de parentes, acaba havendo o recolhimento da herança ao Estado pela declaração de vacância, em prejuízo de quem deveria ser reconhecido como o titular dos direitos hereditários.

Mais do que isso, não evoluía a jurisprudência.

A pioneira decisão que logrou visualizar em tais vínculos uma verdadeira entidade familiar foi proferida também pela Justiça do Rio Grande do Sul em data de 14 de março de 2001. Ainda que por maioria, a 7ª Câmara Cível _ a qual tenho a honra de presidir _, no julgamento da Apelação Cível n. 70001388982, tendo como Relator o Desembargador José Carlos Teixeira Georgis, assim se manifestou:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. CONTRIBUIÇÃO DOS PARCEIROS. MEAÇÃO.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. Voto vencido.

Em face da omissão legal, analogicamente foi aplicada a legislação que regula as uniões

extramatrimoniais. Buscando subsídios na legislação que rege a união estável, que presume a mútua colaboração, a gerar um estado condominial, foi determinada a divisão igualitária do acervo patrimonial amealhado durante o período de convivência.

Depois desta decisão já, em mais três Estados, foi reconhecida a mesma espécie de direitos. A Justiça, ao deferir ao parceiro o direito à meação, vem retirando a venda dos olhos. No momento em que se consolidar essa orientação de ver ditas relações como vínculos afetivos, ao certo, tal em muito contribuirá para amenizar a aversão da sociedade. É que existe a tendência de se aceitar o que o Poder Judiciário referenda como certo.

Assim, de forma corajosa, vem os juízes cumprindo sua função renovadora, pois, através da jurisprudência, acabam sendo estabelecidas pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, funciona o juiz como agente transformador da própria sociedade. Ora, se duas pessoas têm uma vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, em um verdadeiro convívio caracterizado por amor e respeito mútuo, não é a identidade meramente biológica de sexos dos pares que impedirá de se extraírem direitos e imporem obrigações. Assim, irreversível a tendência de se identificarem os relacionamentos afetivos, independente do sexo dos parceiros, como uma entidade familiar merecedora de respaldo legal e da tutela do Estado.

3.5. Condição de Dependência

Esparsas e muito raras eram as decisões que reconheciam a condição de dependência aos parceiros do mesmo sexo, assegurando-lhes a inclusão em planos previdenciários e assistenciais.

Assim, de enorme significado a demanda intentada pelo Ministério Público Federal, de eficácia *erga omnes*. Sob o fundamento de que viola o dogma constitucional de respeito à dignidade humana e afronta o princípio da igualdade, que proíbe discriminação sexual, foi liminarmente reconhecida a qualidade de dependente aos companheiros de homossexuais perante o órgão previdenciário federal, garantindo auxílio-reclusão e a percepção da pensão por morte do beneficiário.

A liminar, confirmada em todas as instâncias recursais, levou o Instituto Nacional do Seguro Social a editar a Instrução Normativa n. 25/2000, que estabelece, por força de decisão judicial, *procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*.

Apesar do caráter administrativo de tal regra, é a primeira normatização que contempla as relações homossexuais, primeiro passo para enlaçar na esfera da juridicidade tais relacionamentos.

Assim, ao menos até o julgamento de mérito da ação, estão assegurados no Brasil _ até para os vínculos que se romperam antes da edição da medida normativa _ os direitos previdenciários.

4. Adoção

A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões é quando se fala no direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A grande dúvida sempre suscitada como fundamento para não se aceitar a adoção, quer individualmente, quer por um par homossexual, está centrada em preocupações quanto ao sadio desenvolvimento da criança.

A enorme resistência decorre da crença de haver um dano potencial à criança, por ausência de parâmetros comportamentais, o que viria a ensejar, no futuro, seqüelas de ordem psicológica. Questiona-se se a ausência de referenciais de uma dupla postura sexual poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade de gênero, com o risco de tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de ela ser alvo de repúdio no meio que freqüenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que, em tese, poderia acarretar-lhe perturbações de ordem psíquica. Também existe uma tendência de ver tais relacionamentos como promíscuos e amorais o que deixa revelar o temor de práticas sexuais na presença do menor ou que seja este alvo de abuso sexual de parte de um dos pais ou mães.

Essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com

essa conformação. Essencialmente não foram detectadas diferenças na identidade de gênero, no comportamento sexual ou na orientação sexual de tais infantes. Diante desses resultados, não há como prevalecer o mito de que conviver com pais do mesmo sexo pode comprometer a estabilidade emocional do filho. Portanto, equivocada a assertiva de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de um modelo heterossexual acarretará a perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.

Assim, imperioso concluir serem preconceituosos os escrúpulos existentes. É necessário revolver princípios, rever valores, abrir espaços para novas discussões e afastar as objeções, para que sejam admitidas adoções por indivíduos ou casais homossexuais. Dita resistência resta por excluir a possibilidade de um expressivo número de crianças serem subtraídas da marginalidade, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção.

Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança sem pais e sem lar terá uma formação mais condizente com as exigências da vida, se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos distintos ou não.

A lei que trata de todas as questões envolvendo crianças e adolescentes, data de 1990. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, com certeza uma das leis mais avançadas de proteção ao menor e não traz nenhuma restrição à possibilidade de adotar. Outorgado tal direito tanto ao homem como à mulher, conjunta ou isoladamente, não fazendo qualquer referência à orientação sexual do adotante.

No entanto, raras são as decisões judiciais que deferem pedido de adoção formulado por homossexuais, quando eles não ocultam sua condição. Praticamente solitária era a postura do magistrado carioca Siro Darlan de Oliveira, tanto deferindo a adoção, como habilitando um homossexual para adotar, tendo sido ambas confirmadas em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC14.332/98 e AC 14.979/98). Agora este Estado está desenvolvendo uma campanha de incentivo para que homossexuais adotem crianças que se encontram abandonadas em instituições. No entanto, ainda assim, só se está deferindo adoção a uma pessoa, mesmo que esta viva na companhia de outrem que vai conviver com a criança.

Esta resistência não se justifica nem por razões registrais. A determinação legal de que, no assento de nascimento, sejam os adotantes inscritos como pais, ocorrendo simples substituição da filiação biológica, não pode servir de embasamento para se sustentar a possibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo. Não há nenhum empecilho de que conste como pais no registro de nascimento dois homens ou duas mulheres. Ainda que se presuma que a lei não tenha cogitado a hipótese de ocorrer a adoção por um par homossexual, não há justificativa para sustentar a possibilidade de sua ocorrência.

Apesar de nada respaldar a limitação, não se tem notícia de já ter sido requerida e muito menos deferida a adoção a um casal homossexual, restrição que acaba por gerar situações injustas, vindo exclusivamente em prejuízo do próprio menor.

A vivência de crianças e adolescentes em lares homossexuais é uma realidade. E deferir-se a adoção a um só dos parceiros assegura ao menor direito a alimentos e benefícios de cunho previdenciário ou sucessório somente com relação ao adotante. Quer pela separação do par, quer pela morte do que não tem legalmente um liame registral, dita limitação lhe acarreta injustificáveis perdas, por não poder desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

Imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva decantada na Carta Constitucional e perseguida pela lei.

Empecilhos de toda ordem _ que existem ou são criados _ fazem com que soluções outras sejam buscadas por quem quer consolidar uma família por meio da prole. É usual lésbicas extraírem o óvulo de uma, fecundá-lo *in vitro* por espermatozóide de um doador, sendo o embrião implantado no útero da outra, que leva a termo a gestação. Como a criança será registrada somente em nome de quem deu à luz a criança, não tem a outra _ que na verdade é a mãe biológica _ qualquer vínculo, sequer obrigacional, com o filho que, afinal, é seu. Os prejuízos decorrentes dessa limitação são previsíveis. Registrada somente em nome de uma das mães, só dela pode buscar direitos e cobrar deveres.

Os casais masculinos, por seu turno, socorrem-se das chamadas "barrigas de aluguel". Por meio de inseminação artificial, inclusive com utilização simultânea do sêmen de ambos, para não identificar qual deles é o genitor. A criança é tida como filho dos dois. Por igual, nesses casos, a impossibilidade de adoção conjunta subtrai o direito de o menor usufruir qualquer benefício com referência a quem igualmente considera como seu pai.

Recente decisão judicial, deferindo a guarda de um menino de 10 anos à parceira da mãe, quando de seu falecimento, causou grande repercussão. A mãe biológica, cantora muito prestigiada, nunca escondeu seu relacionamento homossexual de muitos anos, sendo que em entrevistas costumava revelar sua preocupação com a sorte de sua parceira. Durante o período de convívio, que perdurou 16 anos, a popular cantora teve um filho cujo pai faleceu antes do seu nascimento, e ele foi registrado exclusivamente no nome da mãe. Mas desde sempre conviveu com ambas, sendo que identificava como mãe a outra, que o cuidava enquanto a genitora viajava e fazia turnês. Após a morte, o avô paterno entrou com o pedido de guarda do neto, mas liminarmente, respeitando a vontade expressa do menino, a guarda foi deferida a quem desempenhava as funções maternas.

5. Inserção como Direitos Humanos

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se se não tiver assegurado o respeito à liberdade, conceito que alberga a liberdade da livre orientação sexual.

Ao visualizarem-se os direitos de forma desdobrada em gerações, mister reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, pois cuida-se de direito à liberdade sexual, bem como direito ao tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Também não se pode deixar de ter a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, fazendo parte de uma categoria social que deve ser protegida. A hipossuficiência não pode ser identificada somente sob um viés econômico. A hipossuficiência é social, é jurídica, trata-se de deficiência de norma jurídica. Portanto, são hipossuficientes a mulher, o idoso, o deficiente, o negro, o judeu, incluindo-se neste elenco, à evidência, também os homossexuais, que, como os demais, sempre foram alvo da exclusão social.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. São os direitos componentes da dignidade humana, difusos quanto à titularidade subjetiva e direitos de solidariedade quanto ao objeto. Esses direitos da humanidade são os direitos humanos por natureza, em que se insere o respeito ao livre exercício da sexualidade. Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz sua orientação sexual, que integra a esfera de privacidade e não admite restrições.

6. O Novo Código Civil

Depois de tramitar por 27 anos, apesar de muitas contestações, no presente ano foi aprovado um novo Código Civil, que entrará em vigor no dia 10 de janeiro de 2003. Este estatuto, que já nasce superado, pois foi elaborado antes da aprovação da Lei do Divórcio, que é do ano de 1997 e da

Constituição Federal, promulgada em 1988, e que produziu uma verdadeira revolução, principalmente no âmbito do Direito de Família.

Assim, é de todo descabido ter o novo Código Civil silenciado sobre os vínculos que não se definem pela diferença do sexo do par. Como há mais de cinco anos tramita projeto de lei que busca inserir no âmbito jurídico a chamada "parceria civil registrada", não se justifica sua exclusão do estatuto codificado recém-aprovado.

Nenhum óbice constitucional existe _ como sustenta a justificativa do novo Código _ para identificar tais uniões como entidade familiar. Diz o art. 226, § 3º da Constituição Federal: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". No entanto, a Carta Constitucional não diz que não se considera entidade familiar o vínculo entre dois homens ou duas mulheres. No máximo se pode afirmar que não houve a determinação de que uma lei deva facilitar sua conversão em casamento. Ora, havendo uniões com as características de entidade familiar com distinta configuração, imperioso emprestar-lhes juridicidade.

O fato é que durante o período da *vacatio legis* se está buscando corrigir essa omissão nitidamente preconceituosa. Somente assim se estará dando eficácia social à garantia constitucional de igualdade, pressuposto da liberdade individual e base do estado democrático de direito.

7. Uniões Homoafetivas

De forma cômoda, o Judiciário busca não ver e nada deferir. No máximo busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato, o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de Família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como direitos à meação, à herança, ao usufruto, à habitação, a alimentos, a benefícios previdenciários, entre tantos outros.

Relegar tais questões ao âmbito obrigacional gera, no mínimo, um paradoxo, pois os juízes de família acabavam socorrendo-se de distinto ramo do Direito para cujo julgamento não detinham competência.

Descabe continuar pensando com preconceitos, isto é, com conceitos preestabelecidos e que ainda se encontram encharcados de conservadorismo. É necessário pensar com conceitos jurídicos, e para isso é necessário pensar novos conceitos.

Daí a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. Tal como ocorreu com a união estável heterossexual: a alteração do conceito social das chamadas relações concubinárias foi provocada pelos operadores do Direito, que, ao extraírem consequências jurídicas de ditos relacionamentos, fizeram-nos chegar à sede constitucional, sendo reconhecidos como entidade familiar.

Ao menos até que o legislador siga a trilha da Justiça e flagre o descaso do Estado em regulamentar tais relações, que merecem, no Brasil, como já dispõe na maioria dos países do mundo, uma regulamentação própria, a responsabilidade é do Poder Judiciário.

Ainda que tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Ora, não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. A existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento, sendo que a proteção constitucional é outorgada também às famílias monoparentais. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabe deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas.

Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, é de se conceder os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características. Na lacuna da lei, na falta de normatização, deve o julgador se socorrer do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Ora, analogia só pode ser feita com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os operadores do Direito, pode, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e tornar-se fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas.

A mesma responsabilidade já assumiu a Justiça com referência às uniões extraconjugais. Deve agora mostrar igual independência e coragem quanto às uniões homossexuais. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso, e imperioso é reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie, ou seja, relações hetero e homoafetivas. Ambas fazem jus à mesma proteção, e, enquanto não surgir legislação que a regule especificamente, é de aplicar-se a legislação pertinente aos vínculos familiares.

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos _ muito mais do que relações homossexuais _ configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, passar a reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

A CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA QUALIDADE TOTAL

Luis Alberto Warat

Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires e Pós-doutor pela Universidade de Brasília e Granada (Espanha),

Professor titular do Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Coordenador do mestrado em Direito da UNISUL-Tubarão-SC.

CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA QUALIDADE TOTAL

Luís Alberto Warat

Os caminhos de uma justiça cidadã e da construção de juízes cidadãos (a justiça mediadora).

Cidadania e Direitos Humanos são expressões que demonstram sentidos tão similares que acabam transformando-se em sinônimos. No futuro, acabarão unidas no interior de uma cultura de mediação. O sentido filosófico da cidadania e dos Direitos Humanos é a mediação como cultura e como prática presente no cotidiano das pessoas.

Estamos tratando de escrever sobre duas concepções que se unem nas variáveis da insatisfação. Quando um indivíduo encontra sua cidadania insatisfeita, esse sentimento geralmente significa uma

insatisfação na ordem dos Direitos Humanos. Se uma pessoa suspeita, de minha aparência de pobreza, de minha dignidade está afetando tanto a minha cidadania quanto as condições de meus Direitos Fundamentais. Outro exemplo: quando uma mulher é condenada e impedida do direito a encontros íntimos, isso significa a privação de sua liberdade e a perda de seu direito à reprodução.

No momento em que o Estado demora 20 anos para decidir judicialmente um de meus conflitos, além de não estar me respeitando como cidadão, viola ainda a razão de ser dos Direitos Humanos. Se as instituições da sociedade me manipulam, impedindo-me de exercer minha autonomia, isso me deixa na dupla condição de cidadão alienado e de um sujeito sem Direitos Fundamentais. Um sujeito de direito castrado, um sujeito de direitos sem direitos. Todas as mil e umas formas de desconhecimento cotidiano do outro representam outras tantas formas de desconhecimento e exclusão da cidadania e dos Direitos do homem. Falo da violação simultânea da cidadania e dos Direitos Humanos no limite de nossas relações cotidianas. A cidadania e os Direitos Humanos como modos equivalentes de produção das relações humanas, como processos de realização da autonomia em minha relação com os outros, porque é nas relações humanas em que estas duas expressões se refletem insatisfeitas.

Falar de cidadania, em qualquer época (apesar de que as questões que mais me importam tem a ver com a modernidade e seus aborrecimentos), significa fazer referência aos que têm opinião. Ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo. O objeto e o objetivo dessa decisão, desse poder decidir, foram mudando com o decorrer dos tempos da história. Em muitos momentos, o poder opinar, decidindo, tinha a ver com a coisa pública. A opinião pública como sentido de realização da cidadania, da constituição de lugares de encontro e de comunicação para construir com o outro os sentidos da cidadania. Está claro que esse outro teve diferentes características, a cidadania foi um espaço de comunicação de opiniões-decisões com situações profundamente excludentes. A cidadania de todos os tempos sempre foi uma classe VIP.

Enfim, a cidadania sempre foi exercida em lugares públicos, representando uma decisão construída com o outro (ainda que algumas vezes foi entendida como a relação exclusiva de um indivíduo com o sistema do Direito positivo). Decisões construídas através de vínculos. Relações que foram tendo acordos, que na maioria dos casos acabaram sendo mafiosos ou excludentes.

Na antigüidade, os vínculos de cidadania foram estabelecidos entre homens livres que excluíram a cidadania daqueles que formaram relações como escravos. Na cultura burguesa, a cidadania determinada por duas classes acabava privando o proletariado de seus direitos. A diferença está em que a exclusão foi negada por um conjunto de fatores místicos, que criaram um mundo de ilusões e de condutas, fazendo de conta que certas situações aconteciam na vida cotidiana como realidade. Um universo inteiro de relatos que nos fizeram crer na mentira de que a cidadania se realizava pela lei, de que a cidadania era exercida por meio de representantes de um Estado (o moderno) abstrato em suas menores conseqüências, que governa por intermédio das normas e não dos homens. O mito da cidadania permitia a todos mentir sobre sua condição cidadã e terminar crendo, ingenuamente, que podiam se ver como cidadãos no perverso espaço mágico do Estado Moderno. Com isso, a insatisfação das relações de cidadania sempre foram ocultas nas abstrações mágicas dos discursos, no uso mágico da linguagem.

Juan Ramón Capella diz, mais ou menos nestes termos, que, para conseguir verem-se como cidadãos deste Estado (moderno), os homens deverão efetuar duas notáveis séries de operações: uma de despojamento de seu sexo, cultura, condição social, raça, etc., para passar, angelicalmente despojado, a ser um portador de um simulador de opinião pública individual. Um homem, um voto. E outra de revestimento de um discurso jurídico que fala abstratamente de uma série de direitos de liberdade: de consciência, de comunicação, de relação, de manifestação, de trabalho, de não ser discriminado por questões de raça, sexo, preferências sexuais ou religiosas. É decidir revestido de Direitos Fundamentais (neste ponto, comecem a encontrar-se o imaginário idealizado da cidadania e dos Direitos Humanos).

Falo de imaginário, porque a fusão da cidadania com os Direitos Humanos, efetuado por intermédio

do discurso jurídico da modernidade, não deixa de ser um fazer de conta que existe, meros simuladores semiológicos de um relato fundador, manipulador e gerador de dependências. As lutas sangrentas em torno das conquistas de liberdade terminarão transformando-se em abstratos reconhecimentos normativos, sem nenhuma existência na experiência cotidiana das pessoas. Uma coisa, como disse Capella, é ter direito ao trabalho e outra a de contar com um posto de trabalho.

No fundo, Capella está também falando de alguns usos mágicos da linguagem que sustentaram os modos com o qual a cultura moderna conseguiu penetrar em nossas consciências, negando os produtos de sua cultura, das relações humanas. O grande desafio da Era Digital, que estamos começando a viver a partir do ano 2000, é a de poder transformar a fusão da cidadania e dos Direitos Fundamentais em experiências existenciais, deixando de lado as ilusões semiológicas dos grandes relatos, fundamentando o sentido comum manipulador dos juristas da modernidade, os acordos mafiosos aos processos de mediação.

Existe outro grave inconveniente que Capella não menciona, quando fala do despojamento, refiro-me ao modo normativo (uso jurídico da linguagem) em que os homens foram privados de seus espaços vinculares para permitir o exercício das legendas de cidadania. Cada um de nós, em nome da cidadania, fomos condicionados a abrir mão do outro e, perdidos em abstrações, fomos sendo transportados do indivíduo possessivo ao indivíduo massa e, em seguida, ao indivíduo de redes virtuais. As legendas da modernidade jurídicas foram-nos convertendo em pessoas passivas, engajadas por uma razão que nos levou a pensar com autonomia o que era alienação a cidadania e o humanismo jurídico (leia-se Direitos Humanos), convertidos em pretensões fechadas de sujeitos dissolvidos em si mesmos.

O direito do Estado Moderno fez perder de vista a condição de relação humana, que pressupõe como fundamento necessário qualquer concepção pedagógica-existencial da cidadania e dos direitos humanos. Não é bom que terminemos confundindo a cidadania com o cidadão.

Preparando-nos para o século XXI, temos que começar a pensar em cidadania holística, mais humana, comprometida com as experiências diárias com o outro, comprometida com nossas relações. Uma cidadania que compreenda mudanças profundas no modo que concebemos e enfrentamos a vida.

Proponho-me revisar as concepções de cidadania e direitos humanos a partir de uma teoria do direito e da mediação que as encare como formas sinônimas de realização das relações humanas, com autonomia, e apontando a um recíproco programa de qualidade total. A mediação, em seu sentido amplo e irrestrito, como fórmula de humanização das relações humanas e da construção de uma justiça entendida como preocupação em torno da cidadania de vida e não como mecanismos encontrados para castigar supostos desvios de valores morais, desvios de sentimentos ou ações consideradas como tais, por uma forma de civilização que faz da ordem sua neurose.

A modernidade nos dirige com um maligno mapa de abstrações filosóficas que nos impede de reconhecer e aprender a nossa própria experiência. Assim foi construída uma idéia moderna de subjetividade, e de subjetividade jurídica que conduz forçosamente pela negociação do outro, na dissolução do indivíduo. A partir da filosofia, perdemos numa concepção de cidadania e dos direitos humanos que não passa de um jogo de especulações abstratas. A cidadania reduzida a indivíduos que participam indiretamente na produção das decisões do Estado: o cidadão como o homem que ajuda a decidir o estado para logo encarar a missão de decidir seus próprios conflitos. Um cidadão que renuncia a administração de seus próprios conflitos, porque foi forçado a crer que era melhor que o estado, que o ajudava indiretamente a decidir, tomasse medidas coerentes sobre sua própria situação de insatisfação.

Os direitos humanos e a cidadania finalmente cúmplices de muitas retóricas e poucas atitudes vitais. Em nome dos direitos humanos e de uma cidadania virtual foram divulgados muitos argumentos e poucas lições para a experiência cotidiana. O mais grave é que, em nome dos direitos humanos e da cidadania, se negociaram as importantes renúncias de nossa subjetividade, cedidas ao Estado para

que cuidasse de nossa própria humanidade. Assim, em nome dos direitos humanos e da cidadania e Estado Moderno, fomos levados a um crescente estado de desumanização (incluindo os próprios direitos humanos). Chegou a hora de devolver à cidadania e aos direitos humanos as possibilidades de humanizar nossa relação com os outros, principalmente por intermédio de um direito comprometido com a humanização de suas funções nos conflitos. O direito da mediação.

Estou admitindo aqui que o objetivo do direito não é o de alcançar a paz social, nem de aplicar a lei, nem de distribuir justiça, mas o de resolver a humanização dos conflitos, entendendo por humanização a possibilidade de escapar da alienação (em muitos casos determinadas pelo próprio direito) e propiciar as condições de produção e realização existencial da autonomia. Estou também admitindo, inicialmente, que a filosofia não realiza as condições da autonomia (pelo contrário, em muitos casos a põe em risco), que precisa de indivíduos definitivamente instalados na experiência e na pedagogia. Indivíduos com a suficiente sabedoria para poder aprender com a experiência e depois traduzir essa aprendizagem em uma expressão filosófica. Falar de autonomia não como emancipação dos socialmente excluídos, mas como possibilidade de adquirir, na vida, um movimento próprio, sem dependências ou submissões ao movimento dos outros.

Com o término do século XX, parece que o sentido de cidadania está comprometido com o fortalecimento da democracia política formal. Uma cidadania que se fortalece em sua idéia de servir a comportamentos políticos altamente estereotipados, que facilitam e aumentam a participação formal na eleição dos que vão governar. Em compensação continua debilitado o vínculo da cidadania com a democracia participativa, a democracia social e a democracia, que eu chamaria democracia da qualidade total.

O exercício de uma cidadania formal, carregada de rituais, é considerada como uma de suas piores conseqüências. A fraqueza da instância parlamentar e judicial em benefício de um executivo cada vez mais forte e invasor (que como disse o professor José Maria Gómez): traduz-se no predomínio e anula a transparência decisória dos núcleos tecno-burocráticos que, somado a um exercício da presidência cada vez mais personalizada (eu agregaria cada dia mais dependente do marketing e dos encontros de opinião), faz da democracia uma forma delegada e não participativa. Por não ser eticamente fortalecido, o âmbito parlamentar e o judicial invalidam qualquer possibilidade da cidadania cumprir as três formas de democracia acima citadas. Neste contexto é importante ressaltar a importância central da Teoria Jurídica, do direito em geral e sua necessidade de comprometer-se com o fortalecimento do Poder Legislativo e principalmente do Poder Judicial. O direito do novo século está direcionado para um compromisso prioritário com o fortalecimento do Judiciário, de um Judiciário diferente, muito mais forte, redefinido por uma cultura da mediação. Um direito comprometido com a democracia da qualidade total.

Uma velha forma de fazer política está eliminando políticos preocupados apenas consigo mesmos e em engordar seu patrimônio. Eles estão perdendo seus poderes. Uma nova forma de fazer política sustentada pela transparência ética dos comportamentos, decisões e alianças está empenhada em ganhar força definindo com suas necessidades um novo rumo e sentido para a cidadania. A cidadania como uma forma compartilhada ou coletiva de cuidar da política da cidade. A cidadania como a construção da transparência com o outro. Um outro que se une a mim não por identidade ideológica, de direita ou esquerda, mas para compartilhar um mesmo destino ético: construir uma política digna de ser honrada, atendendo à qualidade de vida e não mais aos jogos perversos da conservação do poder. Uma política exercida em nome de um princípio de tolerância sério diante das diversas formas de exclusão social.¹

No momento em que se está iniciando o século XXI, começa a surgir um novo paradigma jurídico-cultural que se coloca perante outros diante das questões dos direitos humanos e da cidadania. O paradigma da mediação que pode resultar em uma das respostas possíveis para a humanização das relações com os outros.

Em termos de minha proposta de uma teoria jurídica da qualidade total, (a Contradogmática como construtora de uma cultura jurídica com o outro) estou pensando nas possibilidades de desenvolver

uma proposta existencial pedagógica da cidadania e dos direitos humanos da qualidade total.

O conceito moderno de cidadania (e por extensão dos direitos humanos) pode ser visto como um lugar no qual me sinto cidadão, dando a resposta estereotipada do voto. Em contrapartida, começa a reivindicar-se uma a cidadania como lugar de comunicações e mediação dos desejos. A qualidade total como lugar.

É interessante ressaltar novamente que a modernidade nos levou a reduzir as questões de cidadania ao âmbito da vida política, forçando-nos a duvidar que a cidadania como os direitos humanos também são exercidos em nossos espaços de intimidade cotidiana. A indiferença cruel de um professor que aplica uma prova sem levar em consideração que o aluno interrogado esteja passando por um momento de forte tensão emocional, está atentando, sim, aos direitos humanos, como também atenta o médico que trata nossas doenças sem considerar a sensibilidade, ou o juiz que decide nossos conflitos sem sequer saber nosso nome.

Do mesmo modo que a cidadania foi concentrada em exercícios de participação política, os direitos humanos foram limitados a deveres que o Estado tem com cada indivíduo no que diz respeito à garantia de seus direitos de liberdade. Deveres bastantes camuflados, na medida que são apresentados como produto de um poder jurídico inexistente, que jamais poderia se concretizar sem assumir sua verdadeira identidade de poder político. Todo poder jurídico é antes de mais nada poder político. Este é o ponto central da insatisfação atual. Não se nega a eficácia política do que poderíamos chamar da questão dos direitos humanos, o que está em jogo como insatisfação é a inoperância de suas concepções jurídicas.

Os sonhos da modernidade jurídica permitirão contar com concepções de cidadania e de direitos humanos que cumprirão duas aparentes funções. Uma de fundamento, de legitimação da democracia representativa e do estado de direito. Outra de fonte de poder, que limita a expansão do poder do Estado e os poderes privados. Os militantes dos direitos humanos crêem bastante nestas funções. Por confiar nelas conseguiram muitos benefícios, basta recordar os anos de ditaduras militares na América Latina. Os movimentos sociais e a militância dos direitos humanos terminam sendo sempre derrotados pelos sonhos de ordem e purificação da modernidade, os emancipadores sempre condenados em sua excentricidade.

O que se vê hoje é a figura de um cidadão sem qualidades existenciais, iludido por méritos e promessas abstratas, submetido a um universo de simulações que lhe fala de direitos iguais, nunca de igualdade de deveres, que são sempre desiguais e diferentes, eliminando a possibilidade de participar com o outro na transformação de seus próprios conflitos. Um cidadão, sem cidadania, dependente de um Estado que tem para com ele (em nome de uma concepção jurídica dos direitos humanos) o dever de assegurar seus direitos de liberdade, menos o direito de ter a liberdade de decidir seus próprios conflitos. Esta última liberdade foi cedida ao estado.

Estamos falando de cidadãos que só podem ocupar o lugar da cidadania, cumprir seu papel de cidadãos, exercer o poder político da cidadania, apenas por meio do cínico exercício do voto. Os poderes privados que surgem da qualidade de vida nos arrancam a cidadania e os direitos humanos, deixando-nos reconhecidos pelo ordenamento legal. Ainda fico surpreso ao ver como as pessoas se conformam com as migalhas de uma expectativa prometida. A cidadania insatisfeita passa muito por essa expectativa. É impossível esperar que a cidadania possa ser reduzida aos conteúdos dos direitos humanos de cidadania (que não são na verdade direitos fundamentais).

A cidadania é como o lugar comum de todos onde, por um curto período de tempo, deixamos de ser inimigos. Como numa partida de futebol, onde, apesar da rivalidade, as pessoas esquecem as diferenças para comemorar juntas a vitória do time. Esta é, no fundo, a forma que o estado moderno encontrou para poder rapidamente coletivizar, globalizar a anistia com um recurso de legalidade artificialmente construída: a cidadania. Algo que não saiu muito bem, já que os amigos identificados com os cidadãos foram, em muitos casos, também identificado-se com os nativos, nascendo desta forma uma perigosa concepção nacionalista da cidadania, que terminou em manifestações de

extremo racismo. Um conceito da cidadania que gerou e segue gerando outros genocídios globalizados. O pior de tudo é se dar conta de que o estado precisa gerar nacionalismo e este precisa fortalecer-se com o estado. O nacionalismo e os estados fortes possuem uma relação de dependência mútua.

Em sua origem, apesar de apresentar uma história resumida, os direitos humanos tiveram seu significado marcado pelo jus-naturalismo. Para escapar das marcas da dor e da morte o sentido dos direitos humanos tomou o rumo do transcendente ou da invocação na natureza. Os direitos humanos garantidos pelo Divino. Assim as pessoas têm que ser reconhecidas como tais na medida que tem um conjunto de direitos inerentes que constituíam sua humanidade, por essa razão surgiu o neologismo direitos humanos. Logo, com o surgimento do normativismo, os direitos humanos receberam o nome de direitos fundamentais, adquirindo o estatuto de garantias constitucionais superiores. Para muitos autores os direitos fundamentais adquiriram uma hierarquia de nível superior nas garantias constitucionais. No caso de entrarem em choque, prevalecerão os direitos fundamentais sobre as garantias.

Na condição moderna, chamaram-se direitos humanos os direitos do homem vinculados na própria condição de ser homem, independente de variáveis como nível social, condição intelectual, virtudes morais ou talentos de qualquer tipo. Esses direitos, como já foi dito, foram elevados em nível de princípios fundamentais de legislação, de formação do social, de orientação utópica do exercício do poder (práticas de poder feitas sempre em nome dos direitos do homem) e da condição do sentido para os conteúdos e as categorias do dogma do direito. No futuro, aparecerão novas demandas e necessidades éticas, que marcam, espero, o começo de uma concepção diferente, a demanda por direitos vinculados à humanidade do homem, enfim, a humanização dos direitos do homem. A humanização como processo de superação da desumanidade na condição humana.

O direito da condição moderna, em sua pressa de estabelecer abstrações, fixou as incidências dos direitos humanos. Apresentaram os direitos do homem como se fosse uma parte cheia do direito. Os direitos do homem no futuro tem que deixar de ser confundidos com o direito em sua totalidade (normativa, operacional e imaginária). Tem que deixar de serem vistos como uma parte e passar a ser considerados como uma nova concepção do direito.

Os direitos do homem são, antes de mais nada, direitos de outro homem, dito de outro modo, são os deveres do homem para os outros homens.

O paradigma jurídico da modernidade separa as idéias dos direitos humanos e da cidadania para assegurar suas crenças em torno do funcionamento democrático de uma sociedade. Se afirmou que a única forma de poder desenvolver uma identidade cívica compartilhada era a de ter um estatuto da cidadania comum diferenciado e ameno a qualquer concepção de conflito nas relações da qualidade total. Nesse caso, a cidadania e os direitos humanos eram expressos em uma linguagem de estabilidade que negava qualquer vínculo transformador no conflito

No panorama jurídico, que sustenta a concepção moderna de democracia, a noção de cidadania esteve restrita a uma idéia de participação na coisa pública. Participo, logo existo como cidadão. Esse mesmo panorama foi acabando com a idéia dos conflitos humanos em torno das relações dos indivíduos com o estado. Ele era convertido no grande violador dos direitos fundamentais das pessoas. Uma forma de impor limite ao monopólio da coerção estatal. Idéia bastante aceita, na medida em que decidir os conflitos por terceiros acaba sendo uma espécie de atentado aos direitos humanos e um perigo constante de retorno do totalitarismo, que como ideologia recusa os regimes democráticos.

Em pleno início do século XXI, os desafios que as democracias devem enfrentar vêm mudando muito com relação às décadas passadas. Existe agora um exercício mediato da democracia que manipula os sentimentos das pessoas, impondo o que é bom ou mau para elas sentirem. Com isso, a afetividade é degradada e o indivíduo alienado, impedido de participar realmente nos processos decisórios. As decisões unicamente existem no meio de comunicação, logo o conceito tradicional de

cidadania como participação deixa de existir.

É previsível que, nos próximos 20 anos, se comece a perceber uma dispersão enorme do poder. O estado vai descentralizando seu poder no corpo social. Esta situação obrigará a uma definição dos princípios democráticos exigidos de produzir uma humanização do direito nos moldes não tradicionais, como a mediação e a negociação transformadora. Uma humanização da experiência, das próprias relações humanas e institucionais, não uma humanização nas palavras. Estamos cansados de palavras humanitárias. A democracia e o direito moderno acabam presos nas redes das formas e das palavras.

Agora começa a surgir a oportunidade de mudar situações na vida das pessoas e suas relações. Começam a ser procurados princípios de democracia, de política e de direitos baseados nas relações internacionais e seus conflitos. O direito com o outro. A cidadania, a democracia e o direito como mediação. Cidadãos que decidem sua vidas em todas as esferas do social e que não participam apenas simulando decidir ao depositar seu voto numa urna. Cidadãos que contêm e que não sejam contados na hora de uma eleição. Para que um cidadão conte é preciso que tenha a possibilidade de compartilhar o conhecimento e de desfrutar de uma informação que possa ajudá-lo a eleger livremente entre as opções que lhe oferecem. Para que um cidadão possa contar é preciso que se promova seu aprofundamento em processos de mediação. Nisto consiste a democracia radical e a justiça cidadã.

Nas horas em que a sociedade ameaça retornar a atritos, precisamos de formas mais eficazes de administração dos conflitos, que garantam a todos o direito a ter direito. O direito de decidir seus conflitos por si mesmos, de forma cidadã. A resposta - a única resposta - consiste em reforçar as práticas da mediação que ajudam as pessoas a produzir, a partir delas mesmas, uma diferença de seus conflitos. Uma forma de tornar freqüente as possibilidades de decidir por nós mesmos as prioridades de nossas vidas e de nossos relacionamentos. O direito não só de sentir, mas de realizar e poder expressar ao outro os sentimentos, algo que a burocracia que envolve o exercício tradicional da administração da justiça não permite.

Em um litígio a voz é silenciada, convertida em pedido por meio de um advogado. Uma reivindicação dos desejos sem voz que termina ameaçando com violência a condição de cidadão. Uma dessas coisas que ameaçam o futuro da democracia é o paradoxo de que, em plena revolução das comunicações, continua crescendo o número de silenciados pelas instituições que deveriam dar-lhe voz (e que unicamente lhe garantem direito ao voto e direito a reclamar a uma terceira pessoa que castigue o causador de seus conflitos).

Estamos globalizando em todas as instituições, inclusive na magistratura, um sentimento que faz com que o cidadão se sinta perdido no anonimato, desempenhando o papel de espectador passivo de seus próprios conflitos, ao lado do outro, ambos condenados à irrealidade e ao esquecimento, num espaço virtual. Estamos na democracia dos silenciados e no exercício de uma cidadania do silêncio. Uma magistratura duplamente presa entre quatro paredes e quatro conceitos que não revelam o que se passa na vida.

É certo que, se não participo, não existo como cidadão, porém o mais importante é participar dos relacionamentos com os outros, poder mediar as próprias relações pessoais, para poder logo participar em decisões comunitárias em locais públicos. Se não consigo participar do encontro comigo mesmo, participar em um processo de afirmação ou de recuperação de minha auto-estima nunca conseguirei participar afirmando minha autonomia em locais públicos. Exercer a cidadania não é simplesmente participar, exige um modo muito particular e fundamental de participação: a participação com autonomia. Em caso contrário, estou apenas simulando a participação, como acontece nas sociedades desse fim de século. Eu não conto e não contem comigo. De que exercício da cidadania estamos falando? Participo com autonomia, logo existo, deve ser essa a fórmula da cidadania, conclusão que pode definir o sentido da liberdade e a possibilidade de traçar meu próprio destino. Sem essa liberdade não existe cidadania. Ser cidadão é recuperar a própria voz.

Chegando ao ano 2001, notamos a expansão de crescentes e significativas restrições à idéia de uma cidadania formal- democrática de base territorial e que se apóia, para seu exercício e fundamentação, nos limites do Estado- Nação. Restrições que ganham duas esperanças: a primeira surge dos destroços sociais ambientais e culturais do capitalismo globalizado e a outra vai aparecendo com os movimentos sociais contra hegemonias de globalização , da cidadania e do exercício dos direitos humanos.

As sociedades deste fim de século são expressões da fase decadente da modernidade, que muitos chamam de pós-modernismo. Quero referir-me, com isto, àquelas condições da modernidade que configuram uma visão da existência, que organizam o olhar do homem. O sujeito é um indivíduo vazio de vida interior, que vê passar seus dias em movimentos frenéticos, sem destino, com uma personalidade obsessiva pelos meios, que o constroem como um personagem que devora seus próprios momentos de talento vital. Um simulador de si mesmo e de tudo o que faz.

A modernidade que nos ocupa não tem nada em comum com o uso vulgar do termo que determina uma das idades da história(desde a revolução francesa estamos na idade contemporânea), significando também atualidade. Pretendo referir-me à modernidade como condição cultural. Quando se trata de falar da modernidade como condição, está se fazendo referência ao fenômeno de organização cultural, um paradigma que surge para o ocidente desde o século XVI e persiste até o século XX.

O grande modelo da condução moderna, como o da antigüidade é o de um futuro melhor garantido por uma racionalidade crescente. A antigüidade construiu o seu padrão em bases místicas, religiosas, mentiras que a modernidade desmistificou em bases racionais e científicas. Uma modernidade que aponta na construção de um lugar utópico onde todos seriam razoáveis, justos e estéticos.

A condição moderna pretende que exista objetividade absoluta e unidade metodológica na ciência; legalidade universal na moral e uma lógica racional interna nas artes.

A condição moderna da cultura se fundamenta numa mistura resultante de uma especial combinação da ciência, da ética e da arte. A receita que estabeleceu essa combinação explosiva da modernidade se deve a Kant que estabeleceu em suas três críticas (razão pura, prática e juízo estético) os fundamentos da ciência, da ética e das artes na modernidade. Uma ciência guiada pela razão, que incentivava formulações universitárias que serviriam para mostrar uma natureza regida por leis absolutas e transparentes. Uma aposta para confiar em uma ciência que pode avançar faz a verdade e uma ética que pode encontrar sua universalidade a partir de normas fundamentadas racionalmente.

A partir da Segunda Guerra Mundial, começou a aparecer um desencanto crescente nas promessas da modernidade, nas possibilidades do progresso universal e de conquista racional da autonomia. Um mundo que se globaliza para concentrar ganâncias, que globaliza exclusões sociais, alienação, mas que não democratiza a qualidade de vida. Começa a surgir os indicadores de uma condição de cultura que acaba recebendo o nome de pós-modernidade, marcada pelo imediatismo. Os mandatos institucionais e mediáticos da pós-modernidade tem a ver com o prazer, os objetos luxuosos de consumo, moda, publicidade, megaeventos, espetáculos. Mandatos de ter, de ser um indivíduo a partir do que se tem e não do que se sente. Homens que sabem ter e não conseguem aprender a sentir. A cidadania e os direitos humanos reduzidos às possibilidades de ter. A autonomia perdida e que acaba se confundindo com o consumismo. Uma pós-modernidade que faz do capitalismo uma pobre sociedade de consumo sem luta de classe. Um mundo de homens perdidos, desesperadamente solitários, para tomar suas decisões vitais, para resolver seus conflitos. A condição pós-moderna impõe o desencanto como condição e estilo de vida. Cria-se o império da moda e do efêmero como diria Lipovetsky. A moda plena deixa de ser um dispositivo que marca *status* social e passa a ser um dispositivo social que influi em todos os âmbitos da cultura, inclusive nas questões de cidadania e de direitos humanos.

A desconstrução crítica dos ilusionismos partiu de dois grandes pensadores da modernidade,

Nietzsche e Freud. A desconstrução começou pelo segundo. Teve seu início na interpretação dos sonhos. O trabalho de Freud é importante, sem levar em conta que este pensador começou mostrando em suas teorias uma grande ilusão em relação ao ilusionismo que, logo, o desconsolará. A modernidade precisou encontrar o fundamento de sua condição em uma narração fundada, num saber narrativo realizado por intermédio de dois grandes relatos: um emancipatório e outro especulativo. O direito da modernidade não poderia ter validade se não encontrasse a legitimação de um grande relato emancipatório ou especulativo (no direito isto também é muito evidente, os juristas precisavam de grande relato dogmático para permitir uma magistratura que, sem confiança em si mesma, precisou legitimar especulativamente suas decisões). Nos outros trabalhos, chamo de sentido comum teórico dos juristas esse grande relato que legitimou o direito da modernidade.

Os meios reforçam e diversificam nossa relação com o real. Constroem um real saturado, um real digital, uma realidade virtual. Meios que produzem realidades incríveis, simuladores e ficções criadas numa sociedade de barbaridades, com estranhas contradições. Uma sociedade que gera conforto e miséria, excesso de comida e fome, fantasias ecológicas, violência institucionalizada e defesa institucional dos direitos humanos, globalização das exclusões sociais e ampliação do significado da cidadania, tudo ao mesmo tempo sem solução da continuidade. Kant nos fez crer que a ciência, a moral, a política e o direito obteriam legitimação a partir de um grande relato emancipatório.

Estamos na véspera de uma nova concepção de cultura, disposta a constituir-se desconstruindo todo o tipo de recurso que não pode ser modificado. Uma transmodernidade disposta a desconstruir um pensamento ocidental que se negou a aceitar a presença das diferenças, em nome de um absolutismo egocêntrico. Desconstruir é como raspar as paredes de um edifício para que apareçam suas fissuras. Quando se desmonta aparece os aspectos positivos e negativos, fragmentos que nunca chegam a construir uma totalidade, existem contradições soltas, ambigüidades; isso também é a pós-modernidade. Esse procedimento desconstrutivo pode ser encarado como outro sentido do termo pós-moderno.

Abrindo parênteses, posso dizer que a desconstrução pode ser vista como uma estratégia para os procedimentos da mediação. O mediador tem que ajudar nas partes do construir-se, transitar transgressivamente por suas próprias margens. O mediador precisa ajudar as pessoas a se desconstruírem, a desmontar sua personalidade, para que apareçam seus aspectos positivos e negativos, sua fragilidade e força, seus medos, angústia e metas. Mostrar nas partes do conflito fragmentos de sua vida, os cabos soltos, ambigüidades, mandatos e crenças que podem ter influenciado o desencontro e a insatisfação em seus relacionamentos. Nesse caso, aplica-se um processo da construção do pensamento, dos sentimentos, das condutas, a mímica, os jogos e as dramatizações.

Na transciência, trata-se de criticar a razão para ampliá-la, estendendo-a ao sensível, ao que se vive na experiência, ao que se compreende a partir do interior.

Na racionalidade moderna, não se aceitava o caótico. Na transciência, não se aceita mais explicar a mudança pelo imóvel, a complexibilidade pela linearidade, o caos pela ordem, o fugaz pelo eterno, o desejo pelo dever. A transciência, assim como o transdireito, descobriu que suas produções e suas práticas respondem ao humano, pois são demasiadamente humanas. Falamos de uma cultura que está se auto-constituindo e auto-impulsando, uma cultura que está tomando uma direção progressivamente auto referencial, gerada através de sistemas internos do conhecimento tecnológico.

O homem transmoderno está tratando de se concentrar em uma vida criativa mais pragmática e com menos dependência das esperanças e aspirações irreais, das metas e valores irrealizáveis da modernidade. A renúncia a esses sonhos impossíveis constitui um dos caminhos de sua humanização, da recuperação de sua humanidade perdida e o abandono de todos os ingredientes de desumanidade que o acompanharam até agora. O homem transmoderno começa a ter consciência que algumas coisas de nossa existência não podem ser corrigidas por atos de legislação e receitas

pré-escritas pela razão. Hoje não se espera mais encontrar salvação em fórmulas totais, únicas. O homem transmoderno aceita que os fundamentos da sociedade e da identidade são algo fluido, contingente, e cheio de ambivalência. É um homem que precisa celebrar a autoridade e a diferença.

Colocando parênteses, direi que a idéia de dispersar é muito importante como estratégia da mediação. Logo um mediador pode descobrir a importância de provocar o inesperado em meio de uma crise agravada do conflito que não parece possível solucionar ou modificar.

O direito, por não escapar aos pressupostos místicos da modernidade, fez-nos crer que os juristas possuíam formulas mágicas para realizar o direito na sociedade. Quando falo de uma grande narrativa de direito moderno, penso em Kelsen que nega a possibilidade de uma multiplicidade de discursos dogmáticos jurídicos anterior a ele e prega a necessidade de um discurso uniforme, sustentado um único ponto de vista como o condutor de sentidos para a ciência jurídica em sentido estrito. As fórmulas mágicas de discurso jurídico da modernidade foram particularmente perdendo seus poderes encantados, cedendo terreno para as rotinas das burocracias institucionais.

Surge a pós-modernidade jurídica. Uma nova casa de juristas começa a pensar de outra forma, desejam de um lado mudar a produção de uma literatura jurídica que fazia os discursos teóricos, cheios de citações eruditas e de seriedades simuladas. Agora se começa a escrever pós-modernamente, confundindo estilos, introduzindo a metáfora e a poesia abertamente. Por outro lado, o pós-estilo da literatura jurídica abriu espaço para a emergência de um novo paradigma baseado na mediação, como elo condutor da produção do direito transmoderno.

Outros ventos sopram e começam a trazer uma idéia de direitos humanos e de cidadania centrada em uma concepção positiva do conflito. Direitos humanos e cidadania fora da temática normativa, dentro do conflito como um modo de relacionamento com o outro. Os direitos humanos como a possibilidade de me reencontrar no conflito comigo mesmo, de recuperar minha auto-estima afetada por uma cultura que teve a modernidade como condição.

Nesse ponto, direitos humanos e cidadania começam a transitar outro caminho significativo coincidente. A cidadania é vista como modo transmoderno de realizar os direitos humanos: a transcidadania ou ecocidadania. Os direitos humanos como paradigma de vida e a cidadania como experiência concreta do relacionamento com o outro ou produzindo diferenças no mundo em nossos conflitos. Os dois termos conjugados com a possibilidade das pessoas reivindicarem sua necessidade de ser elas mesmas, determinando suas prioridades de vidas e suas prioridades nos relacionamentos. O direito de poder decidir por si mesmo seus sentimentos. O direito de sentir por si mesmos sem que os outros definam o que é bom ou mau. Um trabalho de aprendizagem interior para se estabelecer relações satisfatórias e maduras com os outros. Um desplanejamento das idéias modernas que marcam e nos levam a uma outra concepção.

A construção ética da qualidade total

Apresentei o conceito da qualidade como espaço, entre um e outro, de realização conjunta da transcidadania (ou ecocidadania). Ela também pode ser vista como o espaço construído com outro para a realização da ética, da autonomia, e da configuração de outra concepção do direito e da sociedade. A fuga com o outro da alienação. Contexto que me faz plantar a figura da qualidade total como relação mediada com o outro. Fazendo minhas as palavras de Bello Regueira, quero dizer que a qualidade total é uma figura que não poderia ter sido concebida partindo da modernidade. Teremos que estar fora da modernidade para conceber a qualidade total e logo utilizá-la como desconstrução do sujeito moderno.

A cidadania e os direitos humanos passam a ser vistos como modos de realização da construção ética da qualidade total. Cumprir deveres não é o mesmo que assumir responsabilidades, o que importa na qualidade total é o segundo.

Estamos passando por um momento de alta tensão ética. Por um lado se buscam a responsabilidade e a solidariedade (seriam os caminhos da ética transmoderna) e por outro se instala um lado

perverso de uma ética do mercado e da empresa da idade digital. Empresa essa que trata os valores como parte de seus negócios, que requer a opinião de consultores éticos para ver como os valores podem fazer mais rentáveis sua produção ética. A ética do conveniente excedendo seu sentido ao ser muito tolerante com as exigências do mercado.

A responsabilidade não pode ser a de melhorar a rentabilidade dos negócios, deve estar sempre acompanhada pela solidariedade com o outro. Quando se fala de solidariedade está se pensando em relações concretas com o outro para solucionar problemas comuns, ações comunitárias meio-ambientais, centros de auto-ajuda, variadas formas de voluntariado e de reivindicações pontuais coletivas. A solidariedade como forma da realização da cidadania. A cidadania como sentimento.

A ética do sentimento e da sensibilidade, que não impõe, não exige, comove e motiva na comoção. Uma ética que moraliza a emoção e a sensibilidade. Avança-se no tempo de homens que se sentem questionados e movidos pela dor, não por um dever abstrato e universal que era vivido como obrigação e culpa. Os efeitos da solidariedade não podem ser confundidos com o movimento de um coração preocupado com o outro. Na solidariedade, pode-se produzir de maneira vital ou mediática; transmoderna ou pós-moderna.

Na transmodernidade, o estado providencia a cidadania. Sua base é a mediação como forma de exercitar a comparação, é a possibilidade de colocar-nos no sofrimento do outro. A cidadania tem que fazer da cooperação social uma realidade. A humanização passa pelo sentimento da solidariedade.

Na modernidade, a imagem do outro é fabricada a partir de modelos institucionais idealizados que se constroem com a intenção de excluir e catalogar as pessoas que são divergentes, distintas dos modelos da modernidade.

Na transmodernidade, propõe-se inverter o olhar não como uma autoridade que precisa ser olhada, mas como a qualidade total que nos olha para desconstruir-nos, mostrar tudo que nos falta em nossas simuladas existências completas. A atenção no olhar do outro como uma forma de poder apostar na emergência de outras formas de pensamento, de sensibilidade, de ética e provavelmente outro tipo de práticas e vínculos sociais. Uma qualidade que nos pode permitir escapar dos pensamentos, dos conceitos, dos discursos tão orgulhosos. O vínculo da qualidade total desenvolve, pelo contrário, um pensamento que dá o que pensar. O encontro vital com o outro, com algum outro que interrompe o reconhecimento do que já se sabe e provoca uma impressão significativa da sensibilidade, uma modificação na totalidade afetiva da experiência. Uma qualidade total, ao nos colocar em perigo, leva-nos mais além de nós mesmos, ética, afetiva, e socialmente.

A qualidade total define a natureza da relação ética que une cada homem com seu semelhante, a ética como autoridade. Uma qualidade total que se torna filosofia primária, capaz de inspirar e sustentar uma nova ordem humana e institucional.

O tema da autoridade ética é extremamente urgente para os tempos que correm, com pessoas estressadas que se desesperam para fazer as compras de última hora; uma classe média nos sonhos do bem-estar, o conforto e os êxitos pessoais acima de tudo. Sociedade e cidades fora de controle, que mostram habitantes que vêm perdendo o sentido comunitário, desenvolvendo-se cada vez mais egoístas, desconfiados e violentos, em permanente estado de alerta para descarregar no outro seus próprios problemas. Uma espécie de espírito de festa permanente, convertidos em pessoas sempre dispostas a representar de um modo que jamais você havia esperado deles e que inclusive eles nunca haveriam esperado de si mesmos. Os mandatários, os chefes de estado falam como se a ética fosse um assunto do cotidiano, maquiando um pouco os valores.

O Juiz Cidadão

A cidadania e meu direito, a lutar por uma melhor qualidade de vida, juntam-se para estruturar outra concepção do direito e da justiça. Um direito que não está mais centrado nas normas, e sim na cidadania, uma justiça que deixa de estar concentrada em valores e sem o exercício cotidiano de

uma qualidade total cidadã. O direito da cidadania e a justiça cidadã, duas idéias novas, que surgem no pensamento jurídico transmoderno como formas de humanização do direito e da justiça e modos de melhoramento de uma concepção normativa de resolução de conflitos que burocratizou o estabelecimento de litígios. Humanizar o direito é reduzir o poder normativo.

Temos que recuperar a idéia de que a cidadania e os direitos humanos são relações, representam o modo de realização autônoma, emancipatória das relações. Constituem modos de humanização destas relações, entendendo aqui humanização como expressão da cidadania.

Todos os grandes problemas do futuro, a partir da deterioração ambiental, da violência urbana, passando pelas incapacidades de relacionamentos com autonomia, manifestam-se municipalmente, de modo local e não global ou estatal, e sua solução exige iniciativas nesses contextos, iniciativas municipais, lugares municipais para o exercício da justiça, da cidadania, dos direitos humanos e da democracia radical.

Com o objetivo de dar voz à cidadania, é possível começar a implementar programas da justiça cidadã, de juizados da cidadania, onde os indivíduos podem sair do silêncio, recuperar a voz.

Diante do panorama de novos modos de pensamento e novas crenças no imaginário do direito, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina está começando a implementar, em todos os municípios do Estado, um programa de direito e de justiça cidadã, que parece profundamente renovador, um acontecimento histórico na administração da Justiça Catarinense. O Tribunal, através da implementação dos juizados da cidadania em todos os municípios catarinense, busca encontrar mecanismos de harmonização dos direitos diferenciados, atualizando-se, com o dever do pensamento transmoderno; a cidadania como modo de realização dos direitos humanos com autonomia. O cidadão saindo da passividade para o exercício efetivo de uma democracia com bases humanas. Um projeto de implementação da cidadania humanizada e dos direitos fundamentais citados na humanização do indivíduo e de sua cultura. Os direitos humanos como direito da humanização. Um inovador projeto de humanização da justiça saindo do próprio sonho institucional da magistratura.

O projeto do Tribunal atende a vários objetivos de fundamental importância, gostaria de desenvolver agora várias linhas de idéias em torno do núcleo de questões básicas comprometidas com a execução e implementação deste programa institucional de humanização da magistratura catarinense. Um programa que é, diria, multi-revolucionário. Uma proposta que comprometeu a magistratura catarinense em um processo de reforma do pensamento jurídico, uma oportunidade de pensar a reforma, seus caminhos e possibilidades.

Nos seminários que conduzimos, tratamos de mostrar aos juízes que eles estavam diante de um desafio cultural importante. A ciência jurídica avançou consideravelmente. Vivemos hoje um paradigma da modernidade jurídica muito elaborado em termos da verdade ou falsidade, mas cada vez mais humanamente atrasado: juízes despreparados para articular seus processos decisórios. Os juízes ainda não estão prontos para fazer do jurídico um processo de humanização. Atualmente, grande parte deles decidem com uma cabeça cheia de normas e cada dia mais atrofiada em termos de criatividade e articulação. Juízes cada vez mais mal informados, sem capacidade para organizar e muito menos transformar o conhecimento em sabedoria. As informações que chegam aos juízes não são mais que fragmentos do saber, não dispõem de nenhum princípio humanista de seleção, nenhuma pauta que lhes permita superar as estruturas de dependência simbólica.

Os juízes começam em nossos seminários a se dar conta de que são dependentes, cheios de um saber fragmentado que serve exclusivamente para uso técnico. Um conhecimento que não pode ajudá-los na condução de suas próprias vidas, nem nas decisões dos conflitos dos outros.

Os juízes teriam que ser sábios, e não são. Foram ensinados, mas não educados na arte do direito. Educação, diz Morin, é uma palavra forte. A utilização de meios que permitem assegurar e desenvolver a formação de um ser humano favorece a autonomia do espírito. Quando se ajuda uma pessoa a se educar, é preciso colocá-la diante de uma possibilidade de compreender-se e

compreender que tem maior facilidade para viver satisfatoriamente e pensar de modo aberto, completo e não manipulado. Com a educação, ao contrário do ensinar (que é transmitir informações), ajudam-se as pessoas a viver na parte poética de suas vidas e a formar-se melhor.

A dicotomia educar-ensinar ou a de saber-sabedoria coloca-nos diante de uma cultura partida, diante da grande separação de uma cultura científica e uma cultura de humanização (que não é exatamente o mesmo que o humanismo moderno de dois séculos para cá).

A diferença forte está no eixo de que a cultura científica não se coloca como problema numa reflexão sobre o destino afetivo, a qualidade de vida, a responsabilidade com o outro e o empenho em se obter a felicidade. A cultura científica ajuda-nos pouco a pensar na condição humana e a situar-nos dentro dela. Grandes descobertas técnicas e grandes perdas afetivas. A ciência faz-nos perder de vista a percepção global da espécie no mundo. Uma percepção enfraquecida que leva ao esquecimento do sentido da responsabilidade, sem se preocupar em preservar o elo com a cidade e a cidadania. Isso acontece também entre os juízes.

A humanização na transmodernidade do conhecimento, da existência e de nossos vínculos impõe como imperativo um novo ponto de partida: o humano. O que se quer dizer com isso? Onde está a novidade desta afirmação? Trata-se de entender o que, no entanto, não se quis entender sobre a ética de pertencer a espécie humana. Essa liberdade que vivemos como se fosse gratuita, mas que tem um preço que devemos aprender a pagar. O preço a pagar tem como primeira parcela a preservação da vida para a humanidade e o abandono do delírio de conquistar o universo e dominar a natureza.

A fragmentação das ciências humanas determinou a anulação da noção de homem (assim como a fragmentação das ciências biológicas anula a noção de vida), escondendo e não desejando entender a relação indivíduo / sociedade / espécie. A ciência jurídica, em particular, escondeu-nos e não nos deixou entender a relação indivíduo/conflito/satisfação/diferença.

O conhecimento que tem como ponto de partida o humano, tem que apresentar um tipo de pensamento para ajudar a nos preparar para a vida, a compreender a nos e compreender os outros (principalmente em seus sofrimentos). A educação, em contraste ao ensino, deve auxiliar-nos a aprender a assumir o humano como única forma de ajudarmo-nos a aprender a viver. O humano é complexo e se alimenta dos conflitos e do antagonismo, precisa, portanto, de um modo de pensamento que não reduza a existência, nem o humano, ao que pode ser expressado matematicamente.

É preciso substituir um pensamento redutor por outro que distingue e une, por um pensamento que junte a compreensão do todo e as partes (o todo precisa ser reconhecido e entendido no interior das partes e vice-versa), um pensamento do complexo, no sentido originário do termo complexo: que significa tudo junto.

Buscam-se encontrar novas familiaridades para entender o mundo, suponho que mais poeticamente do que nos modos da verdade científica. Isto porque são necessários muitos ajustes para ajudar-nos a entender o que se passa na mente do homem. Para desvendar esses segredos, recorre-se ao surrealismo.

O surrealismo acompanhando a tradição da literatura, chegou até as últimas conseqüências, na intenção de mostrar _ através de metáforas _ a complexidade do humano e seus vínculos que se escondem sobre as aparências da simplicidade. Todas as grandes obras da literatura foram grandes obras sobre a complexidade do humano. Mas, o surrealismo avança nas metáforas para acompanhar as complexidades que foram escondidas nas simplicidades construídas pela cultura científica da modernidade. O surrealismo mostrou a complexidade da condição humana, da singularidade de cada indivíduo e a contaminação do real pelo imaginário, incluindo a ciência nesse processo.

Com clareza, o surrealismo mostra-nos a metáfora como indicador da não-linearidade nos discursos, nos pensamentos e nas ações. É o indicador da abertura do texto e do pensamento para o movimento dos desejos e das interpretações.

A proposta de cidadania do surrealismo sustenta minha adesão ao movimento. Meu trabalho com o surrealismo, o que proponho nos seminários de humanização, não tem nada de Francês, é um surrealismo à moda brasileira e latino-americana, com influências afro e do realismo mágico. A pobreza moral, a que provoca o grande senso de existência, precisa ser combatida de modo surrealista na busca poética de eu mesmo e do encontro poético com o outro. O surrealismo traz consigo um princípio fundamental, estabelece as condições interiores da fuga na alienação: frente a tolerância da repressão institucional, a tolerância máxima do outro e a explosão total, também máxima das oportunidades vitais.

Interessa-me a cidadania surrealista como expressão de um desejo de encontrar-me realizando experiências, que não são maiores do que o experimentador. O surrealismo pode ajudar. Cada dia é mais nítida a intuição surrealista que nos afirma que a salvação do homem exige sua desintelectualização poética. Com este princípio, começa-se a desestabilizar a intelectualização. Somente desta forma as questões de fé, de ética, das coisas que sonhamos podem ser estabelecidas sobre novas bases.

O surrealismo é o único formato com que o homem de hoje conta para empreender a viagem (transmoderna) de humanização do humano. Para isso, é preciso procurar a cidadania surrealista e descobrir algumas lições nessa busca.

A primeira lição de cidadania surrealista: a vida é algo que devemos amar com fervor. A segunda lição é que a realidade deve sempre ser construída poeticamente, temos que ter acesso a um real poético, que una todas as presenças num todo complexo, ambíguo, contraditório, fantástico: o natural que traz sempre uma dimensão imaginária. Assim se constrói o realismo fantástico, essa realidade que precisamos inaugurar. Entendo o realismo mágico ou fantástico de uma maneira muito simples, para mim é a autoridade poética, o poético como qualidade total, ou a qualidade total como comunicação entre indivíduos cheios de poesia.

A terceira lição surrealista conta com o entendimento da distinção entre o sentido do homem poético e o homem da ciência, da técnica: o primeiro caracteriza-se pelo seu sentido da inoportunidade, que chega de uma elevada espiritualidade e de uma rebeldia permanente diante das regras, dos conceitos da proclamada sensatez do sentido comum e dos princípios estabelecidos. A rebelião contra tudo que foi estabelecido como oportuno ou inconveniente para cada coisa. O desafio da criatividade de cada coisa está no que para ela é inoportuno. A cidadania surrealista exercida pela ética da inoportunidade (que é uma ética-poética).

A quarta lição: o conhecimento, a sabedoria não é um dom que se pode entregar e o outro receber passivamente, trata-se de uma conquista que cada um deve constantemente buscar por conta própria. A vida esconde um mistério do qual só é possível aproximar-se pela poesia, que é, nesse ponto, mais produtiva que a interpretação.

A quinta lição é dada pelo entendimento de que a cidadania surrealista é um longo diálogo. O substrato desse cidadania, o que nos torna indivíduos está nos instantes criadores do diálogo continuado. A poesia como espaço vital, o entre-nós que constitui a qualidade total. O indivíduo não é só substância, fundamentalmente é uma causa de relacionamento. Tudo se define pela diferença e pela ética cheia de poesia.

A sexta lição que se pode aprender é que teremos que buscar um novo entendimento para a ética. As respostas éticas não podem ser mais escandalosas. Se queremos seguir situando-a como questão metafísica, teremos que chegar ao acordo que não podemos resolver essa questão à moda antiga.

A última lição diz respeito ao compromisso do surrealismo com os programas emergentes no Brasil de humanização da justiça. Não é possível estabelecer elos se eles não forem acompanhados por programas de humanização de todos os operadores do direito.

O juiz cidadão, em seu sentido mais geral e amplo, é um indivíduo que realiza parte de sua cidadania surrealista por meio de sua função humanizada na magistratura. Na modernidade sempre

se afirma que o espírito do legislador ou o espírito da lei se encontra na mais genuína fonte do direito. Provavelmente uma metáfora que diz outra coisa e que nunca conseguimos decifrar seu enigma. Talvez quando se fala do espírito do legislador, pretende-se fazer uma apelação ao espírito do magistrado.

O juiz cidadão seria o juiz, por assim dizer, do olhar holístico, que substitui o tipo e os conceitos pelo olhar que pensa com poesia. O juiz que considera a ética com poesia e sua intervenção nos conflitos como gestão de potenciais.

Mas o projeto de humanização da justiça capacita um segundo sentido de juiz cidadão; refere-se especificamente às funções que devem ser desempenhadas pelos juizes longe dos juizados de cidadania. Neste segundo sentido, estaria falando-se de juizes mediadores, ou simplesmente mediadores, encarregados de ajudar as pessoas em determinados tipos de relações de conflito.

É inacreditável que, em meio da resolução de litígios, se instalem outras relações de conflito: juiz advogado, juiz de paz, advogado, argumentos, contra-argumentos.

O projeto de humanização da Justiça Catarinense culmina com o estabelecimento de juizes da cidadania que deveriam funcionar dentro do que se propõe chamar casas da cidadania. Esta parte do projeto está em sua fase inicial de implantação. Existem já funcionando um número reduzido de juizados e casas da cidadania. O projeto pretende estendê-las a todos os municípios do Estado de Santa Catarina. Os juizados da cidadania levam, em si mesmos, o compromisso de humanização tanto da magistratura como das relações sociais perdidas.

Existem no momento uma série de filmes que mostram com talento poético o estado de decomposição a que chegaram certas relações sociais, em contextos absolutamente vazios de qualquer condição mínima de vitalidade existencial, vínculos de vidas vividas no mínimo de suas possibilidades. Mas o interessante de suas mensagens passa pelo fato de que elas mostram que, ainda nessas condições, surge algum tipo de afeto como um modo de redefinição dos vínculos. Para os homens que lhes falta tudo, que estão excluídos de seu ser, a única possibilidade que têm de construir sua cidadania é apoiando-se efetivamente nos outros, sem maltratá-los por suas diferenças, e sem tentar manipular suas desordens internas, por não poder controlar seu próprio caos interno. A cidadania e os direitos humanos acabam sendo uma aposta na relação. Todos somos vulneráveis e precisamos de um tipo de cidadania que nos ajude a suportá-la.

Mediação e Sensibilidade

É muito importante aprendermos a lidar com as emoções, sem tentar mascará-las. Observe que, quando surge um problema, ele acaba desaparecendo se o aceitamos. Mas se criamos condições de multiplicá-lo, negando a vivê-lo como experiência criativa, o problema se torna cada vez mais insustentável. A dificuldade, portanto, fica ainda mais complexa se você cria qualquer conflito.

Essas situações geralmente envolvem, além do sofrimento, o medo. O medo aumenta o sofrimento, impedindo que você viva esse momento como um aprendizado. A nossa própria mente cria medos, ódios, ciúme e cabe a nós mesmos aprender a impedir que esses sentimentos criem conflitos. Eles devem ser vividos, mas sem criar problemas, ou seja, sofrer sem interpretar, sem criar teorias em torno do sofrimento. No entanto, as pessoas estão acostumadas a simular suas emoções.

Isso significa que se você for falso em sua raiva, não poderá ser verdadeiro em seu silêncio, o que impede qualquer tentativa de mediação. Para participar de uma mediação, é necessário ser autêntico, e para começar a ser autêntico é preciso estar consciente que não há ninguém para ser enganado. Você estará enganando a si mesmo ao tentar fingir, ao tentar esconder.

O grande segredo, a meu ver, da mediação é muito simples: tente sentir o conflito. Não digo tentar entendê-lo, pois você não pode fazer isso. Muitas emoções estão ocultas numa disputa, mas você pode senti-las. Se tentar entendê-las não encontrará nada e ainda corre o risco de agravar o problema. Para mediar é necessário sentir. O mediador não pode preocupar-se em intervir no conflito, transformá-lo. O objetivo do mediador é intervir nos sentimentos das pessoas, fazer com

que elas sintam suas emoções, sem tentar interpretá-las.

Os caminhos da mediação podem ajudar a recuperar os sentimentos verdadeiros. A mediação, portanto, é uma possibilidade de poder ter o direito de dizer o que se passa, uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio dos outros. Os conflitos só podem ser mediados pelos sentimentos. Os que tentam compreender logicamente um conflito, que pode ser mediado ficam desorientados, já que não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos ou através da linguagem científica ou racional. A mediação é um processo do coração, é preciso sentir o conflito, ao invés de raciocinar sobre ele. É por isso que a mediação precisa utilizar outro tipo de linguagem, é necessário usar a linguagem dos sentimentos. O mediador precisa ajudar as pessoas envolvidas a chegar a acordos emocionais, porque os acordos, baseados apenas na racionalidade, acabam revelando apenas hipocrisia. É provável que as pessoas façam de conta que cumprem o acordado, mas na verdade o conflito permanecerá além do acordo.

Ha pouco tempo, numa aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido através de um processo de mediação e ficou muito abalado com a minha resposta. "Os afetos nunca podem ser executados". A resposta o surpreendeu, porque ele estava raciocinando com os mitos, as crenças e o senso comum que organiza a mente dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida a partir da sensibilidade que é uma forma de atingir a simplicidade do conflito.

O processo de mediação que aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura fazer com que as partes envolvidas deixem de sentir o conflito a partir de seus egos. O ego e a mente tornam os conflitos amargurados e violentos. Quando alguém nos agride, a mente gera pensamentos que poluem o que sentimos. Daí nasce o conflito interior. A simplicidade consiste em afastar os pensamentos para recuperar o sentimento. Por exemplo: Pedro ama Ana, mas de repente seu ego faz surgir o ciúme. Pedro acha que Ana pode estar interessada em outra pessoa. Esse pensamento cria um conflito que impede Pedro de desfrutar o sentimento de amor. Nesse caso, ele precisa usar a simplicidade para evitar o pensamento que envenena e recuperar a emoção do amor.

O ego sempre cria a má intenção e os sentimentos de segunda intenção produzem conflitos interiores. As segundas intenções geram sentimentos negativos que nos impedem de vivenciar os sentimentos positivos. Sentimentos negativos como a vingança, os medos, a ansiedade, os ciúmes e as mágoas tendem a tomar grande proporções e preenchem os espaços disponíveis para os sentimentos positivos. O programa de mediação e sensibilidade pretende que o mediador ajude as partes a evitar a dramatização de seus conflitos. Falo da mediação não como uma técnica ou uma filosofia, mas como uma forma de cultura.

Como se forma um mediador? Faço essa pergunta porque acredito que a grande maioria das escolas de mediação estão fracassando como formadoras de mediadores. Elas preocupam-se em proporcionar técnicas e rituais, um guia de formalidades, um manual de boas recomendações. A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas acreditam formar mediadores como se fossem mágicos, que podem acalmar os envolvidos num conflito com seus truques. Mas a magia na formação de mediadores vem da sensibilidade que, como a mediação, é o grande tema do direito na virada do milênio.

A mediação difere da negociação direta por ser uma autocomposição assistida (terceirizada). O que se procura com a mediação que é um trabalho de reconstrução, simbólica, imaginária e sensível é negociar com o outro as diferenças que nos permitem superar as divergências e formar identidades culturais. Isso sempre exige a presença de uma terceira pessoa que cumpra as funções de escuta, interpretação e implicação. O processo é de autocomposição, porque são as partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo, recompondo os fatores (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outra natureza) que possam ter gerado o desentendimento. O mediador estimula as pessoas envolvidas no conflito a encontrar juntas uma saída para voltar a viver com outra disposição. A atitude de busca comum deve encarar o conflito como uma oportunidade para os envolvidos gerenciarem melhor suas vidas. Prefiro falar de autocomposição, embora muitos autores optem pela expressão negociação, que, no meu ponto de vista, transforma o processo num acordo de

interesses patrimoniais. Por outro lado, considera-se que, quando se fala de negociação, se faz referência a um procedimento baseado em propostas explícitas, e não em um trabalho de ajuda sobre o que não foi declarado num conflito.

Existem outras formas judiciais de solução de conflitos, como a arbitragem, em que a autocomposição não acontece da mesma maneira em função da presença de uma terceira pessoa que decide o impasse. A autocomposição relativa pode estar presente na arbitragem nos momentos em que o árbitro convoca as partes para uma conciliação, ou solicita a colaboração conjunta dos envolvidos para reconstruir relatos. No entanto, na arbitragem, as partes nunca se autocompõem para decidir a disputa.

O procedimento de arbitragem segue o mesmo procedimento judicial, mas, ao invés de ser decidido pelo juiz togado, o conflito é decidido pelo árbitro, que pode ser previamente escolhido pelas partes. Tanto o árbitro quanto o juiz julgam baseados na verdade formal, seguindo o princípio de que o que não está nos autos não pertence ao mundo jurídico. Os litígios são decididos baseados nas versões apresentadas pelos representantes das partes, que nem sempre expressam a verdadeira vontade dos interessados. A sentença e o laudo arbitral não resolvem a relação afetiva conflituosa das pessoas, apenas determinam como encerrar o litígio.

A conciliação e a transação podem, num primeiro momento, se parecer com a mediação, mas as diferenças são enormes. Ao contrário da mediação, essas duas técnicas não trabalham o conflito e, portanto, não o transformam. O conciliador exerce a função de "negociador do litígio", reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. A conciliação faz com que os envolvidos acabem abrindo mão de alguma coisa para encerrar a questão. Mas, o conflito permanece inalterado.

A mediação é uma proposta transformadora do conflito, porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas sim a resolução do problema pelas próprias partes, que recebem ajuda do mediador para administrar a questão. Nesse caso não há preocupações com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos ou com a formulação de um acordo. O objetivo principal da mediação é ajudar os envolvidos a redimensionarem o conflito, entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das partes. O mediador exerce a função de ajudar as pessoas a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito, assim pode ser entendida a mediação. Para falar de mediação, temos que abordar uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. Quando os juristas falam de conflito, reduzem-no ao litígio que não significa a mesma coisa. Ao se decidir judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos, desse modo o conflito pode ficar oculto, retornando ainda mais intenso no futuro. Os juristas quando intervêm num conflito apelam ao imaginário jurídico, que eu denomino de senso comum teórico do direito.

O conceito jurídico de conflito como litígio representa uma visão negativa deste. Os juristas pensam que o conflito é algo que deve ser evitado. Eles redefinem o conflito como controvérsia. Uma controvérsia que por outro lado se reduz a questões de direito ou patrimônio. Isso comprova que os juristas nunca pensam o conflito em termos de satisfação. Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o atrito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença.

O conflito, encarado a partir de um ponto de vista psicológico, coloca-nos diante de um enigma que o impulsiona. A autocomposição assistida transforma o conflito na medida em que se abre a um processo vivido como enigma. Agindo sobre o enigma, as partes podem transferir ou transformar sua realidade; isto é, produzindo com o outro a diferença.

A mediação, fundamentada em pressupostos psicológicos e psicoterapêuticos, baseia-se numa teoria do conflito que não o vê como algo maligno ou prejudicial. A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora. Ou seja, a mediação é um processo assistido não adversarial de administração de conflitos.

É importante ressaltar que o procedimento da mediação acontece sempre em nome do acordo: o que não significa que o acordo seja importante. Ao contrário dos outros procedimentos jurídicos e sociais, que são vistos como formas alternativas de resolução de disputas, a mediação não tem como objetivo prioritário a realização de um acordo. No meu entender, a função fundamental da mediação é a produção da diferença, instalando o novo. Mas nem todas as correntes da mediação se aproximam da minha.

Há correntes de mediadores de orientação acordista que consideram o conflito como um problema que tem que ser resolvido nos termos de um acordo. Estamos falando de uma proposta de mediação que se fundamenta na ideologia e no individualismo possessivo. Em termos acordistas, a mediação tem como destino a construção de uma solução para um conflito concebido como problema. Existe outra corrente que poderíamos chamar de transformadora: ela consiste na visualização do conflito como uma oportunidade para se propiciar uma melhoria na qualidade de vida dos envolvidos, essa linha tem alguns pontos em comum com o que eu chamo de mediação alternativa: onde o acordo passa por rituais durante todo o procedimento.

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos envolvidos num conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação aos outros. Uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um num conflito, gerando deveres reparadores e transformadores.

Enfim, a mediação seria uma evolução para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como o de descobrir a verdade, muitas vezes imaginária. Na mediação, é fundamental trabalhar os não-ditos, já que os detalhes de um conflito se revelam muito mais pelo que não foi dito do que pelo verbalizado. Não podemos esquecer que a mediação se realiza sempre pela percepção e pelo trabalho que se pode realizar em relação a infinitos detalhes.

O Perfil do Mediador / Conciliador

Quando se fala de conflito, aparece, de forma geral, em todas as pessoas, uma idéia negativa e assustadora: um claro alerta de perigo e a necessidade de defesa.

O homem, como todos os seres vivos, procura preservar sua integridade que está, de maneira geral, associada ao equilíbrio alcançado. Esse equilíbrio está relacionado com a integridade psicofísica e inclui todas as "posses" (os bens materiais possuídos). Esse *status quo*, ao qual nos apegamos como uma tábua de salvação, fica vulnerável diante da ameaça de um conflito próximo.

O conflito tem sido estudado por diferentes ciências e técnicas do conhecimento humano. Exemplo disso é o fato de toda a estratégia militar estar baseada nos conflitos reais e potenciais entre países ou regiões. O comércio internacional baseia-se em interesses confrontados que podem gerar conflitos e editar regras especiais entre mercados diversos. A sociologia, assim como a história, estuda com atenção os conflitos sociais; e são muitas as teorias que se fundamentam na existência dos conflitos de classe, de raça e comerciais para explicar a história e a evolução dos povos.

Pessoas em conflito

Quando duas pessoas discutem, o crescimento da violência oculta a razão da disputa e cede lugar à agressão.

Basta tomar como exemplo a discussão de um casal, em que a simples reclamação do fato da comida estar sem tempero, converte-se rapidamente em uma longa briga. Todas as mágoas guardadas surgem de repente como se alguém tivesse aberto uma torneira, inundando a conversa e fazendo desaparecer as verdadeiras razões da origem da discussão. E, o que é mais importante,

encobrendo a real causa que motivou a agressão.

Nas situações em que dois adversários lutam pelo direito a uma propriedade, as razões objetivas que sustentam com clareza tal direito são as que os levam a sentar, negociar e, finalmente, chegar a um acordo: com que parte ou com que uso da propriedade ficará cada um dos envolvidos. Por que então sentar e chegar a um acordo não é possível?

Apontamos as pressões a que é submetido o ser humano desde o nascimento e que fazem com que o aparelho psíquico se estruture em uma unidade fragmentada. Somos pessoas com contradições de desejos, pensamentos e atos. Essa é, precisamente, o segredo das falhas na comunicação com os outros.

Se os clientes não podem dar conta de seus próprios desejos, como será possível satisfazê-los se eles mesmos não sabem o que realmente querem?

As pessoas sentem-se agredidas pela intromissão ou a invasão do desejo de outra pessoa em seu objeto de desejo; mas não conseguem saber com certeza o que desejam desse objeto ou para que o desejam. Ao invés disso, lutam, com idéias de justiça, pelo que consideram sua propriedade ou seus direitos, mas desconhecem se realmente têm direito ao objeto em questão.

Nesse jogo ilusório de propriedades e direitos, de confusões refletidas de conflitos internos, surgem os grandes conflitos interpessoais.

A mediação, repito, é de grande utilidade nos casos em que as partes desejem achar soluções em que os interesses de ambas sejam respeitados, onde seja importante preservar e até aprimorar o relacionamento, mas nunca piorá-lo.

Outra virtude da mediação é o sigilo. Muitos problemas comerciais ou familiares requerem um tratamento privativo, sem alarde. Quando os clientes desejam achar soluções dentro de parâmetros privados, a mediação pode ajudá-los.

Uma das exigências fundamentais que o mediador deve impor no início do trabalho é a de que os participantes tenham representatividade suficiente para expor o problema e decidir. A importância do relacionamento dos envolvidos, faz com que eles mesmos tomem decisões nas sessões de mediação. A necessidade de consulta com superiores ou representados enfraquece a mediação, já que esse método de resolução de conflitos é pautado no relacionamento entre as partes e na escuta de seus interesses e necessidades.

Resumindo: o cliente apto para solucionar seus problemas através da mediação é aquele que, capacitado para decidir, deseja preservar seu relacionamento com o outro, com o objetivo de tomar decisões que contemplem os interesses de ambos, num clima cordial, sem publicidade e sem demora.

As emoções

Temos falado da necessidade do ser humano de preservar um equilíbrio psíquico e de como esse equilíbrio fica ameaçado com a emergência de um conflito. Um alerta é disparado, fazendo com que os seres vivos se preparem para enfrentar o perigo, quando alguma informação recebida pela percepção aponta a existência de um elemento fora do normal. A primeira reação dos seres humanos é de "preparem-se para defender a integridade, seja física ou psíquica", que se sente ameaçada. Esse primeiro alarme, sentido como angústia, faz com que o aparelho psíquico se prepare para se defender de um perigo, seja ele intrapsíquico ou exterior. Essa angústia deixa o homem com sentidos mais sensíveis para reconhecer a realidade e a importância do perigo. Dependendo da constatação da realidade do perigo, esta angústia o induzirá a fugir ou atacar, após uma possível paralisia temporária.

Um cliente com um conflito está sempre angustiado, por isso é fundamental que o Mediador/Conciliador o ajude a acalmar-se. Essa angústia converte-se logo em medo, pois, se decide atacar, terá medo da resposta defensiva da outra parte e, se foge, o faz também com medo.

Não há aqui a necessidade de remarcar que o grande sentimento da paralisia é o medo.

Quando um cliente grita ou agride é porque sente medo, o mesmo acontece quando ele pára ou foge para não enfrentar o problema. Esse medo, sentimento próprio de quem sente seu equilíbrio em perigo, favorece a escalada de violência, levando os envolvidos a confundirem pessoas com os problemas e a necessidade de construírem o discurso oculto, acreditando que ele seja o melhor escudo protetor da fragilidade que está sentindo.

O cliente deve acreditar e sentir segurança no Mediador/Conciliador. Ambas as partes devem sentir-se cuidadas pelo Mediador/Conciliador. Cabe a quem está conciliando uma situação demonstrar imparcialidade, apontando possíveis injustiças e alertando quando uma proposta foge dos critérios de realidade. É necessário ainda fazer com que as pessoas se sintam à vontade, compreendidos e cuidados por ele. Isso faz com que o medo e a angústia diminuam e, logicamente, desapareçam as atitudes associadas a esses sentimentos.

Muitos autores que trabalharam as características e dificuldades dos homens para negociar, apontam o medo como principal inimigo. O medo bloqueia o raciocínio, a afetividade e, com isso, a criatividade, valores fundamentais que entram em jogo na Mediação/Conciliação.

Um homem ou mulher que chora, grita ou treme está pedindo para ser socorrido. São sinais que o Mediador/Conciliador não deve deixar passar, demonstrando seu reconhecimento e compreensão, com frases como: "compreendo o que está passando e o quão difícil é para o senhor(a) essa situação. Eu estou aqui para ajudá-los e facilitar as coisas ao máximo. Vocês já deram o primeiro passo ao virem até aqui, isso demonstra a força e o desejo de solucionar pacificamente este conflito."

Outras vezes uma simples pergunta ou sinalização do que percebemos são suficientes para ajudar o cliente a se acalmar e a adotar uma posição mais cooperativa.

Numa determinada época realizou-se uma mediação em uma empresa com grande conflito. Dois dos três sócios queriam efetuar um grande aumento de capital, o que deixava o terceiro, o mais jovem, em desigualdade de poder de decisão. Esse jovem ocupava, há seis meses, o lugar do pai, que havia morrido, tendo então ficado como representante dos outros herdeiros, uma irmã mais nova e sua mãe.

Os outros dois sócios, um homem e uma mulher, com idade aproximada ao do sócio falecido, diziam querer aumentar o capital para comprar equipamentos, segundo eles imprescindíveis. Na realidade, o que eles queriam era eliminar ou pelo menos neutralizar esse "jovem que, sem saber nada do assunto, atrapalhava o funcionamento da empresa." Logo após iniciada a mediação, ficou claro que o jovem tinha um excelente preparo para cumprir sua função e suas idéias pareciam sensatas. A cada oposição de seus sócios, ele rebatia com respeito e com muitos conhecimentos e dados, demonstrando até que a compra das tais máquinas era desnecessária.

Após muitas idas e vindas sobre o tema, um dos sócios mais velhos, a mulher, deixou de falar e começou a bater suavemente com um dedo na tampa da mesa, com um ritmo monótono que parecia o de um relógio, mas ela aparentava estar totalmente calma. O mediador dirigiu sua atenção a ela e lhe disse que achava que ela estava muito ansiosa e perguntou se podia expressar o que estava acontecendo. Com raiva, disse que o jovem queria matá-los, indo contra todos os procedimentos que tão bem funcionaram até então. A luta de gerações, aqui, era de "vida ou morte" e o jovem era a clara expressão do envelhecimento e da proximidade da morte sobre eles. O jovem ficou sem jeito pela afirmação de sua sócia e replicou que "eles é que queriam matá-lo, ao aumentar o capital em cifras que ele não poderia acompanhar". Após um silêncio, o jovem confessou que, em seu entusiasmo com as novas técnicas que havia estudado se esquecia de respeitar a grande experiência de seus sócios.

O ponto inicial de aumento de capital, que tinha atuado como motivo da discórdia, encobrendo os reais interesses deles, cedeu espaço à discussão de como podiam organizar-se para aproveitar ao

máximo as habitualidades de cada um, ouvindo-se e respeitando-se mutuamente.

Se este caso não tivesse recorrido à mediação, o final seria bem diferente, pois teria caído numa discussão sobre aumento de capital, questão que um juiz ou árbitro poderia decidir baseando-se nas leis vigentes e o problema real teria ficado sem solução, pois as diferenças dos envolvidos não teriam sido nem ouvidas nem trabalhadas.

Esse é um bom exemplo de posição encobridora dos interesses, pois o aumento de capital simplesmente acobertava o real desejo dos sócios mais velhos de limitar a atuação do mais novo e de conseguirem ser respeitados por ele.

Este caso também exemplifica a confusão de pessoas com problemas, pois realmente, o problema não eram as pessoas, e sim como achar a maneira de respeitarem-se e tornar o trabalho mais agradável e produtivo.

Percebe-se ainda a importância das emoções dos clientes que devem ser levadas em consideração pelo mediador, para que, ao serem detalhadas, possam revelar os interesses em jogo. E, finalmente, este caso é um bom exemplo de como, com a mediação, os interesses de todos são valorizados para que o resultado final alcance a satisfação dos envolvidos, em um "ganha-ganha", de difícil percepção numa primeira visão do problema.

Atitude do conciliador/mediador

O que é ser Conciliador/Mediador?

Aprofundar-se sobre o conhecimento da conciliação e da mediação é basicamente estudar qual deve ser o comportamento do conciliador/mediador, já que grande parte dos acordos dependem do profissionalismo da pessoa responsável pela conciliação/mediação. Uma das maneiras mais eficazes para definir o Conciliador/Mediador é apontar atitudes que não fazem parte desse conceito:

O Conciliador/Mediador não é um juiz, porque nem impõe um veredicto, nem tem o poder outorgado pela sociedade para decidir pelos demais.

Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados.

Não é um árbitro que emite um parecer técnico. Resumindo: o Conciliador/Mediador é uma pessoa neutra. Conduz sem decidir. É neutra em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão. Nesta condição, ele deve fazer com que as partes envolvidas participem ativamente na busca de melhores soluções que se ajustem a seus interesses, pois ninguém é melhor dos que os próprios envolvidos numa disputa para saber tomar decisões sobre si mesmos.

Na conciliação/mediação tudo deve acontecer entre as pessoas diretamente envolvidas no conflito. O Conciliador/Mediador é somente um auxiliar que ajuda a esclarecer os reais interesses que possibilitarão o acordo final.

Resumindo, o Conciliador/Mediador deve:

- 1 Manter permanentemente sua posição de neutralidade e imparcialidade;
- 2 Evitar o juízo de valor sobre as questões ou pessoas;
- 3 Não compactuar com armadilhas ou subterfúgios;
- 4 Guardar a confidencialidade e a privacidade das pessoas envolvidas, mantendo o sigilo sobre o que acontece nas reuniões;
- 5 Preservar a igualdade entre os participantes da disputa;
- 6 Proibir a prática de atos hostis durante o diálogo;
- 7 Imprimir tom positivo aos debates entre as partes;
- 8 Zelar pelo atendimento das normas comportamentais;

- 9 Informar e preparar as pessoas para o procedimento;
- 10 Eliminar a atitude rival (enfrentamentos) e conduzi-los a enfrentar cooperativamente o problema;
- 11 Considerar todos os pontos de vista relativos à controvérsia;
- 12 Usar citações dos envolvidos para assegurar o entendimento entre eles;
- 13 Encorajar o surgimento de proposições e sugestões para criar diferentes formas de resolver o problema;
- 14 Auxiliar na avaliação das propostas alternativas para encaminhar a decisão;
- 15 Facilitar o acordo escrito;
- 16 Deixar na impossibilidade de acordo, o caminho aberto para outro procedimento de resolução de impasse como a arbitragem ou a decisão judicial.

Há quatro aspectos que o Conciliador/Mediador nunca deve deixar de lado:

- 1.- Centralizar as discussões nos problemas e não nas pessoas, trabalhar os problemas subjetivos usando técnicas pessoais e tratar os problemas com seu real valor;
- 2.- Investigar os interesses desarmando o discurso infértil da posição;
- 3.- Prestar muita atenção às emoções dos clientes para que, ao ser apontadas, elas possam ser usadas positivamente na procura dos interesses verdadeiros e não compliquem o procedimento;
- 4.- É importante que sejam considerados os valores e critérios objetivos nas discussões, só assim é possível trazer os envolvidos para a realidade e evitar petições inoportunas.

Procedimentos usados no atendimento

Aconselhamento

As pessoas recorrerão a você trazendo seus problemas. É necessário escutá-las com atenção para poder entender que tipo de ajuda necessitam. Somente após ouvir cuidadosamente o relato do problema, será possível aconselhá-las sobre o melhor caminho para resolver o caso. Essa indicação não é vinculante, mas serve para que as pessoas entendam melhor sua situação ou o caso apresentado e tenham uma indicação do que fazer, do órgão correto que devem procurar, do procedimento que será realizado para solucionar a questão. Enfim, aconselhar significa esclarecer ou indicar uma solução a alguém.

Assessoramento

Em alguns casos a solução para a questão pode envolver várias alternativas. Nesses casos é conveniente usar o assessoramento, explicando as diversas opções que o cidadão tem para resolver seu problema. Assim o aconselhamento é a indicação de uma solução, enquanto que o assessoramento é a descrição de várias opções, dando ao cidadão total liberdade de escolher a que melhor lhe convém. Ao assessorar, você deverá estar seguro do que está transmitindo, usando todos os instrumentos disponíveis com o objetivo de prestar informações corretas e confiáveis.

Negociação

A idéia de negociação é confundida muitas vezes com barganha, em que cada parte procura ganhar mais. Como numa competição, onde se joga para ganhar. Quem promove barganha nos conflitos está apenas "mascarando a solução". Um acordo feito nesse nível, está fadado ao descumprimento, ocultando o conflito, e muito freqüentemente gerando outro maior. O conceito de que "se ele ganha, eu perco", e vice-versa, impede a solução do conflito. Porque o fato de uma só pessoa obter vantagens deixa a outra na situação de perda total. Será conveniente que você aconselhe, em alguns casos, as pessoas a se encontrarem para dialogar e trocar informações sobre seus anseios. Esse diálogo (negociação) poderá conduzi-los a uma solução pacífica do problema, garantindo a satisfação de todos.

É importante que você conheça também as técnicas da negociação cooperativa, que pode ajudá-lo na mediação.

Negociação cooperativa

Quando se inicia uma mediação, as partes envolvidas no conflito são instruídas a agir com cooperação. As diferenças são tratadas com respeito, e o mediador conduz o trabalho para que haja mútua compreensão. Usando as técnicas da negociação cooperativa, centraliza-se a discussão no objetivo da disputa. Respeito, boa vontade e a correta condução levarão a uma mediação equilibrada e um resultado satisfatório.

Acompanhe agora a descrição de alguns impasses e as técnicas sugeridas para contorná-los:

Situações em que o discurso encobre os Interesses:

O trabalho da escuta das opiniões dos clientes e a descoberta de suas motivações latentes, contidas em seu discurso, é o mais importante a ser feito pelo mediador no primeiro momento.

Sabemos que nenhum conflito é como se apresenta na superfície. Como um *iceberg*, a parte oculta é muito maior do que a visível.

Os clientes estão acostumados a dissimular a verbalização de seus interesses, pois eles pensam que o adversário não deve saber as verdadeiras razões que os motivam na disputa, para não correr o risco de perdê-la.

Quando uma pessoa está envolvida num litígio, é comum falar tanto dele e escutar tantos conselhos e recomendações de familiares, amigos, e profissionais que dia a dia este discurso será enriquecido com inúmeros argumentos e frases feitas, até solidificar-se numa retórica que pouco ou nada tem em comum com os interesses iniciais que o levaram ao litígio.

Derrubar essa posição tão estruturada e inútil para deixar fluir o verdadeiro interesse, perdido e disfarçado durante a escalada da violência, é imprescindível no processo da mediação.

Não é possível negociar sobre posições, ou seja: sobre aquele discurso estruturado e fechado, mas sim sobre os interesses (as motivações reais) de cada pessoa.

Sabemos que o envolvido num conflito, ao falar, está expressando uma posição que contém um discurso de uma outra pessoa. Ou seja, há uma outra retórica oculta ou latente contida no discurso apresentado.

Luta entre pessoas ou discussões sobre problemas?

Quando duas pessoas brigam, sejam quais forem as razões, a real causa da disputa deixa rapidamente de ser o foco da atenção e o adversário passa a ser o alvo de todas as agressões. A partir daí, há um conflito direto com essa pessoa.

A cultura de rivalidade nas sociedades é tão profunda que em alguns países se autuam os processos judiciais com um *versus* ou um *contra* no meio.

A impossibilidade de separar as pessoas dos problemas que as confrontam faz com que seja tão impossível promover o diálogo entre os oponentes, sem brigar, incapacitando-os de negociar entre eles a melhor solução.

Ao mesmo tempo, esta cultura de confundir os problemas com as pessoas, tem criado a meta de ganhar, como numa guerra, baseando-se na destruição do inimigo.

A possibilidade de encaminhar novamente a atenção sobre o verdadeiro objeto, sobre a verdadeira causa da disputa, e centrar nisso as discussões, leva os envolvidos a concentrar-se nos interesses sobre o objeto do qual se trata, e a reduzir a agressão entre eles.

Conciliação

A conciliação é o procedimento através do qual as pessoas, voluntária ou obrigatoriamente, trazem

suas posições perante o conciliador. Esse método de solução de problemas é indicado quando os conflitos são eminentemente objetivos, quando não existem relacionamentos importantes entre os participantes. Ao conciliador, cabe colocar as pessoas frente a frente com o objetivo de conformação e ajuste, visando alcançar um ponto de equilíbrio entre as pretensões.

Vivemos numa sociedade estruturada na desconfiança e na simulação. Somos educados assim. E, quando o assunto em questão diz respeito ao dinheiro e propriedades, a situação complica-se ainda mais. Isso acabou gerando nossa profunda cultura de disputa.

A função do conciliador é a de aproximar os interesses, criar oportunidade para que os "adversários" ajustem suas necessidades, sem ferir qualquer direito, de forma a ninguém se sentir ou se sinta perdedor, haja consenso.

Mediação

A mediação é o procedimento privado de solução que vem demonstrando sua eficiência nos conflitos interpessoais, pois, com ela, são os próprios envolvidos que encontram as soluções. O mediador somente os ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que permitirão aos rivais um entendimento melhor.

Essa é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e, com um profissional devidamente formado, auxilia as pessoas a acharem seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo em que todos ganham.

Com o uso da mediação, o cidadão recupera sua independência e o controle de sua vida pessoal, social e produtiva, num convívio mais racional, adulto e pacífico, gerando a necessária liberdade e paz social.

A mediação respeita o sigilo e a intimidade dos envolvidos, ajudando-os a solucionar seus conflitos num clima harmonioso.

A divulgação das técnicas da mediação ajudará a mudar as pessoas que poderão transformar-se numa sociedade capacitada para gerar riqueza e elevar, assim, o nível cultural e sócio-econômico, da qual são integrantes. Conhecendo seus próprios problemas, o cidadão descobrirá que é o único responsável para solucioná-los.

O procedimento da mediação deve ser flexível, contemplando as necessidades e o tempo disponível dos clientes para relacionarem-se e chegar a um acordo.

Podemos comparar a mediação com um jogo de xadrez, ou seja, sabemos como ela vai começar, mas não é possível prever o andamento e muito menos o desfecho da questão. Cada cliente é um ser especial e, levando esse fato em consideração, o mediador auxilia-os-á a encontrar

Bibliografia

AZEVEDO, de Jose Clovis de y otros (org). *Utopia e Democracia na educação cidadã*. Porto Alegre: 2000.

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid, Editorial Trotta, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernity and Ambivalence*. Polity. Cambridge: 1990.

BELLO, Reguera. *La construcción ética del otro*. Ediciones Noble Oviedo: 1999.

CAPELLA, Juan Ramón *Los ciudadanos Siervos*. 2ª edición, Madrid: Editorial Trotta. 1993.

CESARANY, Mario. *A intervenção surrealista*. Lisboa: Assírio & Alvimeditores. 1997.

DÍAZ, Esther. *Posmodernidad*. Buenos Aires: Editorial, Biblos, 1999.

GOMES, José Maria. *Política y democracia me tempos de globalização*. Petrópolis/Brasil: Vozes, 2000.

LARROSA, Jorge y Perez de Lara, Nuria (org) *Imagenes del otro*. Barcelona: Virus editorial, 1997.

LIPOVETSKY, Guilles. *El imperio de lo efímero*. Barcelona: Anagrama, 1992.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Rio de Janeiro: Bertran Brasil Editora, 2000.

WARAT, Luis Alberto.

1 - A crise política do Governo De La Rúa que levou seu vice-presidente a renunciar ao cargo, é um exemplo de um político que busca, renunciando o poder, construir um outro tipo de cidadania, a qualidade total transparente.

o melhor caminho das regras de neutralidade e imparcialidade.

O JUDICIÁRIO DISPONDO DOS AVANÇOS DA INFORMÁTICA

Pedro Madalena

Juiz de Direito aposentado

Álvaro Borges de Oliveira

M. Eng. - Professor Adjunto da UNIVALI

Doutor pela UFSC

O JUDICIÁRIO DISPONDO DOS AVANÇOS DA INFORMÁTICA

Pedro Madalena

Álvaro Borges de Oliveira

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - A morosidade da Justiça Brasileira; 3 - Automação dos cartórios judiciais; 4 - Descentralização de atribuições do juiz; 5 - Sentença produzida por sistema inteligente; 6 - Resumo; 7 - Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Há pouco tempo, diga-se de passagem, de forma tardia, o Judiciário Brasileiro deu uma amostra de progresso ao implantar sistemas para a execução dos serviços cartorários.

O Judiciário dispõe, na atualidade, de banco de dados onde o cliente pode obter informações, inclusive via *Internet*, sobre o andamento (fases) de processos, sobre o conteúdo (integral ou ementado) de decisões judiciais, bem como assuntos administrativos de interesse da Justiça. Contudo, esse progresso não acelera por inteiro o serviço relacionado à prestação jurisdicional. Está faltando o principal, um sistema inteligente para os serviços do cartório e do juiz, notadamente no primeiro grau de jurisdição, pois sistema que acessa banco de dados é uma coisa e sistema inteligente é outra.

Quando falamos de sistema inteligente, referimo-nos àqueles que empregam técnicas de inteligência artificial, isto é, sistema que habilita a máquina a fazer coisas que requerem inteligência. A inteligência artificial, por sua vez, utiliza várias técnicas para tornar a máquina inteligente, como por exemplo Raciocínio Baseado em Casos, Agentes Inteligentes, Sistemas Especialistas, etc., para falarmos das técnicas mais conhecidas. Assim, quando aberto o processo judicial, este passaria a ser gerenciado por um sistema inteligente, com dispensa de certos trabalhos manuais e intelectuais dos

serventuários e do juiz.

O Desembargador Hermenegildo Fernandes Gonçalves, ao tempo em que presidia o TJDF, no Jornal **Forum** da Associação dos Magistrados Catarinenses, novembro de 1999, escreveu:

Eu penso que os juízes não devem ficar reclamando que o número de juízes é pequeno, que o número de processos é muito grande. Nós podemos fazer alguma coisa, temos que arregaçar as mangas e tomar as providências.

Também o jurista Humberto Theodoro Júnior, na Revista **Animus** da mesma Associação, dezembro de 1999, declarou:

Não será, portanto, pela falta de institutos processuais modernos que a tutela jurisdicional, entre nós, se mostrará lenta e, muitas vezes, ineficiente. Nossos problemas atuais, quanto aos serviços judiciários, situam-se no setor da organização e administração da burocracia forense, como é notório.

Igualmente o nobre sábio das letras jurídicas, Regis Fernandes de Oliveira (Desembargador aposentado, Vice-Prefeito de São Paulo e Ex-presidente da APAMAGIS, da AMB e FLAM) , ao fazer a síntese sobre "O Judiciário e o terceiro milênio", asseverou:

(...) Todos os cartórios devem ser informatizados, permitindo-se a ligação dos computadores aos escritórios dos advogados, que buscarão informações imediatas. Citações e intimações poderão ser feitas por *e-mail*. Recursos modernos devem ser utilizados e aprimorados (Tribuna da Magistratura - Órgão Oficial da Associação Paulista de Magistrados, novembro e dezembro de 1999, p. 6).

Destarte, discutimos alternativas para a informatização do Judiciário, em que tecemos críticas e mostramos soluções através de sistemas inteligentes.

O povo reclama e os próprios administradores do Poder Judiciário reconhecem o excessivo número de processos dependentes de julgamento, o que vai se avolumando no decorrer do tempo, sob a alegação da falta de pessoal e material, frente ao aumento das demandas judiciais, em que até se imagina que alguns membros dos demais Poderes não pretendem disponibilizar mais recursos orçamentários por querer o Judiciário enfraquecido, deambulando a passos de tartaruga.

Seja como for, entretanto, estamos cientes de que os cartórios judiciais não aplicam técnicas modernas administrativas para promover o devido apoio logístico à realização da atividade final prestação jurisdicional/decisões/sentenças. O tipo de trabalho pouco se desenvolveu além das máquinas de escrever. Usam-se microcomputadores, em princípio, simplesmente como máquinas de escrever sofisticadas. Vê-se ainda o processo com a mesma característica apresentada no século findo. Muitos papéis, marcas de carimbos, declarações, certidões e vestígios do manuseio repetido e até desnecessário. Quando ocorre a substituição de direção, o novo magistrado tem o hábito de revisar todo o processado, desde o início, à procura de eventual nulidade ou falta da execução de algum procedimento imprescindível. O processo judicial deve ter movimentação rápida na sua fase postulatória, exatamente porque os prazos são peremptórios, 15 dias para contestar (art. 297 do CPC) e 10 dias para a réplica (art. 327 do CPC). No caso de perícia, o prazo razoável de praxe forense é de 20 dias (art. 433 do CPC). A data da audiência de instrução e julgamento pode ser marcada desde logo, e o tempo para a sua realização em média não ultrapassa a 3 (três) horas. Julgamento no ato ou em gabinete.

O leitor pode fazer a conta do provável tempo gasto para o desenvolvimento dessas fases processuais. Por certo não ultrapassa, quando muito, a seis meses. É claro que tudo isso se vincula aos efeitos da quantidade de processos pendentes. Entre tantos casos, temos ciência de uma ação de despejo por falta de pagamento do aluguel de imóvel comercial de pequeno bar, em que o inquilino não purgou a mora, não argüiu nenhum incidente e nem tampouco foi proferido decisão interlocutória capaz de comportar o manuseio de agravo, mas mesmo assim só acabou sendo julgada cinco anos (5) após a data do aforamento, no primeiro grau de jurisdição.

Apresentamos este projeto de sistema informatizado como subsídio para promover a celeridade do

serviço forense, independentemente da quantidade de juízes e de auxiliares no momento, guardadas, contudo, certas proporções estruturais, certos de que os administradores do Poder Judiciário também estão se preocupando com esses fatores.

O juiz continua proferindo a sentença com as mesmas formalidades praticadas em outros tempos, antes datilografando e agora digitando. No reforço de suas convicções, geralmente apresenta farto e as vezes até exagerado material de doutrina e jurisprudência a respeito ponderou o Ministro Carlos Velloso, do STF:

... Aliás, o julgamento tem um sentido prático. Quando vejo sentenças extensamente fundamentadas, com citação de doutrina, votos imensos com doutrina e mais doutrina, eu fico com pena do magistrado que assim procedeu. O que se quer dele é a solução do problema em termos práticos....

E usa para tanto um editor de texto instalado no microcomputador e alguns formulários previamente padronizados, a fim de concretizar o ato derradeiro da prestação jurisdicional.

Em certos casos, pouco acredita nos seus auxiliares. Prefere fiscalizar todos os atos processuais, o que inevitavelmente provoca a elevação do número estatístico dos processos sob a sua responsabilidade. E com tanto rigor procedimental adotado, ainda ocorrem casos de decretação de nulidade processual, por certo, fruto do natural erro humano, o que se pode evitar com o uso de sistemas informatizados inteligentes, que conseguem prever todas as rotinas de trabalho, a ponto de, quando não cumprida uma, o operador ser alertado para que a cumpra (Agentes), sob pena do sistema ficar impedido de prosseguir.

Por isso propomos apresentar algumas idéias para reflexão. Com o uso da informática, talvez seja possível o Judiciário vencer as atuais deficiências relacionadas com pessoal, material e o vertiginoso aumento das ações judiciais.

Este artigo não está direcionado aos bacharéis de informática, e sim aos operadores do Direito. Não pretendemos agradar falsamente as autoridades-alvos (a quem dirigimos em especial este trabalho). Apresentamos idéias que eventualmente, cedo ou mais tarde, haverão de ser melhor examinadas, senão adotadas, pelo menos em parte.

2 A MOROSIDADE DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Escrevemos o presente artigo ao sentirmos que a demora na prestação jurisdicional decorre geralmente:

- a) da falta de legislação processual compatível com o assustador aumento (nas últimas décadas) de demandas ou conflitos relacionados com negócios econômicos, fisco, previdência social, meio ambiente, família, infância, juventude, pobreza e criminalidade;
- b) da falta de implantação dos sistemas informatizados com tecnologia avançada para a automação dos cartórios judiciais, (não basta simplesmente um cadastro de processos e de decisões, a exemplo de como ocorre num controle informatizado do crediário de loja comercial);
- c) da falta de um órgão permanente de planejamento científico nos tribunais brasileiros.

É possível verificar, principalmente na jurisdição de Comarcas de entrâncias inicial e intermediária do juiz ter competência, por exemplo, para julgar ao mesmo tempo, causas em geral e as específicas envolvendo matérias de Direito Tributário e Previdenciário. Mas, sabemos quão difíceis tornam-se essas matérias em face das constantes mutações diárias, decorrentes de Medidas Provisórias, de Leis, de Decretos, de Resoluções, Portarias e Regulamentos outros administrativos.

A melhor opção administrativa que se mostra eficaz é a implantação de Vara Privativa na sede de determinada região geoeconômica, com competência para o julgamento de ações relacionadas com a previdência social e tributação federais, estaduais e municipais, compreendendo certo número de municípios, respeitada a competência da Justiça Federal de primeiro grau.

Alguém poderia se opor a essa possível vantagem, ao argumento de que a larga distância territorial entre a sede da Vara (Unidade Judiciária) e o domicílio do contribuinte ou segurado, importaria em graves inconvenientes para a locomoção de advogados e testemunhas. Quanto ao advogado, sabemos que, na atualidade, já existe o "protocolo unificado", de forma que o causídico pode encaminhar os seus pleitos, através da secretaria de qualquer Comarca, ou quando não, pela entrega direta no correio local, ou ainda pelo moderno uso da **Internet** (E-mail). Quanto à testemunha, sabemos da desnecessidade de ouvida nesses tipos de causas, cuja prova é exclusivamente documental.

Como resultado disso tudo, as causas previdenciárias e tributárias de uma grande região seriam julgadas em reduzido tempo, de um lado porque a distância territorial não mais tem influência negativa no processo de comunicação, mesmo para o cumprimento de carta precatória, e de outro porque a responsabilidade do julgamento estaria a cargo de magistrado realmente especializado na matéria, ainda, por certo, possuidor de adequado instrumental, incluído acervo literário para importante mister.

Certas tarefas cartorárias, muitas das vezes, concorrem para a morosidade do serviço. Quanta perda de tempo, por exemplo, quando o escrivão compõe o rol de intimações dos patronos das partes, para fins de publicação da relação na imprensa oficial! Um sistema informatizado inteligente estaria predisposto, por exemplo, para ao fim de cada decêndio, gerar automaticamente a relação de todos os casos que dependam de intimação das partes, de forma que restaria somente ao serventuário encaminhá-la ao destino. À medida em que é feita a digitação de um ato que dependa de intimação da parte, o sistema automaticamente faz o registro numa *caixa de saída*, a exemplo do *unsent messages* do gerenciador de *e-mail*, para posteriormente no prazo adotado, expedir a relação e imprimir em formulário especial exigido pela imprensa oficial.

Enquanto não houver uma reforma dos serviços técnicos, o Poder Judiciário terá que, forçosamente, aumentar o número de magistrados e de serventuários de maneira contínua, o que por certo irá comprometer o seu orçamento e credibilidade. É que os jurisdicionados não têm como aceitar a existência de um órgão público funcionando com excessivo número de funcionários e reduzida produtividade no tempo.

Para o ponto de partida, indicamos a criação de um órgão permanente de planejamento no Judiciário, em que magistrado especializado em Direito Processual e também versado em informática, fique com dedicação exclusiva (temporariamente dispensado de judicar), em parceria com bacharéis de informática, voltado unicamente à criação, desenvolvimento e manutenção de sistemas para a operação do serviço dos cartórios judiciais e do gabinete do juiz. Esse órgão, além de elaborar sistemas inteligentes, baseados em técnicas de Inteligência Artificial, deveria, de pronto, estudar a transformação do atual processo físico (aquele que é um conjunto de papéis presos entre si por colchete ou barbante e repletos de marcas de carimbos, certidões e declarações que já deveriam ser condenados ao desuso) em processo eletrônico, de modo que todas as peças se constituíam de arquivos (textos e cópias de documentos), pois a informática dispõe de recursos como: *scanner*, *e-mail*, *modem*, etc.

3 AUTOMAÇÃO DOS CARTÓRIOS JUDICIAIS

Para entender como agilizar os processos através de um sistema inteligente, tomemos uma ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. No setor de distribuição, os dados da petição inicial seriam cadastrados com obrigatória revisão pelo distribuidor (possivelmente graduado em Direito), para evitar o cometimento de eventuais equívocos e omissões.

Em cartório e com base no cadastro já efetuado naquele setor, a petição inicial e os documentos formariam o processo físico (não-eletrônico) de execução forçada (art. 646 do CPC). O sistema, desde que acionado no cartório, abriria uma tela, perguntando ao operador qual a modalidade pretendida para a citação (art. 221 do CPC). Caso respondida a opção "por oficial de justiça", automaticamente e com aproveitamento dos dados então existentes no sistema, geraria o respectivo

mandado, cuja peça processual apareceria na impressora da sala dos oficiais de justiça, com menção do nome do serventuário. A escolha do oficial de justiça se daria baseada nos mesmos critérios que o escrivão (Especialista) usualmente faz, isto é, analisaria as agendas, quantidade de diligências, se está ou não de férias, etc. Devolvido o mandado ao cartório, o sistema, após acionado, perguntaria se havia ou não garantia de juízo formalizada adequadamente segundo as recomendações do sistema. Respondido afirmativamente, este daria a informação de que o processo passaria a aguardar o término do prazo de dez dias (art. 738 do CPC), assim que apontado pelo operador o *dies a quo*, com base na data da juntada do mandado cumprido aos autos. Em função do recebimento e cadastro dos embargos do devedor (se fosse o caso) no referido setor de distribuição, o sistema automaticamente geraria, quando acionado no computador do cartório, o ato de intimação do patrono da parte credora para fins de impugnação (art. 740 do CPC). Com ou sem impugnação, os autos apensos entre si - execução e embargos -, sob o comando do sistema, iriam, imediatamente, ao gabinete do juiz. Não efetuado o julgamento antecipado da lide, os autos retornariam ao cartório com despacho e, dependendo da determinação do diretor do processo, o sistema, desde que alimentado com dados suficientes, marcaria automaticamente a data para a audiência de instrução e julgamento. Todos os atos preparatórios para a audiência seriam gerados pelo sistema, com base nos dados cadastrais, onde já se encontram o nome e qualificação das pessoas a serem ouvidas. Encerrada a audiência, no mesmo instante ou após, o juiz, em gabinete, julgaria a ação de embargos, utilizando o modelo de sentença previamente previsto para o caso no sistema que sempre aproveitaria os dados então existentes (sem repetir digitação), principalmente para a composição do relatório.

Pelo visto, da entrada dos autos no fórum, muitos dos passos foram informatizados, dispensando certos trabalhos manuais e intelectuais dos serventuários e do juiz. Com efeito, seria mínima a probabilidade da prática de equívocos e omissões no processamento dos atos da prestação jurisdicional e que, por certo, fluiriam com a celeridade própria da informática. Por outro lado, diariamente seria gerado um relatório na impressora com os compromissos agendados (também com aponte de término dos prazos nos processos pendentes ou em movimento), para distribuição aos operadores do cartório, de modo a evitar a paralisação de processo na prateleira por longo tempo, sem nenhuma movimentação. É a máquina comandando o humano durante o seu possível esquecimento, erro ou desleixo funcional.

Como é possível observar no exemplo dado, o juiz só atua no processo de embargos na fase decisiva, porque ele e mais ninguém pode julgá-los.

Pelo uso da tecnologia correta, é possível elaborar sistemas para todo e qualquer procedimento judicial (vide "Procedimento Ordinário", "Procedimento Sumário", procedimentos do "Processo de Execução", procedimentos do "Processo Cautelar", "Procedimentos Especiais", "Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária" e procedimentos especiais previstos na legislação processual extravagante), de forma que os operadores (executores do trabalho forense) não precisem, no exato momento da realização do serviço, se socorrer de códigos, de leis e de normas (resoluções, provimentos, circulares e manuais) processuais para o desenvolvimento das tarefas que compreendem os atos do fluxo procedimental, porque tudo já estaria armazenado no sistema informatizado, idealizado pelos **técnicos planejadores** das áreas do Direito Processual e da Informática.

Pode-se afirmar que os serventuários e os magistrados, em princípio, não têm condições e nem obrigatoriedade de decorar todos os procedimentos judiciais (envolvendo prazos, rotinas, fases, legislação e seus artigos), principalmente em face da complexidade das normas processuais brasileiras. A informática existe exatamente para isto: auxiliar o executor da tarefa, para que esta seja realizada com rapidez, eficiência, menor custo, boa qualidade e ainda substituir o trabalho humano nas tarefas que envolvam determinado grau de "inteligência". Num sistema que utilize Inteligência Artificial, jamais ocorreria o fato do serventuário pensar: "diante desta petição de ação de busca e apreensão de coisa alienada fiduciariamente, qual o prazo que devo fazer constar do mandado citatório? 5, 10 ou 15 dias?" Ora, um sistema inteligente cartorário faria com que fosse

gerado automaticamente o mandado citatório, mencionando o prazo legal de 3 (três) dias para a contestação (art. 3º, § 1º, do DL 911/69).

4 - DESCENTRALIZAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO JUIZ

Paralelamente ao uso dos sistemas inteligentes, outro ponto importante merece ser enfocado para a melhor racionalização dos serviços cartorários. O leitor deve ter percebido, no exemplo dado acima, que o processo judicial teve as suas fases desenvolvidas mediante o gerenciamento informatizado, com o auxílio de serventuários, e que o juiz só atuaria na fase de julgamento dos embargos.

Aplicando-se a lógica da Ciência da Administração para o serviço judiciário, o juiz, em princípio, só deve intervir no processo para ouvir pessoas e julgar, porque são tarefas próprias da magnífica função de defensor natural das liberdades públicas e privadas e não podem ser delegadas.

Acabou-se o tempo em que havia escrivães praticamente analfabetos. Hoje só se admite para o cargo quem portar diploma de bacharel em direito e submeter-se a concurso público, em que se exige demonstração de sabedoria em Direito Processual, tal como para o ingresso na carreira da magistratura. Logo, ao escrivão e a outros serventuários de formação universitária, deve pesar toda a responsabilidade funcional pela prática dos atos processuais que não dependam da atuação direta do magistrado. Com isso, estar-se-á evitando o vai-e-vem desnecessário de processos na rota cartório-gabinete do juiz-cartório.

A maioria dos juízes de primeiro grau ainda continua a centralizar consigo os comandos de impulso processual (cite-se, dê-se vista ao ..., venham-me os autos conclusos, designo a audiência para o dia ..., diga a parte se tem interesse em prosseguir na causa, arquivem-se os autos, remetam-se os autos ..., diga o credor se concorda com o bem oferecido à penhora, ao credor para impugnar os embargos no prazo de 10 dias, intime-se o advogado do autor para juntar o instrumento procuratório no prazo legal e assinar a petição inicial, recebo o recurso e etc.), quando a responsabilidade poderia ser do distribuidor ou do escrivão, conforme o caso, sempre, auxiliados pela informática e assessoria de nível superior.

Com a adoção de modernas técnicas administrativas para o funcionamento célere do serviço forense, por exemplo, não vemos como possa parecer inadequado o seguinte ato a ser praticado pelo distribuidor: devolução do apelo ao patrono do recorrente, porque não preenchido algum requisito legal (protocolização fora do prazo, interposição de apelação no lugar do agravo de instrumento, falta de pagamento do preparo e porte de retorno (art. 511 do CPC) etc. Inconformado com tal recusa, o postulante poderia reclamar, verbalmente ou por escrito, ao Juiz-Diretor do Foro, à Corregedoria-Geral da Justiça, ao Conselho de Administração ou ao Conselho Superior da Magistratura.

Cremos que essa atitude evitaria o desperdício de tempo em instâncias monocráticas e colegiadas, cujo inconformismo, pela simplicidade do objeto, pode ser esclarecido, por exemplo, dentro do tempo real de no máximo três dias, em qualquer um desses órgãos administrativos.

Estamos tentando mostrar que o escrivão, o distribuidor e o oficial de justiça devem assumir a responsabilidade pelos seus serviços, de modo que ao juiz só reste ouvir pessoas e proferir decisões interlocutórias ou definitivas (sentenças) processuais.

A Corregedoria de Justiça estará atenta e obrigada a relatar os atos irregulares de funcionários descumpridores dos seus deveres funcionais, seja com dolo ou culpa, a fim de que o órgão competente instaure o devido processo legal, julgue e puna exemplarmente o infrator, a bem do serviço público.

5 SENTENÇA PRODUZIDA POR SISTEMA INTELIGENTE

Acima procuramos demonstrar a possibilidade do uso, pelo Judiciário, de sistemas que utilizam técnicas de IA, de modo que o gerenciamento das informações pertinentes aos procedimentos judiciais, dispense a maioria das tarefas manuais e intelectuais dos juízes e de seus auxiliares. Nesse trabalho deixamos consignado: "Encerrada a audiência, o juiz, no mesmo instante ou após, em

gabinete, julgaria a ação de embargos, utilizando o modelo de sentença previamente previsto para o caso no sistema que sempre aproveitaria os dados então existentes (sem repetir digitação), principalmente para a composição do relatório". Acerca desse importante ato jurisdicional sentença - é que nos enveredamos daqui em diante.

Hoje a informática dispõe de técnicas de programação que ajudam o ser humano em tarefas nas quais se requer "inteligência".

Neste *paper*, propomos-nos a mostrar a aplicação de um sistema especialista (software) que, já contendo o conhecimento de um especialista humano, pode inferir respostas a questões levantadas, dividindo o processo através de uma interação com outro especialista. Sabe-se que as ações propostas em juízo dependem de importante ato privativo de responsabilidade do magistrado, que nós o conhecemos como sentença. No cível, por exemplo, ao que parece, as ações de maior volume estatístico estão relacionadas com a execução por quantia certa contra devedor solvente, decorrentes de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, e talvez grande parte não apresente temas intrincados. De que modo o juiz pode atender essa demanda de forma rápida e eficiente, a fim de dedicar-se ao exame, estudo e julgamento de outras causas que envolvam questões complexas? Entendemos que o auxílio jurídico deva resultar da combinação da informática com o assessoramento humano. Como poderia o magistrado obter os necessários subsídios do computador para proferir sentenças, além do simples manuseio do editor de texto? Tentaremos, sem ingressar nos meandros da análise e programação, expor caso prático em que o magistrado pudesse praticar o principal ato jurisdicional julgamento/sentença com auxílio de um sistema especialista.

Simulemos a hipótese da execução de título executivo extrajudicial com base em duplicata, seguida de embargos do devedor opostos após regular formalização da garantia de juízo. Como é sabido, são duas ações que tramitam apenas entre si. Para essa hipótese, o sistema estaria composto de regras empíricas baseadas na experiência de um ou mais especialista consultado, nesse caso um juiz com vasta experiência no assunto. Desta forma o relatório da sentença a ser processada na ação de embargos do devedor seria gerado automaticamente. Restritivamente à hipótese enfocada, quando o magistrado aciona o *menu* sentença/execução/duplicata, abre-se um questionário que apresentamos a título de ilustração, contendo mais ou menos os seguintes quesitos:

- 1 - o caso comporta julgamento antecipado da lide? sim/não;
- 2 - proferir sentença homologatória do acordo celebrado em termo à parte? sim/não;
- 3 - a duplicata está aceita? sim/não/não questionado;
- 4 - foi protestada? sim/não/não questionado;
- 4.1 embora protestada, existe prova documental de envio do título ao sacado? sim/não/não questionado;
- 5 - existe prova documental da entrega da mercadoria? sim/não/não questionado;
- 6 - existe prova documental de que no prazo de dez dias (vide arts. 210/1 do C.Comercial; 178, §§ 1º e 5º, IV, e 1.101 do CC.; e art. 26 do CDC) o sacado devolveu ou colocou à disposição do sacador a mercadoria apontada como defeituosa? sim/não/não questionado;
- 6.1 - existe prova pericial, documental ou oral comprovando satisfatoriamente defeito da mercadoria? sim/não/não questionado;
- 6.2 - existe valor a ser abatido do *quantum debeatur*? sim/não/não questionado;
- 6.3 - R\$;
- 7 - existe prova documental convincente de pagamento total do título? sim/não/não questionado;
- 7.1 - existe prova documental convincente de pagamento parcial do título? sim/não questionado;
- 7.2 com o sim, o sistema deve abrir espaço para que se anote o respectivo valor monetário;

8 - existe documento comprobatório de que o vencimento originário do título tenha sido alterado para data superior à do dia do ajuizamento da execução? sim/não/não questionado;

8.1 existe documento comprobatório de que o vencimento originário do título tenha sido alterado para data superior à do dia do ajuizamento da execução, relativamente a saldo devedor em função de pagamento parcial do título? sim/não/não questionado;

9 - há prova suficiente do executado ser parte ilegítima? sim/não questionado;

9.1 - e quanto ao exequente? sim/não questionado;

9.2 - no momento do aforamento da causa, a duplicata apresentava assinatura de endosso, de autoria do exequente, transmitindo a propriedade do título a terceiro não solidário ativo no processo executório? sim/não/não questionado;

9.3 ou pela assinatura constata-se a ocorrência da operação de endosso-mandato? sim/não questionado;

10 - a ação executória está prescrita (art.18 da LD)? sim/não/não questionado;

11 - honorários integrais por conta do d/c;

11.1 - fixados em ____ % sobre o valor de R\$;

11.2 - em quantia certa fixada em R\$;

11.3 - proporcionais por conta do devedor;

11.4 - fixados em ____% sobre o valor de R\$;

11.5 - em quantia certa fixada em R\$;

11.6 - proporcionais por conta do credor;

11.7 - fixados em ____% sobre o valor de R\$;

11.8 em quantia certa fixada em R\$;

12 - o devedor deve pagar juros? sim/não;

12.1 - % sobre R\$..., no período de v até x;

13 - o devedor deve pagar correção monetária? sim/não;

13.1 - pelo índice adotado pelo TJ, sobre R\$..., no período de y até z;

14 - custas integrais por conta do d/c;

14.1 - proporcionais por conta do devedor;

14.2 - fixadas em ____% sobre o valor de R\$;

14.3 - em quantia certa fixada em R\$;

14.4 - proporcionais por conta do credor;

14.5 - fixadas em ____% sobre o valor de R\$;

14.6 - em quantia certa fixada em R\$.

Digamos que num determinado caso de duplicata no valor de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), o embargante/executado alegue pagamento parcial da dívida por meio de recibo no valor de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), no qual há referência de quitação parcial da duplicata objeto da execução, e de que o saldo remanescente ficou de ser pago em data certa posterior a do vencimento originário do título, tudo mediante assinatura de agente da firma embargada/exequente.

Diante dessas alegações e das provas colhidas no processo físico ou eletrônico, o julgador responderia o referido questionário mais ou menos assim:

1 - sim; obs.: com o não, o processo voltaria ao cartório para marcação de data para audiência de instrução e julgamento;

2 - não; obs.: esta resposta é dada automaticamente pelo sistema quando a proposta de conciliação for inexitosa;

3 - não questionado;

4 - não questionado;

4.1 - não questionado;

5 - não questionado;

6 - não questionado

6.1 - não questionado; obs.: a) com resposta sim ao item 6, é preciso saber da existência ou não de prova satisfatória relacionada com defeito de mercadoria; b) com o sim, eventual possibilidade de abatimento do valor fará parte de resposta ao quesito 6.2; c) com o não, significa que é inviável o abatimento de preço;

6.2 - não questionado; obs.: o sim conduz o julgador a responder o quesito imediato;

6.3 - não questionado; obs.: a) com a resposta sim ao quesito anterior, o sistema mantém a pergunta do questionário para que seja apontado o devido valor;

7 - não;

7.1 sim; obs.: com o sim, é preciso responder o quesito imediato;

7.2 - R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais);

8 não;

8.1 sim;

9 - não questionado; obs.: com o sim é preciso o julgador fundamentar com texto próprio a sua convicção com base na prova produzida;

9.1 - não questionado; obs.: com o sim é preciso o julgador fundamentar com texto próprio a sua convicção com base na prova produzida;

9.2 não questionado; obs.: com a resposta sim, seria gerado sentença declarando o exequente/embargado carecedor de ação, pela perda da titularidade do direito creditório;

9.3 não questionado; obs.: com a resposta sim, a sentença declararia o exequente ter legítimo interesse jurídico, posto que o endosso-mandato não transfere a propriedade do título cambial;

10 - não questionado; obs.: com o sim, o sistema procura no cadastro do título qual a data apontada como de seu vencimento para automaticamente processar a sentença;

11 - c;

11.1 - fixados em 20% sobre o valor de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais);

11.2 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.3 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.4 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.5 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.6 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.7 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

11.8 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

12 - não;

12.1 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

13 - não;

13.1 obs. o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14 - c;

14.1 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14.2 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14.3 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14.4 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14.5 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado";

14.6 - obs.: o sistema responde automaticamente como "prejudicado".

A sentença seria processada pelo sistema especialista baseada nas respostas do julgador, e apresentaria certa redação, que neste trabalho, por brevidade, estaria reduzida aos seguintes termos:

Vistos, etc... "A" propôs contra "B" neste juízo ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, no valor de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais). A inicial veio acompanhada da prova documental de envio do título ao sacado para fins de aceite ou pagamento, da memória do cálculo, do instrumento de protesto, da cópia da fatura, do comprovante de entrega da mercadoria, do instrumento procuratório e da guia de recolhimento das custas judiciais prévias.

Após a prestação de regular garantia de juízo, o executado se opôs, tempestivamente, com embargos do devedor, reagindo à pretensão do credor, argumentando pagamento parcial da dívida e inexigibilidade do saldo remanescente por ocasião da propositura do processo executório. Embargos não impugnados. Assim relatado, decido.

A execução se funda em duplicata, que é título executivo extrajudicial consoante o disposto no artigo 585, I, do CPC. Há garantia de juízo e os embargos foram propostos tempestivamente (arts.737/8 do CPC). O caso comporta julgamento antecipado da lide (art.330 do CPC), nesta audiência de conciliação (art.331 do CPC) em que não compareceu representante da embargada/exeqüente e nem seu procurador, embora previamente cientificados.

O embargante/executado produziu prova documental convincente de que do total da duplicata de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), pagou parte no valor de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), cujo saldo remanescente de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais) ficou de ser liquidado em data posterior àquela originária do vencimento da duplicata. Com efeito, quando do aforamento da execução, a quantia de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais) ainda não era exigível. Ante o exposto, julgo procedentes os embargos ofertados por "B" contra "A", e reconheço como quitado o valor do título executivo extrajudicial, o montante de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), nada impedindo que o exequente reclame por via de outra ação, querendo o saldo remanescente de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais). Condene o embargado/exeqüente a pagar honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), como remuneração profissional para ambas as ações execução e embargos. Custas integrais pelo embargado/exeqüente.

Transitada esta em julgado, expeça-se mandado liberatório da penhora.

Pode ser observado que no relatório consta o rol dos documentos juntados com a inicial executória, sem que tenha havido resposta a qualquer quesito a esse respeito. É que num sistema informatizado do modo como estamos apresentando, no setor de distribuição e no momento da operação de cadastramento, dentre outros dados, são especificados todos os documentos trazidos ao fórum pelas partes, inclusive com descrição sucinta dos argumentos expendidos pelos litigantes, e por isso

mesmo é que achamos conveniente o setor ser administrado por um distribuidor de nível superior, com conhecimento destacado em Direito Processual. Todas essas informações servirão de guia para fins conciliatórios, para o estabelecimento dos pontos controvertidos, do saneamento do processo (art. 331 do CPC), inclusive de base para a composição posterior automática do relatório (art. 458, I, do CPC).

Como poderiam aquelas respostas tão sucintas proporcionar o conteúdo do texto completo da sentença? Cada quesito corresponde a um ou mais textos fragmentados dentro do sistema. O conjunto de respostas e das suas combinações, em função do Sistema Especialista, forma entre si o juízo técnico-jurídico humano adredemente lançado na base de conhecimento, e com isso gera então o texto completo do julgamento, exibindo relatório, motivação e parte dispositiva.

Por exemplo, caso o julgador respondesse aos questionários assim: **não** para o quesito 3, **sim** para quesito 4, e **não** para quesito 5, o sistema informaria ao usuário a falta do requisito *certeza* de que trata o *caput* do art. 586 do CPC, e, conseqüentemente, geraria sentença fulminando o processo de execução, por via dos embargos do devedor, porquanto a falta de apenas um daqueles requisitos, liquidez, certeza e exigibilidade, o processo de execução forçada não pode prosperar.

E diante desse resultado, a boa técnica jurídico-administrativa estaria a aconselhar ao magistrado para deixar de investigar outros temas argumentados no mesmo processo, eis que não está obrigado a responder a todas as questões enfrentadas pelas partes, quando apenas uma delas, eventualmente, define a *quaestio juris*.

Apresentada pelo sistema a redação da sentença processada eletronicamente, o julgador faz a revisão, correção, aditamento ou supressão de texto, quando necessário, ou até pode abandonar tudo e proferir a sentença com as formalidades que melhor lhe aprouver, no seu editor de texto.

Ao final do questionário, é conveniente que haja remissão ou até transcrição de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais, escolhidos pelos **técnicos planejadores**, dentre os mais recentes e modernos entendimentos jurídicos. Inclusive, tudo isto pode vir acompanhando o sistema de forma a permitir consultas através de palavras ou expressões "chaves". O questionário pode ser respondido por assessor jurídico do magistrado. Gerado automaticamente o texto da sentença, o magistrado, após revisá-lo, criptografaria o *decisum*, sendo que qualquer alteração dependeria de obediência ao disposto no art. 463 do CPC.

Para a completa celeridade da produção de sentença, é recomendável que esta não contenha repetidas referências doutrinárias e jurisprudenciais, mas que espelhe única e resumidamente a convicção do julgador. Em virtude do assustador aumento de demandas judiciais no país, esse ato, que sempre foi tradição em algumas vezes por constituir verdadeiro *monumento jurídico*, nos dias modernos não mais se presta para isso, ante a existência de outros instrumentos para a divulgação do progresso da ciência jurídica. Caso queira apresentar contribuições literárias, o faça em salas de aula e de conferência, ou em livros e revistas, o que por certo sensibilizará alunos, magistrados, juristas, doutrinadores, pesquisadores e legisladores sobre novas descobertas ou relevantes afirmações jurídicas. O questionário em referência, quanto mais completo for, tanto mais servirá às sentenças sobre questões que se mostrem rotineiras em processo de execução de duplicatas. Outros questionários, com mais ou menos aqueles quesitos, servirão para situações de execução dos demais títulos executivos. O trabalho de análise e programação depende de astúcia, dom, vontade de trabalhar, dedicação exclusiva, expressiva sabedoria em Direito Processual e em Ciência da Computação. O empreendimento, no seu primeiro estágio, realmente é penoso, porém depois de concluído (*ai acessível ao mesmo tempo a todos os serventuários e juízes*) e atualizado diante da mutação própria do Ordenamento Jurídico, em muito contribuirá para a economia do serviço forense que está a depender de fundamental reforma, sob pena de concretizar-se a médio ou a longo prazo a falência da administração dos cartórios judiciais.

Encerrando, é de se perguntar qual a vantagem do novo sistema para a composição de sentença, conforme aqui apresentado, em relação ao tradicional usado pelos magistrados? O leitor poderá tirar

suas próprias conclusões após a leitura do seguinte:

I Sistema tradicional

- 1 - o julgador lê, examina e estuda o conteúdo do processo;
- 2 - conforme o caso, terá que ir em busca de subsídios jurídicos, em livros, revistas e em programas especiais informatizados (banco de dados);
- 3 - após, ingressa na fase de convicção e decisão;
- 4 - em seguida, passa a compor a sentença, mediante a digitação do texto;
- 5 - ou quando não, dita os termos ao seu auxiliar-digitador;
- 6 - finalmente, faz a revisão do texto, dá o comando à impressora e assina a sentença;
- 7 - esse trabalho pode durar horas ou dias, e sempre estará sujeito à omissão de certos aspectos formais da sentença, exatamente pela falta de um bom modelo planejado.

II Sistema eletrônico

II-1 trabalho do assessor jurídico (servidor depositário de alta responsabilidade funcional)

- 1 - lê, examina e estuda **detidamente** o contido no processo;
- 2 - em seguida, no computador, entra no sistema (*menu* adequado para o caso *sub judice*, por exemplo, sentença/execução/duplicata);
- 3 - passa a responder ao questionário exibido pelo sistema;
- 4 - dá o comando para a geração da sentença que aparecerá no vídeo ou no papel extraído da impressora;
- 5 - após, faz o confronto entre o texto e as respostas dadas;
- 6 - finalmente, faz a revisão e correção de todo o texto, que é deixado disponível ao julgador;

II-2 trabalho do juiz togado

- 1 - o juiz faz a leitura **rápida** do contido no processo;
- 2 - extrai conclusões acerca dos temas enfrentados pelas partes;
- 3 - lê o texto da sentença gerada pelo sistema;
- 4 - olha os subsídios jurídicos apontados no rodapé do questionário, ou faz buscas em banco de dados acoplado ao sistema;
- 5 - após, ingressa na fase de convicção e decisão;
- 6 - confirma ou não a sentença que lhe foi proposta pelo sistema ou programa;
- 7 - pode ainda fazer revisão, correção e inserção no texto, ou até desprezar tudo e compor a sentença pela forma tradicional;
- 8 - finalmente, num caminho aberto por senha especial, **salva** a sentença dentro do sistema, de onde o próprio juiz e os usuários poderão apenas ler ou copiar por via *intranet* ou *internet*.

6 - RESUMO

Com este projeto pretendemos promover algumas reflexões sobre o uso da informática no Poder Judiciário, que iria, assim, suprir as deficiências geradas com o aumento vertiginoso das ações judiciais e agilizar o serviço forense.

Para quem sentir que a nossa proposição é inviável, impraticável, impossível ou até excessivamente ousada, talvez deva refletir melhor após a leitura de interessante artigo de autoria da professora paranaense Maria Francisca Carneiro, divulgado sob o título "Aspectos da Inteligência Artificial

Jurídica".

Com a implantação de um sistema inteligente como o *lucubrado* aqui, os advogados, promotores de justiça, juízes e escrivães, do seu gabinete/escritório ou até da residência teriam, *on line*, ampla possibilidade de consulta e de inserção de textos, envolvendo petições, pareceres, decisões, sentenças e despachos, o que junto com outras benéficas medidas de racionalização do serviço cartorário ocasionariam, como:

- a) o desnecessário deslocamento ao fórum com os desagradáveis transtornos do trânsito pelas ruas da cidade (já existem avançados estudos em andamento, acerca do trabalho praticado na residência do profissional, com o uso da informática);
- b) a impossibilidade de ouvida das repetidas respostas do cartorário: "doutor, infelizmente não encontrei o processo";
- c) a redução das despesas com certos materiais, utensílios e equipamentos de escritório;
- d) a manutenção da folha de pagamento sem inchaço;
- e) o extermínio, por certo, das repetidas reclamações dos jurisdicionados, acerca da morosidade da Justiça Brasileira.

Tudo isso acarretaria, como já ressaltamos, a celeridade do serviço forense, onde são constatadas tantas deficiências relacionadas com pessoal, material e aumento das ações judiciais.

Numa época em que tanto se fala em globalização, há de se pensar também na globalização do sistema judiciário brasileiro, gerador de tanta polêmica quanto à sua morosidade. A informatização é uma das possibilidades existentes para tornar o referido sistema capaz de enfrentar o novo milênio e o século XXI que se aproxima.

7 BIBLIOGRAFIA

ANDRÉ, Luiz Sérgio Affonso de, e Nelson Altamini. Roteiro Prático das Ações. São Paulo: Saraiva, 1980.

Associação dos Magistrados Catarinenses. Revista *Animus*, dezembro de 1999.

Associação dos Magistrados Catarinenses. Jornal *Forum*, novembro de 1999.

Associação Paulista de Magistrados. Tribuna da Magistratura, novembro e dezembro de 1999.

BORTOLAI, Edson Cosac. Código de Processo Civil em Gráficos (estudo lógico). São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CARNEIRO, Maria Francisca. Aspectos da Inteligência Artificial Jurídica. *In* Boletim Informativo nº 400, de 10.02.2000, do Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, de Curitiba/PR.

CHIAVENATO Idalberto. Teoria Geral da Administração. São Paulo: McGraw-Hill, vol. 1, 3^a edição, 1987.

DAROLD, Ermínio Amarildo. Protesto Cambial Duplicatas x Boletos. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

DINAMARCO, Cândido R. Execução Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, 1989.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 29^a edição, São Paulo: Editora Saraiva. 1998.

MADALENA, Pedro. Administração da Justiça. Porto Alegre: Sagra-Dcluzzatto Editores, 1994.

MADALENA, Pedro. Juizados Especiais Cíveis e o retardamento da prestação jurisdicional. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

PABST, Haroldo. Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º e 2º volumes. São Paulo: Saraiva, 1977.

RESTIFFE Neto, Paulo. Novos Rumos da Duplicata. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

Revista da ESMESC Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina: Vol. 3, 1997.

NOTAS SOBRE O FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

Adriano Soares da Costa

Advogado. Professor do Centro Universitário de Ciências Jurídicas do Centro de Ensino Superior de Maceió (CCJUR/CESMAC)

NOTAS SOBRE O FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

Adriano Soares da Costa

Sumário: 1. Fato e evento. - 2. Crítica à distinção entre fato e evento: protocolização circular. - 3. A solução proposta por Eurico M. Diniz de Santi: enunciação do enunciado e enunciado do enunciado. - 4. Fato e evento em Habermas: sobre o plano da ação comunicativa e o plano do discurso. - 5. Conclusão.

1. Fato e evento.

O direito é processo de adaptação social. Tem por finalidade reger a conduta humana, de modo a permitir vivam os homens entre si, em suas complexas relações intersubjetivas, formando o tecido social. O fenômeno jurídico, desse modo, é fenômeno social e, como produto da atividade humana de tornar controlável a relação eu-tu, nos limites da liberdade de cada um, tem a sua realidade ôntica própria entre os objetos culturais. O direito, desse modo, é produto cultural, e como tal se apresenta para o sujeito cognoscente que lhe deseja conhecer².

O agir humano, envolto em suas múltiplas facetas, inclusive relevantes para o direito, dá-se no mundo da vida (Lebenswelt), ou seja, no mundo em que estamos vivendo como seres históricos na co-presença dos outros³. Essa afirmação é fundamental. Para Habermas, a idéia husserliana de mundo da vida (como experiência cotidiana) rompe com a arquitetônica da filosofia transcendental, pois já no caso elementar da percepção de uma cor ou de um objeto, Husserl analisa-o dirigindo a atenção não tanto ao objeto mesmo, senão para como vem dado esse objeto, no contexto desde o qual a cor ou o objeto emergem para os que o vê. De tais ingredientes da situação do objeto, de tais contextos precategorial ou pré-predicativamente concomitantes compõe-se o mundo e nele também o observador mundano em que se encontra. Segundo Habermas, portanto, referindo-se ao mundo da vida:

Éste nos viene dado en la forma de un saber prereflexivo de certeza aproblemática, como saber holístico de fondo, en el que convicciones de tipo descriptivo, evaluativo, normativo y expresivo se integran unas com otras formando síndrome, y constituye al mundo de la vida com sus

*coordenadas espacio-temporales como un todo ni objetivado ni objetivable que nos envuelve*⁴.

Se uma mulher vem em seu veículo e pára o carro diante um sinal luminoso vermelho, sua atitude de parar o seu automóvel decorre do atendimento aproblemático da norma jurídica, socialmente vivida, de que, diante de um sinal vermelho no trânsito, deve o condutor do veículo pará-lo. Se, ao sinal verde, volta a pôr em movimento o seu carro, mais uma vez atende à norma jurídica que dispõe sobre as condutas devidas no fluir do trânsito. Esse agir humano, subordinado a normas jurídicas, dentro de um consenso pré-reflexivo, como nossas ações cotidianas e nossa percepção aproblemática no contexto em que nossas vidas se dão, como ser (presença), é o que chamamos de mundo da vida, que, embora experienciado, não é objetivado nem objetivável: é vivenciado.

Qual a juridicidade desse agir humano aproblemático? Ou seja, os fatos hipotizados em normas jurídicas, que ocorrem na concretude da vida, mas que não geram controvérsia quanto ao seu significado social e, portanto, sobre a respeitabilidade que devam os agentes àquelas disposições, têm de fato algum significado jurídico? Tornando a questão mais clara: a conduta da mulher que pára automaticamente o carro diante de um sinal vermelho, tem algum significado jurídico? Se ela, descumprindo a norma jurídica, ultrapassasse aquele mesmo sinal vermelho, tal conduta teria também algum timbre de juridicidade?

Para Paulo de Barros Carvalho, tais condutas não se revestiriam de adjetivação jurídica. Para demonstrar, parte ele de uma distinção feita por Habermas entre fatos e objetos da experiência. Os fatos seriam os enunciados lingüísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre o que emitimos enunciados⁵. Exemplificando o que entende por fato, reproduz lição de Tércio Sampaio Feraz Júnior, vazada nos seguintes termos:

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, 'César atravessou o Rubicão' é um fato. Quando, pois, dizemos que 'é um fato que César atravessou o Rubicão', conferimos realidade ao evento. 'Fato' não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade⁶.

Porém, para a teoria carvalhiana, não é qualquer linguagem que dá facticidade jurídica ao evento. Não bastaria, assim, a linguagem social para transformar um evento em fato jurídico. Para Paulo de Barros Carvalho:

...fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. Antes, são enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas⁷.

Vale dizer, o evento, ainda que tenha suas notas relevantes previstas no antecedente de uma norma jurídica, não seria apenas, por isso, fato jurídico. Necessário, para ganhar significação jurídica, que o evento fosse relatado em linguagem competente, assoalhada em provas admitidas pelo ordenamento. Pouco importaria fosse um tal evento relatado pela sociedade, ou por diversas pessoas. Apenas ganharia ele a estatura de fato jurídico, após a sua enunciação por um sujeito a quem o direito outorgasse essa competência. Essa a razão pela qual, para a teoria carvalhiana, fato jurídico será tomado como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, num determinado ponto do processo de positivação do direito⁸.

O uso competente da linguagem, para o direito, no dizer de Paulo de Barros Carvalho, significaria manipular de maneira adequada os seus signos e, em especial, a simbologia que diz respeito às provas, isto é, às técnicas que o direito positivo elegeu para articular os enunciados fácticos com que opera. Desse modo, os acontecimentos do mundo social que não pudessem ser relatados com tais ferramentas de linguagem não ingressariam nos domínios do jurídico, por mais evidentes que fossem⁹. Noutro giro, poderíamos expor a teoria carvalhiana como fez didaticamente Joana Lins e Silva:

Sem a linguagem, que confere realidade aos eventos, um acontecimento não relatado não traz nenhuma consequência para o mundo. Caso haja o relato do evento por uma linguagem natural, poderá falar-se em fato social, revelando para o mundo as características daquele acontecimento. Mas, ainda assim, tal relato não trará nenhuma repercussão para o mundo jurídico. A linguagem natural não se mostra suficiente para fazer ingressar no mundo jurídico algum dado novo, nem muito menos para desencadear consequências jurídicas.

Por fim, assere ela:

Qualquer evento pode se tornar facilmente um fato da linguagem social, pois qualquer um é sujeito competente para relatá-lo, mas para se tornar fato jurídico tem que ser relatado por um sujeito a quem o direito outorgue essa competência¹⁰.

Há uma questão aqui que merece muita atenção, para uma boa compreensão da teoria carvalhiana, a respeito da distinção entre fato e evento, e que não tem sido devidamente observada: o fato seria o evento enunciado, ou seja, seria o evento vertido em linguagem competente, ou seria o enunciado que contém o evento, que lhe dá revestimento lingüístico? Essa questão é importante, como veremos adiante. Partindo da distinção entre texto e significado, vale dizer, entre o plano da literalidade textual e o da significação, perguntamos: o fato é o texto ou o significado, no enunciado 'César atravessou o Rubicão'? A resposta dada por Alessandra Gondim Pinho é ambígua.

Afirma ela:

Assim, fato é 'aquilo de que se trata'. Quando alguém trata de um assunto, isto é, a ele se refere, faz isso em linguagem, relatando o acontecimento. Por esse caminho, temos o evento como o próprio sucesso e o fato como o acontecimento registrado, o relato em linguagem do evento ocorrido. O fato seria, num sentido figurado, a roupa do evento.

E mais adiante aduz:

Dentro do nosso modelo, fato não é sinônimo de evento. O evento é o acontecimento que altera o mundo fenomênico, enquanto o fato é a descrição desse evento¹¹.

Pensamos, de modo diverso, que o fato não é a descrição do evento, mas sim o evento descrito. O ato de descrição do evento seria o ato de enunciação, vale dizer, o suporte físico da literalidade textual ou a roupa que contém o fato.

Vejamos um exemplo, para esclarecer melhor o que queremos dizer: alguém sofreu um acidente de automóvel e faleceu. Um amigo escreve uma carta para seus familiares contando os detalhes do ocorrido, o horário, o local, as circunstâncias todas. O acontecimento real, histórico, seria um evento. Agora, fato seria a carta (suporte físico de significado) ou o acontecimento narrado (o conteúdo da enunciação)?

Se levarmos em conta a afirmação de Paulo de Barros Carvalho, no sentido de que "os fatos jurídicos são constituídos por normas individuais e concretas, consoante o modelo dos enunciados conotativos das normas gerais e abstratas"¹², temos que para ele os fatos seriam os acontecimentos narrados (o conteúdo da enunciação sobre o evento).

Noutro giro, os fatos seriam constituídos pelo enunciado denotativo, é dizer, seriam produzidos pelo enunciado protocolar, mas com ele não se confundiria. O enunciado denotativo, ao relatar o evento, transforma-lo-ia em fato. De conseguinte, por uma questão didática, façamos a distinção entre fato, evento e relato (ou ato de enunciação do evento). No exemplo acima citado, o acidente de automóvel seria o evento; a carta, o relato do evento; e o conteúdo da narração protocolar do evento, o fato. Portanto, para a teoria carvalhiana, entre o evento e o fato haveria, sempre, um ato de enunciação (relato), expedido por uma autoridade competente, como figura intercalar. É bem verdade que o próprio Paulo de Barros Carvalho, por vezes bastas, é impreciso em algumas passagens de sua obra. Há momentos em que ele impropriamente afirma que "Fato jurídico tributário será tomado como um enunciado protocolar...", para logo em seguida precisar os

conceitos e dizer que :

... o fato se constitui no preciso instante em que o enunciado ingressa no sistema do direito positivo, como norma válida¹³

Ou seja, o fato se constitui pelo enunciado (relato), e não, como na primeira locução, o fato será tomado como enunciado. Fato não é o enunciado: é, na verdade, a sua significação, que relata um evento.

Afirma ele, noutra quadra:

... o instante em que nasce a obrigação tributária é exatamente aquele em que a norma individual e concreta, produzida pelo particular ou pela Administração, neste último caso por meio do lançamento, ingressar no sistema do direito positivo ...¹⁴.

É dizer o lançamento (relato, ato de enunciação) produz a norma individual e concreta (fato) ao relatar um evento. Uma coisa é o enunciado protocolar (plano da literalidade textual); outra, a norma individual e concreta (plano da significação, fato).

Essa distinção é embaralhada em ponto culminante da exposição de Paulo de Barros de Carvalho, quando vem tratar justamente da norma individual e concreta que documenta incidência tributária (capítulo IV do seu livro).

Assere ele:

O fato jurídico tributário é constituído por um enunciado protocolar, denotativo, relatando evento pretérito que se consolidou numa unidade de tempo e num ponto do espaço social.

E mais adiante arremata:

...o relato do acontecimento pretérito é exatamente o modo como se constitui o fato, como esta entidade aparece e é recebida no recinto do direito, o que nos autoriza a proclamá-lo como constitutivo do evento que, sem esse relato, quedaria à margem do universo jurídico. Por outros torneios, o enunciado projeta-se para o passado, recolhe o evento e, ao descrevê-lo, constitui-se como fato jurídico tributário¹⁵.

Melhor dizendo, o relato, a enunciação, constitui o evento em fato. Todavia, a afirmação seguinte, feita por Paulo de Barros Carvalho, borra novamente essa distinção:

...o enunciado do antecedente da norma individual e concreta que analisamos se constitui como fato ao reportar-se ao evento¹⁶.

Ora, o enunciado não se constitui como fato: ele constitui o fato (a norma individual e concreta, a significação), reportando-se ao evento. O evento se torna fato através do ato de enunciação (relato, enunciado protocolar).

2. Crítica à distinção entre fato e evento: protocolização circular.

Partindo da definição do fato jurídico como sendo aquele constituído por um enunciado protocolar, denotativo, assoalhado em provas admitidas pelo direito, temos como certo que, para a teoria carvalhiana, o evento ocorrido no mundo apenas ganha significação jurídica se for veiculado através de uma norma individual e concreta, que o relate em linguagem competente.

Para a análise que se seguirá, tomemos de empréstimo um exemplo construído por Paulo de Barros Carvalho.

No dia 18 de maio de 1996, autoridade lançadora municipal expede ato jurídico de lançamento tributário do IPTU, dando conta de que, em 1º de janeiro do mesmo ano, fulano de tal era proprietário de bem imóvel situado em certa localidade, no perímetro urbano do Município de São Paulo. Em 25 de maio, o destinatário recebe a notificação do débito do imposto. Segundo as regras da legislação específica, a norma individual e concreta veiculada pelo lançamento ingressa no

sistema do direito positivo no dia em que a notificação é recebida por quem de direito. O *factum* tributário constituiu-se no dia 25 de maio, fazendo nascer, por força da eficácia jurídica (predicado de fato), a correspondente obrigação tributária. Para efeito da constituição do fato e da correspondente relação, pouco importa que o evento por ele referido tenha ocorrido no dia 1º de janeiro. (...) Em termos de existência para o direito, o marco fundamental é 25 de março e não 1º de janeiro. Todavia, para compor o enunciado protocolar, no seu núcleo, e para determinar as alterações de conduta, projetadas no conseqüente da norma individual e concreta, relevantíssima será a data da verificação do evento, não do fato¹⁷.

Para a teoria carvalhiana, a propriedade de alguém sobre um imóvel no perímetro urbano do município, no dia 1º de janeiro, seria um evento. Esse evento, concretamente ocorrido (ou não, uma vez que isso é matéria probatória), estaria previsto, em suas notas relevantes, por uma norma geral e abstrata. No dia 25 de maio, nessa hipótese de viveiro, o proprietário daquele imóvel receberia uma notificação: um documento relatando aquele evento e prescrevendo efeitos (obrigação tributária). O lançamento (ato de enunciação), destarte, relataria aquele evento, constituindo o fato jurídico tributário. Uma coisa, pois, seria a data do evento; outra a data do fato: aquela seria a data do acontecimento no mundo fenomênico; essa, a data em que o evento se constituiria em fato, pela enunciação protocolar (no caso do IPTU, a data do recebimento da notificação).

O evento propriedade (+ espaço + tempo + etc.) seria previsto no descritor da norma geral e abstrata que prescreve o IPTU. Quando esse evento abstrato ocorresse no mundo, para ganhar significação jurídica seria necessário que ele fosse vertido em linguagem competente, é dizer, que uma norma individual e concreta o relatasse através de um enunciado protocolar e denotativo, transformando-o em fato jurídico. Logo, fato jurídico seria o evento enunciado em linguagem competente. O evento seria transformado em fato jurídico pelo ato de enunciação (o lançamento). Assim, o lançamento seria o enunciado protocolar, denotativo, que constituiria o evento (propriedade, etc.) em fato jurídico, assinalado em provas admitidas em direito. Pelo conseqüente, teríamos: (a) o evento ocorrido em 1º de janeiro; (b) o relato (ato de enunciação) do evento, ocorrido validamente em 25 de maio; e (c) o fato jurídico, produto da enunciação protocolar do evento. Sendo assim, surge-nos de plano uma importante indagação: se o evento se torna fato jurídico pelo relato (lançamento), qual o enunciado protocolar que faria jurídico o relato? Ou seja: o relato (ato de enunciação, lançamento), para ser fato jurídico, seria relatado por qual outro ato de enunciação (enunciado)?

Uma coisa é o evento propriedade; outra, o enunciado que o transforma em fato. Esse enunciado protocolar é conteúdo do lançamento (suporte físico, texto, veículo introdutor de norma individual e concreta). Temos, então, um fato do mundo (evento) e outro fato do mundo (enunciado protocolar): o segundo tematiza o primeiro, relatando-o, dando-lhe, através da linguagem competente, realidade jurídica. O ato de enunciação (lançamento), destarte, constituiria o fato jurídico tributário: transformaria o evento em fato por meio do relato em linguagem competente. Mas de onde proviria a juridicidade do ato de enunciação (relato)?

Sejamos mais claros. Todos os elementos (subjetivo, temporal, espacial, material) previstos no antecedente de uma norma geral e abstrata, quando ocorressem no mundo, seriam meros eventos. Para que fossem reputados jurídicos, esses elementos teriam de ser descritos em linguagem competente através de um enunciado protocolar e denotativo, que narraria aquele evento, transformando-o em fato jurídico.

Da mesma maneira que a norma geral e abstrata seria a significação atribuída ao diploma legal (texto, veículo introdutor de normas), a norma individual e concreta (fato) seria a significação atribuída a um enunciado protocolar e denotativo (texto, veículo introdutor de normas individuais, lançamento). Temos, pois, que distinguir - como fizemos acima - o evento, o ato que o relata (ato de enunciação, veículo introdutor, texto) e o produto do relato: o fato (ou a significação jurídica do evento)¹⁸.

Feita essa distinção, é curial que passemos a pesquisar sobre o status jurídico do ato de enunciação

(relato). Noutro giro, indagamos: o lançamento seria um fato jurídico? Se a resposta for afirmativa, qual o enunciado protocolar, denotativo, que o juridicizaria? Essas perguntas são muito importantes e merecem atenção.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, chama-se processo de positivação o caminho percorrido das concepções abrangentes para chegar às proximidades da região material das condutas intersubjetivas, ou seja, iniciando-se por normas jurídicas gerais e abstratas para chegar a normas individuais e concretas¹⁹.

Para ele, portanto, é vital o seguinte ponto de sua teoria:

...a norma geral e abstrata, para alcançar o inteiro teor de sua juridicidade, reivindica, incisivamente, a edição de norma individual e concreta. Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais²⁰.

A norma geral e abstrata seria veiculada por um texto, ou um documento (suporte físico), que ganharia a sua juridicidade de uma outra norma geral e abstrata de hierarquia superior, que seria o seu fundamento de validade. A norma individual e concreta (fato), ao constituir juridicamente o evento, seria veiculada por um texto, ou documento (suporte físico). De onde, então, proviria a juridicidade do texto que veicula a norma individual e concreta (ou seja, o ato de enunciação)? Há três respostas possíveis: (a) a sua significação jurídica adviria da norma geral e abstrata que a prevê no seu antecedente, atribuindo-lhe efeitos jurídicos; ou (b) a sua significação proviria de um outro enunciado protocolar, denotativo, convertendo-o em fato jurídico; ou, ainda, (c) ele auto-enunciaria a sua significação jurídica, ou seja, ele próprio se constituiria como fato jurídico pela sua própria enunciação.

Para facilitar a nossa exposição, pensemos no lançamento, no exemplo acima exposto. O lançamento tributário veicularia a norma individual e concreta, constituindo o evento ocorrido em 1º de janeiro (propriedade + outros elementos) em fato jurídico tributário. Sabemos que o evento convertido em fato seria aquele previsto na hipótese de incidência do IPTU. Todavia, o lançamento seria, ele próprio, um fato jurídico? Para ser fato jurídico, na teoria carvalhiana, teria ele que ser objeto de um enunciado protocolar e denotativo, que o constituiria de evento em fato. Qual seria esse enunciado protocolar? Seria a decisão de algum recurso administrativo, por acaso interposto pelo contribuinte? E se fosse, qual enunciado protocolar e denotativo constituiria essa decisão administrativa como fato jurídico? Seria, por acaso, a sentença prolatada em algum processo judicial instaurado pelo contribuinte irrequieto? E se fosse, qual enunciado protocolar a constituiria em fato jurídico? O Acórdão, lavrado após a interposição de um recurso judicial?

Se admitíssemos essa resposta, haveríamos de admitir que o lançamento, enquanto ato emitente da norma individual e concreta, que converte o evento em fato jurídico, seria ele próprio um evento, que apenas seria fato jurídico se fosse objeto de um outro enunciado protocolar. E, ao admitirmos uma tal proposição, haveríamos de nos defrontar com um absurdo lógico: o fato jurídico (evento vertido em linguagem competente) seria produto de um outro evento (o ato de enunciação: lançamento). Vale dizer: o não-jurídico (evento do lançamento) constituiria o fato jurídico (evento previsto na hipótese de incidência do IPTU, ocorrido no mundo, e veiculado através de um enunciado protocolar e denotativo).

É evidente, desse modo, que o lançamento não obtém a sua juridicidade de nenhum enunciado protocolar. Ao revés, segundo pensamos, o lançamento é fato jurídico porque assim qualificado pela norma geral e abstrata, veiculada no art. 142 do Código Tributário Nacional, que incide, fazendo-o jurídico, no mundo do pensamento (Pontes de Miranda).

De conseguinte, temos que refutar a medula da teoria carvalhiana, segundo a qual apenas seria fato jurídico a significação do enunciado protocolar, denotativo, assoalhado nas provas admitidas em direito. Como essa solução desabonaria toda a construção da teoria glosada, restaria, como solução

possível, apelar para uma auto-enunciação do lançamento, com a finalidade de convertê-lo em fato. Noutro giro, restaria à teoria carvalhiana admitir a possibilidade de o evento factualizar-se sozinho: ao invés dele relatar um evento externo, ele se relataria a si próprio, como evento.

Joana Lins e Silva, parece-nos, percorreu esse caminho. Para ela, o lançamento seria o ato administrativo pelo qual a norma jurídica individual e concreta seria inserida no ordenamento jurídico, elaborada a partir da interseção entre a reordenação das significações dos textos legais e dos fatos do mundo. Ou seja, lançamento "é um veículo introdutor de norma jurídica individual e concreta, mas é, em si mesmo, também uma norma jurídica individual e concreta"²¹. É dizer, para Joana Lins e Silva, "(...) sendo a um só tempo ato administrativo e norma jurídica, o lançamento tributário pode ser estudado tanto à luz da teoria dos atos administrativos, como à luz da teoria das normas jurídicas"²².

Aqui, nesse ponto, resta evidenciada a insuficiência da teoria carvalhiana. A norma jurídica individual e concreta veiculada pelo lançamento - já o dissemos -, constituiria o fato jurídico tributário, ao descrever o fato do mundo (evento) em linguagem competente. Mas há uma pergunta fundamental a ser respondida: qual a norma individual e concreta que constituiria o lançamento como ato administrativo? A explicação dada, em resposta, é absolutamente circular: o lançamento seria um veículo introdutor de norma jurídica individual e concreta, mas, em si mesmo, também seria uma norma individual e concreta. Ora, e qual o fato protocolar que enunciaria essa outra norma individual e concreta (ensimesmada)? Resposta: o próprio lançamento. Mas se assim fosse, teríamos um único ato de enunciação (veículo introdutor de normas), com duas normas individuais e concretas enunciadas (a primeira, que relataria o evento previsto na hipótese de incidência, convertendo-o em fato jurídico tributário; e, a segunda, que relataria o próprio texto do qual é significação, identificando o agente emissor competente, a forma jurídica própria e os seus destinatários, fazendo-se a si própria jurídica)²³.

Resta claro, sem embargo, que o recurso retórico à auto-enunciação é a admissão da aporia insuperável da teoria proposta. Se o enunciado protocolar pudesse enunciar-se a si próprio como jurídico, seria ele a um só tempo evento, fato e ato de enunciação dele mesmo, rompendo a necessidade de uma enunciação externa ao evento, através de um enunciado protocolar e denotativo. É como se o lançamento constituísse o fato tributário, relatando em linguagem competente o evento ocorrido em data anterior (tempo no fato), e constituísse a si próprio, relatando a si mesmo. Aqui, evento e fato seriam uma só e mesma coisa, fundindo-se.

A aparente sustentação lógica da teoria carvalhiana decorre de estarmos sempre olhando para o evento (fato do mundo que reproduz a hipótese de incidência) e para a sua transformação em fato jurídico pelo enunciado protocolar e denotativo. Todavia, quando pousamos os olhos detidamente sobre o elemento intercalar entre o evento e o fato, ou seja, sobre o ato de enunciação (relato), ficamos perplexos em ver que ele não possui juridicidade, se analisado pelo próprio sistema de referência dessa mesma teoria. E como ele não possui relato em linguagem competente, ele se auto-relata. Porém, é preciso gizar com cores bem fortes, que, nesse caso, ou o auto-relato nada mais seria do que a admissão implícita de que a significação jurídica adviria do próprio evento (é dizer, o não-jurídico - o fato bruto - criaria, num processo autogerativo, a sua própria juridicidade)²⁴; ou a admissão de que a sua juridicidade adviria diretamente não do evento, mas da norma geral e abstrata, sem a reivindicação do ato humano intercalar de aplicação: seria produto, noutro giro, da incidência da norma jurídica, no mundo do pensamento. É dizer: o lançamento seria fato jurídico como produto da incidência do art. 142 do CTN²⁵. Qualquer das duas soluções, resta claro, impugna a construção lógica da teoria carvalhiana.

3. A solução proposta por Eurico M. Diniz de Santi: enunciação do enunciado e enunciado do enunciado.

Buscando superar as dificuldades lógicas apontadas na intimidade da teoria carvalhiana, Eurico Marcos Diniz de Santi²⁶ introduz a distinção entre enunciação do enunciado e enunciado do

enunciado. Inicia ele afirmando que seria necessário apartar o enunciado da enunciação. A enunciação seria o próprio ato de fala, enquanto o enunciado seria o seu produto, ou seja, aquilo que se fala²⁷.

Partindo dessa distinção entre a instância da enunciação e o texto enunciado, Eurico Marcos Diniz de Santi assere que o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância da enunciação, denomina-se enunciação enunciada; doutra banda, a seqüência enunciada desprovida dessas marcas de enunciação denomina-se enunciado do enunciado. Tais marcas da instância de enunciação seriam os dêiticos de espaço, tempo e pessoa disseminados no texto e que se referem à enunciação²⁸. Em uma lei, por exemplo, o seu conteúdo seria o enunciado enunciado, enquanto o seu número (Lei Complementar n.64, por exemplo), a sua data e a autoridade da qual emanou seriam as marcas da instância de enunciação, ou seja, consistiriam na enunciação enunciada.

Mas qual a importância dessa distinção proposta? Partindo daquela distinção entre fato e evento, na forma levada a cabo por Paulo de Barros Carvalho, pela qual se teria deslocado o estudo das fontes, do universo normativo para o ato de aplicação do direito, afirma Eurico Santi:

... o ato de aplicação para entrar no direito há que se revestir de linguagem. (...) O ato de aplicação é o evento, que é traduzido por uma articulação lingüística, o fato: o evento retido do passado é o significado; o fato representado, o significante²⁹.

Sendo o ato de aplicação um evento, como se tornaria ele fato? Diz-nos o professor paulista: O direito é criado por eventos que se tornam fatos à medida que são enunciados no produto desses processos normativos. Assim, numa lei identificamos a enunciação enunciada como as marcas do processo que ficam no produto: (I) o próprio nome lei, que indica a realização de determinado procedimento produtor de normas; (II) a data da promulgação e da publicação; (III) a referência à pessoa que sanciona e promulga a lei, e (IV) o local onde foi produzida a lei³⁰.

Eurico Marcos Diniz de Santi, destarte, assume ostensivamente que o direito é criado por eventos, é dizer, o jurídico é criado pelo não-jurídico (ou ajurídico, se preferir). O lançamento, como ato de aplicação, seria um evento que criaria o fato jurídico tributário enunciado (a norma individual e concreta, ou o enunciado protocolar e denotativo). Todavia, enquanto enunciação enunciada, também se relataria em linguagem competente, constituindo a si mesma como fato. Ou seja, o ato de aplicação constituiria o fato pelo enunciado enunciado, e se constituiria como fato pela enunciação enunciada.

Em que pese todo o esforço da construção teórica exposta, bem como a introdução de um acervo de expressões novas tomadas de empréstimo da lingüística, o certo é que o problema central da teoria carvalhiana continuou intocado: o como justificar que o evento do ato de enunciação (chamado de ato de aplicação) se constitua a si mesmo como fato. Para superar essa aporia, Eurico Santi radicalizou aquilo que a teoria carvalhiana havia deixado sem resposta.

Asseriu ele:

Fica assim demonstrada, nessa teoria, que o direito não só cria suas próprias realidades nos enunciados enunciados de uma lei, como constitui a própria realidade de sua criação na enunciação enunciada. Ou seja, o próprio fato do poder constituinte originário torna-se fato jurídico, não porque juridicizado por uma regra a priori, como a norma hipotética fundamental de Hans Kelsen, mas porque entra para o direito pelo próprio documento que produz: os produtos juridicizam o processo"³¹.

Eurico Marcos Diniz de Santi, desse modo, descarta a existência da norma fundamental de Kelsen, como fundamento de validade do sistema jurídico e, em seu lugar, põe um texto (veículo introdutor de normas jurídicas, suporte físico), que se tornaria jurídico por si mesmo, através da enunciação enunciada das marcas do processo que ficam no produto. É dizer, o produto (Constituição) faria jurídico o processo (poder constituinte originário); o puramente fáctico (evento) constituiria a

normatividade³². Esse entendimento é levado às últimas consequências, como se pode ver na seguinte afirmação:

... o direito não só cria suas próprias realidades nos enunciados enunciados de uma lei, como recria e constitui a própria realidade de sua criação na enunciação enunciada. Ou seja, o próprio ato de aplicação da Constituição, que cria lei, torna-se fato jurídico, não porque juridicizado pela regra de competência, mas porque entra para o direito pelo próprio documento que produz: os produtos juridicizam o processo. Ou seja, o fato da criação da lei entra no *corpus* da lei: a lei é lei porque diz que é lei³³.

Mas, é conveniente dizer: Eurico de Santi não leva suas afirmações às últimas consequências, como seria próprio. E não o faz pela impossibilidade lógica de fazê-lo. Se a lei é lei porque diz que é lei, o lançamento é lançamento porque diz que é lançamento, então o ato de aplicação estaria aplicando o quê? Nada, seria a única resposta adequada, uma vez que a norma não seria a priori a aplicação. Na verdade, o lançamento é ato administrativo porque a norma do art. 142 do CTN assim o prescreve, especificando a autoridade competente para emití-lo, seus pressupostos e sua forma, além dos seus efeitos. É absurda a afirmação de Eurico Santi segundo a qual:

... a identificação da forma, do momento, do local e da autoridade é suficiente para atribuir força jurídica ao documento. Essa identificação estabelece a priori a validade do texto jurídico, ressaltando-se que eventuais desvios de conteúdo podem ser absorvidos por formas de correção previstas pelo sistema, como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade, e o amplo controle exercido pelo Poder Judiciário³⁴.

Ora, a identificação do documento apenas é juridicamente possível porque há uma norma a priori que prescreve a sua forma, o momento, o local e a autoridade competente para emití-lo, ou do contrário não haveria critérios pelos quais pudessem ser apontados desvios de conteúdo. Se "o lançamento é lançamento porque diz que é lançamento", é evidente que o seu conteúdo não poderia ser sindicado pelo Judiciário, através do manejo de alguma ação, a não ser que admitíssemos - como seria conseqüente - a existência de critérios para o exercício desse controle do ato de aplicação, que lhe fosse exterior e anterior.

E isso fica ainda mais patente, quando Eurico Santi conceitua o signo /validade/. Diz ele:

... validade será entendida doravante como a pertinência de um documento normativo ao direito positivo, em função dos critérios instituídos por sua fonte de produção, identificáveis na enunciação enunciada do próprio documento normativo³⁵.

Se há relação de pertinência do documento ao direito positivo, é porque o direito positivo é prius, de maneira que a enunciação enunciada haveria de guardar correspondência com a norma, que seria fundamento de validade do ato de aplicação (o lançamento, v.g.).

A solução ofertada por Eurico Marcos Diniz de Santi para a aporia da teoria carvalhiana é, sem dúvida, a mais rica tentativa de justificar a juridicidade do ato de enunciação (relato, ato de aplicação, documento, suporte físico, veículo introdutor de normas) sem fazer remissão à incidência da norma geral e abstrata.

Debalde. Submetida a uma severa análise crítica, resta evidenciada a inconsistência lógica dessa teoria, que se estriba em postulados arbitrários. Afinal, se a lei é lei porque diz que é lei, há exclusão de qualquer indagação mais séria sobre a validade dessa afirmação, dada a sua tautologia e ausência de fundamentação. Mas de onde a lei retiraria a sua juridicidade? Dela própria, seria a resposta. Mas por quê? Porque sim. Mas onde estaria dito isto? Nela mesma. A lei, desse modo, como todo e qualquer ato de aplicação, teria o seu fundamento de validade nela mesma, tornando o ordenamento jurídico um conjunto amorfo de normas individuais auto-fundamentadas. Cada ato de enunciação (relato) valeria por si mesmo, não havendo meios objetivos (ou ao menos intersubjetivos) de controle da sua juridicidade. Essa a razão pela qual não podemos endossar a teoria glosada.

4. Fato e evento em Habermas: sobre o plano da ação comunicativa e o plano do discurso.

Um empresário entra em uma livraria, escolhe um exemplar qualquer de um livro e se dirige à balconista. Apresenta o volume que escolheu e lhe dá um cartão de plástico. Ela, automaticamente, passa o cartão de plástico em uma máquina, que emite um cupom. O empresário apõe a sua assinatura no papel apresentado, pega o exemplar do livro escolhido e segue o seu caminho.

Essa é uma situação comum na vida moderna, impensável anos atrás. Aquele evento cotidiano, corriqueiro, é prenhe de significado, seja econômico, seja sociológico, seja psicológico, seja jurídico.

A sua apreciação pode ser feita sob os mais facetados ângulos, e ainda assim não ser esgotado como objeto do conhecimento. Se o observo sob a visão jurídica, posso simplesmente afirmar que significado algum possui, negando-lhe juridicidade. Tratar-se-ia de um mero evento social, sem a dignidade necessária para se tornar relevante para o direito. Esse evento apenas teria importância para o ordenamento jurídico se houvesse o descumprimento de alguma norma (por exemplo, o valor do livro era inferior ao valor do cupom, e apenas posteriormente o empresário se deu conta) e, não chegando os interessados a algum acordo, fosse o caso levado ao Poder Judiciário, que o relataria em linguagem competente, constituindo aquele evento do descumprimento da norma em fato jurídico, através da emissão de um enunciado protocolar e denotativo (sentença), subministrado pelas provas produzidas na instrução processual. Essa seria a visão sustentada pela teoria carvalhiana.

Qual o efeito mágico provocado pelo cartão de plástico, pelo qual o exemplar do livro passou para a posse do empresário? Como e em que circunstâncias posso denominar alguém de empresário? O livro adquirido passou a ser possuído ou passou a ser propriedade do comprador? As manifestações de vontades convergentes entre duas pessoas vinculam os seus emissores? Enfim, há alguma significação jurídica atribuível àquele evento, inclusive com a finalidade de prevenir a ocorrência de conflito de interesses?

Convencionamos chamar o cartão de plástico de cartão de crédito, substituindo assim o uso de papel, a que o ordenamento jurídico denomina dinheiro ou moeda. Quando, no mundo da vida, alguém entrega uma importância em dinheiro e adquire um produto, por certo não reflete sobre o significado dos seus gestos: "celebrei um negócio de compra e venda", "esse papel pode ser trocado por esse livro porque há normas que outorgam a ele uma referência econômica"; "tenho o direito subjetivo sobre esse objeto, que agora está incorporado ao meu patrimônio", etc. Ninguém, na mundanidade da vida, tematiza essas questões, porque o significado desses gestos é vivido dentro de uma dimensão simbólica intersubjetiva, social. A experiência atemática e pré-reflexiva do simbolismo jurídico ocorre no plano da ação comunicativa. Todos os dias aplicamos normas jurídicas, exercitamos direitos e submetemo-nos a deveres sem que discutamos, ao menos mais profundamente, sobre o significado jurídico de cada uma dessas vivências, nada obstante não nos passe despercebido que existe um plexo de normas jurídicas que regem as nossas vidas, como quando paramos em um sinal de trânsito, ou usamos o cinto de segurança em nosso automóvel, ou vamos escolher um candidato através do exercício do voto.

A ação comunicativa, portanto, se realiza no mundo da vida³⁶. Entretanto, por vezes bastas surgem conflitos de interesses, questionamentos sobre a ocorrência de alguma situação que beneficiaria alguém, ou mesmo sobre o sentido de uma norma jurídica aplicável a uma dada ocorrência não controvertida pelos interessados. Nesse caso, já não mais estaríamos diante de uma experiência atemática, porém diante de pontos de vistas problematizados e contraditórios. Aqui, estaríamos no plano do discurso. Podemos dizer que passamos do plano da ação comunicativa para o plano do discurso quando as afirmações ingenuamente entabuladas (ou seja, atematizadas) quedam postas em questão, ou seja, quando a pretensão de validade implicitamente contida em uma afirmação se torna explícita e passa a ser objeto de confirmação ou negação.

Consoante expõe Habermas:

Bajo la rúbrica «acción» introduzco el ámbito de comunicación en el que tácitamente reconocemos e presuponemos las pretensiones de validez implicadas en las emisiones o manifestaciones (y, por tanto, también en las afirmaciones), para intercambiar informaciones (es decir, experiencias relativas a la acción). Bajo la rúbrica «discurso» introduzco la forma de comunicación caracterizada por la argumentación, en la que se tornan tema la pretensiones de validez que se han vuelto problemáticas y se examina si son legítimas o no. Para iniciar un discurso tenemos en cierto modo que salir de los contextos de acción y experiencia; en los discursos no intercambiamos informaciones, sino argumentos que sirven para razonar (o rechazar) pretensiones de validez problematizadas»³⁷. E, explicitando ainda mais sua teoria, afirma ele: "(...) en los plexos de acción comunicativa sería redundancia una explicitación de la pretensión de validez entablada con las afirmaciones; pero, tal explicitación es ineludible en los discursos, pues éstos tematizan el derecho que asiste a tales pretensiones de validez"³⁸.

Mas o que seria ação para Habermas? Distingue ele entre comportamento (*behavior*) e ação (*action*). Comportamento seria um movimento produzido por organismo que reproduz a sua vida adaptando-se ao seu entorno. Pois bem, intencional é um comportamento que vem dirigido por normas ou se orienta por regras.

Las reglas y normas no son algo que acaezca, sino que rigen en virtud de un significado intersubjetivamente reconocido. Las normas tienen un contenido semántico, justamente un sentido que siempre un sujeto capaz de entenderlo las sigue, se ha convertido en razón o motivo de un comportamiento; y es entonces cuando hablamos de una acción. Al sentido de la regla responde la intención de un agente que pueda orientar su comportamiento por ella. Sólo a este comportamiento orientado por reglas lo llamamos acción; sólo de las acciones decimos que son intencionales.

Quando aquele empresário, do exemplo acima hipotizado, pega um livro na prateleira de uma livraria e dá à balconista o seu cartão de crédito, não está realizando um comportamento regular ou mecânico, mas sim um comportamento orientado por normas (ação). Enquanto um comportamento pode ser observado (o homem entrega a uma mulher sentada atrás de um balcão um pedaço de plástico e leva consigo um livro), as ações apenas podem ser entendidas, isto é, não de ser analisadas determinadas notas desse comportamento com referência a regras subjacentes, as quais também devem ter previamente o seu sentido entendido (o empresário realiza o pagamento do negócio jurídico celebrado com a livraria, da qual a balconista é empregada, através do uso de um cartão de crédito, e leva consigo o livro comprado, que passou a integrar o seu patrimônio). Aqui, no plano da ação comunicativa, o sujeito capaz de ação pode em muitos casos não ser capaz de explicar as normas pelas quais orientam o seu comportamento. Todavia, na medida em que domina as normas e pode segui-las, tem um saber implícito delas. Em virtude desse *know how* pode, em princípio, decidir se uma determinada ação comportamental pode ser entendida através de uma regra conhecida, é dizer, se pode entender como ação⁴⁰.

Com essas observações abastadas na retentiva, podemos com Habermas entender a ação comunicativa como uma interação simbolicamente mediada. Orienta-se por normas obrigatórias que definem expectativas recíprocas de comportamento e que têm que ser entendidas e compreendidas ao menos por dois sujeitos agentes. Seu conteúdo semântico se objetiva em expressões simbólicas e só é acessível à comunicação por meio da linguagem ordinária⁴¹. Nesse passo, temos que deixar assentado ponto de subido relevo para nossas reflexões: para que possamos entender uma ação, é necessário confrontarmos o comportamento intencional com as normas, as quais logicamente lhe antecedem. Como diz Lourival Vilanova⁴², lapidarmente, ao tratar da aprioridade das normas: "A norma não se pospõe, indutivamente, prepõe-se, antepõe-se aos fatos". Desse modo, os atos de fala regulativos apenas possuem pretensão de validade se houver uma norma que antecede já sempre estes atos.

No dizer de Habermas:

Al dar a alguien una orden, o bien estoy expresando una necesidad subjetiva y una relación

*contingente de poder, y en tales casos estoy expresando una intención; o bien estoy expresando una relación legítima de dependencia, y en tal caso me estoy apoyando en una norma, cuya validez non es generada por mi acto de habla (como sucede en los actos de habla constatativos o representativos), sino que ya viene presupuesta en mi acto de habla*⁴³.

Voltemos ao exemplo da mulher que pára o seu carro diante de um semáforo vermelho. Sua ação é um comportamento orientado pelas normas de trânsito, que são uma objetivação conceptual que qualifica o fáctico, em sua dimensão simbólica e intersubjetiva⁴⁴. Se ela ultrapassa o sinal de trânsito e colide com outro veículo, pode travar-se uma discussão sobre se o sinal estava vermelho ou não, bem como a situação em que o acidente se deu, de modo a ter-se um consenso sobre a quem assiste razão e a quem cabe o dever de ressarcir os prejuízos. Ora, nesse ponto deixamos o plano da ação comunicativa e passamos ao plano do discurso, quando então a pretensão de validade das afirmações feitas pelos agentes passa a ser problematizada, uma vez que cada qual emite proposições contraditórias sobre um mesmo estado de coisas.

Chegamos agora ao conceito de fato para Habermas. Ensina ele:

*Que un semáforo esté en amarillo es(...), en el contexto del tráfico automovilístico (...), una información (la comunicación de una experiencia referida a la acción); se puede también decir que éstos son hechos, pero lo decimos, es decir, empleamos a hablar de hechos, cuando tras un accidente automovilístico hay que aclarar el estado de cosas consistente en si aquel semáforo en un determinado momento estaba en amarillo (...). En el contexto de la acción la afirmación tiene el papel de una información acerca de una experiencia com objetos, en el discurso cumple la función de un enunciado com pretensión de validez problematizada*⁴⁵.

Desse modo, os fatos para Habermas apenas advêm à linguagem no âmbito da comunicação que é o discurso, é dizer, quando, e apenas quando, resta problematizada a pretensão de validade que os enunciados levam consigo anexa. No contexto da ação comunicativa, informamo-nos ou transmitimo-nos informações sobre objetos da experiência (eventos, para a teoria carvalhiana). Certamente que o conteúdo das informações se apoiam em fatos, mas apenas quando a informação se põe em dúvida e se passa a discutir sobre o seu conteúdo desde o ponto de vista de que algo seja o caso, embora possa não sê-lo, deve-se falar de fatos, que ao menos alguém os afirma e que ao menos alguém os põe em dúvida⁴⁶.

Diante da resumida exposição do pensamento habermasiano, sobre o objeto de nossas reflexões, podemos observar que a distinção entre fato e evento, levada a cabo pela teoria carvalhiana, não absorve a distinção entre contexto da ação comunicativa e contexto do discurso, divorciando-se por completo da teoria da verdade consensual, própria à teoria do agir comunicativo.

Enquanto Paulo de Barros Carvalho formaliza o discurso jurídico, limitando a facticidade do direito àquilo que é relatado em linguagem competente, Habermas deita olhos sobre o mundo da vida e sobre a ação comunicativa, em que o simbólico da norma desempenha papel fundamental para a estruturação dialógica do tecido social. O plano do discurso, ademais, em seu sentido forte, há de ser motivado, ainda que contrafacticamente, pela disponibilidade cooperativa a entender-se para além da coação própria da ação comunicativa⁴⁷. Os argumentos, no plano do discurso, devem ser expostos dentro de um espírito de sinceridade e cooperação, e não com a finalidade de vencer por vencer, através de um formalismo legitimado pelo procedimento (Luhmann).

Apenas através de uma violência simbólica - insistamos mais uma vez - poderíamos aplicar a distinção entre fato e objetos da experiência, própria ao giro lingüístico (do qual Habermas é apenas um dos seus expoentes), para servir de joeira entre o jurídico e o não-jurídico. No contexto do pensamento de Habermas, essa é uma questão sem sentido. Mais ainda por ser ele um crítico ácido do pensamento estruturalista de Luhmann e da teoria do sistema autopoietico, os quais renegam a importância do mundo da vida para a compreensão do fenômeno jurídico, nada obstante estejam eles à base da teoria carvalhiana⁴⁸.

Para uma utilização conseqüente, no contexto da dogmática jurídica, da distinção entre plano da ação comunicativa e plano do discurso, poderíamos fazer uso do conceito carneluttiano de *lide*, como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁴⁹. Para Carnelutti, interesse não significa um juízo, mas uma posição favorável do homem à satisfação de uma necessidade. Como as necessidades humanas são infinitas e os bens que a satisfazem, escassos, há necessidade de se impor meios que induzam o homem a se abster do uso da violência.

Os homens, reunidos em sociedade, estabelecem regras conforme as quais os conflitos de interesse venham a ser resolvidos, distribuindo os bens da vida. Todavia, as regras não são suficientes. Em caso de conflito, mesmo os homens reconhecendo a regra, podem sentir-se impulsionados, pelos seus interesses, a descumpri-la. Razão pela qual, nessas hipóteses, faz-se necessária a expedição de um mandato, que nada mais é do que a imposição da regra por meio da força. Desse modo, o mandato encontra na norma o seu *prius* lógico.

Os conflitos de interesse são compostos por meio de relações jurídicas, que subordinam um a outro interesse, de forma consensual. Por vezes bastas, porém, o titular de um interesse em conflito opõe resistência ao interesse de outrem. Quando isso acontece, o conflito de interesses se converte em litígio. O meio próprio para se compor a *lide*, com a subordinação autoritativa de um interesse a outro, é o processo.

A regulação que o direito faz da vida em sociedade possibilita a co-presença dos seres humanos, através da autonomização do simbolismo jurídico no mundo da vida. Os conflitos de interesses são compostos na mundanidade através da vivência intencional das normas jurídicas, que pelo diálogo possibilitam a cooperação consensual dos actantes. Logo, essa experiência do jurídico é pré-reflexiva e atematizada, nada obstante subordinadas a normas: estamos no plano da ação comunicativa. Quando, porém, o conflito não se resolve pelo diálogo, sendo as razões de cada actante contraditórias, entramos no plano do discurso, com a finalidade de compor aquele conflito de interesse qualificado com uma pretensão resistida, através do exercício cooperativo da argumentação fundamentada. Como se pode ver, essa tematização do conflito de interesse, com a finalidade de alcançar o consenso (composição da *lide*), é o que proporcionaria a edição de uma norma individual e concreta, constituindo aquela realidade conflituosa (evento) em fato. Enquanto para Carnelutti só há jurisdição onde houver *lide*; para a teoria carvalhiana, só haveria juridicidade onde houvesse a emissão protocolar de um enunciado denotativo. Em Paulo de Barros de Carvalho, de conseqüente, o direito, para factualizar-se, necessitaria sempre de uma formalização procedimental, que culminasse com um ato de autoridade. Vale dizer, a teoria carvalhiana é, nesse passo, mais reducionista do que a teoria carneluttiana⁵⁰.

Podemos deixar assentado - ao largo e por sobre tais teorias reducionistas do fenômeno jurídico - que a incidência da norma jurídica, bem assim a sua aplicação consensual (atematizada), ocorre no plano da ação comunicativa; a aplicação problemática da norma, no plano do discurso. Tanto os particulares como o Poder Público aplicam as normas jurídicas consensualmente; apenas o Poder Público as aplica autoritativamente, como função específica sua (quer através da função administrativa, quer da jurisdicional). Mas todo ato de aplicação pressupõe a norma, dialogicamente vivida em sua dimensão simbólica, no plano do pensamento. Por essa razão, os eventos se juridicizam sempre no contexto da ação comunicativa, adjetivados de fatos jurídicos pela incidência da norma.

Essa a razão pela qual não abonamos a distinção, para a dogmática jurídica, entre fato e evento. Melhor, segundo pensamos, continuarmos a falar em fatos e fatos jurídicos: aqueles como fatos do mundo (hipotizados ou já concretizados na mundanidade da vida), e esses como fatos que ingressaram no mundo jurídico pela incidência de uma norma, no plano do pensamento.

5. Conclusão.

No presente texto, buscamos mais uma vez fazer uma reflexão sobre os postulados da teoria carvalhiana, tematizados sob o pano de fundo da teoria ponteana. Era o nosso desejo fazer uma

exposição da teoria do fato jurídico, segundo concebida pelo gênio de Pontes de Miranda, mas tantas foram as questões aqui enfrentadas, que não nos foi possível ingressar em outros aspectos que mereceriam nossa atenção. Nada obstante isso, julgamos que a análise crítica que fizemos da obra de Paulo de Barros Carvalho e de seus discípulos, se outro não tiver, tem o valor de estabelecer um diálogo científico franco e sereno sobre uma teoria que vem sendo ensinada em nossas principais faculdades de direito, tanto nos cursos de graduação como de pós-graduação. Estabelecendo um claro contraponto, julgamos servir à ciência e ao direito, ao tempo em que resgatamos o pensamento de Pontes de Miranda e preservamos o conceito de incidência da norma jurídica, desfigurado pela teoria carvalhiana e tomado como sinônimo de aplicação.

No próximo artigo,⁵¹ encerraremos nossa análise crítica da teoria de Paulo de Barros Carvalho, observando importantes questões sobre o lançamento tributário - já agitadas superficialmente aqui - e os seus efeitos jurídicos. É certo que não trataremos, nessa trilogia, sobre o relativismo hermenêutico à base da teoria carvalhiana, nem tampouco sobre a sentida ausência de preocupações axiológicas, reveladora de um sinete autoritário (não é à toa que os cidadãos ou contribuintes são sempre chamados de súditos, a revelar menos uma relação jurídica tributária e mais uma relação de sujeição à força de normas criadas no ato de interpretação da autoridade fazendária).

De toda sorte, enfatizamos aqui a impropriedade da distinção entre fato e evento, bem como a sua insuficiência. Para facilitar a exposição, mostramos a ausência, dentro do sistema de referência da teoria glosada, de um ato intercalar entre o fato e o evento: o relato (ou ato de enunciação). Ao chamarmos a atenção para isso, buscamos mostrar que esse ato que enuncia o evento, constituindo-o em fato, não possuía, ele mesmo juridicidade. Para superar essa fragilidade da teoria de Paulo de Barros Carvalho, mostramos a solução apontada por seus discípulos, fazendo uma maior análise da distinção feita por Eurico Marcos Diniz de Santi entre enunciação enunciada e enunciado enunciado, que apenas radicaliza os problemas teóricos antes já fustigados.

Por fim, buscamos demonstrar que a distinção entre fato e evento não repousa propriamente na obra de Habermas, uma vez que não pode ser feita sem partir de uma distinção anterior, entre plano da ação comunicativa e plano do discurso. Com essas reflexões, buscamos, sempre que possível, sublinhar a dimensão simbólica e intersubjetiva da norma jurídica, a sua aprioridade em relação aos fatos por ela regrados e a juridicização do fático através da sua incidência incondicional e infalível, no plano do pensamento.

51- Obrigação e crédito tributário: crítica terceira ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho, inédito.

1 - A análise da teoria proposta por Paulo de Barros Carvalho foi iniciada através do artigo "Incidência e aplicação da norma jurídica tributária: uma crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho", publicado na Revista Tributária nº 38, maio-junho de 2001, pp.19-35. Crítica, nessa trilogia de estudos, é o exame de um princípio ou de um fato, a fim de produzir sobre ele um juízo de apreciação, vale dizer, a não-aceitação de uma asserção sem se interrogar primeiro sobre o seu valor (Cf. LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.221).

2 - Anoto aqui que a distinção entre ciência do espírito e ciências da natureza já não é pacífica, sendo refutada sobretudo a partir do giro lingüístico de Hans-Georg Gadamer. Susan J. Hekman (Hermenêutica e sociologia do conhecimento. Trad. Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1990. p.144), ao analisar o propósito da obra gadameriana Verdade e Método, termina por afirmar que a sua preocupação central é de se indagar como é possível a compreensão, tendo como resposta que "(...) toda compreensão é hermenêutica e, portanto, que uma análise da natureza da compreensão coincide com uma análise da 'hermenêutica universal'". Desse modo, tanto a natureza como o produto da cultura humana são conhecidos através da lingüisticidade da compreensão, ou seja, do agir hermenêutico.

3 - Sobre o conceito de /mundo da vida/, vide GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis: Vozes, p.375 et seq.

4 - "Edmund Husserl sobre mundo de la vida, filosofía y ciencia". Texto e contexto. Barcelona: Ariel, 1996. p.61-62. Os grifos são nossos.

5 - CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998. p.85 et seq.

6 - Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.274.

7 - Idem, ibidem, p.89.

8 - Idem, ibidem, p.105.

9 - Idem, ibidem, p.95.

10- Fundamentos da norma tributária. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 56.

11- Fato jurídico tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.20.

12- Idem, ibidem, p.93.

13- Idem, ibidem, p.105.

14- Idem, ibidem, p.174.

15- Idem, ibidem, p.224.

16- Idem, ibidem, p.225.

17- Idem, ibidem, p.105-06.

18- "(...) O enunciado reporta-se ao passado, descreve o evento e, ao fazê-lo, constitui o fato jurídico. Daí poder-se afirmar que o enunciado descritivo do direito positivo declara o evento e constitui o fato, que, uma vez relatado em linguagem jurídica, será sempre fato jurídico" (LINS E SILVA, Joana. Fundamentos da norma jurídica tributária. São Paulo: Max Limonad. 2001. p.59).

19- Idem, ibidem, p.207.

20- Idem, ibidem, p.208.

21- Idem, ibidem, p.176.

22- Idem, ibidem.

23- Cf. Idem, ibidem, p.178.

24- "De enunciados fácticos não se inferem enunciados deônticos correspondentes. Muito menos enunciados deônticos cuja extensão vá além das premissas fácticas" (VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.44, passim).

25- Nesse sentido, vide VILANOVA, Lourival (Causalidade e relação no direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.86-87): "Da norma geral não se passa imediatamente para a relação ou situação jurídica sem interposição de um fato (fato natural ou conduta). Se o fato não ocorreu, a norma geral (ou individual) permanece em seu status proposicional, lógico, sintático, sem os correspondentes semânticos ou fácticos: o direito-norma não se realiza, não é realidade sociocultural".

26- Decadência e prescrição no direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.61 et seq.

27- Idem, ibidem, p.62.

28 -Idem, ibidem, p.63-4.

29- Idem, ibidem, p.60.

30- Idem, ibidem, p.64.

31- Idem, ibidem, p.65. A frase final foi gizada por mim.

32- VILANOVA, Lourival ("Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen". Revista de Direito Público. São Paulo: RT, s/d, nº 70, p. 38), para quem: "Sem o pressuposto da norma fundamental, o fato da revolução não pode ser produtor de normas: importaria em tirar a normatividade da pura facticidade".

33- SANTI. Eurico Marcos Diniz de. Op. cit., p.76. Grifei.

34- Idem, ibidem, p.69.

35- Idem, ibidem, p.69-70.

36- Cf. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. (Trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.35. Diz ele: "Enquanto a linguagem é utilizada apenas como medium para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da interação social. É nisso que consiste o «agir comunicativo». Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador ou de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências da interação".

37- "Teorías de la verdad". *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madri: Catedra. 1994. p. 116.

38- Idem, ibidem, p.116-117.

39- Idem. "Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje". *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madri: Catedra. 1994. p.21.

40- Idem, ibidem, p.23-24.

41- Idem, ibidem, p.27.

42- Causalidade e relação no direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.46.

43- HABERMAS. Jürgen. "Teorías de la verdad". *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madri: Catedra. 1994. p. 129.

44- COSTA. Adriano Soares da. "Incidência e aplicação da norma jurídica tributária: uma crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho". Revista tributária e de finanças públicas. São Paulo: RT, maio-julho de 2001, n. 38. p.30.

45- HABERMAS. Jürgen. "Teorías de la verdad". *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madri: Catedra. 1994. p. 119.

46- Idem, ibidem, p.118.

47- Idem, ibidem, p.116.

48- Sobre o tema: HABERMAS. Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.467 et seq. PASQUALINI. Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. p.63-63, passim. Para uma exposição didática e resumida da teoria de Habermas, vide ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.110 et seq.

49- CARNELUTTI. Francesco. Sistema de direito processual civil. Campinas: Classic Book, 2000. v.I, p.69.

50- A comparação entre a concepção carneluttiana e a teoria carvalhiana tem por escopo chamar a atenção para as consequências processuais da adoção de um conceito angusto de fato jurídico, como o proposto pelo eminente professor paulista. Se em Carnelutti já se reduz a jurisdição à justa composição da lide (visão essa não mais endossada pela moderna processualística), nada obstante partindo-se de uma aprioridade da norma, em Paulo de Barros Carvalhos se reduz o fenômeno jurídico à aplicação autoritativa do direito (realismo jurídico), através de um ato de autoridade que constitui a norma pela interpretação, e constitui o fato pela enunciação protocolar. Tanto a norma quanto o fato seriam construções do aplicador competente do direito (sempre a autoridade estatal), que seria o senhor da incidência, o dono da única verdade possível: a da força e da autoridade autoritária de quem pode mais (Cf. IVO, Gabriel. "A incidência da norma jurídica. O cerco da linguagem". Revista de direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2001. n. 79. p.193, que afirma: "(...) A aplicação devolve ao intérprete a competência para construir o sentido da incidência. É incorreto, *data venia*, afirmar-se que a «incidência não erra, quem erra é o aplicador» do Direito. O aplicador do Direito não erra; nunca. Ele prescreve."). Aqui, caímos no mais absoluto relativismo kelseniano, em que a legitimação dos enunciados protocolares se dá sempre pela força de quem pode impor

o seu ponto de vista ao ponto de vista alheio, já que a própria norma não seria a priori a aplicação, mas produto dela. Ora, em verdade requer um Estado Democrático de Direito muito mais do que um direito de autoridade: requer sobretudo um direito socialmente controlável. Como nos diz Alexandre Pasqualini: "(...) Se tudo se mostra hermenêuticamente possível, então, a fortiori, raciocinar ou dialogar se tornou uma bizarra aventura, em que as palavras vagueiam no eterno labirinto das leituras erráticas. Não havendo nem o reflexo temporalizado do fio de Ariadne, o intérprete se moveria de um sem-sentido para outro, como se fora a mosca wittgensteiniana condenada, no medium da linguagem, a jamais descobrir a saída da garrafa sem quebrá-la. As pessoas falam ou escrevem, porém o sentido do que escrevem ou falam dependeria tão-somente do arbítrio voluntarista dos leitores. Mas quando tudo significa tudo, nada significa nada" (Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. p.40 - grifei).

A FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1998

Erasmu Villa Verde Filho

Advogado. Professor do Centro Universitário de Ciências Jurídicas do Centro de Ensino Superior de Maceió-AL

(CCJUR/CESMAC)

A FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Erasto Villa Verde Filho

1. INTRODUÇÃO

As disposições constitucionais que tratam do sistema financeiro (art. 192) não estão isoladas no texto constitucional. Ao contrário, integram o sistema denominado constituição econômica, que significa, no preciso conceito de CANOTILHO (1993, p. 474), "o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia".

O estudo da função social do sistema financeiro nacional deve levar em consideração os princípios constitucionais que regem a economia como um todo. A constituição econômica brasileira adotou, entre outros, os seguintes princípios: a dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 170, caput); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, e 170, VII); a sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (art. 170, caput); a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a

defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (inc. I a IX do art. 170); a cooperação internacional (art. 4º, IX) e a integração econômica, política, social e cultural dos povos latino-americanos (parágrafo único do art. 4º).

O Brasil possui uma constituição econômica enfaticamente desenvolvimentista. O termo "desenvolvimento" é mencionado trinta e nove vezes no texto constitucional, devendo ser interpretado de modo mais amplo possível, que abarque todos aqueles princípios sobrelevados pela ordem jurídico-econômica. A expressão "desenvolvimento econômico", hoje, tem sido compreendida "como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam", como sustenta, na obra "Desenvolvimento como Liberdade" (2000, p. 17), AMARTYA SEN, Nobel em Economia em 1998, por sua contribuição à economia do bem-estar.

A função social do sistema financeiro nacional consistente em promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade (CF, art. 192, caput), está diretamente relacionada com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I, II e III) e os princípios constitucionais acima referidos.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Em nível constitucional, a função social do sistema financeiro nacional pode ser deduzida do princípio geral da função social da propriedade, contido nas disposições dos arts. 5º, XXIII, e 170, III. SILVA (1992, pp. 691/692) sustenta que o referido art. 5º, XXIII, é aplicável "a todo e qualquer tipo de propriedade", razão por que "tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico". Assim como as empresas em geral, as instituições financeiras também desempenham função voltada para o interesse coletivo.

CORDEIRO FILHO (1993, p. 6) historia a evolução da atividade bancária, destacando, dentre outros, o papel que os bancos exercem enquanto "intermediários do crédito", que lhes dá "o matiz social de sua atuação". O sistema financeiro tem, desde sua origem, relevante função social. Mas, ao longo da história, evoluiu do modelo voltado, em primeiro plano, para o interesse individual e, só em caráter secundário, para o coletivo; ao modelo atual, que, inversamente, estabeleceu como seus objetivos primordiais o desenvolvimento econômico e o interesse da coletividade.

A doutrina já consagrou o princípio da função social do sistema financeiro. A respeito, BASTOS (1990, p. 359), citando SILVA, afirma:

Mas é importante o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao sistema financeiro nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada.

FREIRE (1998, p. 11), no mesmo sentido, proclama o princípio da função social do sistema financeiro nacional, esperando que o seu estudo:

(...) possa contribuir para uma tomada de posição sobre o sistema financeiro que queremos, bem como sobre sua adequação para o cumprimento da importante função social constitucionalmente estabelecida _ de promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade _, escopo fundamental a legitimar sua regulamentação e sua inserção no sistema financeiro internacional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também revela a importância do princípio da função social do sistema financeiro, como exsurge do voto do Ministro Sidney Sanches na ADIn n.4/DF:

24. Também entendo que o *caput* do art. 192, único dedicado ao Capítulo do 'Sistema Financeiro Nacional', comanda todos os seus incisos e parágrafos, quando diz:

Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulamentado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

Seguem-se os incs. I a VIII, nos quais ficam explicitados as diretrizes e critérios a serem observados, necessariamente, na futura lei complementar, de modo que se consiga 'promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade', como está no *caput*"(sublinhou-se _ RTJ 147/719, p. 805).

Considerando-se o sistema financeiro nacional como estrutura normativa hierarquizada, pode-se afirmar, de acordo com a imagem kelseniana, que a norma constante do *caput* do art. 192 está situada no ápice da pirâmide.

Seria inócuo proclamar o desenvolvimento equilibrado do País e o interesse coletivo como princípios fundamentais do sistema financeiro nacional, sem extrair dessa conclusão alguma utilidade prática. CANOTILHO (1993, pp. 169/170) afirma que são os princípios multifuncionais: desempenham função argumentativa, que permitem, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por nenhum enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, a integração e complementação do direito;

... são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, têm uma função normogenética e uma função sistêmica: ... são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite 'ligar' ou 'cimentar' objectivamente todo o sistema constitucional, ... necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática.

Essa visão "principalista" do sistema constitucional acrescenta o constitucionalista português, é, sem dúvida, de extrema importância, pois "fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos" e também "permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema".

Difundir na consciência jurídica nacional os objetivos fundamentais do sistema financeiro é medida necessária, sobretudo para quem realiza a interpretação dos princípios e regras jurídicas atinentes à matéria, sabendo-se que, como adverte HÄBERLE (1997, p. 24), "a interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos", não só aos magistrados, mas também aos cidadãos e grupos de interesse, aos órgãos estatais, ao sistema público e à opinião pública.

Esses objetivos constitucionalmente estabelecidos no art. 192 só terão eficácia se houver, por parte dos órgãos e entidades incumbidos de sua aplicação, intensa vontade de torná-los realidade. Por isso, é indispensável, antes de tudo, essa conscientização geral de que o sistema financeiro tem como precípua atribuição promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade. Bem a propósito, cumpre citar esta orientação de CANOTILHO (1993, p. 183):

A garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento.

2.1 Desenvolvimento Equilibrado do País

SCHUARTZ (1994, p. 40), sem pretender, obviamente, esgotar o assunto, atribui à expressão "desenvolvimento equilibrado" a seguinte conotação:

8. A prescrição de 'promover o desenvolvimento equilibrado do País' deve ser entendida, no contexto do sistema financeiro nacional, como uma obrigação de adequar os meios de pagamento e de crédito disponíveis no setor financeiro às necessidades do setor produtivo da economia nacional. De um ponto de vista interno ao sistema, esta obrigação dirige-se, primariamente, às autoridades

monetárias e creditícias, isto é, aos responsáveis pela emissão da moeda, pela fixação das taxas de juros, de redesconto bancário etc. Pode-se extrair daí, também, o mandamento da estabilidade monetária, pois que não há desenvolvimento equilibrado sem moeda estável. Segundo a Constituição, pois, a autoridade monetária suprema deverá ser, também, uma espécie de 'Guardião da Moeda'.

O sentido e o alcance de "equilíbrio", segundo o *caput* do art. 192 da CF, abrangem também, entre outras, as noções de equilíbrio econômico _ considerando o sentido amplo da expressão, não apenas o equilíbrio entre oferta e procura; equilíbrio monetário _ coordenando o desenvolvimento com o combate à inflação; equilíbrio regional _ tendo em vista a redução das desigualdades entre as diversas regiões geoeconômicas do País; equilíbrio setorial _ considerando os diversos setores da economia, primário, secundário e terciário; equilíbrio social _ visando à redução das desigualdades sociais; equilíbrio ecológico¹ _ observando um dos princípios gerais da ordem econômica: a "defesa do meio ambiente" (art. 170, VI). A expressão "desenvolvimento equilibrado" merece, pois, interpretação ampliativa, que congregue as idéias de estabilidade econômica e desenvolvimento sustentado, de estabilidade monetária e justiça social, contemplando, acima de tudo, o ser humano, fim último de todas as políticas públicas levadas a efeito com o objetivo de realizar o desiderato constitucional.

2.2 Interesses da Coletividade

No sistema da constituição econômica, encontram-se princípios correlatos que auxiliam o hermeneuta na tarefa de interpretar a expressão em foco. Assim, o interesse coletivo, enquanto objetivo do sistema financeiro nacional, adquire forma e conteúdo quando associado aos princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da marginalização, tudo em conformidade com os ditames da justiça social. No acórdão proferido na ADIn. n. 4 (DF, RTJ 147/719), o Ministro SYDNEY SANCHES, do Supremo Tribunal Federal, citando IVES GANDRA, assim se pronunciou acerca do *caput* do art. 192:

Ora, duas são as vertentes que esculpem o sistema. De um lado, deve ser o sistema financeiro um instrumento que promova o desenvolvimento equilibrado do País e, por essa razão, deve ser assim estruturado. De outro lado, tal desenvolvimento deve ser direcionado a servir os interesses da coletividade, no caso, a coletividade entendida como o povo, constituído de cidadãos, residentes e não residentes.(p.793).

3. O CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O desenvolvimento equilibrado e o interesse coletivo não são os únicos princípios que governam o sistema financeiro. Para que se tenha uma visão sistemática da matéria, não basta cotejar aqueles princípios estabelecidos no *caput* do art. 192 com os que estão orientados no mesmo sentido, apontando para o desenvolvimento econômico e social. É preciso colacioná-los também com outros princípios aparentemente contraditórios, pois uma das funções dos princípios é exatamente atender a exigências de "otimização", abertos que estão a várias "concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos" (CANOTILHO, 1993, p. 169).

Há importantes considerações acerca da concepção de Estado adotada pela Lei Fundamental de 1988 contidas no debate travado no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por ocasião do julgamento da ADIn. n. 319-4/DF (RTJ 149/166), relatada pelo ilustre Ministro MOREIRA ALVES, cujo voto *prima* pela ponderação:

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva _ e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela _ e havendo a

possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua condição a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos _ e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles _ existência digna.

A intervenção estatal no domínio econômico está prevista, na Lei Máxima, seja diretamente, em caráter subsidiário, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173), seja indiretamente, atuando o Estado "como agente normativo e regulador da atividade econômica", no exercício das "funções de fiscalização, incentivo e planejamento" (art. 174, *caput*).

Entretanto, não deve o Estado enveredar pelos caminhos do "estatismo" desenfreado, sob pena de comprometer certos valores do livre mercado também acolhidos pela Constituição, consistentes na propriedade privada e na liberdade de iniciativa e de concorrência. Isso resultaria no pior quadro possível: sobre sacrificar esses princípios privatistas, nem mesmo o fim social que justificaria o intervencionismo seria alcançado, em razão da ineficiência do Estado hipertrófico.

Em oposição a esse agigantamento estatal, surgiu o movimento político-ideológico denominado neoliberalismo. Resgataram-se princípios do liberalismo econômico, pregando-se a diminuição do tamanho do Estado, a privatização de empresas estatais. A economia de mercado seria a nova panacéia. Disseram até que a história teria chegado ao fim, com a vitória do neoliberalismo².

O resultado não foi o previsto. A miséria aumentou em todo o mundo. Até em países ricos, como nos Estados Unidos, a desigualdade social agravou-se, apesar do crescimento econômico³. O desemprego é o grande problema que hoje aflige quase todos os países do mundo. Em "Economia Global e Exclusão Social", DUPAS (1999) investiga o grave problema da atual conjuntura econômica mundial: o número crescente de indivíduos postos à margem das apregoadas vantagens da globalização. Sobre a intervenção do Estado na economia neste cenário, afirma o autor:

As conclusões são claras: no mundo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. A questão é determinar o papel e a efetividade do Estado. O desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados (...) Sem um Estado efetivo, desenvolvimento econômico e social sustentados são impossíveis. (1999, pp. 113/114).

Embora a iniciativa privada seja essencial para a economia, a importância da intervenção do Estado na ordem econômica é inegável, sobretudo nas atuais circunstâncias em que os problemas sociais se agravam, apesar do crescimento econômico e da globalização. Em tal conjuntura, ao Estado, ainda que em parceria com a sociedade, cabe a maior responsabilidade na orientação da economia para os fins sociais objeto da aspiração constitucional.

Em contrapartida, a ênfase no desenvolvimento e no interesse coletivo não pode abafar os seguintes princípios igualmente destacados pela Constituição: os valores sociais da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*); a construção de uma sociedade livre (art. 3º, I); a propriedade privada e a livre concorrência (art. 170, incs. II e IV).

4. O CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA

Não há dúvida de que as instituições financeiras desempenham por si só relevante função social quando exercem as atividades que lhes são próprias. Nenhum desenvolvimento econômico seria possível sem a intermediação financeira, que possibilita a circulação da riqueza, direcionando a poupança para o investimento e o consumo. E o intervencionismo exagerado só comprometer essa evolução natural do sistema.

Tal exagero já deu mostras claras de insucesso no ramo financeiro da economia. As instituições financeiras públicas, sobretudo os bancos estaduais, que, teoricamente, preencheriam lacunas regionais, setoriais e sociais relegadas ao esquecimento pela iniciativa privada, revelaram-se, na

prática, nefastos instrumentos político-eleitorais, descambando, como é notório, para o empreguismo, o clientelismo, a corrupção⁴.

Ainda que em algum momento do passado tenha sido necessária, certo é que, atualmente, a intervenção direta do Estado na atividade financeira _ com raras exceções, a exemplo do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que, além de outras importantes atividades, desempenham relevante função social no que se refere a créditos agrícolas e habitacionais, respectivamente _ não contribui para o desenvolvimento econômico e social do País. A redução da presença estatal na atividade financeira é medida juridicamente amparada no princípio constitucional estabelecido no citado art. 173 da Constituição da República, segundo o qual a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é permitida em caráter subsidiário⁵.

Mas é insustentável afirmar que o Estado deve se retirar também da intervenção indireta na atividade financeira. Isso representaria a total ausência da intervenção estatal no setor, significaria o retorno ao absenteísmo e ao minimalismo, já condenados pelo julgamento da história⁶. Sem nenhuma espécie de intervenção para corrigir eventuais disfunções, o sistema financeiro jamais cumpriria seu papel na sociedade. Ao Estado compete direcionar o sistema financeiro para a realização dos fins consagrados pela Lei Maior como socialmente relevantes.

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro CARLOS VELLOSO, no julgamento da Petição n. 1.890-7/CE (DJ de 10/2/2000, Seção 1, pp. 6/7), decidiu questão relacionada com o poder de polícia exercido pelo Estado, por intermédio do Banco Central do Brasil, sobre o sistema financeiro, aplicando ao caso concreto a seguinte orientação de HELY LOPES MEIRELLES:

O poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

5. CONCLUSÃO

As finalidades do sistema financeiro nacional já não podem ser vistas sob ótica exclusivamente privatista, pois não se limitam ao atendimento dos interesses dos banqueiros, de um lado, e dos consumidores dos serviços bancários, de outro. Contemplam também outras finalidades definidas pela Constituição, as quais transcendem os interesses da iniciativa privada e vão ao encontro de relevantes aspirações sociais.

Assim, os vários princípios constitucionais que incidem na espécie devem ser observados em conjunto: os dois grandes vetores "livre iniciativa" e "função social" resultam no sistema equilibrado em que o Estado não intervém diretamente na atividade financeira, a não ser em caráter excepcionalíssimo e subsidiário (art. 173), mas o faz indiretamente, sempre, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174), com vistas no desenvolvimento equilibrado do País e nos interesses da coletividade (art. 192).

BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUMANN, Renato (org.). O Brasil e a Economia Global. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Campus: SOBEET, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CORDEIRO FILHO, Ari. Função Social dos Bancos e a Privatização do Sistema Financeiro. Carta

Mensal, Rio de Janeiro: v. 38, n. 454, p. 3-29, janeiro 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DUPAS, Gilberto. Economia Global e Exclusão Social. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. Sistema Financeiro _ estrutura, organização e desenvolvimento _ elementos para uma visão crítica na sua regulamentação. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília _ UnB. Brasília, 1998.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SANTOS JUNIOR, Humberto Adami. Banco e Desenvolvimento Sustentável - O Financiamento como Instrumento de Controle Ambiental. Boletim Legislativo ADCOAS, n. 32, p. 956-957, nov. 1993.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Banco Central: Questões Jurídico-Políticas na Constituição de 1988. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: n. 93, p. 38-48, jan.-mar., 1994.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Ribeiro da Costa, FRAGA NETO, Armínio. Os bancos estaduais e o descontrole fiscal: alguns aspectos. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro: V.49, n. 2, p. 265-275, abr.-jun., 1995.

RICOS MAIS RICOS. Correio Braziliense, Brasília, 13 out. 1999, Caderno Economia & Trabalho, p. 11.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 6ª..ed. São Paulo: Atenas, 1960.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Regulamentação do Sistema Financeiro Nacional. Revista dos Tribunais _ Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, ano 5, n. 17, p. 220-229, outubro-dezembro 1996.

Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Economia, Indústria e Comércio. Notas Taquigráficas do Seminário "Sistema Financeiro _ Alternativas de Desenvolvimento". 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O Controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Tese de Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1996.

FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. V. 6. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

MARQUES, Newton Ferreira da Silva. Sistema Financeiro Nacional. Apostila do Curso de Pós-

Graduação em Direito Econômico e das Empresas da FGV. Brasília: 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

PONTES, Aloysio Lopes. *Instituições Financeiras Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manual de Redação da Presidência da República*. Brasília, Presidência da República, 1991.

SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Textonovo, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SOROS, George. *A Crise do Capitalismo*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo, HORTA, Raul Machado, BRITO, Edvaldo.../ *et al.* *A Constituição Brasileira de 1988 _ Interpretações*. São Paulo: Forense, 1988.

DESEMPREGO É O GRANDE PROBLEMA NO BRASIL. *Correio Braziliense*, Brasília, 13 out. 1999, Caderno Economia e Trabalho, p.11.

STEDILE MANDA QUEBRAR PEDÁGIO. *Correio Braziliense*, Brasília, 8 out. 1999. Caderno Brasil, p. 8.

UM GOVERNO, DOIS DISCURSOS. *Correio Braziliense*, Brasília, 3 set. 1999, Caderno Brasil, p. 6.

1 - Ver "BANCOS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL _ O Financiamento como Instrumento de Controle Ambiental" (SANTOS JÚNIOR, 1993).

2 - FUKUYAMA *apud* CARDOSO (in BAUMANN, 1996, p. 9)

3 - "Mesmo vivendo uma era de prosperidade econômica, os EUA aprofundam o abismo social que separa abastados e pobres" (RICOS MAIS RICOS. *Correio Braziliense*, 13 out. 1999).

4 - Ver "Os bancos estaduais e o descontrole fiscal" (WERLANG e FRAGA NETO, 1995).

5 - Sobre o "Estado Subsidiário", consultar DI PIETRO, 1997, p. 21.

6 - A propósito, ver "Do Estado Liberal ao Estado Social" (BONAVIDES, 1993).

REGULAÇÃO E LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jorge Bacelar Gouveia

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Doutor em Direito

REGULAÇÃO E LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jorge Bacelar Gouveia

Conceito e Modalidades

No Direito Constitucional Português, a categoria dos direitos fundamentais, em termos da sua localização sistemática no ordenamento jurídico¹, em grande medida se esteia na respectiva consagração no texto constitucional, que representa assim a sua fonte primacial.

Mas, como a dogmática dos direitos fundamentais tem recentemente mostrado, não se apresenta muitas vezes suficiente uma única intervenção desse texto normativo na sua qualidade de fonte constitucional, que tem o desiderato que tornar esses direitos plenamente operativos.

É que importa que os termos da consagração dos direitos fundamentais sejam alvo de intervenção normativa posterior, dita de regulação dos mesmos, podendo assumir uma destas duas possíveis configurações²:

Regulamentação de direitos fundamentais _ quando a intervenção normativa, sendo útil no esclarecimento da sua estrutura e na disciplina do respectivo exercício, não se assume como sendo necessária;

Concretização de direitos fundamentais _ quando a intervenção normativa, sendo já indispensável para dar exequibilidade aos direitos, permite o respectivo exercício, bem como a delimitação dos seus contornos, num eventual conflito com outros direitos.

A regulação dos direitos fundamentais pode ser vista sob diversas perspectivas funcionais, que lhe dão assim um largo campo de utilidade prática:

- para esclarecer e aclarar o conteúdo e o objecto dos direitos fundamentais;

para acomodar o respectivo exercício, tornando-o efectivo ou mais fácil;

para prevenir situações de abuso de exercício, estabelecendo os seus limites internos;

para evitar situações de colisão com outros direitos contíguos, traçando, segundo o princípio da concordância prática, as fronteiras entre eles.

A Via do Poder Constitucional

Em alguns, poucos, casos, a regulação dos direitos fundamentais fica a cargo do próprio texto constitucional, que simultaneamente que os positiva logo se encarrega de estabelecer a respectiva especificação. Não é muito frequente, mas é uma possibilidade que, pontualmente, se encontra estabelecida.

O caso mais paradigmático é o da liberdade de reunião: o texto constitucional, não se limitando a positivar o direito, vai mais além na consagração dos respectivos contornos _ dizendo que a reunião se entende como sendo "pacífica e sem armas" _ e também na explicitação de o respectivo exercício ser livre _ não dependendo o mesmo de "autorização" das autoridades públicas³.

Outros casos podemos também referir: no direito à integridade pessoal, na sua vertente física, a especificação de que o mesmo não admite certas práticas, como a "tortura, os tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos"⁴; na liberdade religiosa, a especificação de que a mesma implica que "...Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa"⁵.

A Via do Poder Legislativo

A intervenção normativo-constitucional nesta veste da regulação dos direitos fundamentais está

longe, no entanto, de ser a regra, já que essa é a missão de que normalmente se desincumbe a lei infraconstitucional.

Simplesmente, dado que o sistema de actos legislativos não é monista, cumpre diferenciar entre as intervenções legislativas que se operam no plano das (i) leis reforçadas e as intervenções normativas que se realizam no âmbito dos (ii) actos legislativos comuns.

Porque o sistema português de actos legislativos é um sistema também parcialmente regionalizado, dada a existência de Regiões Autónomas dotadas de poder legislativo, considera-se ainda a partilha por estas deste poder de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais.

Para os direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias, a resposta parece evidente no sentido de só ser admissível a lei formal proveniente de órgãos nacionais. Mas o mesmo também se deve concluir para os direitos económicos, sociais e culturais, porquanto esta matéria se deve implicitamente considerar como sendo uma matéria da República, assim excluída da órbita de acção do poder legislativo regional.

Leis de Valor Reforçado

Dentro da constelação de actos legislativos, numa evidenciação que a revisão constitucional de 1997 veio acentuar, há alguns deles que, não deixando de se considerar como hierarquicamente pertencentes à lei ordinária, assumem uma especial força vinculativa de outros actos legislativos.

É aquilo a que a Constituição Portuguesa chama "leis de valor reforçado", cuja categoria abrange, numa definição dogmáticamente discutível, três realidades distintas: as leis orgânicas, as leis aprovadas por dois terços e as leis cujo conteúdo se imponha a outras leis⁶.

A matéria da regulação dos direitos fundamentais sem qualquer dúvida que ocupa um lugar de relevo neste grupo de actos legislativos, em testemunho claro, aliás, da respectiva importância no contexto dos tipos de intervenção legislativa que se antolham possíveis.

Quanto às leis orgânicas, é de mencionar o facto de estas poderem respeitar aos direitos fundamentais se incidirem nas seguintes questões: o direito de sufrágio, nas eleições e nos referendos, o direito à cidadania portuguesa e a liberdade de associação e de partidos políticos.

Quanto às leis que carecem de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, anote-se o caso da atribuição do direito de sufrágio aos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, para a eleição do Presidente da República⁷.

Leis Ordinárias Comuns

Nos restantes casos, não abrangidos pelas específicas intervenções que constitucionalmente se prevêem na categoria de leis de valor reforçado, verifica-se a adopção de um esquema dualista quanto ao tipo de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais, precisamente em razão da diferenciação entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais⁸.

Para os direitos, liberdades e garantias, estabelece-se uma reserva relativa de competência legislativa em favor da Assembleia da República: tudo quanto diga respeito à legiferação nesta matéria, por força da al. b) do nº 1 do art. 165º da Constituição, submete-se a este tipo de intervenção. Ela tem como característica a possibilidade de uma intervenção parlamentar, que pode, em todo o caso, ser delegável no Governo, mediante autorização legislativa.

Já quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, a regra é outra e consiste na partilha da intervenção legislativa entre a Assembleia da República e o Governo: tanto aquela, através de lei, como este, por intermédio de decreto-lei, podem legiferar para essa categoria de direitos fundamentais⁹.

Este é um esquema que funciona, como refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, em termos

de cláusula de autorização geral para uma intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais¹⁰.

Quanto a certos direitos fundamentais, porém, o texto constitucional, do mesmo passo que os positiva, refere particularmente essa tarefa como estando a cargo do legislador:

- a lei que deve estabelecer as "...garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e famílias"¹¹;

a lei que deve definir o "...conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização"¹²;

a lei que deve regular "a adopção", bem como os termos da respectiva tramitação célere¹³;

a lei que deve garantir o "...direito de objecção de consciência"¹⁴.

Importa, todavia, equacionar a existência de regras particulares para alguns direitos fundamentais, que implicam da parte do texto constitucional um desvio relativamente àquelas duas traves-mestras da organização do poder legislativo na regulação dos direitos fundamentais, de acordo com o seguinte esquema, em que se podem incluir direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais.

Casos de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República para direitos, liberdades e garantias: é o que sucede com a liberdade de ensino _ no que tenha de pertinente com as bases do sistema de ensino _, com o direito à liberdade física _ no que possa relacionar-se com o regime das forças de segurança _ ou ainda com o estatuto dos cargos públicos _ a liberdade de exercício de cargos públicos;

Casos de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República para direitos económicos, sociais e culturais: bases do sistema da segurança social _ no que concerne ao direito à segurança social; bases do serviço nacional de saúde _ no que respeite ao direito à protecção da saúde; bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural _ naquilo que seja pertinente ao direito ao ambiente e ao direito à cultura.

Os Limites dos Direitos Fundamentais em Geral

Os Limites Constitucionais Explícitos

Não sendo a situação mais comum, a positivação constitucional da tipologia de direitos fundamentais é acompanhada, por vezes, da enunciação simultânea de limites de conteúdo e de objecto dos mesmos.

São hipóteses em que o legislador constitucional, em vez de deferir essa tarefa à lei, prefere logo estabelecer tais limites, quer por razões de técnica normativa, quer por razões de ordem política.

Pelo facto de não se tratar de uma situação comum, não é possível deparar com numerosos exemplos dessa limitação constitucional expressa de direitos fundamentais.

É possível, no entanto, apresentar dois mais flagrantes:

a impossibilidade de a privação da cidadania e da capacidade civil, ambas reconhecidas através dos respectivos direitos fundamentais, se fundar em motivos políticos, podendo assim abranger outros motivos¹⁵;

a possibilidade da extradição de cidadãos portugueses, em princípio vedada, segundo condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, sempre que o Estado requisitante ofereça garantias de um processo justo e equitativo¹⁶.

Os Limites Constitucionais Implícitos

A consagração dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa, como tivemos ocasião de observar, não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe _ e, para alguns, mesmo com valor hierárquico constitucional _ outras possíveis fontes.

Um lugar à parte nessas fontes extraconstitucionais que se afiguram atinentes aos direitos fundamentais é indubitavelmente conferido à Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948¹⁷.

Em matéria de limitações implícitas aos direitos fundamentais, é de equacionar a função que aquela relevante carta internacional de direitos dos homens possa desempenhar no seio do sistema constitucional português de direitos fundamentais.

Eis uma questão que se tem posto à doutrina no preciso ponto de saber se essa Declaração Universal pode ser invocada para se proceder, no plano interno, a uma limitação aos direitos fundamentais.

Vai exactamente nesse sentido o respectivo art. 29º, nº 2, que contém uma cláusula geral do seguinte teor: "No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática".

O modo por que esta questão tem sido posta permite enquadrar as posições a este respeito expendidas em dois grupos, o dos que aceitam essa aplicação limitadora e o dos que a rejeitam:

1) a primeira posição apresenta como argumento o facto de, na ausência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais inserta no texto da Constituição Portuguesa, ser sempre possível, havendo uma lacuna de regulamentação e apelando-se à respectiva função integradora, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da Declaração Universal, neste particular com uma disposição aplicável¹⁸;

2) a outra posição não admite que a invocação da Declaração Universal possa ser feita com um espírito limitador ou constringente do sistema de direitos fundamentais, unicamente se enquadrando a mesma função integradora num sentido mais favorável ao cidadão contra o poder¹⁹.

Do nosso ponto de vista, a resposta a dar a este problema jamais pode desenraizar-se dos termos por que a Constituição Portuguesa realiza o chamamento da Declaração Universal.

Compulsando a letra e o espírito do art. 16º, nº 2, do respectivo articulado, não parece que possa haver dúvidas, na vertente integrativa, de que tal cláusula deva ser acolhida: não tendo a esse respeito a Constituição uma resposta, e a mesma sendo claramente dada na Declaração Universal, é inteiramente legítimo que a ela se recorra para o respectivo preenchimento²⁰.

Os Limites Legais Previstos pela Constituição _ A Restrição de Direitos Fundamentais

A disciplina dos direitos fundamentais, admitida pelo legislador constitucional, não oferece um panorama suficientemente completo do tipo de intervenção que a Constituição Portuguesa houve por bem fazer atribuir à lei infraconstitucional.

É que, em razão do posicionamento da norma legislativa ordinária, ao lado de um sentido de regulação, como vimos, incumbe-lhe também um papel de restrição, comprimindo o sentido constitucional dos direitos fundamentais consagrados.

Isso tem a doutrina portuguesa unanimemente equacionado conceptualmente como um fenómeno de restrição de direitos fundamentais, o qual se define do seguinte modo: a decação definitiva, subjectiva ou objectivamente considerada, de aspectos do conteúdo ou do objecto do direito fundamental constitucionalmente concebido, feita a partir do legislador ordinário.

As considerações que expendemos a propósito dos termos da intervenção legislativa não restritiva nos direitos fundamentais valem, *mutatis mutandis*, para as intervenções de carácter restritivo. De igual forma se regista a dicotomia, falando em termos gerais, entre a reserva relativa de

competência legislativa parlamentar para os direitos, liberdades e garantias e a competência legislativa concorrential da Assembleia da República e do Governo para os direitos económicos, sociais e culturais.

O legislador constitucional, na atribuição que normativamente fez deste poder legal de cariz restritivo dos direitos fundamentais, perante alguns dos tipos de direitos fundamentais, estipulou a possibilidade de o legislador ordinário efectuar a respectiva restrição, instituindo parcelares mandatos de restrição legal.

Foi isso o que aconteceu com alguns preceitos constitucionais, de que recordamos alguns mais importantes:

o tempo e as condições que a lei determinar na restrição da liberdade física²¹;

os termos fixados por lei para quebrar a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das telecomunicações e da correspondência²²;

as incapacidades que a lei geral deve prever para o exercício do direito de sufrágio²³;

os limites estabelecidos pela lei, tendo em conta o interesse geral, à iniciativa económica²⁴.

Esse princípio da restrição legal constitucionalmente autorizada para cada direito fundamental que se pretenda comprimir está, aliás, em directa consonância com um dos princípios que se pode extrair do art. 18º da Constituição, que cuida do regime geral, formal e material, a que se submetem as intervenções legais restritivas dos direitos, liberdades e garantias. Aí se diz que "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos no Constituição...".

Esse princípio vem a ser o *princípio da autorização constitucional* expressa, que resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontrolável. Duas são, pois, as condições que daqui se inferem: por um lado, a necessidade de o preceito constitucional prever essa intervenção restritiva; por outro lado, a imposição de que essa autorização, para restringir, seja feita a título expresse²⁵.

O problema que tem sido posto na doutrina portuguesa é o de que, do ponto de vista prático, o respeito escrupuloso por aquele princípio bloquearia, de um modo excessivamente gravoso, a intervenção legislativa restritiva, não permitindo assim uma conveniente composição dos contrários e legítimos interesses em jogo.

É por isso que aquele princípio tem sido objecto de "suavização interpretativa", reconhecendo-se a existência de autorizações implícitas de restrição legal para certos direitos fundamentais: isso com base numa análise material de cada direito fundamental, sopesando os valores em presença, de uma parte, os da protecção efectiva do direito e, da outra parte, os dos interesses na sua restrição.

Quer isto dizer que, na prática, ao lado de autorizações explícitas específicas para restringir certos tipos de direitos fundamentais, se tem admitido, no fundo, a existência de uma cláusula geral de restrição legal sobre todo e qualquer direito fundamental, fundada em considerações materiais²⁶, ancorando-se a mesma na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, uma vez que lhe compete legislar sobre direitos, liberdades e garantias, ou na competência concorrential do Governo e do Parlamento, tratando-se de direitos económicos, sociais e culturais.

Princípios Materiais Rectores das Restrições

As restrições constitucionalmente admissíveis aos direitos fundamentais _ não já em termos organizatórios quanto em termos puramente materiais _ não se apresentam livres ou em "branco", pois que essas intervenções constringentes devem mostrar-se materialmente justificadas²⁷.

A medida da intervenção restritiva de tipo legal é dada, no quadro do regime que a Constituição Portuguesa oferece no tocante às restrições que prevê, por vários princípios fundamentais:

o princípio da protecção do núcleo essencial;
o princípio da proporcionalidade;
o princípio da generalidade;
o princípio da abstracção; e
o princípio da prospectividade.

Vejamó-los separadamente, embora os dois primeiros com mais detenção.

Princípio da Protecção do Núcleo Essencial

O princípio que materialmente se afigura mais intenso, mas também sendo aquele de mais difícil densificação, vem a ser o princípio da protecção do núcleo essencial dos direitos fundamentais a restringir.

Trata-se de uma preocupação de natureza material, que pretende evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais restringidos, eventualmente tudo se permitindo em nome do valor, direito ou interesse que pseudo-fundamentasse a restrição em questão. Tal implica que haja sempre um sector irremissível dos direitos fundamentais cuja visibilidade é a missão primordial deste princípio.

Só que por detrás desta linearidade de raciocínio se esconde, desde logo, a extensão da definição desse núcleo essencial, degladiando-se neste ponto entre si as teorias absolutas e as teorias relativas quanto ao recorte do mesmo: aquelas defendendo que existe, abstractamente determinável, um núcleo essencial que nunca é legítimo tolher; estas aceitando diferentes intensidades na delimitação desse núcleo, consoante as circunstâncias do caso concreto e com recurso aos parâmetros ditados pelo princípio da proporcionalidade.

Não se encontrando uma resposta literal no texto constitucional, pensamos que a autonomização deste princípio da proporcionalidade, por um lado, e o facto de o sistema português se fundar no valor integrador da dignidade da pessoa humana, por outro lado, são fortes argumentos que nos impelem para aceitar a teoria absoluta e não relativa²⁸.

Do ponto de vista da conexão deste princípio enquadrador das restrições dos direitos fundamentais com os termos da respectiva positivação, suscita-se a dúvida de saber se ele visa a protecção de todo e cada direito fundamental, naquilo que se conceba mesmo na sua vertente subjectiva e individual, ou se o mesmo é compatível com uma visão menos exigente, em que se realçam apenas preocupações de carácter geral de equilíbrio do sistema de direitos fundamentais, ainda que isso possa sacrificar por completo alguns concretos e particulares tipos de direitos.

Neste aspecto, a letra da Constituição parece favorecer a ideia de que está em causa o preceito, preferindo-se um sentido objectivista contra um sentido subjectivista. Mas é forçoso aceitar que para alguns direitos, de novo particularmente importantes por força do princípio da dignidade da pessoa humana, possa prevalecer uma concepção subjectivista²⁹.

Princípio da Proporcionalidade

Outro princípio que orienta as opções do legislador que restringe direitos fundamentais tem que ver com a contenção do exercício desse poder ablativo em função de determinados ditames de ordem racional, segundo as três vertentes que são conhecidas no princípio da proporcionalidade, tal como tem sido gradualmente desenhado na doutrina e na jurisprudência publicista do pós-guerra:

- i) a adequação da restrição ao fim que se tem em vista;
- ii) a indispensabilidade da restrição relativamente a esse fim, em comparação com outros instrumentos possíveis de actuação legislativa, de carácter menos agressivo;
- iii) a racionalidade do teor da restrição imposta em função do balanço entre as vantagens e os custos que derivam da respectiva utilização.

Outros Princípios

A importância dogmático-regulativa das restrições aos direitos fundamentais implica ainda o extremo cuidado que o legislador constitucional colocou noutras dimensões da intervenção legislativa dos direitos fundamentais:

o princípio da generalidade, vedando-se a possibilidade de as respectivas normas visarem pessoas, identificáveis por si mesmas e não por categorias objectivas;

o princípio da abstracção, pelo qual se impede que a estipulação de restrição atinja casos particulares, que se determinam em termos de espaço e de tempo;

o princípio da prospectividade, por intermédio do qual se impede que os efeitos da restrição possam atingir situações da vida que se tenham produzido antes da respectiva entrada em vigor.

Os Parâmetros Teleológicos das Restrições

O texto constitucional assume como finalidade expressa das restrições a necessidade da salvaguarda dos outros direitos fundamentais. Disso mesmo cura o emblemático preceito constitucional que versa o regime das restrições, afirmando que devem "...as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"³⁰.

Essa não deixa de ser, contudo, uma alusão escassa sob a óptica da identificação desses valores em nome dos quais podem ser erguidas as restrições.

Mas é possível fazer a respectiva indiciação, assim se legitimando uma intervenção restritiva pela respectiva invocação, dos quais se evidenciam os seguintes:

a segurança do Estado e a segurança pública;

a protecção do ambiente e do ordenamento do território;

vários motivos de bem comum relativos ao consumo, à saúde e à propriedade privada;

a dignidade da pessoa humana.

Segurança do Estado, Segurança Pública

No tocante à ideia da segurança do Estado, é pacífico aceitar não só a pertinência desse valor na inerência da própria ideia de Estado juridicamente estruturado como igualmente a sua valia como justificação da restrição de certos direitos fundamentais, de que cumpre referir os seguintes casos:

a) do direito de acesso à informação administrativa _ com o mecanismo do segredo de Estado, pelo qual se impede o conhecimento generalizado da comunidade relativamente a determinadas informações públicas constantes de arquivos e registos administrativos, vê-se a restrição do direito fundamental, enunciado em termos gerais, ao open file na Administração Pública, precisamente porque em determinados casos se afigura prevalente a necessidade de resguardar certas informações em nome da segurança, interna e externa³¹, do Estado³²;

a) da liberdade física dos cidadãos _ através da imposição de um conjunto de tipos criminais sob a ideia unitária da defesa do Estado, os chamados crimes contra o Estado, verifica-se que a limitação da liberdade física das pessoas se funda na prossecução deste valor constitucional fundamental;

b) do direito de acesso aos processos penais _ por intermédio do segredo de justiça, que impossibilita o acesso do arguido às peças processuais até ao momento da acusação pelo Ministério Público, admite-se a restrição do direito de que o arguido goza de aceder às peças processuais criminais que a seu respeito existam, em nome da preservação da efectividade da justiça e da eficiência da acção penal na recolha de provas³³.

Protecção do Ambiente e do Ordenamento do Território

A Constituição Portuguesa, em demonstração, aliás, da respectiva modernidade, confere um largo tratamento às questões ambientais. E fá-lo de um modo dúplice: i) consagrando, no tocante aos

direitos fundamentais de cariz social, um direito ao ambiente e à qualidade de vida³⁴; ii) reconhecendo no ambiente um interesse difuso, susceptível de proporcionar a associações cívicas que actuem nesta área a possibilidade da defesa dos respectivos interesses através de uma legitimidade processual activa de tipo popular³⁵.

A consideração constitucional da realidade ambiental pode também justificar a imposição de restrições a vários direitos fundamentais, sobretudo aqueles que economicamente se situem relacionados com a edificação de construções e a utilização dos solos.

Daí que sejam pensáveis restrições ao conteúdo de certos direitos fundamentais de teor económico _ nomeadamente o direito de propriedade e o direito de iniciativa económica _ no caso de se enquadrar a defesa daqueles valores.

É nesse sentido que a própria Constituição Portuguesa aponta na sua parte inicial, ao apresentar como uma das tarefas fundamentais do Estado precisamente "Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território" ³⁶.

Outros Motivos do Bem Comum

Ainda que normativamente mais desenvolvidos no texto constitucional, estes valores da segurança do Estado e da preservação do ambiente e do ordenamento do território não são os únicos que se admitem como possibilitando a imposição de restrições aos direitos fundamentais.

Outros valores existem que, do mesmo modo, legitimam uma intervenção restritiva por parte do legislador, e que sinteticamente podemos elencar:

- 1) a protecção da saúde pública _ a qual possibilita inúmeras restrições ao direito de iniciativa económica, através do estabelecimento de constrições nessa actividade que se traduza em actos de consumo;
- 2) a consagração da função social da propriedade privada _ a qual implica que o direito de propriedade não seja encarado de um modo absoluto, sendo de referir, principalmente, a possibilidade das intervenções expropriatórias em nome da defesa do interesse geral, com a devida compensação indemnizatória;
- 3) a garantia dos direitos dos consumidores _ os quais, consistindo na faculdade que a estes assiste, segundo o texto constitucional, de exigir a qualidade dos bens e serviços consumidos, a formação e a informação, a protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como a reparação de danos³⁷, justificam um conjunto de limitações que se impõem à actividade económica ligada ao comércio e ao consumo, maxime no domínio das limitações bastante abrangentes que se colocam à actividade publicitária³⁸;
- 4) a defesa da privacidade e da intimidade _ este valor, apresentando-se no texto constitucional como justificando restrições a vários direitos fundamentais, parcialmente sobrepostos, possibilita a limitação quer da utilização de dados pessoais a respeito de pessoas e famílias _ os chamados direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados³⁹ _ quer do acesso generalizado a informações administrativas que revelam aspectos da intimidade, assim não acessíveis por qualquer cidadão.

A Dignidade da Pessoa Humana

A explicitação dos fundamentos das restrições aos direitos fundamentais não pode, por fim, desprender-se das considerações de carácter geral que se extraem do primeiro dos princípios constitucionais que animam o Direito Constitucional Português _ o princípio da dignidade da pessoa humana ⁴⁰.

É precisamente tendo em conta esta sua vital importância que logo o inicial artigo do texto

constitucional português, não deixando dúvidas quanto à sua pertinência, o enuncia solenemente: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"⁴¹.

Para além das múltiplas funções metafísicas e dogmático-positivas que hoje em dia pacificamente se lhe reconhecem, o princípio da dignidade da pessoa humana não somente explica a atribuição de direitos fundamentais aos cidadãos, no confronto que estes vivificam com o Estado-Poder.

Pode igualmente surgir como muito operacional e efectivo na justificação de certas restrições a esses mesmos direitos fundamentais. Isto bem comprova, de resto, o transversalismo deste princípio, que emerge como plenamente válido, dados os valores que nele se transportam, sem dependência do tipo de relação que esteja em questão, assim se assumindo objectivamente funcional: serve também para restringir certos direitos fundamentais na parte em que não traduzam directamente os respectivos ditames.

É possível equacionar o recurso, em termos gerais, a este princípio fundamental do Direito Constitucional Português, sempre que o teor das restrições que se pretendam cominar atinjam este princípio, quer porque o mesmo sobressai na compressão do núcleo essencial do direito fundamental a restringir, quer porque é a sua defesa que legitima certas restrições de outros direitos.

Mesmo que não se lhe reconheça esta função restritiva de carácter geral de um modo expresso, o recurso a este princípio acaba sempre por se afigurar necessário na compreensão da unidade de sentido do sistema constitucional que o mesmo protagoniza.

Os Limites dos Direitos Fundamentais na Titularidade de Pessoas com Estatutos Especiais Militares e paramilitares

A primeira categoria de pessoas em que se verifica um regime específico de restrição de direitos fundamentais corresponde aos militares e aos paramilitares⁴².

Segundo o que se dispõe na Constituição Portuguesa, a "...lei pode estabelecer restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança, na estrita medida das exigências das suas funções próprias"⁴³.

Em termos organizatórios, a particularidade digna de registo respeita à circunstância de, nestes casos, a aprovação da lei que introduz estas restrições nos direitos fundamentais destes cidadãos dever ser aprovada por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções⁴⁴. A maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções assume-se como um desvio relativamente à regra geral do número de votos necessários para a aprovação de um acto legislativo parlamentar _ a maioria relativa, ou seja, mais votos a favor do que contra⁴⁵.

O conjunto dos direitos fundamentais que se encontram abrangidos por esta especial cláusula de restrição, definidas em termos da pertença a um determinado estatuto, é taxativamente enunciado no texto constitucional, estando em causa normas dotadas de uma excepionalidade material evidente.

O fio condutor que se descobre nesses direitos assimila-os a uma restrição de "ordem essencialmente política", visando conferir ao estatuto das forças militares e paramilitares uma neutralidade activa em face do poder político, impedindo-as assim de tomar parte nas respectivas decisões, quer no momento da designação dos respectivos titulares, quer no momento da formação da opinião pública.

A definição de quem seja "militar" ou "paramilitar" não é constitucionalmente apresentada, sendo necessário fazer o respectivo preenchimento com o recurso à legislação ordinária que cuida do estatuto militar. Note-se, no entanto, que se opera a limitação da possibilidade da restrição aos

militares e paramilitares que se encontram no quadro permanente, não a todos eles.

Reclusos

Outra situação que também merece referência no plano das limitações de direitos fundamentais que respeitam às pessoas que se encontrem em determinadas circunstâncias é a daqueles que se sujeitam à aplicação de uma medida privativa de liberdade⁴⁶.

Ainda que constitucionalmente se não faça essa distinção e ainda que, no plano valorativo e processual, se trate de casos assinalavelmente diversos, é de equiparar à situação de preso com sentença transitada em julgado o preso preventivamente.

Perante a ausência de resposta ao nível do texto constitucional primitivo, a revisão constitucional de 1982 aditou um número ao artigo sobre os limites das penas e das medidas de segurança⁴⁷, nele se dizendo que "Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos".

A partir da revisão constitucional de 1989, a Constituição Portuguesa passou ainda a contemplar outro número, esclarecendo definitivamente esta questão. Assim passou a dizer o seguinte: "Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução"⁴⁸.

O princípio geral que ficou reafirmado é o de que os reclusos, só pelo facto de terem sido condenados a uma pena ou medida de segurança privativa de liberdade, não perdem só por isso a titularidade de direitos fundamentais. E a Constituição Portuguesa admite-o em termos muitíssimo latos porque refere, alargadamente, "direitos civis, profissionais ou políticos", com isso se afastando o penoso espectro da "morte civil", não podendo os presos ser considerados vítimas de uma qualquer capitis deminutio.

A primeira das excepções em que se admite uma restrição na titularidade de direitos fundamentais relaciona-se, segundo o que se diz no texto constitucional, com o sentido da condenação que se obtém da pena privativa de liberdade. Facilmente se compreende que, tratando-se da aplicação de uma pena ou medida de segurança desse jaez, não possa o preso reivindicar a titularidade do direito que essa mesma pena ou medida de segurança visa coarctar, que é a liberdade física, nos precisos termos nela estipulados, quanto ao local, duração e modo de execução.

A outra das excepções, não tendo já que ver directamente com o sentido da condenação que priva o preso da liberdade física, assume-se como sendo a decorrência lógica da respectiva execução. Ela implica que o preso não possa usufruir dos direitos fundamentais que, não integrando o tipo da liberdade física, também não possam, a título lateral, ser exercidos em vista da situação de prisão em que se encontra.

São todos aqueles direitos fundamentais cujo exercício só possa ter logicamente sentido havendo o pressuposto da liberdade física e que não possam ter lugar numa situação de aplicação da pena privativa de liberdade _ os direitos fundamentais que se apresentem materialmente dependentes da liberdade física das pessoas ou da possibilidade de que a mesma venha a ser exercida.

Não se explicitam na Constituição, relativamente a esta segunda excepção, quais os direitos fundamentais que não podem ser objecto de exercício em atenção à respectiva incompatibilidade com a situação de privação de liberdade. Mas é evidente que deve aqui funcionar um nexo de conexão material, que afasta qualquer arbitrariedade possível.

Estrangeiros e Apátridas

Situação que ainda merece observação, no tocante a um especial estatuto de direitos fundamentais por referência a pessoas, é a das pessoas que não tenham cidadania portuguesa, igualando-se, para o efeito, os estrangeiros e os apátridas.

Numa manifesta e rasgada generosidade, o legislador constitucional português entendeu por bem estabelecer como princípio geral, no tocante à titularidade dos direitos fundamentais em razão deste aspecto do laço de cidadania, o princípio da equiparação: à partida, os estrangeiros e os apátridas gozam dos mesmos direitos fundamentais de que usufruem os cidadãos portugueses⁴⁹.

A extensão desse princípio geral não se apresenta, no entanto, como total e deparamos com três conjuntos de domínios que limitam uma potencial e irrestrita aplicação de tal princípio⁵⁰:

- 1) os direitos políticos;
- 2) o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico;
- 3) os direitos (e os deveres) reservados pela Constituição ou pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

Todavia, a Constituição Portuguesa recorta, dentro da categoria dos cidadãos de cidadania estrangeira, três grupos de cidadãos a quem confere estatutos privilegiados se os compararmos com os restantes estrangeiros e com os apátridas em geral, assim recuando nas limitações genericamente impostas aos cidadãos estrangeiros, aceitando o exercício de direitos fundamentais que, em princípio, lhes seriam vedados.

Essas categorias são (i) os cidadãos de língua portuguesa, (ii) os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal e (iii) os cidadãos da União Europeia.

a) Cidadãos dos países de língua portuguesa: atribuição geral, por convenção internacional e através da condição de reciprocidade, de direitos não atribuíveis aos estrangeiros, com excepção do acesso aos órgãos de soberania e das regiões autónomas, o serviço nas forças armadas e a carreira diplomática⁵¹;

b) Cidadãos estrangeiros residentes no território nacional: atribuição por lei, mediante a condição de reciprocidade, de capacidade eleitoral activa e passiva na eleição dos órgãos das autarquias locais⁵²;

c) Cidadãos dos Estados da União Europeia residentes no território português: atribuição por lei, mediante a condição de reciprocidade, de capacidade eleitoral activa e passiva na eleição para o Parlamento Europeu⁵³.

Os Limites dos Direitos Fundamentais em Estado de Excepção

O Regime Geral do Estado de Excepção Constitucional

A positivação do estado de excepção no Direito Constitucional Português esteia-se nas duas figuras do estado de sítio e do estado de emergência⁵⁴, a primeira com raízes no constitucionalismo português porque introduzida na Constituição de 1911 (o nosso quarto texto constitucional e que implantou a forma republicana de governo) e a segunda criada, originalmente, com a vigência da Constituição de 1976.

Fontes

Na sua essência, o regime constitucional do estado de sítio e do estado de emergência _ que podem ser conjuntamente designados por estado de excepção _ foi logo definido na versão primitiva da Constituição, tendo as posteriores revisões constitucionais efectuado alterações de pouca monta.

Em resumo, podemos registar dois diferentes contributos:

a) Revisão constitucional de 1982 _ por um lado, a maior democratização do procedimento decisório do estado de excepção, em decorrência, em geral, da maior democraticidade alcançada no sistema de governo português, mercê da substituição de um órgão de cariz militar e revolucionário (o Conselho da Revolução), sendo a respectiva intervenção de tipo autorizativo enquadrada por um intervenção de tipo consultivo a cargo do Conselho de Estado; por outro lado, o aperfeiçoamento garantístico que se obteve através do aumento do número expresso de direitos fundamentais que são

insusceptíveis de suspensão na pendência das situações de excepção;

b) Revisão constitucional de 1989 _ muito menos importante do que a primeira, esta revisão caracterizou-se por um aperfeiçoamento técnico-jurídico do regime do estado de excepção, com o esclarecimento de dúvidas que a redacção inicial tinha suscitado na doutrina, sobretudo na disciplina dos aspectos jurídico-formais da declaração do estado de excepção.

As fontes da regulação do estado de excepção não se limitam, todavia, ao texto constitucional, havendo ainda que realçar tanto as fontes internacionais como as fontes internas.

No plano internacional, Portugal encontra-se vinculado aos sistemas de protecção dos direitos do homem da Organização das Nações Unidas e do Conselho de Europa, pelo que também por aqui se aplicam os respectivos textos. E repare-se que, não obstante ter havido a formulação de algumas reservas por parte de Portugal, em matéria das derrogações aos direitos do homem que são previstas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não se depara com qualquer desvio relativamente ao regime que é formulado, respectivamente, nos seus art. 4º e 15º, assim plenamente aplicáveis na ordem jurídica portuguesa.

No plano legal, o regime constitucional do estado de excepção é essencialmente desenvolvido por uma lei que apenas trata destas matérias _ a lei sobre o regime do estado de sítio e do estado de emergência⁵⁵. Apesar do seu carácter específico, esse não vem a ser o único diploma pertinente porque outra legislação existe que, pontualmente, trata de aspectos relacionados com o regime do estado de excepção: a legislação sobre referendos, a legislação sobre a responsabilidade penal dos titulares dos cargos políticos ou a legislação sobre a defesa nacional e as forças armadas.

O regime do estado de excepção constitucional, expostas as respectivas fontes, pode ser distribuído pelos seguintes aspectos:

- 1) pressupostos _ situações de crise político-social;
- 2) efeitos materiais _ a suspensão de direitos fundamentais;
- 3) efeitos organizatórios _ o reforço das competências administrativas do Governo;
- 4) procedimento de decretação _ intervenção partilhada dos órgãos de soberania politicamente activos;
- 5) controlo da execução _ político-parlamentar e jurisdicional.

Pressupostos

O texto constitucional, em matéria de pressupostos do estado de excepção, considera três situações possíveis para se levar a cabo a respectiva decretação:

- i) a "agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras" _ uma situação de carácter militar internacional, em que se regista a ofensa da integridade territorial do Estado;
- ii) a "grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática" _ uma situação de carácter político-institucional, na qual se põem em causa a estrutura constitucional do Estado, nos seus aspectos e princípios nucleares;
- iii) a "calamidade pública" _ uma situação de cariz social, de elevados prejuízos e que atinge um grande número de pessoas, causada por acidentes tecnológicos ou por catástrofes naturais.

Efeitos

A decisão sobre a decretação do estado de excepção _ seja o estado de sítio, seja o estado de emergência _ assume-se como possuindo um carácter discricionário, sendo internamente delimitada pelo princípio da proporcionalidade, designadamente impondo a contenção dos efeitos materiais (de suspensão de direitos fundamentais), organizatórios (da tomada das medidas administrativas apropriadas), territoriais (de escolha da parcela do território nacional em que esses efeitos vão ter lugar) e temporais (da duração desses efeitos), segundo os termos particularmente exigentes desse

princípio fundamental de Direito Público⁵⁶.

Os efeitos de índole material abarcam a suspensão dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa. A LRESEE prevê, no entanto, limitações nalguns direitos susceptíveis de suspensão, bem como ainda a insusceptibilidade de certos direitos. A Constituição determina ainda a impossibilidade da suspensão destes direitos fundamentais: os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião⁵⁷.

Os efeitos de cariz organizatório são muito mais limitados se comparados com os efeitos materiais. De um modo geral, permite-se o reforço das competências administrativas do Governo, órgão que chefia a execução do estado de excepção. Isso explica-se pelas características que inerem ao exercício da função administrativa por parte do Governo, não só a continuidade, mas também a colegialidade restrita, bem como a disposição dos meios materiais de uso da força _ as polícias e as forças armadas.

Relativamente às competências constitucionalmente estabelecidas dos órgãos de soberania que não sejam do foro administrativo, a orientação geral é a da respectiva intangibilidade, o mesmo se dizendo no tocante aos órgãos das regiões autónomas. Com a decretação do estado de excepção, não se opera uma qualquer concentração de poderes no Governo, que vê unicamente os seus poderes administrativos reforçados, mantendo-se os restantes órgãos no exercício das suas competências ordinárias.

O estado de excepção tem mesmo, em certos casos, o efeito contrário de congelar o exercício de outras competências constitucionais, as quais não podem ser exercidas enquanto se mantiver a respectiva vigência: a proibição da dissolução do Parlamento⁵⁸ ou a proibição da revisão constitucional⁵⁹.

Procedimento

Em termos de declaração do estado de sítio e do estado de emergência, regista-se um procedimento de decretação em que se envolvem os diversos órgãos do Estado, com isso se atestando, aliás, a extraordinária importância que a Constituição Portuguesa atribuiu a esta situação de excepção constitucional:

- a) Iniciativa do Presidente da República: perante o preenchimento dos respectivos pressupostos, cabe ao Chefe de Estado tomar oficiosamente a iniciativa de pôr em marcha um procedimento para declarar o estado de sítio e o estado de emergência, elaborando para o efeito um projecto de declaração;
- b) Audição, a título instrutório, do Governo: havendo a intenção de iniciar o procedimento, o Presidente da República deve consultar o Governo, que emite parecer obrigatório e não vinculativo;
- c) Autorização da Assembleia da República: o projecto de declaração, devidamente acompanhado do parecer do Governo, é depois submetido a apreciação da Assembleia da República, que lhe concede ou não a sua autorização, não podendo, em todo o caso, introduzir-lhe emendas;
- d) Decisão final do Presidente da República: havendo a autorização parlamentar, cabe ao Presidente da República a última palavra, decretando ou não o estado de sítio e o estado de emergência exactamente nos termos propostos (tendo ainda que contar com a referenda ministerial).

Controlo

O cuidado que o legislador constitucional pôs na elaboração de um regime do estado de excepção que respeitasse os exigentes vectores do Estado de Direito, de que a Constituição Portuguesa justamente se reclama, visualiza-se ainda no tipo de controlo que entende fazer incidir sobre os respectivos actos.

O controlo de natureza política compete à Assembleia da República, a quem se atribui o poder de

fiscalizar, a posteriori, a execução do estado de excepção, com a aplicação da responsabilidade política _ a demissão do Governo por aprovação de uma moção de censura _ ou da responsabilidade penal _ por indicição através de comissões de fiscalização parlamentar.

O controlo de natureza jurisdicional efectiva-se, essencialmente, pelo Tribunal Constitucional, a quem compete verificar a constitucionalidade dos actos de decretação e de execução do estado de excepção que tenham natureza normativa, incumbindo aos restantes tribunais verificar a legalidade dos actos não normativos, bem como a aplicação da responsabilidade penal e civil que decorra da sua prática.

6. O estado de sítio e o estado de emergência _ aspectos diferenciadores

A dualidade de figuras de estado de excepção, tal como o mesmo se encontra gizado pelo Direito Constitucional Português, só seria dogmaticamente aceitável se a uma distinção terminológica correspondesse, na verdade, uma real diferenciação de regimes aplicáveis a cada uma dessas figuras.

Estamos em crer que essa diferença de regime existe. Simplesmente, ela é tão ténue que nunca poderia justificar, por si mesma, a apresentação separada das duas figuras, pelo que se costuma normalmente optar pela sua apresentação conjunta. Note-se que este não é o panorama do Direito Constitucional Comparado Europeu, que normalmente acentua _ até por razões históricas muito fortes _ a diferenciação de variados instrumentos do estado de excepção.

É no plano da Constituição Portuguesa que se situam as diferenças menos sensíveis entre o estado de sítio e o estado de emergência. Os critérios que, segundo o texto constitucional, permitem fazer a dissociação regimental entre o estado de sítio e o estado de emergência são dois, um qualitativo e o outro quantitativo:

abo critério qualitativo tem que ver com a maior gravidade dos pressupostos do estado de sítio por comparação com os pressupostos que originam o estado de emergência;

o critério quantitativo liga-se à circunstância de o estado de emergência, ao contrário do que sucede com o estado de sítio, só poder suspender alguns _ e não todos os que seria possível, pelo menos em abstracto, suspender _ direitos, liberdades e garantias.

No plano da norma infraconstitucional, avançam-se com outros relevantes critérios, para além da densificação que se faz do primeiro dos critérios constitucionais enunciados. A LRESEE explicita que os dois pressupostos da agressão militar e da perturbação da ordem constitucional originam o estado de sítio e o pressuposto da calamidade pública dá azo ao estado de emergência. Os novos critérios legais, que vão para além daquilo que se estabelece na Constituição, são: o grau de militarização das autoridades administrativas _ com a substituição e a subordinação das autoridades civis pelas autoridades militares no estado de sítio e apenas a coadjuvação daquelas por estas no estado de emergência; a intervenção das autoridades judiciais militares _ que existe no estado de sítio, mas não ocorre no estado de emergência.

BIBLIOGRAFIA FUNDAMENTAL

J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed. Coimbra: 1999.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991; Constituição da República Portuguesa anotada, 3ª ed. Coimbra: 1993.

JORGE BACELAR GOUVEIA: Os direitos fundamentais atípicos, Lisboa: 1995.

_____ O estado de excepção no Direito Constitucional _ entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição, I e II, Coimbra: 1998.

_____ Estudos de Direito Público, I, Cascais, 2000.

JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 3ª ed., Coimbra: 2000.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: 1983.

57- Cfr. o art. 19º, nº 6, da Constituição.

58- Cfr. o art. 172º, nº 1, da Constituição. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., p. 703.

59- Cfr. o art. 289º da Constituição. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., p. 316; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os limites circunstanciais da revisão constitucional, in Revista Jurídica, nºs 11 e 12, Janeiro-Junho de 1989, pp. 103 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., pp. 1067 e 1068.

1 - Sobre o sistema constitucional português de direitos fundamentais, v., de entre outros, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, pp. 75 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991, pp. 93 e ss., e Constituição da República Portuguesa anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 101 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, Lisboa, 1995, pp. 293 e ss., e O estado de exceção no Direito Constitucional _ entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição, I, Coimbra, 1998, pp. 836 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra, 1999, pp. 369 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 137 e ss.

2 - Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., pp. 224 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos..., pp. 142 e 143; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, pp. 445 e 446; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 1140 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, p. 330.

3 - Art. 45º, nº 1, da Constituição.

4 - Art. 25º, nº 2, da Constituição.

5 - Art. 41º, nº 2, da Constituição.

6 - Cfr. o art. 112º, nº 3, da Constituição.

7 - Cfr. o art. 121º, nº 2, da Constituição.

8 - Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, p. 444; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 376 e ss.

9 - Não obstante esta divisão, é a própria Constituição Portuguesa que entende reiterar a mesma consequência da reserva relativa de competência legislativa parlamentar para alguns direitos, liberdades e garantias: o estado e a capacidade das pessoas, a expropriação por utilidade pública e as garantias dos administrados.

10- Os direitos fundamentais..., p. 228, nota nº 28.

11- Art. 26º, nº 2, da Constituição.

12- Art. 35º, nº 2, da Constituição.

13- Cfr. o art. 36º, nº 7, da Constituição.

14- Art. 41º, nº 6, da Constituição.

15- Cfr. o art. 26º, nº 4, da Constituição.

16- Cfr. o art. 33º, nº 3, da Constituição.

17- A respeito da relevância constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em geral, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., pp. 37 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos..., p. 143, e Constituição..., pp. 138 e 139; PAULO OTERO, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?, in O Direito, 1990, III-IV, pp. 603 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, pp. 145 e ss., e A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa, in AAVV, 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 925 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 156 e ss.

18- Com este ponto de vista, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., p. 232; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, p. 161.

19- Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., p. 139.

20- Assim, PAULO OTERO, Declaração Universal..., pp. 610 e 611; JORGE BACELAR GOUVEIA, A Declaração Universal..., pp. 945 e ss.

21- Cfr. o art. 27º, nº 3, da Constituição.

22- Cfr. o art. 34º, nºs 2 e 4, da Constituição.

23- Cfr. o art. 49º, nº 1, da Constituição.

24- Cfr. o art. 61º, nº 1, da Constituição.

25- Como explicita J. J. GOMES CANOTILHO (Direito..., p. 424), "Esta individualização expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva".

26- Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., p. 151; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 332 e 333.

27- Descrevendo o regime geral das restrições de direitos fundamentais, a partir do art. 18º, nºs 2 e 3, da CRP, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., pp. 229 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos..., pp. 133 e ss., e Constituição..., pp. 150 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, pp. 455 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 422 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 328 e ss.

28- Assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., p. 234; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 430 e ss.

29- Neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., p. 235; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., p. 430.

30- Art. 18º, nº 2, in fine, da Constituição.

31- Cfr. os arts. 164º, al. q), e 268º, nº 2, da Constituição.

32- Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, Segredo de Estado, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, VII, Lisboa, 1996, pp. 366 e ss.

33- Cfr. o art. 268º, nº 2, da Constituição.

34- Cfr. o art. 66º da Constituição.

35- Cfr. o art. 52º, nº 3, da Constituição.

36- Art. 9º, al. e), da Constituição.

37- Cfr. o art. 60º, nº 1, da Constituição.

38- Cfr. o art. 60º, nº 2, da Constituição.

39- Cfr. o art. 35º da Constituição. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, III, Lisboa, Dezembro de 1991, pp. 703 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., pp. 215 e ss.

40- Quanto à dignidade da pessoa humana na Constituição Portuguesa, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., pp. 58 e 59; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, pp. 384 e ss., e O estado de excepção no Direito Constitucional _ entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição, II, Coimbra, 1998, pp. 1463 e ss.; PAULO OTERO, O poder de substituição em Direito Administrativo _ enquadramento dogmático-constitucional, II, Lisboa, 1995, pp. 553 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 219 e 220; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 180 e ss.

41- Art. 1º da Constituição.

42- Quanto a este caso especial de restrição de direitos fundamentais, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., pp. 245 e 246; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., pp. 949 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 425 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 335 e 336.

43- Art. 270º da Constituição.

44- Cfr. o art. 168º, nº 6, da Constituição.

45- Cfr. o art. 116º, nº 3, da Constituição.

46- Reflectindo sobre a particular restrição de direitos fundamentais para pessoas privadas da liberdade, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., p. 246; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., p. 198.

47- Cfr. o art. 30º, nº 4, da Constituição.

48- Art. 30º, nº 5, da Constituição.

49- Cfr. o art. 15º, nº 1, da Constituição.

50- Cfr. o art. 15º, nº 2, da Constituição.

51- Cfr. o art. 15º, nº 3, da Constituição.

52- Cfr. o art. 15º, nº 4, da Constituição.

53- Cfr. o art. 15º, nº 5, da Constituição.

54- Sobre o estado de exceção em geral, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., pp. 314 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, O estado de exceção, Lisboa, 1984, pp. 61 e ss.; ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, O estado de sítio e o estado de emergência em democracia, Lisboa, 1989, pp. 111 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos..., p. 139, e Constituição..., pp. 156 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Os direitos fundamentais atípicos, pp. 457 e ss., e O estado de exceção..., I, pp. 557 e ss., e IBIDEM, II, pp. 781 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, Direito..., pp. 978 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., IV, pp. 346 e ss.

55- A Lei nº 44/86, de 30 de Setembro, abreviadamente LRESEE.

56- É do seguinte teor o preceito constitucional que consagra o princípio da proporcionalidade, que é o art. 19º, nº 4, da Constituição: "A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional".

QUESTÕES CONTROVERTIDAS DE EXECUÇÃO PENAL

Maurício Kuehne

Promotor de Justiça aposentado, advogado e professor de Direito Penal e Execução Penal da Faculdade de Direito de Curitiba - PR

QUESTÕES CONTROVERTIDAS DE EXECUÇÃO PENAL

Maurício Kuehne

Permitam-me inicialmente agradecer as gentis palavras da ilustre magistrada que me recebeu quando traçava o perfil de nossa vida, de nossa dedicação ao Direito, às causas da Justiça e particularmente neste caminho que, podemos dizer, é um caminho íngreme a respeito da Execução Penal.

Para não pecar por omissão dentre tantos que aqui se encontram presentes, permitam-me saudar na pessoa do Desembargador Renato Martins Mimessi, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, as ilustres autoridades que se fazem presentes. Uma saudação toda especial, por óbvio, aos magistrados, aos representantes do Ministério Público, aos servidores do Sistema Penitenciário e

aos acadêmicos de Direito, aqueles que estão para sentir a vibração de sua justiça, a maneira através da qual, enfim, podem os postulados legais serem abrigados com aquela preocupação básica no sentido de fazer com que a Justiça realmente distribua e possa dar a cada um o que é seu.

A esta casa que nos acolhe, da gloriosa Ordem dos Advogados do Brasil, também não poderia deixar de externar àqueles verdadeiros operadores do Direito, da Justiça para que a prestação jurisdicional seja mais justa, seja mais célere e venha de forma eficaz, naturalmente, fazer com que o direito possa ser assegurado.

Feliz iniciativa, diria, tanto da entidade promovente como daquelas que apóiam e prestigiam esse I Encontro relacionado à Execução Penal que se realiza aqui no Estado de Rondônia, ligado a uma temática em relação à qual as dificuldades que o nosso País como um todo enfrenta, pelo que nós sabemos.

O perfil rápido aqui traçado pelo ilustre Presidente do Tribunal de Justiça, que abriu esta solenidade, mostra a ineficiência da pena de prisão; mostra que realmente todos nós estamos redondamente enganados em pensar que o fenômeno da criminalidade possa ser estancado pura e simplesmente quando olhamos o ordenamento jurídico e lidamos com as consequências que esse mesmo ordenamento jurídico, na órbita punitiva, vem a impor a tantos quantos transgrediram os diferentes tipos penais.

Estamos sendo iludidos porque recebemos em resposta a todas as nossas atividades, a todos os nossos trabalhos, um índice de reincidência que nosso país lamentavelmente não tem a coragem suficiente de organizar através de índices metodologicamente corretos, pelos quais se possam medir as reais causas que existem em relação àqueles que se encontram recolhidos nos cárceres. Chegamos à constatação de que mais de 80% daqueles que hoje estão nos cárceres, no amanhã, retornar-se-ão para o convívio e voltarão a delinquir. Darão a resposta a que nós não queremos, mas é a resposta que nós procuramos obter de forma não desejada, porque estamos sendo omissos em todo esse trabalho que se procura efetivar a respeito dessas consequências em relação àquele que delinuiu.

A prisão representa o fim de uma árdua tarefa para a qual o indivíduo naturalmente investiu na certeza quase que absoluta da impunidade. Com o tempo ele cai nas malhas da Justiça e, ao final, o magistrado lhe impõe a pena privativa de liberdade, como se aquela pena privativa de liberdade pudesse resolver a questão do crime, pudesse resolver a questão da criminalidade e pudesse nos trazer no amanhã aquele indivíduo ressocializado, vale dizer, alguém adaptado às nossas normas de convivência social. É um ledó engano, é uma verdadeira farsa, porque nós estamos gerando nesses estabelecimentos prisionais verdadeira fábrica de delinquentes. Nós estamos gerando cada vez mais a criminalidade, porque o tratamento que, em termos de Brasil, é propiciado ao contingente carcerário é deveras desumano, o que faz com que nosso País ostente lamentavelmente, numa projeção internacional, a condição de ser um país que mais desrespeita as mínimas condições de dignidade do ser humano. Preocupamo-nos em ressocializar o indivíduo, aliás é o que consta do primeiro dispositivo de nossa Lei de Execução Penal, vigente há 16 anos entre nós, e que ainda não se conseguiu sentir, na verdade, a sua real aplicabilidade. Em não sentindo a sua real aplicabilidade, hoje nós estamos num trabalho de reforma como se esse plano traçado pelo legislador há 16 anos atrás fosse um nada. Tivemos alguns avanços em nossa legislação, e agora parece que estamos a retroceder, haja vista a reforma penal e precipuamente da Lei de Execução Penal, já encaminhadas ao Congresso Nacional. Objetiva-se fazer com que as condições carcerárias venham a ser mais endurecidas, venham exigir um maior tempo de permanência do preso nos cárceres, como se isso pudesse representar a vitória da sociedade, ou seja, um indivíduo exemplarmente punido possa, repito, quando do seu retorno ser um cidadão útil não apenas a si e a sua família, mas a todos nós que compomos esta mesma sociedade.

Com a taxa de reincidência que ultrapassa a barreira dos 80%, com custo médio nacional per capita de preso de R\$ 900,00 mês, com a situação desumana dos cárceres que não têm condições para albergar mais do que 120.000 condenados. Nós temos hoje um número que ultrapassa a casa dos

250.000 indivíduos privados de liberdade, isto sem se falar daqueles mais de 300.000 mandados de prisão expedidos e não cumpridos.

O Estado de Rondônia não foge à regra, que é nacional, com a carência dos estabelecimentos a sediar todos esses que naturalmente foram condenados, mereceram uma condenação, sem dúvida nenhuma, mas talvez o caminho de algumas outras vias ou medidas (não apenas a prisão), deva ser percorrido no afã único e exclusivo não de extirpar-se esse mal que existe desde que o mundo é mundo, desde que o homem é homem, mas ao menos para que esse mal possa ser minimizado.

Tenho percorrido este Brasil e tenho constatado esta dramática situação e da qual os nossos Estados sulinos, Rio Grande, Paraná, Santa Catarina não fogem à regra. Há um excedente carcerário em toda parte. Dentro de Curitiba, onde estão sediados os maiores complexos penitenciários do Paraná, há condições apenas para 3.000 presos, e, nesses complexos penitenciários, nós temos quase 5.000 indivíduos recolhidos. Outros tantos se encontram nas cadeias públicas em condições desumanas, em condições realmente lamentáveis, em condições que nos envergonham.

Recentemente, em amplo noticiário, um dos distritos policiais de Curitiba albergava presos verdadeiramente num canil que existia na residência que fora locada pelo Estado para que ali funcionasse aquele Distrito Policial. E nós queremos que esse homem, no amanhã, saia, venha trabalhar utilmente para todos nós. O que ele há de fazer? É evidente que tornará a reincidir no caminho do crime, porque nós próprios, sociedade, já mostramos a nossa inquietação e damos a nossa resposta àqueles que regressam.

Não se oferecem condições, não se possibilita a que os egressos tenham a porta aberta para encontrar um caminho no sentido de que um dia possa vir a trabalhar. Qual dona de casa, qual dono de alguma empresa industrial ou comercial que, ao receber alguém que necessite para o trabalho, certificando-se de seu passado criminoso, irá admiti-lo? Nós queremos e trabalhamos em cima desta verdadeira hipocrisia, deste paradoxo, de querer ressocializar um indivíduo para não aproveitá-lo no amanhã. Não o ressocializamos, não o aproveitamos; e aí nos indagamos, questionamo-nos a respeito da real situação em termos político-jurídicos de como nosso país vê todo esse quadro.

Perfilhamos, e se nos situarmos de uma década para cá, mais precisamente a partir de julho de 1990, verificamos estar trabalhando com uma legislação sob o influxo de um movimento de lei e ordem dos Estados Unidos da América do Norte, a querer nos dizer e pretender fazer com que entendamos que mais leis penais, penas de prisão mais longas, períodos mais dilatados quanto à progressividade do regime de cumprimento de pena, interstício maior para a obtenção de um livramento condicional, isto realmente pode representar uma defesa social e um avanço sob o aspecto jurídico penal no sentido de punir seus indivíduos, quando tudo isso é ilusório.

No país referido, que trabalha sob o influxo do movimento de lei e ordem, e não se resolvem os problemas relacionados a sua criminalidade. É um país que detém um contingente populacional de cem milhões de habitantes a mais do que nós, o Brasil, com 160, 170 milhões. Os Estados Unidos com 260, 270 milhões de pessoas. Nós aqui com 250 mil presos, eles com mais de 2 milhões recolhidos nos cárceres. Um país que, em relação aos Estados que o compõem, 37 ainda adotam a pena de morte, como se essa pudesse ser o paliativo e a panacéia para todos os males a respeito da criminalidade. O crescimento da criminalidade é vertiginoso. Algo realmente precisa ser efetivado, para que possamos colher alguns frutos daqui a 20, 30 ou a 40 anos.

Tenho dito, meu caro Presidente, que há pouco salientou a ineficácia da pena de prisão, tenho dito, que a minha geração falhou. A minha geração não soube transmitir aos filhos, aos nossos filhos, um mundo talvez um pouco melhor, um mundo em que nós não precisássemos ver e sentir tanta violência. Nós preocupamo-nos com o destino de nossas crianças no amanhã, porque não sabemos realmente o que pode ocorrer. E vamos encontrar mecanismos legais, que a mídia apregoa, é a solução para todos os males (mas não é). Lei como a dos crimes hediondos, que o falecido ministro Francisco de Assis Toledo dizia com propriedade que foi a mais hedionda das leis que se editou entre nós. Tal legislação teria vindo para resolver os problemas relacionados com o crescimento da

criminalidade, contudo, esta cresce de forma assustadora. Com dispositivos até hoje que não são entendíveis, com situações que ainda os tribunais não enfrentaram e que, quando enfrentarem, naturalmente vão ter que reconhecer a sua inconstitucionalidade, que a nossa corte maior não teve a coragem suficiente para reconhecer que essa lei dos crimes hediondos, ela é inconstitucional. O caminho da execução penal mostra-se cada vez mais turvo, cada vez mais negro, cada vez mais obscuro, não sinalizando, não se antevendo uma perspectiva.

Não pretendo fugir à temática proposta, daí porque iremos nos situar em relação a algumas das questões controvertidas em sede de execução penal.

O tema em seu aspecto geral, lamentavelmente, não é difundido nos Cursos de Direito, posto que raras são as Faculdades que mantêm, em sua estrutura curricular, a disciplina relativa à Execução Penal. Esta, de regra, é mencionada quando do estudo da Teoria da Pena e alguns aspectos são informados na cadeira de Direito Processual Penal. Assim, o bacharel em Direito sai dos bancos escolares com pouca informação a respeito de tão importante ramo do ordenamento jurídico, cuja autonomia é hoje reconhecida, frente a Lei n. 7.210/84. Com efeito, necessário salientar que a Exposição de Motivos à Lei referida é enfática quando ali se pode observar:

8. O tema relativo à instituição de lei específica para relar a execução penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação Direito Penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como Direito Penal Executivo por Roberto Lyra (As execuções penais no Brasil, Rio de Janeiro, 1963, p. 13) e Direito Executivo Penal por Ítalo Luder (*El principio de legalidad en la ejecución de la pena*", in *Revista del Centro de Estudios Criminológicos*, Mendoza, 1968, pp. 29 e seguintes).

9. Em nosso entendimento, pode-se denominar esse ramo Direito de Execução Penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (cf. Cuello Calón, *Derecho Penal*, Barcelona, 1971, vol. II, tomo I, p. 773; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, p. 37).

10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, evoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam a jurisdicionalização, a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal.

Como se pode constatar, a jurisdicionalização da execução penal, hodiernamente, é incontroversa. Em razão disso, necessário que se demonstre, em termos eminentemente práticos, a maneira através da qual nasce o Processo de Execução Penal. Para tal desiderato, destaque-se o contido nos arts. 105 e 106 da Lei em questão, no que atine à execução das penas privativas de liberdade. Por certo outros enfoques poderiam ser efetivados concernentes às outras modalidades de pena, contudo, permitimo-

nos a remeter aos dispositivos legais específicos, a saber : arts; 147 e seguintes quanto às penas restritivas de direitos; 160 quanto à execução do "*sursis*"; 164 e seguintes em relação à pena de multa, e 171 no que é pertinente às medidas de segurança.

No particular aspecto das penas privativas de liberdade, vejamos o contido nos artigos atrás mencionados:

Art. 105 - Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 106 - A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

I - o nome do condenado;

II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;

III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;

V - a data da terminação da pena;

VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

§ 1º - Ao Ministério Público se dar-se-á ciência da guia de recolhimento.

§ 2º - A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução, ou ao tempo de duração da pena.

§ 3º - Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do disposto no § 2º do art. 84 desta Lei.

Art. 107 - Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

§ 1º - A autoridade administrativa incumbida da execução passará recibo da guia de recolhimento, para juntá-la aos autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado.

§ 2º - As guias de recolhimento serão registradas em livro especial, segundo à ordem cronológica do recebimento, e anexadas ao prontuário do condenado, aditando-se, no curso da execução, o cálculo das remições e de outras retificações posteriores.

Observa-se, assim, que perante o Juízo competente para a execução, serão autuadas as peças necessárias ao desenvolvimento regular do processo, para que os ditames contidos na sentença condenatória possam ser viabilizados, dando-se cumprimento ao que dispõe o art. 1º, ou seja " ... efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Como consabido, após o cumprimento da pena respectiva, dar-se-á por satisfeita a pretensão executória estatal, impondo-se a declaração de extinção da pena. Ocorre, todavia, que no *iter* da execução surgem inúmeras situações, passíveis de refletir na sentença condenatória, de modo a antecipar a liberdade do réu, quer decorrente dos assim denominados direitos subjetivos do condenado, presentes os requisitos legais, como o Livramento Condicional, Progressão de Regime, Saída Temporária; Trabalho Externo, etc. como também pelo Indulto, Comutação, Remição da pena e outros incidentes.

Assim, uma vez ocorrente a situação ensejadora à modificação dos ditames contidos na sentença condenatória, necessária a instauração do respectivo incidente de execução, a fim de que seja demonstrada, em termos objetivos e subjetivos, a presença dos requisitos legais pertinentes.

Com efeito, para dimensionar um caso, vejamos a questão relativa à progressão de regime.

Estabelece o art. 112 da Lei em consideração que, cumprido ao menos 1/6 da pena, e reunindo o réu o necessário mérito, torna-se ele passível de progredir de regime. Destarte, o mandamento contido na sentença condenatória, digamos, no sentido de que a pena deva ser cumprida em regime fechado, será transmudado para o regime seguinte, ou seja, o semi-aberto, a fim de que se obtenha o desiderato necessário à instauração do incidente respectivo, o qual se efetivará em apenso aos autos de execução, dando azo ao que se denomina de Processo Cognitivo Incidentar de Alteração do Título Executório. Com efeito, esclarece Ada Pellegrini Grinover no livro Execução Penal, editora Max Limonad, 1987, pp. 10/11:

A incidência de questões novas sobre o processo dá margem aos denominados incidentes. No decorrer do processo declaratório e na sentença, o Juiz soluciona as questões pertinentes ao mérito. Com a sentença penal condenatória, título executivo que abre caminho ao denominado *ius punitionis*, inicia-se o processo de execução penal, surgindo agora questões sobre a interpretação ou aplicação do julgado. Trata-se de questões que recaem sobre a execução, que *incidunt*, como observou CARNELUTTI, e que são conseqüentemente denominadas incidentes da execução.

VII _ INCIDENTES DO PROCESSO E PROCESSOS INCIDENTAIS

Incidentes do processo ou processos incidentais? No direito positivo, duas técnicas podem ser utilizadas para a solução dessas questões que incidem sobre o processo.

Ou configuram elas meros incidentes, como alteração do procedimento principal, o qual sofre um simples desvio na caminhada em direção ao seu objetivo, de modo que todo o preparo e a solução da questão incidente ocorre no bojo do processo já instaurado, sem dar vida a um novo processo; ou se apresentam como verdadeiro processo incidental, daí surgindo uma nova relação jurídica processual, a *latere* da principal, cuja sentença irá projetar sua eficácia sobre esta.

Requisito Temporal à 2ª Progressão

Assim, delineada a questão relativa ao Processo de Execução propriamente dito, vejamos alguns incidentes controversos. O 1º a ser enfocado diz respeito ao lapso temporal ensejador à progressão de regime. Condenado o réu, digamos, a 12 anos de reclusão, uma vez perfeccionado o tempo de ao menos 1/6 de cumprimento da pena (dois anos), e acaso reúna mérito, progredirá de regime, cuja solução é efetivada no incidente próprio. Claro que entre a postulação e a decisão final algum prazo fluiu. Imaginemos seis meses. Logo, remanescem nove anos e seis meses de pena a cumprir, iniciando-se nova contagem, agora, para a transposição do regime semi-aberto ao aberto. Deverá o réu, novamente, cumprir ao menos 1/6 da pena em execução. Indaga-se: da pena total (doze anos) ou da pena remanescente (nove anos e seis meses)?

A doutrina, a nosso ver, é pacífica, quanto ao entendimento de que, obtida a 1ª progressão, o lapso temporal ensejador à 2ª progressão deve ser da pena remanescente. O Supremo Tribunal Federal, contudo, mantém opinião divergente, entendendo que o requisito temporal deve ser aferido em função da pena total. Parece-nos que a interpretação doutrinária mais se coaduna com a finalidade da execução.

Do Livramento Condicional

Outra situação diz respeito ao Livramento Condicional. Ao primário de bons antecedentes, o requisito temporal, segundo o Código, é no sentido de o condenado cumprir mais de 1/3 da pena, enquanto que para o reincidente é mais de 1/2 da pena em execução. E quando se trate de primário, mas de maus antecedentes? Aí as opiniões doutrinárias bem como as decisões dos Tribunais são conflitantes, impondo-se, pois, a necessária opção frente ao caso concreto. Inclina-mo-nos a uma posição intermediária, vale dizer, quanto ao primário de maus antecedentes, diante da situação concreta, pode-se exigir o cumprimento de mais de 1/3 da pena em execução, mas não a metade, posto que reincidente não é. A aferição do maior ou menor requisito temporal estaria adstrita à valoração dos maus antecedentes em si.

Da Execução Provisória

Outro tema palpitante e polêmico diz respeito à execução provisória da sentença, quando a decisão já transitou em julgado para o Ministério Público, mas não para a defesa que recorreu.

Especificamente sobre esta questão, subsidiamo-nos em considerações que efetivamos, trazendo a lume comentário relativo a decisões das Cortes Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Vejamos:

SENTENÇA PENAL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA -POSSIBILIDADE - HABEAS CORPUS Nº 73.760/9/RJ - Supremo Tribunal Federal - Relator: Ministro Ilmar Galvão.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14/5/1996, publicada no Diário da Justiça da União de 24 seguinte, nos propicia a seguinte **EMENTA**:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. PACIENTE QUE SE ENCONTRA RECOLHIDO EM PRISÃO ESPECIAL. PRECEDENTES DA CORTE.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 72.565-1, decidiu no sentido da possibilidade de progressão de regime prisional, **quando ainda não haja trânsito em julgado da decisão condenatória**, mesmo estando o apenado em prisão especial, por ser portador de diploma de curso superior. (negrito e destaque nosso).

Na hipótese dos autos, o paciente atende aos requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis, pois já cumpriu mais de um sexto da pena que lhe foi imposta e submeteu-se a exame criminológico, realizado em cumprimento a decisão judicial.

Decisão impetrada que ao deferir a progressão, mas condicionar o gozo do benefício ao ingresso do paciente no sistema penitenciário — por ser inconciliável com a natureza do regime semi-aberto a sua permanência em prisão especial — se encontra em desacordo com a jurisprudência da Corte.

Habeas corpus deferido, para conceder ao paciente a progressão para o regime prisional semi-aberto.

De há muito vimos sustentando a possibilidade de o réu progredir de regime, ou mesmo obter livramento condicional, quando não haja o trânsito em julgado da decisão, mas desde que tal situação já ocorra em relação ao Ministério Público. É necessário realçar que a pendência recursal, acaso a acusação interponha o recurso, pode mudar todo o panorama da execução.

Suponha-se réu condenado pelo Tribunal do Júri, tendo lhe sido aplicada a pena de 6 (seis) anos de reclusão. Recorre o Ministério Público; provido o recurso, submetido a novo Júri, desta feita é condenado a 12 (doze) anos. Acaso houvesse ingressado com pedido de Progressão de Regime, na pendência do recurso do Ministério Público, e obtido a Progressão, posto que, bastaria cumprir ao menos 1/6 da pena de 6 (seis) anos e demonstrar mérito para progredir, com o novo lapso temporal, como ficaria? Óbvio que, em situação como a descrita, inviável a Progressão, pois **inexiste título hábil a embasar a execução**.

Em hipótese como a assinalada, o obstáculo à Progressão é encontrável na Lei de Execução Penal, a qual, em seu art. 105, estabelece de forma imperativa: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

A discussão que se trava é no sentido de saber se o trânsito em julgado, apenas para o Ministério Público, enseja a assim denominada "**Execução Provisória**".

A respeito do assunto em pauta, já havia decidido o Supremo Tribunal Federal e também o Superior Tribunal de Justiça em sentido afirmativo, o que procuramos salientar em nosso Livro Doutrina e Prática da Execução Penal - 2ª Edição, Juruá - 2ª tiragem. Também, com maiores subsídios doutrinários e jurisprudenciais, quando de Seminário realizado em Porto Alegre, versando sobre o tema "**Revisão do Decênio da Reforma Penal**" tivemos oportunidade de concluir:

Nossa proposta, pois, na linha dos argumentos expendidos, e acorde com inúmeras decisões, é no

sentido de que a execução provisória ou antecipada, a pedido do próprio preso, (quando sua prisão estiver convenientemente fundamentada e dentro da estrita necessidade) trânta em julgado a decisão para o Ministério Público, seja efetivada, expedindo-se a guia de recolhimento, provisória, conforme atrás salientado, cabendo a disciplina, no que concerne a competência, para a execuo, aos Estados respectivos.

A Lei atual, em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário, não proíbe o que procuramos salientar, ao contrário, contempla os mecanismos adequados.

O trabalho último referido, foi publicado na Revista de Informao Legislativa do Senado Federal, ano 32, n. 127, jul/set/1995 e na RT 725/424-437, além de constar em publicao avulsa editada pela Faculdade de Direito de Curitiba.

Vimos observando que, em nível de decisões dos Tribunais, precipuamente dos Superiores, se predomina o consenso. A Suprema Corte, pelo que se expôs de início, reafirma seu posicionamento.

O Superior Tribunal de Justiça, de igual sorte, em recente decisão ementou:

HABEAS CORPUS N 3.802/RJ - STJ - 6ª Turma - DJU 6/5/1996, p. 14.473, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

HC - EXECUO PENAL - CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA - REQUERIMENTO DO CONDENADO - A execuo penal pressupõe sentença condenatória trânta em julgado. Conseqüência lógica do princípio da presuno de inocência. Não havendo recurso do Ministério Público, restando somente da defesa, a execuo, uma vez requerido pelo condenado, pode ser antecipada. A condenao tornara-se definitiva para a acusao. Com isso, o condenado antecipa o cumprimento da pena.

Quanto ao Estado do Paraná, conhecemos apenas um precedente através do qual, réu condenado como infrator da Lei de Tóxicos, após cumprir mais de 2/3 da pena que lhe foi imposta, e na pendência de recurso s da defesa, requereu a expedio de guia de recolhimento provisória, havendo o Juízo da condenao denegado o pleito, invocando o art. 105 da Lei de Execuo Penal, retro referida. Atrás de *habeas corpus*, logrou o intento, com o fim precípuo de postular o Livramento Condicional. (*Habeas Corpus* n. 75.575-3 - 4ª C.Cr. - TA-PR, j. em 23 de fevereiro de 1995). Acresça-se que a questão relacionada a execuo provisória no Paraná tem-se apresentado pacífica.

Queremos crer que existem outros casos. Senão decididos, em condies de obter a assim chamada execuo provisória. Necessário, sem dvida, o exame detido da situao do condenado. Presentes os requisitos legais, quer para a Progressão propriamente dita, quer para o Livramento Condicional, repita-se, inexistem obstáculos, assim como os últimos decretos relacionados a indulto e comutao de pena (incidentes da execuo penal), sempre ressalvaram, de forma expressa, que as disposies dos decretos aplicam-se **"... ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa..."**

Necessário se faz que os intérpretes não se apeguem, tão só,  literalidade dos textos. Faz-se necessária uma interpretao harmônica com o Sistema.

Um dos argumentos alinhados a obstar a execuo provisória, era (e ) o de que o condenado ainda não está a cumprir a pena propriamente dita, pois que esta apenas ocorre quando inexistente qualquer possibilidade de recurso. Procurava-se (e procura-se), sob o pálio da **"presuno da inocência"**, fazer com que a prisão provisória (convenientemente fundamentada) se mantivesse intacta, quando, sabido , esta, via de regra, se cumpre em cadeias públicas, com suas lamentáveis e precárias deficiências.

Urge, pois, que a posio assumida pelo Pretório Excelso tmbm o seja no âmbito das Justiças Estaduais, de forma iterativa.  o que esperamos.

Ressalte-se que, recentemente, (16/9/1998) a douta Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de

Santa Catarina, através do Provimento n. 66/98 publicado no Diário da Justiça daquele Estado, em 21/9/98, instituiu o Processo de Execução Criminal Provisório, acorde com as decisões referidas, e impulsionada (a Corregedoria referida) por representação formulada pela Associação Juízes para a Democracia e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo inteiro teor foi publicado no Boletim Juízes para a Democracia, ano 4, n. 13, junho/julho de 1998, p.3.

Da Remição Da Pena

Outro aspecto está relacionado ao Instituto da Remição da Pena, quando se trate de preso provisório que trabalhe nas dependências das Delegacias de Polícia e, posteriormente, venha a ser condenado. Poderá se beneficiar com a remição? Malgrado algumas decisões em sentido contrário, parece-nos, contudo, que o entendimento prevalente é quanto à contagem respectiva, situação que defendemos e a respeito da qual colacionamos algumas decisões, bastando salientar:

PENA. REMIÇÃO. CONDENADO QUE CUMPRE PENA EM CADEIA PÚBLICA.

450 dias de trabalho na cozinha e na manutenção de veículos oficiais. Demonstração por atestado do Delegado de Polícia. Irregularidade formal que não pode prejudicar o sentenciado. Remição de 150 dias. Deferimento. (TJPR - Agravo 15.542-6 - J. em 05/09/91 - Paraná Judiciário, 038/300)

Nota: No mesmo sentido, vale dizer, computando, para fins de remição, trabalho desenvolvido em cadeia pública:

Acórdão n. 4962 _ 1ª C Cr. _ TA/PR, RA 107.108-1 _ rel. Juiz Mendonça de Anunciação: Acórdão n. 6904 _ 1ª C. Cr. - TJ/PR, RA 31.424-3 - rel. Juiz Conv. Rotoli de Macedo.

Da Disciplina _ Questão Da Falta Grave

Questão que aflige aos condenados em regime semi-aberto diz respeito a assim denominada fuga. Esta, nos termos da LEP, caracteriza falta grave, situação que enseja a regressão de regime. São correntes situações de condenados que, obtido o direito à saída temporária, não retornam em tempo hábil ao presídio, dando margem a que sejam considerados evadidos e, via de consequência, a regressão se opera.

Bem de ver, todavia, situações que não ensejam a caracterização da assim denominada evasão, quando motivos existam a desconstituir a falta grave imputada. A respeito, decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, parece-nos elucidativa, razão pela qual salientamos:

RECURSO DE AGRAVO. FALTA GRAVE. SUSPENSÃO DE REGIME. MOTIVOS JUSTIFICÁVEIS. REGRESSÃO NÃO OPERADA. INSURGIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I.- A evasão do condenado constitui falta grave, contudo o sancionamento com a regressão de regime, ante as circunstâncias que envolvem o caso, não se mostra como medida adequada.

II.- "Devem ser apreciadas as consequências da falta, que poderão ser relevantes ou quase nulas". O réu apresentou-se espontaneamente, justificando o seu atuar e foi sancionado administrativamente.

(RA 48.556-1 - TJ-PR - j. 13.6.96 - Acórdão 8819 - Rel. Des. Moacir Guimarães - DJ 24.6.96, p. 55)

Extrai-se da decisão referida para o que nos interessa:

..... O relatório informatizado de fls. 148/151 demonstra que Nilson Ricardo, ora recorrido, encontra-se em regular cumprimento de pena perante a Colônia Penal Agrícola. Tal situação decorre pelo fato de que foi condenado como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, sendo implantado no estabelecimento referido em 6/3/95.

Ocorreu que em 2/9/95 evadiu-se da unidade penal, retornando quatro dias após, ou seja, em 6/9/95. Ante a comunicação formalizada ao Juízo de Execução o regime no qual se encontrava foi suspenso, contudo, o douto Juiz *a quo* não lhe impôs a regressão de regime, entendendo que as

razões expostas pelo réu não ensejam a drástica medida.

Disse o MM. doutor Juiz, às fls. 129 v.:

O sentenciado Nilson Ricardo, detento da Colônia Penal Agrícola, evadiu-se no dia 2 de setembro e retornou no dia 6; justifica sua evasão às fls. 104 a 110, alegando que foi tratar de assuntos particulares na cidade de Assis Chateaubriand, nos autos de ação penal 31/95.

Apenado disciplinarmente com o confinamento celular por vinte dias, opinou o Conselho Disciplinar pela sua permanência no regime semi-aberto tendo em conta a sua reapresentação espontânea (fls. 113).

Parecer do Promotor de Justiça pela regressão de regime com a remoção do sentenciado à Penitenciária Central do Estado (fls. 123).

É vero que a fuga caracteriza falta disciplinar de natureza grave e enseja a regressão de regime, de acordo com o art. 118-I da LEP.

Entretanto, a reapresentação espontânea do sentenciado, quatro dias após, é razão mais do que suficiente para mantê-lo no regime semi-aberto, como propõe o Conselho Disciplinar da Colônia Penal Agrícola.

Implantado na Colônia Penal Agrícola em data de 6 de março, seu comportamento carcerário é bom, desempenha atividade laborativa satisfatoriamente e, submetido a exame criminológico para progressão de regime foi considerado apto pela Comissão Técnica de Classificação.

Logo, no exame global de sua conduta carcerária salta aos olhos a sua ressocialização. Seu retorno à Unidade Penal no quarto dia da evasão, de forma espontânea, vem demonstrar que merece permanecer no regime prisional em que se encontra.

Isto posto e o mais que dos autos consta, restabeleço o regime semi-aberto e mantenho o sentenciado Nilson Ricardo na Colônia Penal Agrícola. Entretanto determino o desconto dos dias em que esteve afastado da Unidade Penal, na próxima portaria de saída. (fls. 129 v.).

As razões determinantes da evasão se encontram minudentemente esclarecidas nas contra-razões ao inconformismo deduzido.

Com Prisão Preventiva decretada em processo que respondia junto ao Juízo de Assis Chateaubriand e certo de que os transtornos que dessa situação adviriam, esponte sua, foi ao Juízo último declinado obtendo a revogação conforme se observa às fls. 117/118.

Por outro lado, às fls. 165/174, pela defesa do réu, foi juntada cópia da sentença absolutória relacionada ao Processo que respondia em Assis Chateaubriand, a qual foi prolatada em 13/12/95. Note-se que a absolvição decorreu de pedido expresso do Ministério Público (fls. 168).

É certo de que a pretensão do Ministério Público se fundamenta em imperativo legal, entretanto, os motivos determinantes da evasão não podem ser erigidos a afirmar-se a ocorrência de fuga, tal qual prevê a Lei de Execuções Penais, visto a apresentação espontânea do réu, sendo necessário um exame mais amplo do fato.

Observe-se ainda, caso sua intenção fosse subtrair-se à execução, não teria retornado, nem mesmo nas oportunidades em que obteve saída temporária (vide fls. 182 v.).

Foi reabilitado administrativamente, reintegrando-se, assim, as regalias outorgadas a presos de bom comportamento.

Outrossim, em 27/10/95, (fls. 143), teve oportunidade de fugir da unidade, assim não procedendo (fls. 143/144).

A somatória destes fatos, positivos para o réu, ensejaram a que a douto Juiz prolator da decisão impugnada entendesse não configurada a falta grave. E o fez atento aos postulados legais, eis que consta da Lei de Execução Penal:

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares levar-se-á em conta a pessoa do faltoso, a natureza e as circunstâncias do fato, bem como as suas conseqüências.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 53, desta lei.

Comentando tal dispositivo, Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Execução Penal, 6ª edição, pp. 148/149, ensina:

2. 108 Fixação da Sanção.

Assim como o Direito Penal, as sanções disciplinares não podem ter um tratamento exclusivamente retributivo, objetivo e uniforme para todos os presos com a cominação e aplicação regamente relacionadas com a falta praticada. A conduta faltosa do sentenciado não deve ser julgada à luz de um cálculo friamente aritmético, mas resultar de um juízo de valor a respeito do fato e de seu autor. Por isso, propõem as Regras Mínimas da ONU que, na aplicação da sanção, a autoridade competente procederá a um exame completo do fato (n. 30.2, segunda parte).

Além de prever duas sanções alternativas para as faltas disciplinares graves e outras duas para as médias ou leves, determina a lei que na aplicação delas "levar-se-á em conta a pessoa do faltoso, a natureza e as circunstâncias do fato, bem como as suas conseqüências" (art. 57, *caput*). Quanto ao fato, é possível distinguir, por exemplo, a sua natureza, sendo mais grave, em tese, a participação em movimento de subversão da ordem ou da disciplina que a inobservância de alguns deveres impostos ao condenado, como o de respeitar as pessoas com quem deva relacionar-se. Também devem ser apreciadas as conseqüências da falta, que poderão ser relevantes ou quase nulas, merecendo lembrança a circunstância de não se ter consumado a infração. Além disso, também ser consideradas as demais circunstâncias do fato, como os motivos determinantes, os meios utilizados, o concurso com outros presos, a emoção do autor etc. Por fim, mas nem por isso com menos relevo, deve-se apreciar a pessoa do preso, ou seja, sua personalidade, seus antecedentes, a reincidência genérica ou específica em faltas disciplinares etc.

A relevância das circunstâncias objetivas ou subjetivas que envolvem a falta disciplinar, segundo tais critérios, poderá indicar até a desnecessidade de sanção disciplinar ou, na aplicação, a opção por uma das sanções previstas para a infração (advertência ou repreensão para as faltas médias ou leves e a suspensão ou restrição de direitos ou o isolamento, para as graves). Além disso, é evidente que essas circunstâncias devem ter valor primordial também com relação ao tempo de duração das penas de suspensão ou restrição de direitos e de isolamento, sempre obedecendo-se ao limite máximo permitido pela lei (item 2.110) (p. 148/149).

Não se diga que representa tal decisão ofensa ao que dispõe o art. 50, II, da Lei de Execução Penal, eis que as considerações expostas em relação ao art. 57, no ângulo da interpretação sistemática, suaviza o rigor da Lei, atento ao caráter individualizador que é imprimido à fase executiva da pena.

Assim como a pena tem o caráter de retribuição prevenção e ressocialização, a LEP também está informada por tais características. Seu art. 1º, diz:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

E invocando novamente as lições de Mirabete, ob. cit. p. 31:

A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder a idéia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não-criminoso. Nem por isso, diz Miguel Reale Júnior, deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito. (p. 31).

Eventual regressão, que se pretende impor, afastaria o propósito de ressocializar a quem, conforme

se denota do Exame Criminológico de fls. 174/179, apresenta condições a progredir de regime - muito embora a avaliação de seu mérito tenha ficado em parte prejudicada pelos fatos aqui noticiados.

Ante as considerações expostas, entendendo correta a decisão recorrida, os Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, "à unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso".

Outras Situações _ Pena De Multa, Etc.

A limitação temporal (e aqui de espaço) impõe que sejam salientadas outras tantas situações, contudo, sem maiores digressões.

A execução da pena de multa, ante as modificações efetivadas pela Lei n. 9.268/76 fez com que duas opiniões estejam a disputar a primazia dos operadores do Direito. Com efeito, sustenta-se que o Ministério Público não é mais parte legítima para executar tal modalidade de sanção, bem como o Juízo próprio é o da Fazenda Pública, em contraste com as opiniões que entendemos prevalentes, quais sejam, a manutenção da titularidade do Ministério Público à execução respectiva e perante o Juízo próprio das Execuções.

Questões relacionadas ao Trabalho Externo; Progressão frente os Crimes Hediondos decorrente da Lei que define os Crimes de Tortura; caracterização ou não da figura híbrida do homicídio qualificado privilegiado como Crime Hediondo; aspectos concernentes ao Recurso de Agravo (quais normas procedimentais a seguir) e outros assuntos relevantes devem ser objeto de acurada pesquisa por parte do intérprete, a fim de que o comando inserto na decisão condenatória se execute conforme os postulados legais.

Assim, malgrado interpretações divergentes, poderíamos sumariar dizendo que as normas procedimentais a serem seguidas quanto ao Recurso de Agravo devem ser as do Recurso em Sentido Estrito, conforme, aliás, já decidiu o Pretório Excelso. Também de se reafirmar que não há nenhum obstáculo à Progressão concernente à figura do homicídio qualificado privilegiado. De igual sorte, inclinamo-nos à possibilidade de Progressão quanto a todos os Crimes Hediondos e assemelhados, por força da Lei atrás referida, vale dizer, a que define os Crimes de Tortura possibilitar tal aspecto. Respeitáveis, sem dúvida as decisões em sentido contrário, particularmente do STF e do STJ, em particular a 5ª Turma, todavia, não menos respeitáveis as decisões permissivas.

Por derradeiro, algumas palavras à defesa em sede de Execução Penal.

É assente que a presença do defensor, quer o público, quer o particular, se torna imperiosa, não apenas nos procedimentos judiciais, como, por igual nos procedimentos administrativos.

O devido processo legal, compreendendo a amplitude do direito de defesa, contraditório, etc, com os recursos que lhes sejam inerentes apresenta-se como situação consagrada pelo ordenamento jurídico, inclusive pela Magna Carta.

Bastaria salientar que o Supremo Tribunal Federal, em recentíssima decisão, conforme noticiário apregoado pela imprensa "...decidiu que presos têm direito à defesa técnica, isto é, defesa feita por advogado, quando estiverem respondendo a processos disciplinares nas penitenciárias. A decisão foi tomada no julgamento do *habeas corpus* (HC 77862) em favor de Marco Antonio Félix, condenado a 16 anos de prisão por homicídio". Fundamentou-se o Supremo no que dispõem o inc. LIII do art. 5º da Constituição Federal, e art. 59 da Lei de Execução Penal.

Não surpreende tal decisão, uma vez que representa o corolário quanto ao reconhecimento da Jurisdicionalização da Execução Penal, posto que decisões administrativas que restrinjam eventuais direitos dos condenados refletem na apuração do mérito e este, porque não dizer, deve ser aferido em várias situações, quando o réu postule os diferentes benefícios (direitos públicos subjetivos) a amenizar sua situação carcerária.

Urge encerrar, não sem antes dizer que _ como se pôde sumariamente ver _ as controvérsias em sede de Execução Penal mais se acentuam, na medida em que os Tribunais são instados à solução dos recursos que lhes são endereçados. E isto é salutar. A Lei, pode-se afirmar, ainda não foi aplicada em toda a sua extensão. E, da aplicação desta, com as decisões dos Juízes e das Cortes, em futuro próximo, oxalá, possamos nos ufanar com uma Execução Penal racional, justa, e acima de tudo humana, ou seja, respeito ao condenado como pessoa feita à nossa semelhança.

Uma reflexão final nos faz lembrar da história de um cientista que estava a desempenhar o trabalho em seu laboratório. Compenetrado, de repente ele vê que surge em seu ambiente de trabalho seu garoto com sete anos de idade e um garoto peralta. O pai, preocupado com o que poderia acontecer, com toda a bagunça, que naturalmente aquele garoto iria ali efetivar, olha para a parede e vê um mapa do mundo. E o pai imagina dar um trabalho para o filho. Ele tira aquele mapa da parede e o rasga literalmente ou o recorta como queiram, em tantas partes que nem ele pai soube naturalmente como fez.

Após, chama o garoto e diz: "filho, aqui está o mapa que estava na parede e você viu, eu quero que você interprete isso como um quebra-cabeça e o monte".

O garoto começou o trabalho e começou a montar as peças respectivas e o pai tranquilo a desempenhar o seu trabalho e a dizer "ele vai levar dias para resolver o que nem eu saberia naturalmente como iniciar". E qual não foi, eu não diria satisfação ou insatisfação do pai, e que em pouco tempo depois ele ouviu o filho lhe dizer "pai, terminei".

E o pai olha estupefato, vê o mapa montadinho tal qual estava na parede e lhe diz:

Não é possível, meu filho, eu não saberia como fazer e nem imaginaria como iniciar.

Aí o garoto olhou para o pai e lhe disse: "Foi fácil, pai". E ele (pai) "como, meu filho?".

Eu tentei reconstruir o mundo tal qual ele estava na parede e não consegui, mas quando você tirou aquele quadro da parede vi que no fundo dele existia a figura de um homem... eu então reconstruí o homem e ao reconstruir o homem eu pude ver que o mapa estava refeito.

Muito obrigado.

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE E JURISDIÇÃO

Antonio Rulli Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça/SP

Professor Titular de Direito Constitucional UNIFMU

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais Pela USP

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE E JURISDIÇÃO

Antonio Rulli Júnior

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Importância do Mestrado Profissionalizante . III. Exigências do Mestrado Profissionalizante. IV. Mestrado Profissionalizante em Jurisdição. V. Harmonização _ Jurisprudência e Legislação. VI. Jurisdição Civil, Jurisdição Penal e a Importância do Curso. VII. Conclusão.

I _ Introdução

O Mestrado Profissionalizante foi instituído pela Portaria 80, de 16 de Dezembro de 1998, da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério da Educação e Cultura.

Em 1998, foi realizado na Cidade de São Paulo o 1º Encontro Mundial das Escolas de Magistrados e no conclave o Ministro da Educação, o Professor Doutor Paulo Renato, em conferência publicada nos Anais da Escola Paulista da Magistratura, enfatizou a necessidade de criação do Mestrado Profissionalizante para Juízes, comprometendo-se a editar normas para o Curso, com o objetivo de aperfeiçoamento e formação dos magistrados brasileiros.

O art. 93, inc. II, letra "c", da Constituição Federal, estabelece critério de presteza e segurança no exercício de jurisdição, como condição para promoção dos Juízes; significando que a atividade jurisdicional não pode ser lenta e deverá ser de qualidade (fundamentada).

O próprio texto constitucional, em razão desta preocupação, prevê a frequência em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, indicando, ainda, cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento como requisitos para o ingresso na carreira (art. 93, inc. IV).

A Lei Complementar n. 35, de 14/3/1979 (Lei Orgânica da Magistratura), no art. 78, § 1º, coloca como exigência para Ingresso na Carreira a habilitação em Curso Oficial de Preparação.

Portanto, esta preocupação permanente com a formação dos Juízes, por ocasião do Ingresso e, depois, no exercício da Jurisdição, com cursos de atualização e reciclagem, tem por finalidade precípua uma Justiça mais célere e de qualidade.

A Portaria n. 80 vai de encontro a esses objetivos.

II. Importância do Mestrado Profissionalizante

A Portaria 80/98 considera a necessidade da formação de profissionais pós-graduados aptos a elaborar novas técnicas e processos, com desempenho diferenciado de egressos dos cursos de mestrado que visem preferencialmente a um aprofundamento de conhecimentos ou técnicas de pesquisa científica, tecnológica ou artística.

Por outro lado, destaca o caráter de terminalidade, assumido pelo Mestrado que enfatiza o aprofundamento da formação científica ou profissional conquistada na graduação, aludido no Parecer n. 977, de 3/12/65, do Conselho Federal de Educação.

E, ainda, coloca como inarredável a manutenção de níveis de qualidade condizentes com os padrões da pós-graduação "*stricto sensu*" e consistentes com a feição peculiar do Mestrado dirigido à formação profissional.

III . Exigências do Mestrado Profissionalizante

A estrutura do Mestrado Profissionalizante acarreta condições e exigências.

A estrutura curricular deve ser clara e consistente, vinculada a sua especialidade, articulando o ensino com a aplicação profissional, de forma diferenciada e flexível, em termos coerentes com seus objetivos e compatível com um tempo de titulação mínimo de um ano.

O corpo docente é integrado predominantemente por doutores, com produção intelectual divulgada em veículos reconhecidos e de ampla circulação em sua área de conhecimento, podendo uma parcela desse quadro ser constituída de profissionais de qualificação e experiência inquestionáveis em campo pertinente ao da proposta do curso.

As condições de trabalho e carga horária docentes devem ser compatíveis com as necessidades do curso, admitido o regime de dedicação parcial.

Há exigência de apresentação de trabalho final que demonstra domínio do objeto de estudo, ou seja, dissertação, projeto, análise de casos, performance, produção artística, desenvolvimento de instrumentos, equipamentos, protótipos, entre outros, de acordo com a natureza da área e os fins do curso e a capacidade de expressar-se lucidamente sobre ele.

Respondendo a questões frequentes sobre o Mestrado Profissionalizante, o CAPES (Boletim Informativo da CAPES, n. 4, vol. 7, p. 54) estabelece:

Mestrado Profissionalizante é a designação que enfatiza estudos e técnicas diretamente voltadas ao desempenho de um alto nível de qualificação profissional. Esta ênfase é a única diferença em relação ao acadêmico. Confere, pois, idênticos graus e prerrogativas, inclusive para o exercício da docência, e, como todo programa de pós-graduação *stricto sensu*, tem a validade nacional do diploma condicionada ao reconhecimento prévio do curso. Responde a uma necessidade socialmente definida de capacitação profissional pelo mestrado acadêmico e não se contrapõe, sobre nenhum ponto de vista, à oferta e expansão desta modalidade de curso, nem se constitui em uma alternativa para a formação de mestres segundo padrões de exigência mais simples ou mais rigorosos do que aqueles tradicionalmente adotados pela pós-graduação" (Reunião de 15/9/1999, do Conselho Técnico Científico _ CTC).

IV. Mestrado Profissionalizante em Jurisdição

Pela primeira vez, em fevereiro de 1999, a Associação Paulista de Magistrados _ APAMAGIS, sob a Presidência do Desembargador Viana Santos, elaborou o projeto de Mestrado Profissionalizante em Jurisdição Civil e Jurisdição Penal, encaminhando-o à Escola Paulista de Magistrados.

A APAMAGIS divulgou o Curso em todo o Brasil mostrando a necessidade de uma melhor qualificação dos Juízes, com evidente motivação para o aperfeiçoamento e qualidade das decisões, conforme a exigência constitucional, agora, do art. 93, IX, que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados.

Destacam-se, nesta linha de pioneirismo, os Projetos da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte, por seu Diretor, Juiz de Direito Virgílio Fernandes; da Escola Superior da Magistratura do Estado de Rondônia, por seu Vice-Diretor, Juiz de Direito Marcos Alaor Diniz Grangeia e da Escola Superior da Magistratura do Trabalho, 15ª Região, Campinas, por seu Diretor, Juiz do Trabalho, Luís Carlos Martins Sotero da Silva.

Em fevereiro de 2000, a Associação dos Magistrados Brasileiros- AMB e a Escola da Magistratura _ ENM promoveram discussão e projetos idênticos para os Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Rondônia (Amazônia Ocidental, com os Estados de Roraima, Amazonas e Acre), para, em conjunto com a Academia Paulista de Magistrados _ APM, criar um banco de dados em âmbito nacional, das dissertações e dos trabalhos do Curso, para conhecimento de todos os Juízes, que terão acesso a todo o material produzido em Jurisdição Civil e Jurisdição Penal.

O Curso é aberto, ainda, aos Juízes do Mercosul, aos Juízes dos Países de Língua Portuguesa e aos Juízes da Comunidade Européia.

O projeto é formador de postura e para melhorar a qualidade do desempenho científico e profissional dos Magistrados, beneficiando a própria administração da Justiça e das relações públicas governamentais.

A edição permanente e constante de leis traz como consequência imediata a questão de atualização de quem julga, dando presteza e segurança nas decisões.

V. Harmonização _ Jurisprudência e Legislação

O objetivo é formar Juízes com visão ampla do direito, especialmente, entre os institutos do direito público e do direito privado, possibilitando uma harmonização de legislação e jurisprudência, no

sistema judiciário, melhorando a qualidade das entidades nacionais, públicas e privadas, organismos internacionais, por qualquer meio vinculados ou interessados na confirmação do sistema judicial, melhorando a atuação em todas as áreas: crime organizado, narcotráfico, lavagem de dinheiro, meio ambiente, consumidor, área tributária, área trabalhista etc.

O curso possibilita a escolha de área com a qual o candidato tenha maior motivação e afinidade, privilegiando, ainda, a formação de consciência histórica de ética, cidadania e democracia.

Esta harmonização conduz ao interesse pela relações sociais e econômicas, no contexto da jurisdição, com missão transdisciplinar e interdisciplinar, direcionando a produção científica, daí gerada, para o atendimento das demandas institucionais do sistema brasileiro de jurisdição.

VI. Jurisdição Civil e Jurisdição Penal e a Importância do Curso

A realidade atual da Magistratura está voltada para bem servir à população.

O povo merece um Judiciário melhor, mais célere e com qualidade de suas decisões, de tal maneira que todos possam entender o que foi decidido e cumprir ordeiramente as decisões.

O Juiz é o ser natural da Jurisdição, atividade estatal, por excelência, da ordem e da paz.

Jurisdição não é atividade de risco.

Muitos Juizes apresentam-se vocacionados para área cível e outros para a área penal, e a abertura do Curso é exatamente para possibilitar essa realização profissional de cada um, de acordo com sua inclinação no campo jurídico, o que trará maior entendimento entre os magistrados e a sociedade, atingindo-se uma cidadania comum e plena.

O interesse pela implantação do Curso é uma constante e é também uma expectativa legítima para uma melhor administração da Justiça.

O Curso apresenta linha didático-pedagógica ao mesmo tempo complexa e simples, com metodologia científica própria dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, o que permitirá uma coordenação e codificação das várias tendências jurisprudenciais seguidas pelos Colegas de vários Estados, dentro do conceito das leis nacionais do sistema federal brasileiro que as distingue das leis federais.

O Curso volta-se, assim, para a orientação centrada de jurisdição, na formação profissional avançada, no enfrentamento direto de situações e na concepção de estratégias, permitindo concepção e elaboração de procedimentos, cuja aplicação é a qualidade da prestação jurisdicional, com produção e presteza, pela reciclagem dos conhecimentos, garantindo interferência do conhecimento na atividade primordial dos Magistrados.

VII . Conclusão

Na década de 80, muitos foram os Magistrados que reivindicaram a criação de uma Escola de Magistrados.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (1979) previa a exigência dos Cursos, com a finalidade de aperfeiçoamento permanente.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como condição de ingresso e promoção os Cursos ministrados pelas Escolas.

A Portaria n. 80/98 criou o Curso de Mestrado Profissionalizante atendendo aos anseios por uma melhor prestação Jurisdicional.

O Mestrado Profissionalizante em Jurisdição Civil e Jurisdição Penal é um avanço na concretização de tão almejada presteza e segurança das decisões do Poder Judiciário.

O projeto é pioneiro e revela a disposição dos Juizes para o aperfeiçoamento permanente da atividade jurisdicional.

O Curso possibilitará de forma efetiva a atuação das Escolas Superiores da Magistratura, viabilizando o custo das atividades didático-pedagógicas e técnico-científicas, tornando viável o aperfeiçoamento permanente da atividade jurisdicional, dentro do princípio basilar: "Juízes ensinando juízes".

A EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Ribeiro Lagos

Juiz de Direito da Comarca de Porto Velho-RO

A EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Ribeiro Lagos

INTRODUÇÃO

Com a adoção em todo o mundo da Declaração Universal dos Direitos do homem, cujas normas influenciaram e foram transladas para as cartas constitucionais dos Estados, a partir de então os Direitos individuais vieram representar um grande avanço na concepção do direito e na conformação de um novo pensamento não só do papel do dirigismo estatal, mas também da lei em relação ao homem e sua esfera jurídica.

Como assevera Hauriou: "Não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado"¹

Por estar expresso nas diversas cartas constitucionais modernas em todo o mundo, como reflexo da preocupação de resguardar a esfera jurídica individual do ser humano, os direitos fundamentais ganham importância na visão do direito que prioriza cada vez mais o indivíduo, colocando-o no centro das relações jurídicas.

Por isso, no Estudo de Direito Constitucional o tema "direitos fundamentais" é matéria obrigatória, fruto dos mais variados debates acadêmicos e causado certo desencontro doutrinário quanto a sua caracterização e delimitação.

Na medida em que os Estados adotam tais normas em suas cartas constitucionais como seu referencial ideológico e reflexo daquela sociedade, a conotação e extensão sobre a concepção e aplicação dos direitos fundamentais, atreladas diretamente à visão implementada em cada Estado, tem-se tornado diferenciada.

Neste sentido, H. Mark Roelfs, citado por Gillman:

A constituição que aqui se refere não é simplesmente o documento. Só pode ser, como na concepção aristotélica, uma idéia ou conjunto de idéias que fundam um sistema político e uma sociedade em geral e que, pela sua simples presença, qualifica uma sociedade e o seu sistema político como uma entidade coesa.²

Não obstante, embora também consubstanciais nos ordenamentos constitucionais como referenciais ideológicos daquele Estado de Direito, por vezes não se tem alcançado uma pacificação jurídico-

doutrinária quanto à extensão desses direitos.

J.J. GOMES CANOTILHO, a propósito adverte:

As diversas expressões semânticas utilizadas para delimitar este núcleo problemático sugerem logo a grande diversidade de perspectivas: realização ou efetivação dos direitos fundamentais, actualização dos direitos fundamentais, conformação de direitos fundamentais, garantia de direitos fundamentais, direitos fundamentais a partir da concretização do legislador, proteção dos direitos fundamentais com base em posições jurídicas constituídas pelo legislador ordinário.³

A aproximação a esta problemática exige clarificação de idéias e de conceitos.

No Brasil, a Constituição de 1988 igualmente consagra o respeito e a garantia aos direitos fundamentais do homem, elencando direitos e disciplinando sua aplicação em campo vasto, reproduzindo expressamente textos consagrados no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴

O Estado social de direito, desenhado basicamente a partir da Constituição de 88, consagra os direitos fundamentais dando a eles elevada posição frente os direitos previstos no ordenamento jurídico, como imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, inalienabilidade.

Sem dúvida que a inserção visível dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro representa um considerável avanço no sentido de consolidação dos direitos individuais, coletivos e sociais, sendo reflexo de um "progresso moral" da nossa sociedade como ensina Norberto BOBBIO.⁵

Não obstante, ainda são contrastantes os debates sobre a extensão dos direitos fundamentais e sua interpretação tanto pelo legislador como pelo próprio Poder Judiciário, ora restringindo aqueles direitos a uma visão limitada, ora abruptamente ceifando os efeitos e a eficácia de normas já positivadas.

É o que adverte Celso Fernandes CAMPILONGO:

Claro, de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementa-los.⁶

Neste sentido a crítica de Celso Fernando CAMPILONGO:

Vamos perceber que entre nós, muitas vezes, a efetividade dos Direitos Fundamentais, o seu gozo efetivo ou a sua garantia jurisdicional acaba sendo corrompida por alguma forma de intromissão política na gestão das coisas de Direitos. Por alguma forma perversa de corrupção do código comunicacional do Direito-lícito/ilícito, legal/ilegal pelo código de comunicação da política maioria/minoria, governo/oposição ou seja, muitas vezes o que se percebe é um condicionamento político da atividade jurisdicional.⁷

Como destaca o pro fessor José Afonso da SILVA, a Constituição assume positivamente um comprometimento no que se refere aos direitos fundamentais, sob o influxo preciso dos direitos sociais, não são necessárias maiores considerações para compreender que aqueles devem ser interpretados de forma harmônica entre todas as suas categorias.⁸

Embora relevante, tal visão não tem sido implementada em relação aos direitos fundamentais, principalmente no sentido das seguidas intervenções e modificações que tem sofrido, mesmo com a presença na Constituição do art. 60, § 4º, que coloca os direitos e garantias individuais fundamentais como intocáveis no rol das chamadas cláusulas pétreas.

É o caso recente da Emenda Constitucional n. 28, que será utilizada como objeto e instrumento para análise do presente trabalho, em que houve flagrante desrespeito aquela indisponibilidade,

sustentada sobretudo por uma interpretação equivocada daquele "desavisado" legislador, que entendeu que os direitos sociais não são considerados também como garantias individuais.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objeto analisar, interpretar, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de debater qual a extensão dos direitos fundamentais e sua abrangência e limites e em que se fundamenta essa extensão.

CAPÍTULO 1

Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais encerram um conjunto de prerrogativas individuais e coletivas que garantem a convivência harmônica em sociedade, resguardando uma esfera intocável de direitos ao indivíduo como tal e em convivência na sociedade.⁹

Na lição do professor Jorge MIRANDA, os direitos fundamentais são:

(...) direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.¹⁰

Os direitos fundamentais encerram normas que garantem na esfera dos indivíduos como valores supremos do ser humano, cujos tais direitos não podem ser violados ou ultrajados nem mesmo pelo apetite ganancioso do Estado em abarcar, para si, direitos de seus cidadãos.¹¹

Como muito bem lecionou Quiroga LAVIÉ, quando afirmou a existência dos direitos fundamentais como forma de conter e minimizar a ação do Estado limitando esta ação aos ditames expressos na Constituição Federal, mesmo estando o indivíduo sob sua égide.

Os direitos fundamentais são inspirados em importantes transformações no mundo, sobretudo a partir do final da segunda grande guerra com a "Declaração Universal dos Direitos do Homem", uma resolução que inspirou as mais variadas nações em inserir tais enunciados em suas constituições transformando-as em normas imodificáveis.

Para Luño PÉREZ, os direitos fundamentais se consubstanciam em:

... um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.¹²

Os direitos fundamentais são direitos elementares das pessoas, abrangendo o indivíduo como ente particular em sua esfera mínima de direitos subjetivos; em seus direitos coletivos, ou seja, um grupo de pessoas ligadas por um vínculo jurídico e difuso um direito pertencente a um agrupamento social, os direitos sociais referentes à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, ou seja, à relação do indivíduo com a sociedade, e também aos direitos políticos à cidadania.

Nesta mesma organização estão dispostos na Constituição Federal, dando o corolário para a interpretação e sua aplicação.

1.1 A influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem na Consolidação dos direitos Fundamentais: uma consideração necessária

Embora seja certo que tanto a Revolução Francesa de 1789, a Carta de Virgínia fruto da Revolução Americana, bem como a Constituição de Weimar, tenham influenciado na mudança de visão em relação à aplicação de normas e ao homem, mudando o foco das relações jurídicas em torno do homem e não mais em torno do Estado, aquele conjunto de ideais só foi efetivamente positivado e implementado universalmente através da "Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão" uma resolução da ONU sem forma cogente, mas que foi reproduzida nos ordenamentos jurídicos dos Estados, consagrando tais princípios em normas.

Francisco RESEK, faz a seguinte advertência:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembléia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembléia. Por mais de uma vez, ante, gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não-convencional da Declaração.¹³

Vale destacar o ambiente em que surgiu a referida declaração, que foi no pós Segunda Guerra. Existia naquele tempo a consciência de que o Estado-nação como centro e preocupação das relações jurídicas havia levado à guerra, era preciso uma nova concepção do que foi dado sem dúvida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, colocando assim o homem e não o Estado como preocupação central das relações jurídicas.

A partir de sua edição em 1948, os Estados passaram a integrar tais dispositivos em seus ornamentos legais internos, dando àquelas normas até então não convencionais ou programáticas (*soft Law*) _ mas com uma vis diretiva, valor jurídico de norma coercitiva, sanção, servindo então como um ponto de partida para uma meta progressiva.¹⁴

A evolução de tais normas e a sua delimitação pelos Estados, em forma de Direitos Fundamentais, proporcionaram, em determinados momentos, que ocorresse confusão terminológica entre os textos, na verdade, representado o mesmo objetivo e a mesma vontade normativa.

Por isso, os chamados hoje direitos fundamentais guardam estreita relação com os chamados direitos humanos, pois são normas consagradoras daquele, e que lhe dão força jurídica.

Como bem seleciona Willis Santiago GERRA FILHO:

De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas _ especialmente aquelas de direito interno.¹⁵

Por outro lado, Ingo Wolfgang SARLET focaliza o tema sob o seguinte enfoque:

Em que pesem sejam ambos os termos "direitos humanos" e "direitos fundamentais" comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁶

Portanto, existe assim uma relação genética entre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as normas estabelecidas na Constituição Federal, que se apropriaram daqueles dispositivos programáticos proclamados no plano internacional, e integraram ao ordenamento brasileiro *ipsis literis* tanto em seu contexto material quanto em seu sentido ideológico.

Ora se as normas fundamentais contidas na Constituição foram inspiradas na Declaração Universal dos Direitos do homem, logo é de concluir-se que foi desejo do legislador reproduzir o pensamento da carta, dando aos direitos fundamentais interpretação ampla, envolvendo não só os direitos individuais, mas também os direitos coletivos, sociais contemplados naquela Declaração.

A interpretação é lógica e coerente: se os direitos fundamentais surgiram de um único documento,

com os mesmos objetivos, com a mesma força impositiva e também informativa, se estão vinculados ideologicamente à mesma razão normativa, por que, então, as cartas nacionais, que os incorporaram, querem dar para as mesmas normas reproduzidas valores e forças diferentes?

Só se pode encontrar razão para tal incongruência na má-fé de quem quer subtrair um direito positivamente consagrado.

Por isso, é equivocada a visão daqueles que querem restringir a interpretação dos Direitos fundamentais, limitando-os a direitos individuais, pois ele é expressão da vontade do legislador em consagrar de forma ampla no que tange à reprodução de textos na Constituição, garantindo aos indivíduos irrestritamente a possibilidade de proteção a seus direitos enquanto membros da sociedade.

1.2 Compreensão dos Direitos Fundamentais pela Constituição Brasileira

Como já destacado anteriormente, a Constituição Federal consagrou amplamente em seu bojo os direitos fundamentais.

O rol de direitos contemplados na seara dos direitos fundamentais previstos na Constituição são os mais variados e estão dispostos a partir do art. 5º, que cuida dos direitos individuais e coletivos, no art. 6º e nos arts. 193 e seguintes, como os direitos sociais e os direitos à nacionalidade e cidadania nos arts. 12, 14 a 17.

Vale destacar que os mecanismos estabelecidos na Constituição permitem que haja um controle da aplicação e restauração _ quando violadas -, das normas de direitos fundamentais.

Lúcio MESQUITA aponta as garantias estabelecidas na Constituição de 88, classificando:

a) no conjunto de instituições concebidas no sistema para realizar as condições socioeconômica e políticas aptas ao exercício daqueles direitos; b) no conjunto de instituições que ordenam o poder e definem o seu limite, a fim de que eles sejam resguardados de desbordamentos praticados pelos detentores dos cargos que compõe; c) no conjunto de procedimentos e institutos concebidos para que, em casos específicos, violações por abstenção ou por cometimento ocorridas contra aqueles direitos, tenham os seus titulares vias próprias, constitucionalmente estabelecidas, para a pronta restauração de seu respeito.¹⁷

O constituinte colocou as normas de direitos fundamentais dentro do núcleo imodificável da Constituição. Esta garantia também conhecida como cláusula pétrea, vem disciplinada pelo art. 60, § 4º, da Constituição, e é importante elemento para a manutenção daqueles direitos.

1.3 A Indivisibilidade dos Direitos Fundamentais

Não se pode conceber os direitos fundamentais de forma dissociada, diferenciando ou sopesando uma norma em relação a outras garantias fundamentais, pois são todas derivadas do mesmo tronco jurídico, nasceram no mesmo documento com iguais objetivos.

Da mesma forma, não se pode aplicar apenas um direito fundamental, ou valorar um em relação ao outro, tais direitos são indivisíveis, e qualquer interpretação que se faça em relação aos direitos fundamentais deve levar em conta tal premissa.

Como bem destaca Walter Claudius ROTHENBURG, em recente trabalho publicado:

A indivisibilidade dos diversos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias de direitos fundamentais _ assim os direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdade públicas como os direitos de prestação (especialmente os direitos sociais) _ e, nesse sentido complementar, evoca a interdependência e a inter-relação dos direitos fundamentais.¹⁸

Esta indivisibilidade está diretamente relacionada à natureza solidária e genética das normas fundamentais situadas em um mesmo tronco jurídico. A discriminação entre um direito e outro é um

equivoco, como bem sustentou Gustavo AMARAL:

É por demais conhecida a dicotomia clássica entre direitos individuais e direitos sociais, caracterizando-se os primeiros por serem direitos negativos, a reclamar abstenções do Estado, enquanto que os sociais seriam direitos positivos a reclamar prestações efetivas do Ente Público. Esta diferenciação clássica não pode ser aceita *tout court*, pois, como bem anota Jorge Miranda, não corresponde à verdade no mundo contemporâneo. Ninguém negará que o direito de sindicalização e o direito de greve são típicos direitos sociais. Todavia não há qualquer diferença estrutural seja na regra normativa, seja em sua aplicabilidade, entre o direito de sindicalização e o direito de livre associação, que é tipicamente individual.¹⁹

Definitivamente, os direitos fundamentais são um só, um conjunto de normas com o mesmo objeto e força normativa.

1.4 Os Direitos Fundamentais como Núcleo Imodificável da Constituição

Como delineado acima, os direitos fundamentais fazem parte do núcleo imodificável da Constituição, no entanto, a discussão que se tem travado é quanto à interpretação dos dispositivos que seriam imodificáveis, ou seja, quais os direitos fundamentais garantidos por aquela cláusula. A leitura desavisada do texto induz à indagação se o termo "direitos e garantias individuais" pode ser interpretado restritivamente ou de forma ampla? Seriam só os direitos de 1ª geração? Ou estariam incluídos nestes termos por serem derivados de uma mesma "lei-modelo", os direitos sociais ou de 2ª geração?

Como já delimitado anteriormente a doutrina costuma enumerar a existência de direitos de primeira, segunda e terceira gerações. A primeira dimensão corresponde aos direitos individuais e políticos do Estado Liberal novecentista. A segunda geração é composta pelos direitos sociais e econômicos; dentro desta categoria localizam-se tanto os direitos que exigem uma prestação dos Estados, v.g., saúde pública através da implantação de hospitais, quanto dos direitos não prestacionais, v.g., jornada de trabalho de oito horas diárias. Terceira geração, os direitos coletivos e difusos. A doutrina vem preferindo o termo dimensão ao invés de geração, porque estes direitos não se excluem, na realidade somam-se, e o termo geração pode dar a idéia errônea de exclusão de uma categoria frente o reconhecimento de uma "geração" de direitos mais recente.

Neste sentido Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO conclui que:

(...) é forte o argumento de que na tradição brasileira, direitos e garantias individuais é expressão que abrange somente as liberdades clássicas. Esses direitos não poderiam ser abolidos pela revisão. O mesmo não ocorreria com os direitos sociais.²⁰

E ainda:

Entretanto, não é despropositado afirmar ser a expressão direitos e garantias individuais equivalente a direitos e garantias fundamentais. Ora, esta última designa todo título e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da Constituição em vigor, incontestavelmente uma "constituição social". Ademais, *ubi eadem ratio eadem dispositio*. Se os direitos sociais, como as liberdades clássicas, são reconhecidos como direitos fundamentais, por que somente estes seriam intocáveis?²¹

De fato, a eliminação dos direitos sociais da cláusula pétrea seria uma incongruência. A propósito, Ingo Wolfgang SARLET reforça:

Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados _ mesmo não estando expressamente previstos no rol das "cláusulas pétreas" _ autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.²²

Por isso, nesta linha de raciocínio, quando se deparar com tal paradigma, deve-se, dentro de uma interpretação sistemática-teológica, entender que o termo "direitos e garantias individuais" deve ser reconhecido como direitos e garantias fundamentais e, nesta ótica, todos os direitos fundamentais constantes do Título II, da CF, portanto direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, relativos à sindicalização, de nacionalidade e políticos, estão insertos.

Ingo Wolfgang SARLET sentencia:

Constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das "cláusulas pétreas. (...)"²³

Sem dúvida que a interpretação restritiva leva a uma incorreção, destarte quando o constituinte se utilizou do infeliz termo direitos individuais, sem dúvida que nele estão inclusos também os direitos sociais por serem expressão do mesmo arcabouço jurídico, com o mesmo objeto e fins.

CAPÍTULO 2

2. O caso da Emenda Constitucional n. 28

Recentemente no direito brasileiro, ficou demonstrado um flagrante desrespeito aos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, fruto da interpretação restritiva do art. 60, § 4º, da Constituição, em descompasso com a interpretação aqui apresentada.

Em 26.05.03, com a publicação no DOU, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 28, que, em seu art. 1º, dá nova redação ao inc. XXIX do art. 7º da Constituição Federal, com a seguinte forma:

... ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A referida emenda revoga um direito fundamental expresso na Constituição, sob interpretação de que ele não estava abrangido pela proteção das chamadas cláusulas pétreas.

Ficou-se então diante de um embate doutrinário. Havia de um lado aqueles que entenderam que a expressão direitos e garantias individuais, do núcleo imodificável da Constituição, também conhecido como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição), albergam os direitos sociais.

Assim a abolição da imprescritibilidade durante o contrato de trabalho violou o núcleo constitucional, decorrendo a inconstitucionalidade da Emenda n. 28.²⁴ De outra ponta, aqueles que entendiam que os direitos sociais não estariam protegidos pelas cláusulas pétreas, porquanto estas só se referem aos direitos e garantias individuais _ o corolário é a constitucionalidade da emenda.²⁵

Com o implemento da emenda, houve uma supressão de direitos sociais fundamentais já garantidos em função da interpretação restritiva, prejudicando diretamente o trabalhador, justamente o principal ator destinatário das normas fundamentais.

Como já amplamente sustentado, tal entendimento não pode prosperar em função da incompatibilidade da ação (emenda) com a finalidade das normas fundamentais (proteção do trabalhador).

Como já epigrafado, o professor Ingo Wolfgang SARLET²⁶ demonstra outros aspectos que põem abaixo qualquer tentativa de restringir o conteúdo do inc. IV, § 4º, art. 60, a tão-somente os direitos e garantias individuais. Se a tese restritiva fosse razoável, haveria de ser feito um verdadeiro rastreamento já no Capítulo I, do Título II, dos direitos e garantias individuais e coletivos.

Ora, a Constituição Federal não faz nenhuma diferença entre os direitos de liberdade (de defesa) e os direitos sociais, pois todos aqueles direitos ali enumerados possuem titularidade individual, sejam eles de primeira ou segunda geração.

Fica claro, portanto, que o direito insculpido no art. 7º, inc. XXIX, "b" (antes da emenda), está abrangido pelas cláusulas pétreas na expressão "direitos e garantias individuais", bem como todos os direitos fundamentais.

Em que pese houve, no caso em tela, violação de limites constitucionais estabelecidos para que se configurasse a possibilidade de reformar tal dispositivo. As emendas não podem, devido a sua posição dentro do corpo normativo, ser controladas através de uma sistemática vertical, como ocorre com a normativa infraconstitucional. Assim, caso as reformas constitucionais desbordem dos limites formais e materiais impostos originalmente, "o ato legislativo poderá ser inconstitucional, não tanto pelo contraste direto com as prescrições da Lei Magna quanto também pelo desvio de poder ou do excesso de Poder Legislativo".²⁷

A competência do Poder Constituinte derivado está delimitada, em nosso direito positivo, no art. 60 e parágrafos da Constituição Federal. Esses dispositivos impõem limites formais, temporais, circunstâncias²⁸ e materiais.

2.1 Limites formais

Os limites formais dispostos no art. 60, I, II, III, §§ 2º e 5º da Constituição Federal, em linhas gerais, prevêm: os órgãos competentes para a iniciativa²⁹; a necessidade de aprovação em dois turnos, por maioria de 3/5 em ambas as casas; a imposição também à promulgação das emendas com o respectivo número de ordem; a matéria objeto de reforma se não for aprovada, não pode ser passível de votação na mesma sessão legislativa.

Estes limites ao poder reformador caracterizam nosso sistema como um modelo relativamente severo, segundo o professor Ingo Wolfgang SARLET, denunciando o caráter rígido de nossa Constituição, que a distingue das constituições flexíveis.³⁰

Para exemplificar o alcance dos limites formais, valem citar as insurgências que ocorreram frente a mudança constitucional do regime jurídico previdenciário da magistratura e dos funcionários públicos.

No segundo turno de votação no Senado, propôs-se destaque suprimindo a expressão "no que couber", isto é, alterou-se o texto aprovado em primeiro turno. Com o famigerado destaque, modificou-se sensivelmente o texto aprovado em primeiro turno. Eis outra flagrante inconstitucionalidade.³¹

Como pode ser observado, um mero destaque muda totalmente a norma que pode ser extraída do texto legal, levando à conclusão, nada açodada, de que o processo da emenda se tornou inconstitucional, pois foi aprovado mesmo com uma retumbante mudança no texto; afinal, este deve ser aprovado pelas duas casas sem modificações.³²

2.2 Limites temporais

Os limites temporais são os prazos de proibição, cujo cumprimento é indispensável para realizar-se a reforma, mas pouco comum de ser caracterizado, só tendo ocorrido na história do constitucionalismo brasileiro em sede da Constituição do Império, visto que só, após quatro anos de sua vigência, poderia ser reformada.³³

2.3 Limites circunstanciais

São limitações circunstanciais as condicionantes que devem ser observadas para que haja a possibilidade de exercício do poder reformador.

Tais condicionantes estão ligadas à idéia de proibição da reforma em momento de conturbação e instabilidade institucional, como, por exemplo: "Nas hipóteses de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, inexistente aquele equilíbrio indispensável à realização de mudanças no Documento Supremo."³⁴

Quanto às limitações circunstanciais, positivadas no art. 60, § 1º, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO posiciona-se de maneira desfavorável quanto à inclusão da intervenção federal dentro dos limites circunstanciais:

A adoção de emenda constitucional não pode ser feita em determinadas circunstâncias (art. 60, § 1º). Constituem estas as chamadas limitações circunstanciais ao poder de emenda. A primeira delas é a vigência de intervenção federal. Trata-se de inovação da Constituição de 1988. Não há justificativa para isto. A intervenção federal não abala a ordem nacional, apenas a do Estado considerado. Se perturba gravemente àquela, virá certamente o estado de sítio, e, este sim, justifica a proibição. (op. Cit.P.)

2.4 Limites materiais

Além dos limites formais, circunstanciais e temporais, a Constituição disciplinou a aplicação de limites materiais, no art. 60, § 4º; também conhecidos como núcleo imodificável ou cláusulas pétreas, e que *in casu* é objeto do presente estudo.

O § 4º prescreve:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I _ a forma federativa de Estado;

II _ o voto direto, secreto, universal e periódico;

III _ a separação dos Poderes;

IV _ os direitos e garantias individuais.

Esta limitação material leva o que o mestre Carl SCHMITT denominou de Constituição (ou Constituição material) diferenciado das leis constitucionais (Constituição em seu sentido apenas formal). A Constituição material, através de seus princípios, conformaria a unidade política e jurídica de um povo, não podendo assim ser modificada essencialmente, sob pena de perda daquela unidade.³⁵

Neste esteio, no aspecto referente aos direitos e garantias individuais, a problemática que se coloca em relação aos limites materiais é que estes acabariam por engessar o poder reformador, dado não ser possível prever as necessidades ulteriores do povo, embora sejam os direitos fundamentais um produto do tempo e da história, segundo lecionou BOBBIO.³⁶

De qualquer forma os direitos fundamentais estão no núcleo da limitação material de reforma, o que torna inafastável a configuração das cláusulas pétreas sobre eles.

Sem dúvida a questão mais controvertida, que se apresenta é quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais pelos operadores do direito, e o respeito à natureza destas normas.

Neste sentido Celso Fernandes CAMPILONGO tece os seguintes comentários:

Ora, o sistema jurídico, e particularmente os tribunais, também olham para a Constituição, ou pelo menos deveriam ser capazes de olhar para a Constituição, com os olhos do sistema jurídico, como quem tem a obrigação de efetivar os direitos garantidos constitucionalmente. Se, eventualmente, os tribunais deixam de lado a lógica do Direito, a potencialidade que possui o Direito e passam a interpretar, a condicionar, a alargar ou restringir a Constituição a partir de critérios de natureza política e não jurídica balizados pelo critério maioria/minoria, governo/oposição, os riscos de que os Direitos fundamentais se pervertam e se corrompam são extremamente elevados.

Prossegue CAMPILONGO: "... talvez, entre nós, esteja ocorrendo um perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos."³⁷

A crítica acima denota bem os argumentos desenvolvidos no presente trabalho, no sentido de que a interpretação perniciosa dos direitos fundamentais tem propiciado flagrante desrespeito aos

princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal.

CAPÍTULO 3

A Extensão dos Direitos Fundamentais

A interpretação sobre a extensão dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, na interpretação teleológica apresentada neste trabalho, deve ser a mais ampla possível.

Passa por uma visão integrada dos direitos fundamentais, no sentido qualitativo e também valorativo de normas que os compõem.

Por outro lado, não se quer, aqui, afirmar que os direitos fundamentais não são limitáveis, pois possuem a exata medida de sua extensão justamente nos textos constitucionais que os legitimam.

Como bem acentua Gilmar Ferreira Mendes:

Da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou limites dos limites (*Scharanken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.³⁸

O que se critica abertamente é que o legislador constituinte não pode valer-se dos limites para suprimir ou derogar valores e direitos expressos na Constituição derivados das Cartas Internacionais inspiradoras daquele direito.

Então, quando se fala em extensão neste trabalho, quer se denotar a amplitude de interpretação relativa à aplicação e à manutenção dos Direitos fundamentais.

Neste sentido, o prof. Friedrich Muller remete-nos ao seguinte pensamento:

Os direitos fundamentais não são o "resto" de tudo o que o indivíduo não pode fazer, eles não se definem pela subtração de todas as proibições estatais, eles não são um "direito negativo de polícia". Pelo contrário: eles são a base normativa do desenvolvimento [*entfaltung*] social e político de cidadãos livres, de homens livres de acordo com a sua formulação como direitos do cidadão ou direitos humanos, no caso individual. Eles são, em outras palavras, garantias materiais, determinadas positivamente através do seu conteúdo.³⁹

Os direitos fundamentais e sua consagração pelas cartas constitucionais representaram um grande avanço para interpretação do direito, colocando a pessoa "enquanto autor e sujeito do mundo", o que implica em dizer o homem como o principal titular de direitos, colocando-se no centro das relações e preocupações dos ordenamentos jurídicos.

Boaventura de Sousa SANTOS ensina que:

A concepção humanística das ciências sociais enquanto agente catalisador da progressiva fusão das ciências naturais e ciências sociais coloca a pessoa, enquanto autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento, mas, ao contrário das humanidades tradicionais, coloca o que hoje designamos por natureza no centro da pessoa. Não há natureza humana porque toda natureza é humana. É, pois, globais conceitos quentes que derretam as fronteiras em que a ciência moderna dividiu e encerrou a realidade. A ciência pós-moderna é uma ciência assumidamente analógica que conhece o que conhece pior através do que conhece melhor.⁴⁰

Os direitos fundamentais compõem a base ideológico-normativa do Estado Brasileiro através da Constituição, inspirando a mais ampla liberdade consagrando o homem como maior bem jurídico a ser protegido na sociedade. A amplitude dos direitos fundamentais é a medida do homem pelo homem; do direito como instrumento social; do direito do homem como intocável porque é do

homem.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, sistematicamente no esteio das idéias aqui apresentadas, pode-se concluir que:

- a) os direitos fundamentais são expressão da mais ampla proteção dos direitos do homem;
- b) desenvolvidos a partir da Declaração Universal dos Direitos do homem, foram incorporados pelas Cartas Constitucionais de todo o mundo como normas fundamentais e indivisíveis;
- c) sendo derivadas do mesmo entroncamento jurídico, as normas de direitos fundamentais não podem ser interpretadas separadamente;
- d) é inconstitucional e imoral a Emenda Constitucional n. 28;
- e) a interpretação da cláusula pétrea, colocada como direitos individuais, deve levar em conta também os direitos sociais;
- f) os direitos fundamentais devem ser objeto da mais ampla interpretação quanto a sua extensão e aplicabilidade.

Em suma o tema aqui debatido reflete preocupação já anteriormente externada por BOBBIO em relação aos direitos fundamentais: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los"⁴¹

Sem dúvida missão árdua que deve ser confiada aos operadores, aplicadores e estudiosos do direito, no contexto amplificado de interpretação dos direitos fundamentais, a quem compete mais do que nunca a obrigação, de defender as normas que justificam a existência do homem e do próprio direito.⁴²

Bibliografia

- ALCURE NETO, Nacif e Gunther, Luís Eduardo. A Emenda Constitucional n. 28 e a Prescrição do Trabalhador Rural. *In* RDT. Brasília: Editora Consulex, vol. 7, ano 1, janeiro de 2001, p. 29.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito Entre Poderes. *In* Teoria Dos Direitos Fundamentais [Celso de Albuquerque Mello [et. all.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. A Era Dos Direitos; Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. Revista Debates _ Fundação Korad Adenauer, n. 20, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4^a. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____.; Moreira, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 283.
- _____. Significado e Alcance das Cláusulas Ferreira, Pinto. Comentários À Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, vol. III, 1992.
- GILLMAN, Howard. *The Constitution Besieged, The Rise And Demse Of Lochner Era*, Dule University Press, 1939.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo E Princípio Da Proporcionalidade, Dos Direitos Humanos Aos Direitos Fundamentais / Ana Cláudia Távora Pereira ... (et al.); coord. Willis Santiago Guerra Filho. Porto Velho: Livraria do Advogado, 1997.
- HARIOU, Maurice. *Derecho Público Y Constitucional*, trad. De Carlos Ruiz del Castillo, 2^a ed.

Madrid: Reus, s.d.

LAVIÉ, Quiroga. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

MALLET, Estevão. A Prescrição da Relação de Emprego Rural Após A Emenda Constitucional n. 28, *In Revista LTr*, vol. 64, n. 8, agosto de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38.

41- Norberto BOBBIO. Op. Cit. P. 24.

42- Mauro CAPPELETTI. La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà. O, Giuffrè, 1986, p. 52.

1 - Maurice HARIOU, Derecho público y constitucional, trad. De Carlos Ruiz Del Castillo, 2ª ed., Madrid. Reus, s. d., p. 120.

2 - Howard GILLMAN. The Constituion Besieged, The Rise And Demise Of Lochner Era, Dule University Press, 1939.

3 - José Joaquim Gomes CANOTILHO. Direito Constitucional. 4ª. Ed., Coimbra, Almedina, 1989.

4 - Ler comparativamente: art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 5º da Constituição Federal; art. XVII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 5º inc. XXII da Constituição Federal; art. XX da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Inc. XVI do art. 5º da Constituição Federal; art. V da Declaração Universal dos Direitos do Homem e inc. III do art. 5º da Constituição Federal; etc.

5 - Norberto BOBBIO. A Era dos Direitos; Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 64.

6 - Celso Fernandes CAMPILONGO. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. Revista Debates, Fundação Korad Adenauer, n. 20, 1999, pp. 231-241.

7 - Celso Fernandes CAMPILONGO. Op. Cit. P. 107.

8 - José Afonso da SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 182.

9 - REALE destaca que o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem. (Miguel REALE. Nova fase do Direito Moderno, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998. p. 77).

10- Jorge MIRANDA. Manual de Direitos Constitucional, tomo IV, 3ª ed., Ver. E act. Coimbra: Coimbra editora 2000, p. 10.

11- Quiroga LAVIÉ. Derecho Constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123.

12- Luño PÉREZ; Antonio HENRIQUE ET. ALL. Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 43.

13- Francisco RESEK. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 8ª ed., Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 211.

14- Norberto BOBBIO. Op. Cit., P. 33.

15- Willis Santiago GUERRA FILHO. Direito Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 12.

16- Ingo Wolfgang SARLET. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 2º ed., Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

17- Lúcia MESQUITA. O Constitucionalismo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais. In. Revista Trimestral de Direito Público, v. 16. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137.

18- Walter Claudius ROTHENBURG. Direitos Fundamentais e suas Características. Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 149.

19- Gustavo AMARAL. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito Entre Poderes. In Teoria dos Direitos Fundamentais [Celso de Albuquerque Mello... [et. AL.] Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 107.

20- Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Do Processo Legislativo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286

21- Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, op. Cit, p. 286.

22- Ingo Wolfgang SARLET, op. Cit. P. 362.

23- Ibidem, p. 363.

24- Posição defendida por Nacif ALCURE NETO e Luís Eduardo FUNTHER. A Emenda Constitucional n. 28 e a Prescrição do Trabalhador Rural. In RDT, Editora Consulex, Brasília, vol. 7, ano I, janeiro de 2001, p. 29.

25- Posição defendida por Estevão MALLET. A Prescrição na Relação de Emprego Rural Após a Emenda Constitucional n.º 28. In Revista LTr., vol, 64, n.º 8, agosto de 2000, p. 1000.

26- Nestes comentários tomamos por base a obra do autor, páginas 360 *usque* 362.

27- Uadi Lammêgo BULOS. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

28- Far-se-á uma sucinta análise desses limites, porque a problemática aqui levantada está diretamente vinculada aos limites materiais, que merecerão maior profundidade.

29- Em relação aos órgãos competentes para iniciar o processo interessante é a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, onde o autor salienta que na Constituição de 1946, inclusive, não se admitia a iniciativa do Presidente da República. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Do Processo Legislativo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 283.

30- Ingo Wolfgang SARLET. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 347, nota de rodapé 382.

31- Vander Zambelo VALE. Inconstitucionalidades da Proposta de Emenda Constitucional que Altera o Regime Previdenciário da Magistratura. Jornal Síntese n. 10, DEZ/97, p. 4.

32- Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, op. cit., p. 282.

33- José Afonso da SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 60.

34- Uadi Lammêgo BULOS. Op. cit., p. 34.

35- Cf. Pinto FERREIRA. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, vol, III, 1992, p. 209. A expressão "jurídica" nossa, porquanto entendemos que atualmente tal dimensão também faz parte da Constituição material, sendo certo que à época de Carl Schmitt esta dimensão não era tão acentuada.

36- Norberto BOBBIO, Op. Cit. P. 3.

37- Celso Fernandes CAMPILONGO. Op. Cit. P. 108-109.

38- Gilmar Ferreira MENDES. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 2ª ed. Ver. E ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38.

39- Fridrich MULLER. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Ordem dos Advogados do Brasil, Conferência Nacional. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 536.

40- Boaventura de Souza SANTOS. Um Discurso Sobre as Ciências. 11ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 44.

NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO: O DESAFIO DA DEMOCRACIA

Sansão Saldanha

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Mestre em Direito Constitucional pela UFMG*

NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO: O DESAFIO DA DEMOCRACIA

Sansão Saldanha

A história das idéias sobre a democracia moderna é uma história de promessas não cumpridas, de ideais suspensos, de expectativas insatisfeitas, de princípios frustrados, de contratos sociais estipulados e não respeitados. Por outro lado, e apesar das desilusões, não se pode, de fato, negar que hoje existe democracia.

(DE GIORGI, Raffaele Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 49).

1. Introdução

No presente trabalho, pretende-se abordar a nova ordem mundial sob os aspectos do neoliberalismo e da globalização, perante a democracia do sistema político-jurídico brasileiro.

A globalização será abordada como um fenômeno inevitável e não como algo que esteja no domínio do indivíduo humano. Portanto, será tida como o resultado de uma evolução histórica dos fatos da humanidade.

A democracia, por sua vez, será ressaltada como instrumento indispensável de defesa, que deve ser posto à disposição do povo envolvido na mudança da ordem mundial. Considera-se a faceta enorme de desigualdade que o acontecimento tende a produzir, em razão da sua natureza de estamento mundial, por isso de caráter parcial.

Diante desta perspectiva, em vez de demonizar a globalização, a abordagem seguirá o caminho que leva a examinar os instrumentos institucionais que o povo possa utilizar como abrigo e, assim, atravessar a borrasca sem padecer tanto e, ao fim dela, se não tiver lucrado nada, pelo menos que resgate as bases históricas, sociais e políticas das instituições sob as quais vive.

Sabendo que não é um acontecimento isolado, o discurso terá como pano de fundo o Brasil e suas instituições democráticas.

O trabalho será dividido em quatro partes: os fenômenos: neoliberalismo e globalização; o direito em transformação; a democracia, como o instrumento político de proteção; e o Brasil frente a nova ordem mundial.

Na primeira parte, tratar-se-á da origem e do conceito do neoliberalismo, como célula da globalização, suas bases, suas metas e sucessos já alcançados; bem como das conseqüências benéficas e danosas que têm acarretado.

Ao abordar o direito na ordem globalizada, será ressaltada a perspectiva que se tem hoje do direito, seus sistemas, suas fontes e legitimidades.

Cuidando da democracia, a meta é esclarecer que objeto social é esse, seus atributos, sua força e extensão; e se de fato existe e está disponível ao povo brasileiro em vias de/ou já dentro da globalização.

A última parte vai tratar do fenômeno frente o povo brasileiro, no sentido de se perguntar quanto à consistência das instituições democráticas para sustentar a transição para a nova ordem globalizada, oferecendo garantias políticas e jurídicas capazes de minimizar os efeitos daninhos e maximizar os positivos. A pesquisa envolverá especialmente o ambiente constitucional, onde devem estar garantidos os princípios democráticos do Estado constitucional.

Este trabalho não se destina a aprofundar conceitos a respeito das categorias sociais, políticas e jurídicas que fazem parte obrigatória da abordagem. A pretensão é trazer o problema como fatalidade e anunciar a necessidade da procura de alternativa de feição prática e defensiva.

2. O FENÔMENO: NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO

2.1 Neoliberalismo

É no segundo pós-guerra que se situa a origem do neoliberalismo, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo.

Com o fim da segunda grande guerra e estabelecidas as bases para a busca da igualdade, muito massacrada durante o liberalismo, surgiu o Estado Social, intervencionista e de bem-estar.

Contra esse novo Estado aparece uma reação teórica e política veemente. Seu mentor foi Friedrich Von Hayek, com o seu livro "O Caminho da Servidão", escrito em 1944. O texto era uma defesa dos mecanismos do mercado, os quais o autor assegurava que estavam limitados pela intervenção do Estado, então acusado de adotar medidas impeditivas da liberdade econômica e política.

O alvo imediato de Hayek, naquele momento da divulgação de seu texto, era o Partido Trabalhista Inglês, às vésperas da eleição geral de 1945, cujo sucesso era tido como certo. A mensagem de Hayek era drástica, afirmando que, apesar das boas intenções, a social democracia moderada inglesa conduzia ao mesmo desastre que o nazismo alemão _ uma servidão moderna¹.

Não contente com a performance do discurso ideológico, Hayek resolve partir para a prática, agindo politicamente. Em 1947, estando as bases do Estado de bem-estar rigidamente assentadas na Inglaterra e em outros países, Hayek convocou os seus seguidores para uma reunião na estação Suíça de Mont Pèlerin. No encontro estavam, além dos que compartilhavam da orientação ideológica de Hayek, também os inimigos do *New Deal* norte-americano.

A partir de então, a cada dois anos o grupo passou a reunir-se. O propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro.

O ambiente na Europa era adverso às idéias de Hayek, porque o capitalismo estava rendendo bons frutos, apresentando o crescimento mais rápido da história, durante as décadas de 50 e 60, de modo que a regulação do mercado pelo Estado não incomodava a ninguém, a não ser os recém-chegados à vanguarda da fundação do neoliberalismo, que olhavam para muito mais além.

Hayek não se acomodava e continuava tentando persuadir a respeito dos danos da regulação do mercado pelo Estado, fazendo com que o debate tivesse alguma repercussão, fora do círculo fechado da Sociedade de Mont Pèlerin. Alegavam que o novo igualitarismo, promovido pelo Estado de bem-estar, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos.

Ponto fundamental da ideologia de Hayek _ depois apelidada de neoliberalismo _ era o argumento de que a desigualdade era valor positivo, pois disto precisavam as sociedades ocidentais. Este discurso durou vinte anos.

A teoria da imprescindível desigualdade entre os indivíduos, tecla principal do neoliberalismo, por fim se mostrou vitoriosa com a chegada da crise do modelo econômico do pós-guerra, quando, em 1973, no mundo inteiro o grande capital caiu em profunda recessão, combinando pela primeira vez baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação.

Sem perda de tempo a sociedade de Hayek apressou-se a afirmar que as raízes da crise estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, no movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação de capital com suas pressões reivindicativas sobre salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais².

Para eles foram estes dois processos coletivos que corroeram e destruíram os necessários níveis de lucro que sustentavam o capital e provocaram os acontecimentos inflacionários.

Crescendo diante da crise, o neoliberalismo reestruturou o seu discurso e fê-lo ser ouvido mais alto

e mais longe. Politicamente se garantiu oferecendo a solução para a crise, evidentemente, com o remédio teórico de que era de todo necessário um Estado forte, mas haveria de romper com o poder dos sindicatos e controlar o minguado dinheiro público com gastos sociais e intervenções econômicas.

E os neoliberais começaram a fincar os pontos do ideário: era necessária a estabilidade monetária do governo; eram imprescindíveis reformas fiscais.

A estabilidade monetária somente se faria com uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com o bem-estar e com a restauração da taxa "natural" de desemprego.

Não é nem preciso muito esforço, para se perceber que as medidas eram próprias para enfraquecer o sindicalismo.

As reformas fiscais, por outro lado, visavam incentivar os agentes econômicos, pois significavam redução de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas.

Tais sugestões viriam trazer a desigualdade contra a qual hoje lutam as corporações de trabalhadores. Mas, para os neoliberais e as suas idéias, isso era saudável demais, pois a desigualdade iria voltar a dinamizar as economias avançadas e se desencilhar da intervenção anticíclica e da redistribuição social. Seriam liberados a acumulação de capital e o mercado, ambos contribuiriam para o crescimento. Bastavam a estabilidade monetária e os incentivos essenciais serem restituídos.

O domínio neoliberal, entretanto, somente se concretizou no final da década de 70, quando ascendeu ao governo da Inglaterra, em 1979, Margareth Thatcher _ primeiro país de capitalismo avançado a publicamente assumir a teoria neoliberal. Em seguida vieram outros, nutrindo os ideais neoliberais, numa onda agradável, sem dúvida, para a Sociedade de Mont Pèlerin: em 1980, Reagan chegou à presidência dos Estados Unidos; em 1982, Kohl, ao governo da Alemanha; em 1983, a Dinamarca, modelo de Estado de bem-estar, passou para o governo de Schuler, da direita neoliberal.

Seguiram-se outros fatores que contribuíram fortemente para crescer a onda de direitistas neoliberais na Europa e na América do Norte: a guerra fria, a luta contra o comunismo _ este, para Hayek, a servidão humana mais completa existente sobre a terra.

Logo assumidos os governos, começaram as práticas segundo o manual neoliberal. Tais práticas ainda hoje se alastram pela América Latina. Os nossos governos adotam essas medidas sem considerar a experiência rota do passado e sem mirar o futuro.

As medidas neoliberais, primeiro, vieram com o modelo inglês: diminuição da emissão monetária, elevação das taxas de juros, baixa drástica dos impostos _ sobre rendimentos altos, claros _ abolição dos controles sobre os fluxos financeiros, criação de níveis de desemprego massivos, repressão das greves, imposição de nova legislação anti-sindical e cortes de gastos sociais. Por fim, as privatizações, primeiro das habitações públicas e indústrias de aço, da eletricidade, do petróleo, do gás, da água.

Era o pioneirismo da ideologia neoliberal na sua forma mais pura.

Na América do Norte, os Estados Unidos adotaram duas vertentes: uma externa e outra interna, talvez mesmo por falta da existência de um Estado de bem-estar. No âmbito externo, o neoliberalismo norte-americano se fez mediante a competição militar, basicamente contra e para a quebra da União Soviética, como estratégia para a derrubada do regime comunista. Ponto central da guerra fria foi a intervenção da Rússia no Afeganistão e o incremento norte-americano de nova geração de foguetes nucleares na Europa ocidental.

O neoliberalismo tinha também no seu ideário um intransigente anticomunismo, a mais forte de todas as correntes anticapitalistas do pós-guerra. A estratégia norte-americana deu certo, pois logo no fim da década de 80 aconteceu a derrocada do regime comunista e o fim da guerra fria.

Os gastos militares levaram os Estados Unidos a um déficit público enorme, porém bem podiam

adotar essa política, em razão mesmo da proeminência daquele país na economia mundial. Se fosse outro país, o neoliberalismo teria tido um mau exemplo a legar para o futuro.

Internamente, a política neoliberalista de Reagan foi de reduzir os impostos a favor dos ricos, elevar as taxas de juros e sufocar a única greve séria que ocorreu durante o seu governo.

No norte da Europa, o neoliberalismo foi adotado cautelosamente, especialmente pelo direito de concepção católica: as medidas ficaram em torno da disciplina monetária e reformas fiscais, sem cortes brutais de gastos sociais ou enfrentamento aos sindicatos.

Porém, o neoliberalismo, vez por outra, enveredava por vias de novas experiências. No sul da Europa, alguns governos _ França e Grécia, por exemplo _ adotaram política de deflação e redistribuição, de pleno emprego e proteção social. Mas, também, toda essa parte da Europa tinha seus governantes oriundos da esquerda _ os euro-socialistas _ baseando-se em movimentos operários ou populares. A experiência durou pouco, porque estes países em breve se viram às voltas com a força dos mercados financeiros internacionais e tiveram que mudar de política. A França logo passou à política neoliberal ortodoxa: estabilidade monetária, contenção do orçamento, concessão fiscal aos detentores de capital e abandono do pleno emprego.

O que se constata em seguida, no fim da década de 80, é a hegemonia do neoliberalismo como ideologia. A Espanha, com nível de 20% da população ativa desempregada; fora da Europa, a Austrália, Nova Zelândia _ exemplo mais drástico _ os governos respectivos, não só os de direita, mas os das esquerdas trabalhistas, começaram um verdadeiro desmonte do Estado de bem-estar.

O mais curioso, que mostra o triunfo pleno do neoliberalismo, é que até mesmo os governos das social-democracias _ estas no começo suas inimigas número um _ passaram a aplicar sem hesitação as políticas neoliberais.

No final da década, somente a Suécia e Áustria, na Europa, ainda resistiam com alguma galhardia ao neoliberalismo; fora do continente, o Japão continuava isento da tentação neoliberal.

Na América Latina, apesar de ter sido o primeiro laboratório da experiência neoliberal, constituiu o terceiro grande cenário dessa experiência político-ideológica.

No Chile, sob a ditadura militar de Pinochet, na década de 70, foi que ocorreu a primeira experiência do neoliberalismo da história contemporânea, conforme informa Perry Anderson³. O que primeiro fez o Chile, dez anos antes de Thatcher na Inglaterra, resultou em desregulamentação, desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos, privatização de propriedades públicas.

A inspiração de Pinochet era da fonte norte-americana, influenciada, portanto, por Friedman, em vez do austríaco Hayek.

Aquela afirmação de que os latinos não estão prontos para a democracia foi bem demonstrada no Chile com o seu neoliberalismo germinal. É que o neoliberalismo chileno pressupunha a abolição da democracia e a instalação de uma das mais cruéis ditaduras militares do pós-guerra.

A consequência do uso da força ditatorial para impor o neoliberalismo foi a morte, a tortura em grande escala dos adversários do governo, cujo último lance foi a tentativa da justiça espanhola julgar Pinochet.

Mas abolir a democracia, encaixa-se perfeitamente na ideologia de Hayek, para quem este regime jamais havia sido um valor central do neoliberalismo. A liberdade e a democracia _ explicava _ podiam facilmente tornar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse⁴.

Como se verá, a democracia não foi obstáculo para a evolução e hegemonia do neoliberalismo na América Latina. Governos sabidamente de cunho social imprimiram em seus territórios o

abecedário neoliberal, muitas vezes com mais rigor do que o havia concebido a Sociedade de Mont Pèlerin.

No modelo da primeira experiência mundial do neoliberalismo ocorrida no Chile ditatorial, inspiraram-se posteriormente os países ricos do Ocidente, começando pelo governo de Margaret Thatcher. Todavia, a experiência seguinte, que também serviu de modelo, dessa vez para a Europa Oriental _ por exemplo, Polônia e Rússia _ teve como local a Bolívia, que não era nenhuma ditadura, pois vinha do partido populista que fizera a revolução social de 1952.

Na Bolívia, sob o governo Victor Paz Stenssoro, a meta era acabar com a hiperinflação, porém terminou por desarticular totalmente o movimento operário tão poderoso. Na realidade Stenssoro aplicou um plano destinado a Banzer, de modo que parece não ter tido a devida cautela, já que não adotou medidas políticas para manter ileso o lado social do país, representado pelo grupo operário.

Esta desatenção é de muito perigo para a população e consistência das instituições democráticas, que pagam uma conta social muito alta. Hoje no Brasil, com a implementação da ideologia neoliberal, têm sido dramáticas as consequências. O governo somente tem iniciativa para ajustar o Estado aos princípios teóricos do neoliberalismo.

Como se vê, apesar da democracia reinante na Bolívia, o neoliberalismo se fez presente, só que na variante "neoliberal progressista". Essa linha serviu também para o sul da Europa, pois fora adotada pelo chamado "euro-socialismo".

Em seguida a esses dois casos isolados na experiência neoliberal, não somente na América Latina, mas mundialmente falando, isso até final dos anos 80, o continente latino começou a mudar a sua política de governo rumo à nova expectativa anunciada pelo neoliberalismo. Vieram o México, com Salinas, em 1988; Argentina, com Menem, em 1989; no mesmo ano, a Venezuela, com Carlos Andrés Peres; e, por fim, o Peru, com Fujimori, em 1990.

Estes governos aplicaram o modelo neoliberal num engodo ao povo, pois, após eleitos, adotavam as posições antipopulistas próprias deste modelo econômico, mostrando que o lado latino da América ainda não está habilitado para as práticas democráticas.

Pelo que se sabe hoje, os resultados positivos do novo modelo foram de êxito passageiro e enganoso, tal como as próprias políticas de seus governos mentores. Na Venezuela, como não foi possível o autoritarismo político _ instrumento indispensável para impor as medidas neoliberais _ a teoria foi um fracasso total.

Passada a curta onda de satisfação com o neoliberalismo, que levaram o México, a Argentina e o Peru, mediante força bruta, como de hábito, a fazer estrondosa política de deflação, de desregulamentação, de desemprego, de privatização, estes países se viram envolvidos numa malha enorme de corrupção, de autogolpes e reformas da Constituição. No México, os Salinas se envolveram com o crime organizado, no Peru, o povo revoltado expulsou Fujimori do país, e Menem deixou uma Argentina ingovernável, além de ele também se envolver com o crime organizado de tráfico de armas e com a corrupção.

No Brasil, tivemos também a implantação do neoliberalismo, com o Presidente Fernando Henrique Cardoso que é o seu maior representante.

Conta Perry Anderson que, acompanhando o Banco Mundial no Rio de Janeiro, em 1987, como consultor de uma equipe, um neoliberal da equipe, sumamente inteligente, economista destacado, grande admirador da experiência chilena sob o regime de Pinochet, confidenciou-lhe que o problema crítico do Brasil durante a presidência Sarney não era uma taxa de inflação demasiado alta _ como todos pensavam _ mas uma taxa de inflação demasiado baixa. Com essa conclusão, esperava o inteligente economista que os diques se rompessem, pois o Banco Mundial precisava de uma hiperinflação no Brasil, para condicionar o povo a aceitar a medicina deflacionária drástica que faltava ao país⁵.

São estes os métodos neoliberais que até hoje são usados pelo mundo afora, os quais destroçam os Estados indefesos e maltratam o povo creu.

Não demorou muito e chegou a hiperinflação. Foi na ditadura iniciada em março de 1964 que começaram a surgir condições favoráveis para a mudança na economia brasileira rumo ao neoliberalismo, embora as forças ditatoriais não tenham sido utilizadas para a implantação do modelo. Bem que o economista da equipe que acompanhava a missão do Banco Mundial suspirasse por isso, como narrado acima.

Os primeiros sinais favoráveis dados pela ditadura fora a dilapidação do Estado brasileiro, que prosseguiu sem interrupção no mandato de Sarney, apesar de ter adotado algumas medidas de caráter democrático, como aquela dos "fiscais do Sarney", em 1986, para tentar conter a inflação, no projeto do Plano Cruzado.

Na realidade, o neoliberalismo é a consequência mesmo dos modelos econômicos que se transmudam conforme a onda dos mercados. É algo que parece não estar no domínio do homem. Estando os vários sistemas interligados, estas mudanças afetam na raiz os sistemas próximos: o modelo de mercado muda o paradigma normativo do Estado.

O que tem provado os sistemas sociais é que, ocorrendo uma onda em países ricos, é fatal a extensão aos países periféricos. No fim da ditadura militar, a ideologia neoliberal já dominava vários países desenvolvidos e de capital avançado. Aqui no Brasil se via, então, os reclamos antiestatais tanto da grande burguesia quanto do povo pela insatisfação da social-democracia que tinha falhado completamente por culpa da má administração. A revolução mesma em si já trazia um componente de suma importância para a ideologia neoliberal, que era a intransigência ferrenha com o comunismo _ a pior das servidões humanas modernas, dizia Hayek.

Vivia-se uma crise fiscal, a mãe do neoliberalismo. Apesar das tentativas da readequação da economia a partir do golpe de 64, havia uma crise da dívida, crescida durante as décadas de 70 e 80. Inclusive foi com isto que se pode enfrentar a passagem da recessão do capitalismo mundial. Essa crise da dívida vinha dos empréstimos externos com juros flutuantes obtidos durante as décadas mencionadas.

O auge desta crise foi o final da década de 80, no Governo Sarney. O neoliberalismo estava a um passo, que certamente se iniciou logo. O ambiente político era outro diferente daquele do Chile de Pinochet, de forma que a solução não seria a força ditatorial. Seria um arremedo de legalidade.

O Estado saía de um período ditatorial. O povo nas ruas bradava pelas "diretas já", como representantes de um movimento social e político com capacidade de resistência muito grande. Foi eleito Tancredo, assumiu Sarney, e a crise era crescente; o nosso Estado de bem-estar nem bem começara, já demonstrava não corresponder às expectativas.

Dizendo como Perry Anderson, às vezes não somente os regimes autoritários são o ambiente favorável para se imporem com êxito, as políticas neoliberais⁶. Assim aconteceu no Brasil. Não foi o capital avançado que impôs as teorias do neoliberalismo, mas foi uma escolha do povo, como tábua de salvação do Estado, persuadido pelas promessas equivocadas e dúbias dos candidatos a chefe da nação. Faltou ao povo conhecimento e espírito cívico.

A eleição de Collor aconteceu neste terreno propício, decorrente do fracasso do estado de bem-estar, de dilapidação do Estado e do Estado esbanjador, simbolizado pela figura do "marajá", o bode expiatório da má distribuição de renda, da assistência má, saúde deficiente, e do depauperado sistema de educação, que não funcionava a contento.

O *impeachment* de Collor barrou o avanço neoliberal _ nitidamente assumido pelo prócer _ barrou não pela ideologia em si, mas porque o governo encarregado de implantar o sistema ousou enfrentar as forças organizadas na sociedade, que já estavam fartas de desorganização e dilapidação do Estado.

Assumindo o governo, Itamar Franco encontrou e conservou o país como um Estado de hiperinflação, pressuposto para as medidas fortes do neoliberalismo.

Foi o então Senador Fernando Henrique Cardoso, com seu Plano da URV, que reacendeu o ideário neoliberal, na busca de recuperar a economia em detrimento do social.

Após Itamar, o já candidato FHC é apoiado pela burguesia dona do grande capital, tudo isso vindo às claras no encontro chamado "Decola Brasil", para juntar forças contra o então candidato Lula, este oriundo dos nichos das forças sindicais, o PT. Ao jogo para garantir o futuro Brasil neoliberal, juntou-se Ciro Gomes, inclusive intervindo numa briga de empregados e empregadores da indústria automobilista, a General Motors do Brasil, em torno de uma instalação de nova fábrica. Mostrou Ciro Gomes com sua intervenção que deveria ser endurecido o tratamento para com os sindicatos⁷, num exemplo dos primórdios da implantação do neoliberalismo na Inglaterra por Margaret Thatcher, quando a referida dama jogou o povo contra o sindicato dos mineiros ingleses, que já estavam de greve há mais de um ano.

Contam os jornais da época que a GM mandou um aviso, típico dos seguidores do neoliberalismo: a fábrica não seria instalada em São Paulo _ esta era a briga - nem em São Caetano, tampouco em São Bernardo e muito menos em São José dos Campos; ela iria para uma cidade do interior de Minas, porque lá não tinha sindicato⁸.

Sindicato não é bom para o neoliberalismo, pois faz muita exigência em nome dos operários ao Estado e aos patrões. Por isto a burguesia apoiava FHC. A ofensiva neoliberal tem como meta barbarizar no plano social e dessindicalizar o operariado.

FHC fez a sua política neoliberal. Privatizou tudo, até as reservas estratégicas, como as de energia, água e telecomunicação.

Numa visão geral, o neoliberalismo tem obtido êxitos, como era de se esperar, mas a reação continua sob as mais variadas formas. Muitas vezes, a reação não é contra a nova onda, mas contra o modo como é implantada a política neoliberal.

O certo é que o neoliberalismo com sucesso na deflação, lucros, desempregos e salários tem conseguido o seu intento que é soerguer o capitalismo mundial avançado.

Há coisas inesperadas que têm bloqueado o crescimento do grande capital mundial, causando fracasso ao neoliberalismo, tal qual a especulação financeira, ocorrida com a desregulamentação, a qual não gera investimento, nem produção. Assistiu-se a isso durante os anos 80 com a explosão dos mercados de câmbio internacionais, cujas transações, puramente monetárias, acabaram por diminuir o comércio mundial de mercadorias reais. São operações puramente parasitárias, como afirmam os bons economistas.

O neoliberalismo tem mais história. Após a profunda recessão iniciada em razão da elevação da dívida pública em quase todos os países ocidentais, em 1991, iniciou-se a sua segunda fase e seu dinamismo chegou até nossos dias. O impacto do triunfo no leste europeu não tardou a ser sentido aqui na América Latina, que se transformou na terceira grande cena de experimentações neoliberais.

O neoliberalismo fracassou no plano econômico, não conseguindo revitalizar o grande capital; socialmente, contudo, conseguiu muito dos seus objetivos, criando sociedades mais desiguais; política e ideologicamente, alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores jamais sonharam, ao disseminar a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, aos quais todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se.

Perry Anderson⁹ complementa que o neoliberalismo é um movimento ideológico, em escala mundial com um corpo de doutrina coerente, autoconsciente, militante, lucidamente decidido a transformar todo o mundo à sua imagem, em sua ambição estrutural e sua extensão internacional.

Com o neoliberalismo, têm surgido outros conceitos, como o da globalização, sem temerem velhas instituições do semblante da democracia. Sua hegemonia é plena, apesar de muita gente ainda não

acreditar em suas receitas e resistir desesperadamente as suas teorias e regimes.

A guerra ideológica é algo que faz parte da história das idéias humanas. No começo do século XIX, as camadas sociais mais pobres e subjugadas pela burguesia iniciaram um movimento de inconformismo, resultando em realizações políticas de maior ou de menor radicalismo, para por fim àquele estado de coisas, o que fez surgir o comunismo e a social democracia.

Em decorrência disto, as respostas sociais vieram prontamente e se consagraram em texto constitucional, como os direitos sociais na Constituição Mexicana de 1917 e depois, em 1919, na Constituição de Weimar e daí para todas as Constituições das nações que se desejavam considerar democráticas, disseminando a idéia de fazer do Estado o guardião do bem-estar do povo. Assim permaneceu até defrontar-se com a nova fórmula do liberalismo.

Nos dias de hoje, os agentes contra a onda do neoliberalismo e contra a globalização, a exemplo daqueles movimentos do início do século XIX, militam não aceitando que se trata de fenômenos inexoráveis. Não faz muito tempo, Gênova se fez palco da mais espetacular reação contra o neoliberalismo, até fazendo o seu primeiro mártir de sangue.

Do encontro, a mídia revelou que há contradição insanável entre a economia neoliberal e o bem-estar da maioria da população mundial, em decorrência da alta dívida dos países pobres, que, para melhorar, estes têm de pagar a dívida, conforme escreveram os países ricos. Mas, este é o grande problema deles: pagar a dívida externa! Se não pagam permanecem na pobreza. Se pagam ficam mais pobres. A hipocrisia do neoliberalismo dos países ricos atinge o paroxismo, afirmou a imprensa, quando se trata das pandemias, que reconhecem que já mataram mais de 15 milhões de pessoas por ano: os ricos, todavia, insistem em que a produção de medicamento mais barato deva ser feita sem violação da propriedade intelectual das multinacionais farmacêuticas.

Graças a Deus, a Administração Pública Brasileira, nuns laivos de bravura, enfrentou o grande capital e quebrou a patente de medicamento necessário ao tratamento da AIDS. Eis a via da defesa: o denodo do administrador com apoio das forças democráticas.

Revelou também que o neoliberalismo deixou cair a máscara e vai emergindo uma opinião pública mundial assente: os governos _ diga-se, pobres _ estão reféns dos grandes interesses econômicos e a democracia disfarça essa dependência ao ser mais ou menos efetiva nas áreas que não interferem com tais interesses, tanto que dos 100 maiores PIBs mundiais, 50 estão nas mãos de empresas multinacionais. Com isto, é necessária uma globalização alternativa. Diga-se, já estão surgindo da opinião pública centenas de ONGs e de redes de advocacia transnacional, que vão organizando a resistência à hegemonia do neoliberalismo, tendo como lema a idéia de que a dignidade humana é indivisível e só pode florescer em equilíbrio com a natureza e uma organização social que não se reduza a preço de mercado.

Considerando que a reunião do grupo dos países ricos _ o G-7 _ se deu entre quatro paredes de aço e concreto, isolando-se do povo, causando violenta reação dos grupos minoritários radicais, torna-se necessária uma aproximação entre o G-7 e a globalização alternativa, talvez no que se convencie chamar de democracia dialógica _ o diálogo é inevitável para que ricos e excluídos, ou talvez de seus representantes informais, proceda a elaboração de um novo contrato social.

Esta nova onda do neoliberalismo, que exige a desregulamentação da economia mundial, impõe também um novo conceito de legalidade, qual seja, a que torna ilegal proteger os direitos dos trabalhadores ou o ambiente.

A maior economia do mundo recentemente se negou a assinar um tratado de proteção ambiental, em nome do capitalismo. O que vale é acumular, nem que estrague o meio ambiente com poluição.

Aqui é que surge Boaventura de Sousa Santos defendendo que todos os grandes movimentos democráticos começaram com ações ilegais (manifestações e greves não autorizadas, ação direta e desobediência civil). Tem que ser elaborada uma teoria democrática da ilegalidade não violenta, diz o sociólogo português¹⁰.

Os objetivos da democracia da ilegalidade são o perdão efetivo da dívida externa dos países pobres, imposto Tobin, democratização dos processos de decisão das agências financeiras multilaterais, sujeição a referendo das mais importantes iniciativas de liberalização do comércio e inclusão dos direitos humanos, em especial dos direitos laborais e ambientais, nas novas negociações comerciais.

O neoliberalismo tem suas novas formas de dominação, mas ainda encontra no princípio democrático o seu maior inimigo.

2.2 Globalização

Todos falam da globalização, estejam ou não envolvidos diretamente com os processos de natureza econômica, política ou social. A concepção vem daquele sentimento de algo onipresente, pode estar em todo lugar ao mesmo tempo.

A tendência, à primeira vista, é dar à globalização o mesmo tratamento dispensado ao neoliberalismo, com o qual se trabalhou na parte anterior desta monografia, pois são temas divulgados no mundo afora um ligado ao outro.

Mas, para melhor entender um e outro, a primeira coisa que se deve fazer é a separação. Sequer se deve supor que a globalização é uma invenção do neoliberalismo.

A globalização é um fenômeno estrutural objetivo e o neoliberalismo, um programa político-ideológico, que, aliás, procura se ajustar à globalização. Ambos, entretanto, fazem parte da revolução pela qual está passando o mundo, que atinge o homem comum e o Estado. A globalização pode até ser tida como uma manifestação extremada da crise do neoliberalismo, como ideologia do desenvolvimento do capital.

O dia-a-dia das pessoas é surpreendido pelo fenômeno, que se realçou bastante nas últimas quatro décadas, de forma que todos os ramos das ciências e das técnicas se acham açambarcados por ele: a cultura, a economia, a política, o direito, as comunicações. Para o presente trabalho, o que vai ser realçado é a globalização que envolve a Democracia e o Direito.

Até agora se falou de globalização, mas não se disse que coisa é esta que anima alguns e desanima outros, que muitos a defendem e que outros tantos a rechaçam com todas as armas disponíveis.

Tenha-se logo em mente que é um confronto do capitalismo e do socialismo.

Diz Osvaldo Coggiola que não tem nada de paradoxal o fato de que a globalização tenha sido inicialmente percebida no terreno da cultura e da comunicação _ por exemplo, com as teorias de Marshall McLuhan acerca da "aldeia global" _ para só depois ser transferida para a análise econômica e social¹¹.

É assim mesmo. As mudanças primeiramente são percebidas na concreção cotidiana e a partir deste ponto de apoio é que se procura por uma definição teórica.

Marshall McLuhan, nos meados da década de 60 profetizou uma unificação do mundo através dos meios de comunicação de massa, em especial a TV, a ponto de gerar a previsão do fim do livro e da imprensa escrita. Seria a liberdade do homem dos meios mecânico e o surgimento dos recursos internos de auto-emprego e participação imaginativa na sociedade¹². Os mais atentos ao momento político, porém, diziam que tal discurso era a exaltação das tendências alienantes próprias do capitalismo, até mesmo porque Marx já previra a mundialização da cultura como processo objetivo e decorrente da natureza tendencialmente mundial do capitalismo.

De fato, outra vertente donde decorre a globalização pode ser vista no imperialismo do capital, que fincou suas bases a partir da segunda guerra mundial, com a hegemonia dos Estados Unidos no terreno econômico, político e militar. Leslie Sklair retrata esse aspecto referindo-se à hegemonia norte-americana também na produção cultural de massa, ao afirmar que, com a Segunda Guerra, se resolveu uma crise capitalista e, a partir daí, foi a americanização do capitalismo assentada na sua base lógica da "ideologia-cultura" do consumismo, uma forma contingente de um processo

necessário para o capitalismo global. O modo como foi conseguido é um caso de paradigma das inter-relações entre as esferas econômicas, políticas e ideológico-culturais, estruturadas pelos interesses econômicos daqueles que possuíam e controlavam a indústria e os canais através dos quais seus produtos eram comercializados e distribuídos _ referindo-se à conexão entre a americanização e a dependência cultural, que começou com os cartéis da indústria cinematográfica de Hollywood na década de 20 e com o "sistema de estrelas" no qual foi baseado¹³.

O certo é que o conceito de globalização está de alguma forma ligado à industrialização da cultura e sua expansão pelos quatro cantos do globo. No começo foi só uma partícula chamada "globalização cultural"; depois globalização do tudo... Não se sabe como ocorreu essa translação da "industrialização cultural" para a "globalização" cultural.

Rolando Robertson menciona um rol de fatos que se encontram próximos do ponto de mutação, mas sem ordem de precedência, que possa ter sido o momento da virada: inclusão do Terceiro Mundo e intensificação da consciência global no final da década de 1960; descida na Lua; acentuação dos valores "pós-materialistas"; fim da Guerra Fria e difusão das armas nucleares; aumento acentuado do número de instituições e movimentos globais; as sociedades enfrentando cada vez mais problemas de multinacionalidade e de politecnicidade; conceitos de indivíduos se tornam cada vez mais complexos em relação ao gênero e às considerações étnicas e raciais; direitos civis; sistema internacional mais fluído _ fim da bipolaridade; preocupação com a humanidade como humanidade de espécie muito acentuada; interesse na sociedade civil mundial; consolidação do sistema global da mídia¹⁴.

Passando para o fundamento econômico da globalização cultural, depara-se com tratamentos diversos dados à globalização, tanto de países para países, como do campo da ciência para o da tecnologia. Nos estudos sobre o assunto levados a efeito nos meados da década de 90, alguns reservavam o termo "mundialização" para referir-se ao capital, restringindo a "globalização" aos aspectos financeiros, ressaltando-se que foi a matriz deste processo desenvolvido no decorrer dos anos 70 e 80, com o desmoronamento dos quadros dos sistemas financeiros e, quando os novos produtos e mercados apareceram, já foram logo adquirindo a fisionomia internacional em uma economia-mundo em tempo real.

Na França é usado simplesmente o termo "mundialização" em vez de "globalização", segundo alguns autores¹⁵.

Outra origem da denominação "globalização" é atribuída a alguns professores universitários norte-americanos que, nos anos 70, passaram a falar em *global trade* com referência às políticas internacionais das empresas. A idéia é de "mundialização das empresas" que reflete, por sua vez, a "mundialização da indústria" ("globalização") _ os mercados deixam de ser nacionais e passam a ser mundiais; as empresas se tornam multinacionais na medida em que se fazem representar em todos os continentes; e, finalmente, os novos meios de comunicação permitem a circulação de informações técnicas ou financeiras em escalas planetária e temporal. Há uma referência também, como origem do fenômeno, a inclusão do bloco socialista no sistema capitalista mundial¹⁶.

Na falta de uniformidade de conceito, atribuem-se vários significados ao termo globalização, ressaltando-se os seguintes como mais aproximados do que ela representa na prática: (1) convergência de mercados no mundo inteiro _ uso pleno do mercado; (2) conjunto da cadeia de criação do valor, significando uma forma de gestão, totalmente integrada em escala mundial da grande empresa multinacional; (3) processo através do qual as empresas _ as mais internacionalizadas _ tentam redefinir a seu proveito as regras do jogo antes impostas pelo Estado-nação; (4) nova configuração que marca a ruptura em relação às etapas precedentes da economia internacional, segundo a qual os Estados-nação perdem a capacidade de influenciar as evoluções econômicas nacionais¹⁷.

Há que se esclarecer que internacionalização e integração não são o mesmo que globalização. A

primeira mantém as fronteiras econômicas entre as nações devidamente definidas e a faculdade do Estado influenciar ; integração é o uso de preços especiais para integrar e ampliar o mercado interno ou regional. Globalização, já sabemos de que se trata: é a ruptura das fronteiras por forças econômicas, culturais, sociais e políticas.

Globalização pode significar potencialmente uma manifestação extrema da crise do capital em vez de um estágio superior do desenvolvimento capitalista. Sabe-se que na base da crise política, em que hoje vivem os povos do mundo, está a crise econômica do capital, que não consegue superar os fatores do socialismo que o breca a cada instante ou das forças das chamadas globalizações alternativas.

Neste quadro, pode-se dizer que o melhor cooperador do neoliberalismo e da globalização é o próprio Estado que usa o seu poder normativo para abrir as portas aos fenômenos em questão, com implementação da legislação a favor do livre fluxo de serviços e capitais, desregulamentação, privatização, desemprego, facilitando assim o ato do capitalismo de acumular por acumular.

A globalização não vai parar, mas vai gerar uma base contrária, se não antiglobalização, pois o fenômeno é inexorável, pelo menos uma base de sustentação, algo assim como uma "globalização alternativa", como já imaginou Boaventura de Sousa SANTOS¹⁸, do contrário será longa a agonia do povo.

Para esta sustentação, dentro do princípio democrático, o homem vai precisar do direito, em decorrência de sua natureza gregária. A sociedade de homens sem o direito será uma desordem mundial.

Como é possível ver o direito sob essa perspectiva global, se o Estado deixou de ser soberano para ser um Estado dissimulador, sem fronteira e sem soberania e seus governos frouxos e dependentes da cultura e do capital central?

3. O direito em transformação

A transnacionalização dos mercados trouxe um fator social novo: influência em grande escala no conceito de Estado, como instituição jurídica, e no do direito, como instrumento de regulação da vontade social. O direito internacional e o direito local estão sendo despojados de seus conceitos e de seus alcances e, em consequência, as instituições nacionais e internacionais estão sofrendo mudanças estruturais dignas de se ajustarem à nova ordem mundial.

Nesta escalada, o direito constitucional, por mais de perto regular o Estado, com seus poderes e estrutura administrativa interna, além dos direitos e garantias fundamentais, é o primeiro dos ramos jurídicos a exigir uma adaptação ao momento atual. O ajuste não é uma faculdade, mas uma necessidade e exigência social.

Há fatores externo e interno ao Estado que forcem as mudanças. É preciso que se fique com um olho na onda globalizante e outro no Estado. Mexer com o Estado é mexer com a Constituição e com a Democracia.

Hoje em dia, quando se deparam frente-a-frente o Estado e o fenômeno da globalização, deve-se colocar de lado, pelo menos momentaneamente, o conceito tradicional que a política e o direito dão ao Estado. Já mesmo o próprio direito e a própria política têm conceitos renovados.

O que primeiro chama a atenção é que o Estado deixa de ser considerado como uma base regional entrelaçada em ordenamento jurídico válido. O Estado passa a ser uma forma de organização supra-estatal¹⁹. A supra-estatalidade significa a instituição acima do indivíduo e além dos seus limites territoriais. Refere-se àqueles Estados que, pelo menos, situam-se na semi-periferia, chamados de Estados emergentes, porque há alguns que estão demais atrasados, que sequer podem ser imaginados acompanhando a evolução mundial.

Do outro lado, a política e o direito, com esse afastamento do Estado de seu conceito clássico, não dependem mais da noção de Estado Soberano para ser definidos.

Abdicada da noção de soberania, a velha ordem hierárquica, por exemplo, estabelecida entre o direito internacional e o direito estatal _ inclusive nesta ordem de supremacia: direito internacional e direito estatal _ deixa de existir e perde seu potencial de convencimento. Perde-se a noção que se tinha de direito, que era partindo da perspectiva da soberania estatal.

Com a globalização, o Estado e o Direito _ meio e instrumento - perdem parte dos poderes da persuasão baseada na coação.

A mudança de perspectiva em relação à soberania, forçada pelos efeitos da globalização, gera aquilo que chamam de paradoxo da soberania: a soberania passa a ser relativa e absoluta, limitada e ilimitada, conforme tese defendida pela professora Juliana Neuenschwander Magalhães²⁰.

Esta soberania de duas faces permite pensar o direito _ estatal e internacional _ a partir de perspectiva tanto dualista quanto monista. Segundo o monismo o Estado é o único autor do direito; já no dualismo jurídico, não: podem produzir o direito várias fontes (o juiz, o jurista e a sociedade).

A perda do caráter dogmático da soberania, como elemento fundamental para a configuração do Estado, obriga a ser formulada a indagação se o conceito de uma soberania mundial já não mais permite pensar na existência de Estados ou, então, a existência mesma de Estados não mais soberanos permite continuar-se a pensar a soberania como qualidade "essencial" da organização estatal. Outra premissa posta por filósofos do direito.

Situado Estado e Soberania em seus devidos novos lugares na globalização, a conclusão leva a que a política e o direito prescindem do Estado e poderão ser definidos pela função que desempenham no sistema social. É porque a noção de função possibilita uma observação a um só tempo sob vários ângulos, permitindo que o ponto de observação em que se situa o direito e a política permaneça tanto além das transformações históricas quanto no contexto do novo sentido das coisas criado pela globalização.

É preciso compreender que os sistemas sociais, afirmam os cientistas sociais, são sistemas autopoieticos de comunicação que surgem e se mantêm graças à sua própria dinâmica.

Certo é que o modelo antigo não é correspondente com a função da democracia e da cidadania democrática no mundo globalizado. Por isso mesmo, as mudanças nas instituições são forçadas por necessidade da própria sobrevivência do conjunto.

Oscar Vilhena Vieira²¹, no tocante aos sistemas constitucionais, analisa o "processo de realinhamento" pelo qual estão passando as várias ordens jurídicas. Em sua perspicácia, o autor anota que este ajuste se faz em dois sentidos: o direito constitucional que é internacionalizado e setores do sistema internacional que são constitucionalizados. Vieira aponta três movimentos espetaculares que vêm articulando o constitucionalismo contemporâneo: a regionalização, representada pela união de Estados, com fins específicos; o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos; e a globalização econômica, que busca estabelecer um *habitat* ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o globo.

Como se vê, não é bastante a "sociedade das nações" imaginada por autores como Habermas, segundo quem poderia advir a constitucionalização da União Européia, como um estado-nação, já que é uma unidade na pluralidade de nações²². Mas esta constitucionalização de blocos econômicos em estado-nação, por enquanto, é uma miragem, de fato.

Dentro da globalização e seus efeitos, o que ocorre é que se deve pensar a democracia e a cidadania democrática para além do modelo clássico de Estado e a suposição de nações de povos, território e soberania, como elementos constitutivos.

Não vale mais o "ideal normativo" da democracia dentro ou fora do Estado, ante o que já foi afirmado sobre a inexistência da soberania no mundo globalizado. Sem Estado soberano, não se fala em povo soberano, até porque as novas formas de organização política dispensam o elemento

"povo". Portanto, cada povo deve se acautelar para não perder seu paradigma de independência e unidade cultural. É preciso haver um símbolo para que em torno dele se agregue uma nação e, usando-o como motivo agregador, se proteja da chispa nos movimentos mundiais inexoráveis, por exemplo, do neoliberalismo e da globalização.

Na globalização do direito, não se pensa somente no direito internacional ou no direito europeu. Há outros direitos que vêm surgindo paulatina e concomitantemente com o fenômeno. O primeiro exemplo que merece ser citado é a chamada *lex mercatoria*, o direito transnacional das transações econômicas.

Autores já destacam que não é só no plano econômico que ocorre o desenvolvimento de um direito próprio para regular as relações jurídicas, mas em vários setores da sociedade mundial, como no campo do direito do trabalho, em que empresas e união de trabalhadores atuam como "legisladores" (*law-makers*); também o mesmo ocorre no campo da ecologia _ reconhecimento de que os riscos ecológicos são riscos globais _ no do esporte _ com a emergência de uma *lex sportiva internationalis* _ e dos direitos humanos _ em que se fala no direito dos direitos humanos globalizados²³.

Como já foi dito, o rótulo "direito global" afasta de sua variedade o direito estatal e o direito internacional, em razão mesma da sua concepção como um fenômeno novo: o direito global é uma ordem jurídica com seu próprio direito. A ordem jurídica do direito global nunca deve ser medida pelo padrão do sistema legal nacional. O direito global não é um subdesenvolvido corpo jurídico que contém certa estrutura deficiente em comparação com o direito nacional, afirmam os juristas.

Ao contrário do direito nacional, o direito global recusa a noção de territorialidade, pois, não sendo atinente ao Estado, destina-se a indeterminados grupos, mercados, setores e comunidades profissionais. As fontes do direito global são outras e de uma variedade enorme _ (pluralismo de fontes normativas: "um direito social primário que surge dos 'fatos do direito', um direito dos juristas e, por fim, um direito estatal"²⁴ _ que não são aquelas próprias do direito estatal, como a legislação e a pluralidade de fontes não estatais.

O direito global é produzido em um processo, por si próprio, organizado da união estrutural do direito com o andamento de método globalizado de natureza altamente especializada e técnica.

Já foi dito que a soberania é dispensável no âmbito do direito global. Todavia, excluído o Estado, com sua soberania, como produtor da norma jurídica, cai-se novamente em um sistema monista.

É que o sistema jurídico é um sistema social e, assim, toda produção de direito é, por conseguinte, uma produção de sociedade.

Não importa a via de produção do direito: legislação, tratados, decisões, jusconsultorias. Tudo é produção da sociedade.

Remontando à clássica polêmica Kelsen-Erlich _ monismo versus pluralismo jurídico _ a questão permanece a mesma, o direito global não resolve o impasse. Fica-se sem saber quem tinha razão.

Para Kelsen, a relação entre o direito formalmente válido e a vida real de populações tão diversas e fragmentadas está na unicidade das formas jurídicas, ainda que seu cosmopolitismo jurídico aponte para a prevalência do direito internacional e para a idéia do "Estado mundial"²⁵.

Para Ehrlich, ao contrário, a relação de direito formalmente válido e a vida real de populações tão diversas e fragmentadas está no exame da pluralidade das experiências jurídicas concretas.

Abre-se espaço, na construção de Ehrlich, ao direito elaborado pelos juízes, pelos juristas e, principalmente, pela sociedade.

Kelsen identifica o Estado com o Direito; Ehrlich separa as duas coisas.

Para muitos teóricos do direito, a globalização envolve a passagem de um contexto de vinculação entre o Estado e o direito para uma situação de pluralismo das fontes normativas: fatos do direito

(direito social primário), direito dos juristas, direito estatal _ o direito seria posto nesta ordem.

Daí o ressurgimento de Ehrlich e sua teoria do "direito vivo". Segundo a teoria da sociedade, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. A unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função²⁶.

Acostumados como estamos com a figura do Estado no centro de nosso cotidiano, a primeira objeção que surge perante o direito global é a ausência de "instituições centrais".

A sociedade não conhece uma "constituição global", muito menos "tribunais" especializados com "jurisdição global".

A questão, todavia, não desmerece o fenômeno, pois os teóricos do direito global respondem com as mesmas respostas dadas para o caso do direito internacional: estas instituições não são determinantes para a verificação do caráter jurídico de um determinado ordenamento jurídico.

A realidade com que se depara é outra e diferente da idéia de tribunais e jurisdições internacionais centrais.

Quanto à jurisdição internacional, a tendência, como no episódio Pinochet, é reconhecer a competência para a aplicação das normas internacionais a qualquer juiz ou tribunal de qualquer Estado.

O sustentáculo da idéia é que as matérias tratadas pelo direito internacional _ crimes contra a humanidade, por exemplo _ não conhecem a noção de jurisdição, que, por sua vez, é ligada à idéia de territorialidade e, conseqüentemente, à de soberania estatal.

Há casos conhecidos no mundo global que já revela uma impertinência de Estados centrais transversalmente tentarem legislar a respeito de empresas de outros Estados. Como no caso da legislação que impõe punição às empresas americanas, francesas, inglesas e alemãs, que negociarem com países como Cuba, Iraque, Irã, países estes que vivem sob embargos comerciais.

Outros casos de jurisdição abrangente ocorrem no campo do direito europeu, com o desenvolvimento pelo Tribunal de Justiça Europeu do "princípio da aplicabilidade direta" do direito europeu. Nos casos característicos a forma de direito global _ *lex mercatoria e lex sportiva* _ o direito pode ser invocado por qualquer juiz, independentemente da existência ou não de órgãos voltados especificamente para a aplicação do direito.

O caráter global do sistema jurídico, como exposto acima, traz uma emblemática concepção quanto a saber como que o direito global se legitima perante os seus destinatários globais, quem é o "soberano", bem assim até que ponto o direito será um direito democrático e fundador de uma política "globalmente" democrática.

A legitimação certamente deverá ser de natureza global, mas não se sabe qual sua fonte. Os caminhos que se apresentam dirigem-se para que o "direito global" seja um direito da sociedade como um todo, um só direito, ou o "direito do mundo", nas expressões de Luhmann e De Giorgi, citados por Juliana Neuenschwander Magalhães. O caráter global deste direito não deriva do fato de que é um ordenamento jurídico de validade global, com organizações legislativas e jurisdicionais centrais, mas porque é um direito da sociedade do mundo, que, por sua natureza, deve ter um ordenamento jurídico, mesmo sem uma legislação central e mesmo sem uma jurisdição central, conforme Luhmann²⁷.

Afora este caráter do direito externo ao Estado, a mundialização da sociedade empurra o direito para uma reformulação interna ao Estado, obrigando-o a adotar providências jurídicas de natureza constitucionais, para o fortalecimento das comunidades, como por exemplo, dando-lhes mais oportunidade de participar da administração, pelos canais democráticos.

A exigência da democracia representativa, participativa ou dialógica deve ser o galardão que todo povo consciente da conjuntura em que se vive deve buscar.

Para o Brasil somente tem soprado vento ruim, que traz a onda da globalização da economia, no encalço da ideologia do neoliberalismo. De Collor até Fernando Henrique Cardoso, as reformas do direito _ constitucional _ foram para piorar a vida do povo. É que foram reformas com meios próprios para países de primeiro mundo; reformas feitas por e para o bem de países de capital central. Não foram considerados os fatores dominantes em nossa sociedade: pobreza, analfabetismo, corrupção no serviço público, violência contra a criança, a mulher e as minorias.

Collor desprezou a constituição e lançou mão das medidas provisórias, ou melhor, dos regulamentos _ pois é assim se que chamam os atos normativos do Poder Executivo _ cavando a sua deslegitimação.

A reação do povo, recorrendo à justiça, obrigou o parlamento a fazer a Emenda Constitucional n. 3, de 3/3/93, a da Ação Direta de Constitucionalidade, emplastando a liberdade de decidir do Judiciário. Em nome de uma falsa segurança jurídica e eficiência, foram propostas reformas do Judiciário, cuja real intenção é a atração do capital internacional.

As medidas para flexibilizar todos os sistemas sociais nacionais foram e continuam sendo adotadas contra a vontade do povo, com um número infindável de medidas provisórias e emendas constitucionais, que vão rasteiramente eliminando vários pontos dos interesses nacionais, como as reservas estratégicas. Enquanto lá fora todos os Estados cercam suas reservas estratégicas com guaritas, aqui o Governo implode as guaritas.

Diante da globalização e do neoliberalismo, o direito interno brasileiro tem sofrido mudanças impostas pela nova ordem mundial, mas sabidamente em prejuízo dos interesses do povo que tem passado para a condição de fornecedor de mão-de-obra e infraestrutura baratas. Quando não servir mais será, certamente, jogado no lixo do neoliberalismo globalizado, como está acontecendo com a coitada da Argentina, a vanguardista da "desregulamentação" e da "flexibilização" latino-americanas.

Salve-se a democracia, que poderá resolver a relação conflitual de riscos e segurança que existe entre o interno ao Estado e o que é global.

A sujeição às orientações dos centros hegemônicos da economia e da política internacional é uma fatalidade, tomara que não seja uma utopia a busca de uma alternativa de proteção contra-hegemônica.

4. Democracia: Instrumento Político da Proteção

O tempo que se avizinha, não permite mais que seja deixado de lado a questão da democracia real e efetiva, no seu sentido e significado útil e necessário para o indivíduo como elemento básico da sociedade. A democracia deverá ser sempre o objeto do diálogo público, da discussão nas oficinas, nos escritórios, nas repartições políticas, senão se perderá o bonde da história, como costuma acontecer nestes rincões latinos, para quem é costume sobrar as migalhas do desenvolvimento industrial, político e social.

Apesar da idéia de que a democracia mais freqüentemente ameaça do que protege a liberdade das minorias e a tolerância para com elas, ainda é esse o melhor regime. É preciso alertar para o fato de que a opinião pública hoje em dia está muito mais poderosa do que alguns anos atrás, quando eram deficientes os meios de comunicação de massa. Isso recupera a força da democracia, na sua forma participativa e resgata o Estado do mergulho no que restou do período de transição do autoritarismo que grassou toda uma década na América Latina.

Não anda bem uma democracia que há bem pouco tempo convivia com a ineficiência do Estado no controle de práticas arbitrárias, na luta contra a impunidade e ameaça sobre a legitimidade dos governos, sem falar na crescente violência, discriminação racial e necessidade da reforma institucional para o acesso à justiça.

Já se disse que a América Latina deixou de ser considerada o latifúndio da guerrilha, que preocupava a segurança nacional de alguns países, passando agora a ser considerada um grande mercado, que está na mira dos capitalistas.

Um presidente de uma república latina recentemente afirmou, em entrevista coletiva quando da reunião dos Presidentes Latinos para a Cúpula do Mercosul, que "Neoliberalismo é o caminho do inferno para nossos países".

Na mesma oportunidade, um articulista político escreveu que "a democracia representativa é democracia para uma minoria e tirania para a maioria".

Essa é a ponta do *iceberg* político que emerge frente a América Latina e frente o Brasil.

Tem-se um outro lado da coisa: o social e o econômico.

Em razão disto, aí está o impasse dos países do Mercosul diante da encruzilhada com a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), esta criada seis anos atrás pelo governo Bill Clinton _ lógico, para beneficiar unilateralmente um só Estado, porém envolvendo 34 países latino-americanos. O que se sabe é que, neste cenário, estão envolvidos milhões de interesses das megaempresas, dos *lobbies* e dos sindicatos americanos.

Sob esta perspectiva, e nos bastidores, estão os sindicatos e políticos estrangeiros, requerendo mais e maiores subsídios e medidas protecionistas. Afirmam empresários nacionais que a ALCA hoje somente tem dois lados "planejar a invasão e preparar a proteção" e que a política estratégica dos capitais centrais é a de que "o que é meu é meu, e o que é teu é negociável"²⁸.

Não fica só nisto não. Tem muito mais.

Aqui é que a encruzilhada deve rumar para a democracia, como instrumento de defesa e garantia do interesse do cidadão.

É sabido que o Estado está em crise. O Estado brasileiro, por sua vez, nem mesmo chegou a atingir certos estágios das várias fases pelas quais já passou o Estado moderno: Estado Social e Estado Democrático de Direito e pesadas revoluções já lhe atinge frontispício, deixando o povo perplexo, angustiado e aflito.

Diante dessa realidade de choque é que se há de ter a recriação de instituições jurídicas e políticas fortes, a fim de se guarnecer a sociedade para que fique pronta para a inserção na nova ordem mundial, e, especialmente, preparar-se para enfrentar o embate das conseqüências advindas da parte dos Estados hegemônicos, ricos e poderosos.

É indiscutível que a inserção de qualquer país sul americano na nova ordem mundial está radicalmente subordinada ao ajuste das instituições nacionais às exigências do mercado global.

Todavia, precisa-se de instituições fortes, que representem um mínimo de segurança e justiça, quando se sabe que o embate entre blocos e nações, ou de países entre si, embora sempre seja encenada a igualdade, sabe-se que as nações ou países envolvidos não são de igual peso econômico, político ou moral.

Por isso é que se indaga a respeito das instituições políticas, jurídicas, sociais e econômicas brasileiras, se estão em condições de enfrentar as ressuscitadas forças do neoliberalismo, associadas à globalização, sem por em perigo o povo. E mais, ainda, se detem ambiente favorável para acolher a banda boa do neoliberalismo e da globalização, pois existe alguma.

A respeito de aproveitar do bom da coisa, é preciso observar se o aparelhamento do mecanismo de imposição da lei, Executivo e Judiciário, está pronto ou precisa de algo mais para levar avante a idéia do Mercosul, da ALCA, como mercados, ou simplesmente suportar o peso das empresas multinacionais no território nacional, com seus poderes e privilégios.

A questão do mercado é coisa séria para o país, de forma que não é qualquer político ou administrador que deve com ele se envolver. Se não tiver cuidado, termina-se por entregar tudo de

graça.

O mercado é tido como o conjunto de ofertas e demandas, divididas em três áreas específicas indissociáveis: política, econômica e social. Todavia, os países da América Latina têm uma dificuldade de se inserir na nova ordem mundial, porque há uma tendência enorme para ocorrer desequilíbrio entre a oferta e a demanda nas três áreas; na área política, o povo não participa efetivamente do processo decisório, na escolha de dirigentes, afora a fraude, a corrupção, a venda de votos; na área econômica, o nível de renda é baixo, muito desemprego, não há participação nos lucros das empresas; na área social, não há segurança coletiva (são as instituições que não previnem, nem repelem o crime; o Judiciário que não torna efetiva suas decisões, os governos que não pagam a dívida interna); a grande parte da população que não tem acesso aos bens coletivos²⁹.

Estas vertentes da sociedade resolvem-se com a democracia real.

Somente um estado forte resistirá à onda da força econômica que se avizinha. Do contrário, tornar-se-á mais um a integrar ou permanecer no séquito das nações dependentes e ligadas por tratados comerciais e financeiros aos Estados centrais.

Há uma firme conexão entre instituições democráticas fortes e desenvolvimento. Democracia não é somente valor moral, é também um pressuposto de segurança política, desenvolvimento e justiça.

5. O Brasil frente a nova ordem mundial

Como já foi dito e repetido diversas vezes, a globalização e o neoliberalismo são inexoráveis, considerando o atual estágio. Por conseguinte, a luta há de ser para repelir ou, pelo menos, aliviar os efeitos ruins da transição.

Não se deixar persuadir pelo ideal do culturismo dos países centrais _ da ideologia da cultura única _ há de ser a mira de todo povo que se preza, quando se lhe dirigir as forças da ideologia neoliberal e a sua onda mais próxima, a globalização.

No Brasil a democracia tem sido secundária, embora não devesse sê-lo, porque é o único instrumento de que se dispõe para armar a defesa.

O título de emergente que dão ao país é um grande engodo. A administração pública do país age como a de países centrais; como se fosse uma nação de cultura de economia forte. Os administradores não estão preocupados com os princípios democráticos inseridos na Constituição e muito menos preocupados com os princípios Constitucionais. Um Presidente e seus seguidores do ministério, não faz muito tempo, tachavam a Constituição de criadora de casos, de emperrar a economia, ou de impedir o desenvolvimento do país, e de beneficiar "vagabundos" _ que são os aposentados, que já deram parte de suas vidas ao Estado. Se não foram bons empregados, a culpa foi do Estado sempre ausente. Querer puni-los agora é pura malvadeza.

O que fazem os políticos é cumprir o abecedário, a cartilha, os "consensos" dos países ricos, isto é, o modelo neoliberal, na sua versão mais arcaica e maléfica. Não é que não deva acompanhar as novas teorias políticas, nem as novas tecnologias econômicas e do desenvolvimento. Muito pelo contrário. Deve-se acompanhá-las _ nada de antiliberalismo, antiglobalização _ mas não embalados pelos sonhos maravilhosos e encantadores vendidos pelos donos do grande capital, que só querem manter a hegemonia e acumular capital custe o que custar.

É necessário ingressar na nova ordem, essa onda surgida com a queda dos regimes socialistas, expressada literalmente na "queda do muro de Berlim". Mas ingressar com uma certa governabilidade, o que depende de modernidade econômica, política e social.

O que tem feito os governos é entregar gratuitamente as fontes produtivas de riquezas, as empresas, as reservas estratégicas _ como a da água, da energia elétrica, de telecomunicação; o bem estar, oportunidade de desenvolvimento e a segurança, enfim, tudo o que poderia ser bom para os brasileiros. As exigências são para extirpar as conquistas sociais, os direitos trabalhistas, porque embaraçam o capital avançado de acumular e gerar divisas a serem retiradas do país.

Não há como acreditar que os concorrentes do Brasil, com a abertura do mercado, com a privatização, com o a destruição do ensino, irão dar oportunidade de crescimento. Só mesmo na cabeça de incautos e presunçosos "ministros" da economia e do desenvolvimento e de outras "tecnologias". Nenhum país do centro, rico e dominante se interessa com o desenvolvimento de países de terceiro mundo, país periférico. O grande clube monetário internacional pouco está se importando com os miseráveis da América Latina, da Ásia e África; o que quer é emprestar e receber os juros. Em Gênova, como dito, na reunião do G-8, a notícia que correu, conforme o relatório da reunião, chamado o alívio da dívida e para além dele, foi que os países pobres devem pagar _ aliviar _ as suas dívidas externas, para poderem participar do bem-estar gerado pela economia no comércio mundial.

A história não registra gesto coletivo de generosidade das elites para com as camadas mais carentes³⁰. Temos que aceitar isto indubitavelmente.

Dizem que o Estado não deve intervir no mercado, que nacionalismo é coisa ruim, que o socialismo é de gente atrasada. "Ruim" e de "gente atrasada" é para os adoradores do capitalismo, quando a intervenção é do outro Estado, quando o nacionalismo e o socialismo são o "nosso nacionalismo", o "nosso socialismo". Por isso tem muita gente no país que rasga a bandeira nacional, que xinga o hino, que escarnece dos símbolos da nação.

O que fez o império, quando da grande depressão de 1929? fez o *New Deal*, de Hoover, ou seja, indireta intervenção do Estado na economia, como solução para aliviar a crise e sair do buraco negro econômico. E agora, em 2001, depois do "11 de setembro do terror", que agravou mais ainda a nova crise da economia americana? Acertadamente o Estado foi chamado para cumprir o seu papel de minorar a crise e Bush pediu ao Congresso bilhões para injetar no mercado em decadência _ não é qualquer decadência, claro, é a decadência do Estado Americano que existe e é o mais forte do mundo.

Quando isto acontece no Estado deles, aí sim, deve-se ser nacional, democrata ou republicano, pena de trair a Pátria. Logo as teorias do economista inglês, Maynard Keynes, foram lembradas e rapidinho tiradas dos velhos livros de economia, quais sejam, a de que o Estado deve intervir como meio de ajudar a economia. Ficaram de lado as ideologias e teorias de Hayek e seu seguidor, o economista e prêmio Nobel, Milton Friedman, fanáticos do neoliberalismo.

E o que está acontecendo com a vizinha Argentina, que, há mais de uma década atrás, saiu na frente privatizando e desregulamentando tudo? Tornou-se um Estado fraco, com a economia aos pandarecos, endividado, de pires na mão, jogando pedra no Brasil, seu parceiro do Mercosul _ este fadado ao insucesso, por isto mesmo, favorecendo a ALCA, que quer abocanhar este imenso mercado que é a América Latina. A Argentina vendeu tudo e não gerou dinheiro e agora, na pior hora, os neoliberais e globalizantes andam fugindo dela, como os agiotas fogem dos maus pagadores. O povo? Voltou à era do escambo, criando os "clubes de trocas".

Se fosse um Estado forte, assentado nos princípios constitucionais, consciente da sua capacidade e fraqueza; com uma democracia consolidada, com um povo consciente da cidadania responsável, certamente não estaria nessa horrível penúria.

Os países pobres ou em desenvolvimento, como o Brasil, só têm um baluarte de segurança: a democracia real e o direito efetivo.

Não é "jurássico" dizer que ao Estado cabe o dever de proteger o cidadão e dar-lhe bem-estar, oportunizar o desenvolvimento coletivo. É somente trabalhando de modo coletivo que o povo poderá se defender eficazmente de ser espoliado, dominado e escravizado pelas ideologias dos Estados poderosos.

Se não for assim, para que servirá o Estado?

O Estado e seus princípios democráticos e constitucionais são os instrumentos ideais e reais para o grande confronto com o neoliberalismo e a globalização. O Estado é a congregação de um povo de

ideais comuns, construída sobre um mesmo território; a democracia, a liberdade de participação e a barreira de contenção dos sonhadores desvairados _ aqueles que não estão com os pés no chão; aqueles que usam e abusam das discricionariedades políticas e têm outras atitudes de constante e pertinaz exposição do cidadão a uma progressiva agressão e cerceamento dos direitos.

É indiscutível a debilidade do indivíduo, se ele não está na sombra do Estado. A obediência aos valores da democracia conduz à segurança e à justiça social do bem-estar, sem deixar de participar dos movimentos mundiais de evolução.

Em que encruzilhada da nova ordem mundial se encontra o nosso país, o Brasil?

Para participar de um bloco econômico com sustentação, é preciso compatibilidade entre os regimes dos integrantes e estabilidade política, econômica e social. Já se vê que não é boa a nossa posição.

Há muita violência em todos os quadrantes do país _ os seqüestros relâmpagos ou demorados em São Paulo e Rio de Janeiro superaram muitos índices; as prisões cheias, com tratamento desumano e a tortura habitual; desigualdade na distribuição de renda; o país sendo administrado através de regulamento; a dificuldade de acesso à Justiça e a morosidade do Judiciário; até mesmo a falta de consciência constitucional dos cidadãos e falta de consciência jurídica dos agentes públicos. Tudo revela que ainda não foi consolidado o Estado Democrático de Direito nestes rincões.

Foi vã a esperança nascida com o fim do governo autoritário dos Geisel, Médici e Figueiredo. O país parece passar por um redivivo governo de "déspotas esclarecidos", aqueles mesmos do vetusto iluminismo. Os homens do governo querem ser os mais sabidos de todos e dizem tudo fazer para o bem estar do povo.

Falta uma cidadania plena para o conjunto da população. É patente a discriminação dos considerados moralmente inferiores e a privação de direitos. Não é possível com isso ingressar com equilíbrio na nova ordem, pois não há democracia sem cidadania.

Nem mesmo se tem facilidade para formar um bloco regional, em razão do legado cultural deixado pelos colonizadores ibéricos. Os países latinos não sabem respeitar uns aos outros e ter uns aos outros como parceiros, habitados que se está de que além das fronteiras só a Corte, a sede da Coroa, é que tem valor. Não se adquiriu o hábito de atravessar a fronteira e vender o produto para o vizinho, também colonizado e com os mesmos hábitos de discriminação.

Precisa-se do fortalecimento das instituições nacionais, para o equilíbrio do que o professor de filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Denis Lerrer Rosenfield³¹ chama de a lógica das regras democráticas e a lógica da autoridade estatal e, assim, chegar à democracia plena.

Como afirma o professor referido acima, de pouco vale a cena pública democrática da razão na política, a publicização das decisões políticas, de seus processos de gestão e dos mecanismos de pressão em que essas decisões estão implicadas, ou da ética na política se há ao lado o enfraquecimento da autoridade estatal. A democracia vive da adesão dos cidadãos a suas regras. Se essa adesão se enfraquece, é a própria democracia que fica em perigo. Socialmente, estamos observando uma incapacidade do governo federal de resolver os graves problemas de exclusão social existentes em nosso país. E conclui:

... se a lógica da exclusão social e a do enfraquecimento da autoridade estatal terminarem por prevalecer, o futuro da democracia não estará assegurado em nosso país. O fortalecimento da cena pública democrática é, hoje, o nosso maior valor, mas essa cena é frágil em um Estado que encontra dificuldades em se afirmar³².

O povo brasileiro sozinho não vai conseguir enfrentar a nova ordem mundial que açambarca a todos, sem sair machucado em sua cidadania, cultura, liberdade. Para municiá-lo, o governo deve começar pela base: a educação e a cultura.

Com a educação e cultura, será fornecida ao cidadão a informação necessária para poder amar o país e adquirir consciência constitucional, que facilitará a delimitação dos seus deveres coletivos,

valorizando o que é seu, respeitando e encorajando o vizinho rumo ao bem estar próprio e da sociedade brasileira. Deve ser inculcado nos brasileiros e mostrar-lhes a necessidade do sentimento de brasilidade, para só assim chegar à cidadania e ao patriotismo. Dar-lhes meios de raciocinar de que o povo brasileiro é forte, altaneiro e capaz.

É urgente retirar do âmago do espírito brasileiro o convencimento _ diga-se adquirido durante séculos _ de que se é um povo atrasado, de que só é bom o que vem dos países ricos; que se foi colonizado por um povo explorador e que, por isso, se deve carregar este estigma até os fins das gerações. Esta questão de colonização é coisa do passado.

Olhado de fora, por olhos estranhos, os males do Brasil parecem tão claros, só mesmo nós brasileiros para não querer vê-los. O professor americano, Stuart Schwartz³³, conhecido estudioso da história do Brasil, mostra que se trata de um país enorme, com recursos fantásticos, um lugar sempre visto como um potencial, ainda que tenha problemas graves esperando solução.

A perspectiva do brasilianista retrata uma realidade que atinge o paroxismo da realidade, que só nós brasileiros parecemos não aceitar:

O pessimismo, no Brasil, é mais profundo do que se pensa... Fora dos momentos obrigatórios, há muito tempo o brasileiro deixou de ser otimista. Comparando os historiadores brasileiros com os americanos, por exemplo, nota-se uma diferença. O pesquisador americano procura no passado o que deu certo na sua História. Já o historiador brasileiro busca o que deu errado. Não quer estudar o que aconteceu de bom e de ruim, mas mostrar porque o Brasil nunca funcionou bem. Para ele, a independência não foi uma independência de verdade. A república também não é uma república. Os liberais não eram liberais, o progresso não era progresso e assim por diante. Isto vai além de qualquer discussão séria sobre os problemas reais do Brasil. É um modo pessimista de ver o país, definido, a priori, como um lugar onde nada dá certo³⁴.

Precisa-se da cultura da cidadania patriótica para amar o Brasil.

Só com boa vontade no trabalho, vamos poder sair da lista dos piores: má distribuição de rendas, má reforma agrária; elevado índice de pobreza e de mortalidade infantil, de corrupção, de analfabetismo, de violência na cidade e no campo.

Para se resolver isso, é necessário um povo educado e aculturado na brasilidade. E só um governo responsável poderá fazer tal coisa.

Sem habilidade profissional necessária _ este é outro item _ não há como o brasileiro competir globalmente. Se não dispõe de conhecimento suficiente para enxergar o caminho melhor, não adianta abrir fronteiras, querer arrasar nas exportações, escancarar as portas das empresas ao capital estrangeiro, com regulamentações que garantam negócios justos e transparentes.

O neoliberalismo e a globalização pegando o povo brasileiro desarmado da cidadania, sem valores morais e patrióticos, somado tudo isso com inabilidade para a profissão, vão deixá-lo arrasado.

É o princípio constitucional que garantirá estas oportunidades de desenvolvimento pessoal ao povo brasileiro, para chegar ao progresso coletivo. Todavia, a Constituição não vem sendo tratada com a seriedade devida. Onde está a consciência jurídica dos burocratas políticos de que deve respeitar e reconstruir sempre a Constituição como um símbolo da identidade de um povo que quer um futuro comprometido com a justiça social e a igualdade?

Na contra-mão do neoliberalismo, que já está em retração lá fora, os burocratas nacionais insistem em continuar a cumprir a planilha de um tal Consenso, obedientes aos clubes mundiais dos ricos, minimizando o Estado imperitamente e escancarando-o ao capital internacional, sem construir guarida nenhuma aos mais desiguais deste país de pobres.

A bandeira que acenam é convincente: antídoto à inflação, ineficiência da Administração Pública, fragilidade do mercado e benefícios do capitalismo globalizado.

O Brasil, um país tão grande, precisa participar da história, porque nenhum país conseguirá sobreviver isolado no mundo. Para tanto, além de exibir altos índices de crescimento econômico, que garanta segurança nos investimentos externos e nos empreendimentos em que se envolva, como o mercosul, precisa operar uma mudança de atitude democrática interna, sem medo de ofender o grande capital.

Esta mudança de atitude poderá efetivar os mecanismos que permitam o maior número possível de cidadão participar da administração pública, pondo fim à farsa da democracia formal ou somente representativa.

6. Conclusão

Do que foi exposto, deduz-se que o neoliberalismo e a globalização são distintos. A globalização é uma figura estrutural orgânica, no âmbito do desenvolvimento da sociedade, e o neoliberalismo, uma ideologia política da acumulação de capital. Ambos devem agregar-se ao princípio democrático, para que ocorra interação com os instrumentos de garantia do indivíduo.

O Estado é a entidade encarregada de criar as condições favoráveis para o alcance de resultados positivos. Não se quer dizer que o Estado deva desempenhar o papel de açambarcador, interferindo no meio econômico na esperança de alcançar a "igualdade ideal". Aquela igualdade que deixou a desejar nos tempos do Estado Liberal e que o Estado Social, nos últimos 50 anos, fez tudo para conquistá-la e nada conseguiu.

Também não se quer um Estado omissivo e mínimo, a ponto de ser de nenhuma expressão. O Estado deve ensinar meios acessíveis ao povo e, subsidiariamente, fazer-lhe as vezes em momentos de crises endógena e exógena.

É através do princípio constitucional que se fará valer a vontade popular, expressando o princípio da democracia. Então, com respeito ao símbolo constitucional, como primeira lei, poderá ser revelada a soberania do povo para sem obstáculo galgar ao bom governo da sociedade.

O mundo está em reestruturação constante. O neoliberalismo e a globalização são fatalidades do presente momento da evolução da sociedade mundial. Com estes dois fenômenos, deve-se aprender a conviver para colher os melhores frutos. A democracia, de sua feita, é a fórmula de governar em público e para o público, e onde de todos é exigida uma parcela de colaboração.

O Brasil, puxado para o epicentro do fenômeno, para não ser levado à bancarrota deve ficar atento aos interesses internos e externos, para com sabedoria proceder à evolução no atual estágio de desenvolvimento tecnológico e deixar para trás a história de seus rincões marcados pela desigualdade social, melhorando sua posição nos índices das estatísticas mundiais.

O neoliberalismo, a globalização e a democracia devem ser levados a sério como fatores do mundo moderno. É indispensável que cada brasileiro dê sua parcela de cooperação para o progresso coletivo. Do Estado, espera-se que desempenhe o seu papel de entidade jurídica instituída exatamente para liderar o interesse geral.

O Brasil poderá usufruir uma condição mais confortável e equilibrada em suas facetas sociais, se cada um assumir honesta e corajosamente o papel que lhe cabe.

7. Referências Bibliográficas

ANDERSON, Perry. O Balanço do Neoliberalismo. Em SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.) Pós-neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, pp. 9-23.

ATHAYDE, Públio. O Brasil na Nova Ordem Política e Social. *Jus Navigandi* n. 46. Disponível em: <http://www1.juiz.com.br/doutrina/texto.asp?id=56>. Acesso em 11.12.2001.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Globalização e Ordem Econômica Constitucional. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001; pp. 105-

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 7^a ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.207.

_____. Teoria Geral da Política. 3^a tiragem. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717 p.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 498 p.

_____. A Salvaguarda da Democracia Constitucional. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 245-260.

CAIELLA, Pascual. Problemas relativos a *la compatibilización de los derechos constitucionales*. Em: SUNDFELD, Carlos Ari;

VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). Direito Global. S. Paulo, 1999. Max Limonad. P. 49-74.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1997. 141 p.

_____. Teoria do Direito e Globalização Econômica. Em: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). Direito Global. São Paulo, Max Limonad, 1999; pp. 78-92.

CASTRO, Marcus Faro de. Governabilidade democrática, sociedade e política econômica. Em: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CASTRO, Marcus Faro de (Orgs.) Sociedade democrática no final do século. Brasília: Paralelo 15, 1997, pp. 51-86.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001; pp. 49-59.

COGIOOLA, Osvaldo. Globalização e Alternativa Socialista. Em: Osvaldo (Org.). Globalização e Socialismo. Coleção Fora de Ordem, São Paulo: 1997. Ed. Xamã Editora, pp. 109-142.

FARIA, José Eduardo. Globalização, Soberania e Direito. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 135-154.

HOBSBAWM, Eric. A Falência da Democracia. Folha de S. Paulo. São SET 2001. Disponível em: <http://www.uol.com.br/fsp/mais/fs200105.htm>

KELSEN, Hans. A Democracia. 2^a ed. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 392.

LUQUE, Luis Aguiar de. *Constitución y Democracia en la Experiencia Española*. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 169-186.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional, Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 414.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Globalização e Direitos Humanos. Em: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (*et al.*). Direitos humanos e direitos dos cidadãos. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2001.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. Constituição Econômica e Integração. A Desnacionalização da Constituição Econômica. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 187-214.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Jus Navigandi* n. 51. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290> Acessado em: 14 out 2001.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? 2^a ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad,

2000, p.115.

MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 261-290.

NETTO, Menelick de Carvalho. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 215-232.

OLIVEIRA, Francisco. Neoliberalismo à brasileira. Em SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Pós-neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, pp. 24-28.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Impasses do Brasil. Folhas de S. Paulo, São Paulo, 25 novembro 2001. Folha Opinião (on-line). Disponível em:
<http://www.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200109.htm>. Acessado em: 25 nov. 2001

SANTOS, Boaventura de Sousa. As lições de Gênova. Folha de S. Paulo. S. Paulo, 30 julho 2001. Tendências/Debates. Opinião, p. A3.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Vol. XV, verbete DEMOCRACIA. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, p. 182.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. Em: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). Direito Global. S. Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 15-48

VIOLA, Eduardo; OLIVEIRA, Alejandro. Globalização, sustentabilidade e governabilidade democrática no Brasil. Em: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; CANSTRO, Marcus Faro de (Orgs.) Sociedade democrática no final do século. Brasília: Paralelo 15, 1997. pp.179-254.

34- Ob. loc. cit.

1 - ANDERSON, Perry. O Balanço do Neoliberalismo. Em SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.) Pós-neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático. 4ª ed. Rio de Janeiro, 1998, p. 9.

2 - ANDERSON, Perry. Ob. Cit., p. 10.

3 - Ob. cit., p. 19.

4 - ANDERSON, Perry. Ob. Cit., p. 19.

5 - ANDERSON, Perry. Ob. Cit., p. 22.

6 - ANDERSON, Perry. Ob. Cit., p. 21.

7 - OLIVEIRA, Francisco. Neoliberalismo à brasileira. Em SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Pós-neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático. 4ª ed. Rio de Janeiro: 1998, p. 27.

8 - OLIVEIRA, Francisco. Ob. loc. cit.

9 - Ob. cit., p. 22.

10- SANTOS, Boaventura de Sousa. Folha de S. Paulo. As lições de Gênova. Folha de S. Paulo. S. Paulo, 30 julho 2001. Tendências/Debates. Opinião, p. A3.

11- COGGIOLA, Osvaldo. Globalização e Alternativa Socialista. Em COGGIOLA, Osvaldo (Org.). Globalização e Socialismo. São Paulo, 1997. Coleção Fora de Ordem. Ed. Xamã Editora, p. 109.

12- COGGIOLA, Osvaldo. Ob. cit., p. 110.

13- SKLAIR, Leslie. Sociologia do sistema global. Petrópolis: Ed. Vozes. 1995. Apud COGGIOLA, Osvaldo. Ob. cit., p.112.

14- ROBERTSON, Roland. Mapeamento da cultura global. Em: FEATHERSTONE, Mike. Cultura Global. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994. p. 35. Apud COGGIOLA, Osvaldo. Ob. Cit., p. 114.

15- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional, Tomo I. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos 2000 P. 73

16- COGGIOLA, Osvaldo. Ob. cit., p. 114 e 115. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Ob. cit., p. 73.

17- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Ob. cit., p. 74 e 75.

18- Ob. cit.

19- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Globalização e Direitos Humanos. Em: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (et al.). Direitos humanos e direitos dos cidadãos. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2001.

20- Ob. cit.

21- VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.); VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). Direito Global. S. Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 15-48

22- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Ob. cit.

23- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Ob. cit.

24- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.); VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). Direito Global. S. Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 78.

25- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ob. loc. cit.

26- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ob. loc. cit.

27- Apud MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Ob. cit.

28- República-Primeira Leitura n. 56, p. 28/29.

29- ATHAYDE, Públio. O Brasil na Nova Ordem Política e Social. Jus Navigandi n. 46. Disponível em: <http://www1.juis.com.br/doutrina/texto.aspx?id=56>. Acesso em 11.12.2001.

30- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Jus Navigandi n. 51. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.aspx?id=2290>. Acessado em: 14 out 2001.

31- ROSENFELD, Denis Lerrer. Impasses do Brasil. Folhas de S. Paulo, São Paulo, 25 novembro 2001, Folha Opinião (on-line). Disponível em: <http://www.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200109.htm>. Acessado em: 25 nov. 2001.

32- Ob. loc. cit.

33- Revista Veja n. 16, 21/abril/1999. Entrevista a Paulo Moreira Leite.

PODER POLÍTICO, ESTADO E SOCIEDADE

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito, Advogado, Professor Universitário e Pesquisador das Universidades de Santa Cruz do Sul, Caxias do Sul e Vale do Rio dos Sinos

PODER POLÍTICO, ESTADO E SOCIEDADE

Rogério Gesta Leal

I. Notas Introdutórias

Os temas, que pretendemos tratar neste ensaio, apresentam-se conectados em termos de abordagem no âmbito da filosofia política e mesmo da Teoria do Direito. Significa dizer que partirmos do postulado de que Poder Político, Estado e Sociedade, ao menos em nível de enfrentamento teórico, relacionam-se reciprocamente.

Queremos demonstrar, enquanto escopo fundamental, que é impossível _ para uma perspectiva crítica e conseqüente _ debater a gestão dos interesses públicos em geral, e no Brasil em particular, fora desses cenários².

Todavia, como veremos, grande parte da teoria política contemporânea não tem percebido as relações necessárias aqui identificadas, contribuindo à despolitização da gestão dos interesses sociais e comunitários, no sentido de transformá-los em matéria eminentemente técnico-burocrática, despida de ideologia ou condicionantes políticos os mais variados.

II. Sobre o poder político na modernidade

As relações entre poder político, sociedade e governo, ao longo da história do Ocidente, encontram-se presentes em todas as esferas da vida, geralmente sob a forma de uma organização política _ institucionalizada ou não.³

Para alguns teóricos do Estado, esta figura estranha e, por vezes, insondável surge como uma extensão da natureza humana, necessariamente concebida como manifestação espontânea do indivíduo racional e intrinsecamente social.⁴

Para outros, entretanto, o surgimento do espaço social e mesmo do Estado está ligado ao florescer de uma cultura de produção calcada na exploração de mão-de-obra diferenciada e marginalizante, e, portanto, serve tão-somente para reproduzir determinadas estruturas sociais voltadas para interesses profundamente privados e minoritários no âmbito da coletividade.⁵

Em termos de história, os textos de Platão, Sócrates e Aristóteles dão conta de que o fenômeno social e político das relações sociais vão ser mediados por um determinado modelo de poder que se institucionaliza gradativamente a partir da idéia de competências naturais de agir e de obediência a ordens advindas de lugares oficiais da representação popular/divina⁶.

Estes autores, a despeito da insofismável contribuição legada à nossa cultura, viveram um profundo esforço restaurador de suas histórias, que conta o desenvolvimento do berço da civilização moderna, principalmente quando a *pólis* grega vai se desfazendo aos golpes desintegradores do princípio cosmopolita e das teses individualistas vigentes⁷.

A sofística, por exemplo, nesse período, surgindo num momento em que as disputas políticas deixam perceber de modo explícito a linha por onde a posição popular se separa das ambições aristocráticas, abaladas pela ascensão da democracia, denuncia que é a luta travada entre nobreza e povo que pauta todo o desenrolar da filosofia política e jurídica da Grécia, evidenciando-se, a partir daí, uma justificativa empírica para a desintegração daquele modelo de comunidade⁸.

De qualquer sorte, o poder político, nesse diapasão, passa a ser entendido como proveniente de um processo histórico e mundano de constituição do social, mediado por mecanismos de gestão operacional dos interesses sociais e privados, e, enquanto tal, vai ser criticamente localizado num tempo e num espaço específico.⁹ Nesse tempo e espaço, a Sofística proclama como injusta a desigualdade do cidadão, decompondo o *mythos*, o *logos* e a *pólis* dos velhos tempos, sustentando que nenhum Deus instituiu a cidade/Estado, mas que foi obra exclusiva de homens, e contrapondo ainda aos valores absolutos da verdade, da justiça e da virtude, valores meramente contingentes.

Na verdade, fica patenteado desde o berço de nossa civilização, que tanto o poder político como as leis que regem as relações sociais são forjados pelo espírito objetivo humano¹⁰ - medida de todas as coisas _ (e não por Deus ou seus representantes na Terra), que se corporifica, com o passar dos tempos, na figura do cidadão (ser que vive nos limites territoriais da cidade/Estado e, dentro dele, tem direitos e obrigações). De qualquer sorte, o ordenamento jurídico, enquanto somatório das tradições, usos, costumes, arbítrio deste ou daquele tirano, exprimirá uma certa síntese valorativa, condicionamento de todo o Direito, que, por isto mesmo, se apresenta como variável no espaço e no tempo, refletindo sempre o *ethos* social e político vigente em cada *pólis*.¹¹

Mesmo autores modernos como Souza¹² e Merlin¹³ tratam de forma similar o tema do poder político e o conseqüente processo de formação do Estado, da Sociedade e do Governo, na cultura ocidental, a partir de sua vinculação orgânica, por exemplo, com o modelo de produção existente em cada época, ou ao menos com a forma hegemônica de cultura de classes.

Significa dizer, a partir desses elementos, que o poder político moderno necessita ser, a todo instante, racionalmente justificado. Tal justificativa, porém, não pode descurar dos elementos axiológicos e principiológicos presentes e que informam cada cenário social em que opera, sob pena de ver-se descolado dos sujeitos e instituições envolvidos.

O problema central, pois, que a teoria política moderna têm de enfrentar, é como reconciliar o conceito de Estado como uma estrutura de poder impessoal e legalmente circunscrita¹⁴ com novo plexo de direitos, obrigações e deveres dos indivíduos. Em outras palavras, como o Estado soberano deverá se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes do Estado¹⁵.

Para Rousseau, preocupado com a questão da existência ou não de um princípio legítimo e seguro de governo¹⁶, e contrário às teorias de Hobbes e Locke, as quais afirmam que a soberania é transferida do povo para o Estado, a soberania: "...não pode ser apresentada, pela mesma razão que não pode ser alienada... os deputados do povo não são, e não podem ser, seus representantes; eles são meramente seus agentes; e eles não podem decidir nada em termos finais."¹⁷

Neste cenário de idéias, próprias da Idade Moderna, a concepção de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico, pois o papel do cidadão é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar. O exercício do poder pelos cidadãos, *nos estritos termos da Lei* e neste período histórico, é a única forma legítima na qual a liberdade pode ser sustentada e efetivada.¹⁸

Claro que não estamos falando de qualquer Lei, mas exponencialmente daquela que vai ao encontro da fonte matricial do poder estatal, a saber, a norma constitucional. Neste particular, temos, a partir também da Idade Moderna, a Constituição como norma fundamental informativa das possibilidades/necessidades de ordenação do social, demarcando princípios e valores a serem perseguidos pela comunidade e suas representações _ oficiais e não-oficiais, e, portanto, vinculando a todos.

Assim, a parte o fato de que o exercício direto do poder de decisão por parte dos cidadãos não é incompatível com o exercício indireto através de representantes eleitos, como demonstra a existência das constituições e instituições modernas e contemporâneas, tal qual a brasileira vigente - que prevê o instituto do plebiscito e do *referendum* popular, tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio da soberania popular, apesar de se distinguirem pelas modalidades e pelas formas com que essa soberania é exercida - matéria que, aliás, faz a diferença em termos de qualidade do modelo¹⁹.

E quando se fala em formas de exercício da soberania ou do poder soberano, que pressupõe a participação efetiva do indivíduo no processo de decisão política dos temas que lhe dizem respeito, percebe-se que a esfera política e individual está imersa em uma esfera mais ampla, que é a da sociedade como um todo, e que inexiste decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade.²⁰

Cumprindo agora, de forma destacada, verificar um tema que está presente desde o início de nossa reflexão, de maneira direta ou indireta, mas que necessita ser enfrentado com maior singeleza, a saber: a natureza das relações intersubjetivas e institucionais vinculantes entre Estado e Sociedade.

III. Ainda sobre o pacto social: novas perspectivas

As relações políticas da era moderna são marcadas pelos índices e âmbitos de racionalidade presentes na organização e justificação do poder político e sua vinculação com o social. Neste sentido, força é reconhecer que a teoria política desse período muito contribuiu para tal debate, auxiliando o desvelamento do ser social e de sua natureza.

Figuras como Thomas Hobbes, John Locke e Jean J. Rousseau, transformaram-se em lugares obrigatórios para a referida discussão, tanto em razão da profundidade de seus estudos pontuais, como em face do ineditismo de abordagem antropológico-política produzida. Divergindo sobre pressupostos de base dos seus discursos e visões de mundo, esses autores trazem aos modernos juristas e cientistas sociais novos argumentos filosóficos sobre a vida humana e sua inexorável tendência ao desencanto.

Com efeito e nesse aspecto, damos destaque ao ideal moral de Rousseau que é a natureza, reino da liberdade, da espontaneidade e da felicidade do homem: a infelicidade deste ser deriva do fato de encontrar-se distanciado da natureza²¹. Assim, distanciando-se do estado de natureza e tendo-se formado o estado de sociedade, no qual ele se degenera e corrompe, o problema é dar à sociedade uma forma tal que o homem recupere nela a própria natureza, ou seja, encontrar uma forma de estado na qual a lei civil tenha o mesmo valor da lei natural, e na qual os direitos subjetivos civis sejam a restituição ao indivíduo - agora cidadão - de seus direitos inatos²².

Assim, o problema fundamental do Contrato Social em Rousseau é : "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes." ²³

Desta forma, o Estado Moderno, para ter legitimidade, deve nascer de um contrato pelo qual todo indivíduo aliene os seus direitos à comunidade: "Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda ... Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém." ²⁴

Estreitamente relacionado com o conceito de contrato social está o de vontade geral, que não é a vontade de todos, mas a vontade de cada um, aquilo que, na vontade de todo indivíduo, deve coincidir com a vontade dos demais enquanto membros da sociedade: "Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares." ²⁵

Como corolário, a vontade geral é a única fonte da lei, que não traduz interesses particulares, mas é de todo povo para todo povo. Com efeito, quando todo o povo estatui algo para todo povo, só considera a si mesmo e, caso estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem qualquer divisão do todo. Então, a matéria sobre qual se estatui é geral como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de Lei.²⁶

Rousseau refere-se ainda aos requisitos de abstração e generalidade da lei: " Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou um objeto individual." ²⁷

De se observar, assim, que sendo a lei expressão da vontade geral, à qual pertence a soberania, ninguém pode lhe ser. Neste passo, releva-se o conceito de soberania popular de Rousseau, ou seja, o corpo político está constituído por cidadãos e iguais, portanto, não se admite nenhum tipo de submissão pessoal, isto é, todos participam, todos obedecem²⁸.

Significa dizer que a unidade do poder soberano está na reunião de todos os cidadãos (o corpo soberano). "A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa." ²⁹

Diferente do que possa parecer aos menos avisados, o discurso rousseauiano apresenta-se, hoje, como significativamente contemporâneo e pertinente ao atual estado das relações sociais e de poder, principalmente em países de economia mais dependente e fragilizados no âmbito dos direitos humanos e fundamentais mais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, à habitação, à previdência social). Na dicção de Boaventura de Souza Santos:

O contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, uma obrigação complexa e contraditória porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade. O contrato social é assim a expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum.³⁰

Do todo ponderado até agora, entendemos que o grupo social de uma determinada comunidade, ao

menos a partir da Idade Moderna no Ocidente, está obrigado a tomar decisões que, direta ou indiretamente, vinculam a todos os seus membros, com o objetivo de prover a própria subsistência: e, como estas decisões grupais são tomadas por indivíduos - por representação ou não -, para que sejam aceitas como coletivas, mister é que sejam levadas a termo com base em regras que estabeleçam quais os indivíduos autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e à base de quais procedimentos³¹.

Em outras palavras, são os critérios de inclusão e exclusão desse contrato social que vão demarcar o fundamento da legitimidade da contratualização levada a efeito na constituição (*polithéia*) do social.³² É neste sentido que podemos atestar a crise de materialidade da vontade geral em países como o Brasil, fragmentado em seu tecido social, com profundos *déficits* de políticas públicas comunitárias e com um alto índice de tensão e conflituosidade de sua cidadania, transformando o Estado Nacional em um repositório de estratégias perversas de gestão dos interesses corporativos das elites dominantes.

Vale lembrar que o modelo da democracia representativa ocidental³³, fundada na idéia de representação social _ institucional ou não - não se reduz à dimensão simbólica, mas só existe no simbólico, pois é legitimada por significações que encarnam sentidos reconhecidos pelas comunidades/ indivíduos representados, principalmente a crença de que os mandatários serão fiéis às demandas dos mandantes.³⁴

Neste aspecto, novamente Bobbio é esclarecedor:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.³⁵

Um governo ou sociedade, pois, nos tempos modernos, está vinculado a um outro pressuposto que se apresenta como novo em face da Idade Antiga e Média, a saber: a própria idéia de democracia. Para ser democrático, pois, deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria sociedade, através de suas formas de participação/representação³⁶, tanto as oficiais como as espontâneas, fruto da organização de segmentos comunitários (estamos falando das Organizações Não-Governamentais, das Associações Cívicas, dos Sindicatos, dos Conselhos Populares _ municipais e estaduais).

Para que isso ocorra, contudo, impõe-se a existência e eficácia de instrumentos de reflexão e debate público das questões sociais vinculadas à gestão dos interesses coletivos - e muitas vezes conflitantes, como os direitos liberais de liberdade, de opinião, de reunião, de associação, etc. -, tendo como pressupostos informativos um núcleo de direitos invioláveis conquistados principalmente desde o início da Idade Moderna e ampliados pelo Constitucionalismo Social do Século XX até os dias de hoje. Estamos falando, por certo, dos Direitos Humanos e Fundamentais de todas as gerações ou ciclos possíveis³⁷.

No âmago desse modelo, todavia, um problema que nos interessa neste ensaio se apresenta à consecução dos possíveis paradigmas da referida sociedade democrática moderna: a tendência cada vez mais burocratizante e centralizadora do processo decisório, que afasta desta sociedade a oportunidade de participação e debate sobre temas que lhe dizem respeito. Seguindo esta tendência é que, no atual governo federal brasileiro, encontramos uma forma centralizada de fazer política, localizada no âmbito dos corredores palacianos de Brasília, em nome de uma democracia invisível ou ainda não percebida pela cultura popular *tupiniquim*.

Para diminuir um pouco estas dificuldades, mister é que se tenham algumas regras estabelecidas, as quais, entendemos, irão informar as condições de possibilidades de um regime democrático.

Tais regras poderiam ser apresentadas a partir da proposta de Cerroni:

*1. Regla del consenso. Todo puede hacerse si se obtiene el consenso del pueblo; nada puede hacerse si no existe este consenso. 2. Regla de la competencia. Para construir el consenso, pueden y deben confrontarse libremente, entre sí, todas las opiniones. 3. Regla de la mayoría. Para calcular el consenso, se cuentan las cabezas, sin romperlas, y la mayoría hará la ley. 4. Regla de la minoría. Si no se obtiene la mayoría y se está en minoría, no por eso queda uno fuera de la ciudad, sino que, por el contrario, puede llegar a ser, como decía el liberal inglés, la cabeza de la oposición, y tener una función fundamental, que es la de criticar a la mayoría y prepararse a combatirla en la próxima confrontación. 5. Regra del control. La democracia, que se rige por esta constante confrontación entre mayoría y minoría, es un poder controlado o, al menos, controlable. 6. Regla de la legalidad. Es el equivalente de la exclusión de la violencia.*³⁸

Ocorre que os institutos tradicionais da democracia, em especial no Brasil, associam estes mecanismos ou regras de procedimentos das políticas públicas à proteção de uma liberdade e igualdade meramente formal, restritas no espaço e no tempo pelos termos petrificados da lei, pretendendo com isto reduzir a idéia da democracia a uma mera técnica de posturas e comportamentos institucionais³⁹.

IV. Estado, Governo e Sociedade

Estamos convictos de que é na relação entre Sociedade e Estado, enquanto instituição jurídica e política, que se vai encontrar um dos espaços públicos mais ricos e necessários à análise e reflexão dos assuntos polemizados.

Ao se falar de Estado, direta ou indiretamente, fala-se de ordem jurídica, pois, desde Max Weber, é possível reconhecer a forma específica de legitimidade do Estado moderno como sendo a sua reivindicação para que as suas ordens sejam reconhecidas como vinculatórias porque são legais, isto é, porque emitidas em conformidade com normas gerais e apropriadamente promulgadas⁴⁰. Essa figura do Estado com poder de mando, como poder com força imperativa para criar um conjunto de regras de comportamento, postulá-las como obrigatórias e fazê-las cumprir, evidencia o estreito relacionamento que ele mantém com o Direito e mais precisamente com o Direito Público⁴¹.

Assim, a participação do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público na vida social é indiscutivelmente grande em todos os momentos da cultura ocidental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, tendo ele adquirido um conteúdo econômico e social, para realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens⁴².

Nesse contexto, é possível perceber o surgimento de um discurso ideológico que pretende assegurar uma certa lógica aos poderes instituídos, fazendo com que as divisões e as diferenças sociais apareçam como simples diversidade das condições de vida de cada cidadão, e a multiplicidade de instituições forjadas pelo e no Estado, longe de representar pluralidades conflituosas, surgem como conjunto de esferas identificadas umas às outras, harmoniosa e funcionalmente entrelaçadas, condição para que um poder unitário se exerça sobre a totalidade do social e apareça, portanto, dotado da aura da universalidade, que não teria se fosse obrigado a admitir realmente a divisão efetivada da sociedade em classes.⁴³

Lembra Marilena Chaui⁴⁴ que:

Para ser posto como o representante da sociedade no seu todo, o discurso do poder já precisa ser um discurso ideológico, na medida em que este se caracteriza, justamente, pelo ocultamento da divisão, da diferença e da contradição.

Quando se fala em Estado de Direito, ao menos no âmbito da era contemporânea, pode-se frisar como características, por um lado, as fornecidas por Elias Diaz⁴⁵:

a) império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) Divisão dos Poderes: Legislativo,

Executivo e Judiciário; c) Legalidade da Administração, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Deve considerar-se, por oportuno, que, nos países do denominado *common law*, desde a revolução de Cromwell, encontra-se demarcado os pressupostos do *rule of law*, sintetizados em três pontos por Dicey⁴⁶: a) a ausência de poder arbitrário por parte do Governo; b) a igualdade perante a Lei; c) as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais, pois os princípios gerais da Carta Política são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares em casos trazidos perante as cortes.

É o império da lei que se impõe, devendo significar que o legislador mesmo se vincule a própria lei que cria, tendo presente que a faculdade de legislar não é instrumento para uma dominação arbitrária. Esta vinculação do legislador à lei, entretanto, para os bons homens dotados de boas intenções, só é possível na medida em que ela seja constituída com certas propriedades/pressupostos: moralidade, razoabilidade e justiça, por exemplo.

Entretanto, a história nos mostra que:

*La validez simplemente formal de las leyes establece el contraste entre ley y justicia, así como dentro de la recta razón de la ordenación legal con miras al bien común y la voluntad del legislador; o en otros términos, entre el imperio de la ordenación racional y el imperio de la voluntad del hombre.*⁴⁷

Contudo, esta leitura do Estado como condições e possibilidades de governos regidos pelos termos da Lei não é suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e de cidadanias esfaceladas em sua consciência política.

Em outras palavras, a Democracia Liberal, ao designar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade de um conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do *status quo*. Em tal quadro, compete ao Estado de Direito tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia converte-se numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, torna-se predominantemente direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o da *pacta sunt servanda*.⁴⁸

Aliás, no Brasil, há ainda uma séria tendência por parte de alguns teóricos de plantão em resistir a própria idéia de politização do chamado Estado de Direito, concebendo, de forma negativa, a Lei como um instrumento político, um meio para a realização de uma política governamental, motivo por que não se legitima por um conteúdo de justiça, e sim por ser expressão da vontade política do povo ou do governo. Assim, a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, que gera leis irracionais.

Com tal perspectiva, eminentemente formalista e neutral, há um entendimento majoritário, principalmente na América Latina, de se reduzir o modelo de Estado e do Governo a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção ao processo legislativo e principalmente o executivo como um fórum de enfrentamento ideológico e político, mas tão-somente técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo que o Estado denominado de Direito, o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento⁴⁹.

Por tudo isso, é inegável que na maioria dos países de democracia liberal, ou neo-liberal, como o Brasil, o sistema de representação político-institucional vive um processo de crise de legitimidade, que se expressa na abstenção eleitoral, na apatia e não participação político-social, bem como nos

baixos índices de filiação partidária.

As causas variam entre os vários países, mas se pode dizer, com Pont, que as principais residem:

- no processo de burocratização e caráter autoritário das administrações e parlamentares;
- na falta de controle dos eleitores e/ou do Partido sobre os eleitos;
- nos sistemas eleitorais que distorcem a representação fraudando a vontade popular, através dos mecanismos distritais e/ou barreiras e obstáculos para partidos pequenos;
- na falta de coerência entre projeto e programa eleitoral e a prática dos eleitos;
- nas trocas partidárias sem perda de mandato, onde o Brasil deve ser recordista mundial, resguardados pela lei;
- na incapacidade desses sistemas garantirem a reprodução do capitalismo com legitimidade frente a evidência de ser reprodutor da desigualdade e da exploração sociais⁵⁰.

Pode-se dizer, enfim, que a idéia de Estado, como o próprio tema da Democracia e do Poder Político, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos políticos de participação (por exemplo, as chamadas organizações populares de base, os Conselhos Populares, as parcerias com o setor privado), que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo. Como lembra Warat:

No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia.⁵¹

O Estado Brasileiro enquanto instituição jurídica e política neste contexto vai ter uma função importantíssima, na medida em que, pelos termos da dicção constitucional vigente, se responsabiliza pela mediação da ordenação do social e pela garantia de algumas prerrogativas/direitos que irão se ampliar no âmbito do processo de desenvolvimento das lutas sociais e políticas contemporâneas.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, assim , pode ter como paradigma o Estado Social de Direito Europeu, fruto de tendências ideológicas híbridas, pois, (1) de um lado, advém de uma conquista política do socialismo democrático da experiência alemã com a Constituição de Weimar; (2) de outro, é fruto de um pensamento liberal mais progressista que o concebe como um instrumento de adaptação do aparato político às novas exigências deste capitalismo⁵².

A partir daqui, este Estado tem colocado sérias questões a serem respondidas pela teoria política contemporânea, sendo que a principal delas, ao menos no âmbito dos países ditos em desenvolvimento, como o Brasil, é a de saber sobre as condições de se atribuir aos poderes públicos a responsabilidade de proporcionar a toda sociedade e cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de suas vidas, contempladas não só a partir das liberdades burguesas tradicionais, mas sim a partir das prerrogativas e direitos fundamentais e humanos garantidos pela nova ordem constitucional.

Porém, para nós, revela-se imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto constitucional brasileiro, principalmente em seu Título Primeiro, como a maior evidência de que impõe-se a abolição fática da separação entre Sociedade e Estado, resultando daí a exigência de que este Estado assuma a responsabilidade de transformar a ordem econômico-social, no sentido de viabilizar a efetivação material da idéia de democracia real, baseada no pressuposto da igualdade concreta e existencial.

Cabe tanto aos Poderes instituídos do Estado como à Sociedade tal tarefa, sublinhando aqui o

caráter notadamente interventor que toma a Administração Pública nacional em face das disposições constitucionais vigentes.

V. Referências Bibliográficas

- ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- ARISTÓTELES. *A Política*. III, 1278 b, Barcelona: Paidós, 1990.
- BARKER, Edmund. *Greek Political Theory: Plato and his predecessors*. London: Goodwin, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *Democrazia, maggioranza e minoranza*. Bologna: Il Mulino, 1981
- . *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- . *Origen y fundamentos del poder politico*. México: Grijalbo, 1998.
- CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. São Paulo: Papirus, 1988.
- CASSIN, Barbara. *Ensaio Sofísticos*. São Paulo: Ciciliano, 1990.
- CERRONI, Umberto. *Reglas y valores en la democracia*. México: Alianza Editorial, 1991.
- CHAUI, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- DERATHÉ, Robert. *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. Paris: Vrin, 1984.
- DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid:
- DICEY, Carl. *Introduction to the study of the law the constitution*. London: MacMillan, 1981.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-omega, 1989.
- FANO, Enrico (org.). *Trasformazioni e Crisi del Welfare State*. Piemonte: Donato, 1993.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- . *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- HURTADO, Juan Guillermo Ruiz. *El Estado, el Derecho y el Estado de Derecho*. Columbia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Economicas, 1986.
- JAEGER, Werner. *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- LANDI, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990.
- LEAL, Rogério Gesta. *Os Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- . *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEFORT, Claude. *As formas da história*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- MACPHERSON, C. B. *La Democracia Liberal y su época*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- MERLIN, Pierre. *L'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- PONT, Rau. *Democracia Representativa e Democracia Participativa*. Porto Alegre: www.portoalegre.gov.rs.
- ROUSSEAU, Jean J. *O contrato social*. São Paulo: Abril, 1988.
- . *Ouvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1984.
- SABINE, George H. *Historia de la teoria politica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In Os sentidos da Democracia. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____*Pela mão de Alice _ o social e o político na pós-modernidade.* São Paulo: Cortez, 1995.

SOUZA, Herbert de. *O Estado e o desenvolvimento capitalista no Brasil.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOURAINE, Alain. *Comment sortir du libéralisme ?* Paris: Arthème Fayard, 1999.

ULHÔA, Joel Pimentel de. *Rousseau e a utopia da soberania popular.* Goiânia: UFG, 1996.

WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, **in** Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguais e Missões - URI, 1994.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad.* México: Fonde de Cultura Económica, 1992.

51- WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, in Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, 1994, p.18.

52- Neste sentido LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996, p.226.

2 - Como já fizemos referência em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

3 - Conforme LANDI, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990, p.34 e ss.

4 - Esta é a posição de grande parte da filosofia política clássica da Grécia e mesmo Romana, conforme SABINE, George H. *Historia de la teoria política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p.38 e ss.

5 - Um dos textos clássicos que enfrenta esta reflexão é o de ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-omega, 1989. Ver também JAEGER, Werner. *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

6 - Conforme BARKER, Edmund. *Greek Political Theory: Plato and his predecessors*. London: Goodwin, 1988, pp.78/91. No texto *A Política*. III, 1278 b, Barcelona: Paidós, 1990, Aristóteles refere que *En realidad se la polis es una comunidad, y es una comunidad de ciudadanos participantes de una constitución (politeia), cuando la constitución se vuelve específicamente diferente y disímil, parece que necesariamente también la pólis no es ya la misma*.

7 - CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. São Paulo: Papirus, 1988, p.46.

8 - Conforme CASSIN, Barbara. *Ensaio Sofísticos*. São Paulo: Ciciliano, 1990, p.35.

9 - É interessante notar que, por exemplo, CASSIN, Barbara. *Ensaio Sofísticos*. São Paulo: Siciliano, 1990, p.57 e ss, registra que os Sofistas arruinam os postulados fundamentais da *pólis*; plantam dúvidas nos espíritos, insinuam a descrença nos valores, levantam mais problemas que resolvem, aniquilando a tradição mítica então operante na cultura da época, apagando o culto dos heróis e afrouxando as tradições domésticas; fazem da crença na origem divina das leis um anacronismo pueril.

10- Apesar de Platão, no diálogo Protagorás, consignar que no pensamento sofista, o justo e bom é o que, como tal, se afigura ao Estado, na medida em que este o assim entender. Veja-se que o mito de Protagorás não implica uma contradição com sua medida relativista e antropológica. O Zeus de Protagorás é o *Logos*, a razão humana, que está na terra e não no céu, que nada tem a ver com o Zeus da mitologia; é puramente alegórico.

11- Ver a obra de LEFORT, Claude. *As formas da história*. São Paulo: Brasiliense, 1979. Queremos dizer que desde a cidade/Estado/Grega o âmbito do político e do social é ordenado a partir de um processo de constituição da Lei, que, por sua vez, evidencia-se como um instrumento formal de manejo daquele poder e sociedade; daqui já surgem sinais inexoráveis da figura do cidadão, sujeito de direitos e obrigações.

12- SOUZA, Herbert de. *O Estado e o desenvolvimento capitalista no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

13- MERLIN, Pierre. *L'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

14- Característica de perfil do Estado Moderno, como lembra TOURAINE, Alain. *Comment sortir du libéralisme ?* Paris: Arthème Fayard, 1999.

15- Ao menos para nós que elegemos a matriz teórico-reflexiva rousseauiana.

16- ROUSSEAU, Jean J. *O contrato social*. São Paulo: Abril, 1988, p. 49.

17- ROUSSEAU, Jean J. op. cit., p.141.

18- Como lembra BOBBIO, Norberto. *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo, 1998, p. 22: *La teoría política no puede dejar de tomar en consideración primeramente el nulo poder, independientemente de los llamados principios de legitimidad, es decir, de las razones que lo transforman en un poder legítimo, así como la teoría jurídica no puede dejar de tomar en consideración el sistema normativo en su conjunto, como una serie de normas una a otra vinculadas según un cierto principio de orden, independientemente del aparato de la fuerza predispuesto para su actuación*.

19- Veja-se que, desde a perspectiva Weberiana que define o Estado (neste caso o reacional-legal) como o detentor do monopólio da força física legítima, tão-somente a força física não é suficiente para justificar o Estado em face da sociedade, mas impõe-se que esta força esteja acompanhada de razões de exercício que façam da obediência dos destinatários do poder não um simples acatamento externo, mas uma aceitação de caráter interno e intelectual. Em outras palavras, *solamente se puede hablar de poder legítimo quando los gobernados por su mismo deseo asumen el contenido del mandato como máximo de su acción, se debe deducir que cuando se presente una situación en la que el ciudadano obedece al mandato de quien detenta el poder sólo en virtud de la legalidad formal de las prescripciones, la legitimidad de este poder se resuelve completamente en la legalidad de su ejercicio*. WEBER, Max. *Estado y Sociedad*. Op. cit., p.329.

20- Nesse sentido ver o texto de SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice _ o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

21- É oportuno lembrar que o conceito de *natureza* aqui não diz respeito a um estado de solidão ou isolamento do homem, mas, como quer Pufendorf: o estado de natureza é aquele em que se concebem os homens enquanto não têm conjuntamente outra relação moral além da que está fundada nesta relação simples e universal que resulta da semelhança de sua natureza, independentemente de qualquer convenção e de qualquer ato humano que os tenha sujeitados uns aos outros. Com base nisto, aqueles dos quais se diz que vivem em estado de natureza são os que não se acham submetidos ao domínio um do outro, nem dependentes de um senhor comum, e que não recebem uns dos outros nem bem nem mal. DERATHÉ, Robert. Jean-Jacques Rousseau *et la science politique de son temps*. Paris: Vrin, 1984, p.125.

22- Ver a obra de DERATHÉ, Robert. Op.cit., p.36.

23- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ouvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1984. In *Du contract social*. Livro I, cap. VI:32. Aqui, trata-se de uma liberdade diferente da natural, por óbvio: é a liberdade convencional. No mesmo texto, Rousseau afirma que *o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros* (Livro I, cap. I:22), aduzindo que acredita poder resolver a questão de como legitimar a situação do homem que tendo perdido sua liberdade natural, se submeteu ao poder político. A questão é resolvida mediante o instrumento/artifício do contrato social.

24- Op. Cit., Livro I, cap. VI:33.

25- Op. Cit., Livro II, cap. III: 46-47.

26- Livro II, cap. VI:54. Veja-se que, por mais utópico que pareça ser, esta concepção de Rousseau nos remete ao tema da soberania popular, fonte única e legítima do poder político instituído, bem como o de igualdade enquanto valor maior que está a informar a constituição da cidade/estado. Ver o texto de ULHÔA, Joel Pimentel de. *Rousseau e a utopia da soberania popular*. Goiânia: UFG, 1996.

27- Op. Cit., Livro II, cap. VI: 54-55.

28- Lembramos que, enquanto modalidade ideal de pensar o social e a organização das relações de poder, este elemento *utópico* é tanto revolucionário no tempo de Rousseau como fundante para um discurso sobre a Democracia.

29- Op. Cit. Livro III, cap. 107-108.

30- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In Os sentidos da Democracia. Petrópolis: Vozes, 1999, p.84.

31- Há uma reflexão pontual sobre este tema em BOBBIO, Norberto. *Democrazia, maggioranza e minoranza*. Bologna: Il Mulino, 1981, p.48. O autor sustenta também em outro texto: *Origen y fundamentos del poder político*, op.cit., que *la fictio del contrato social indica sobre todo que el poder político, cualquiera que sea su origen, se desvanece cuando ya no sea en cierta manera y medida reconocido o aceptado; esto sugiere que la continuidad de un poder coactivo exclusivo se explica no tanto por su misma fuerza, como por la justificabilidad para los consociados*. P.50.

32- Citando novamente Boaventura Santos (op.cit.,p.87), esse contrato social visa, fundamentalmente, criar um paradigma sócio-político que produz, de maneira consistente, quatro tipos de bens públicos: (1) legitimidade da governação; (2) bem-estar econômico e social; (3) segurança; (4) identidade coletiva.

33- Temos presente aqui que as raízes dos sistemas políticos de representação encontram-se nos regimes constitucionais dos Estados Modernos. Os regimes políticos antigos e medievais, pelo fato de coexistirem com sociedades escravocratas, em tese, não têm identificação com os novos cenários inaugurados com o Estado Moderno. Mesmo com o Absolutismo, em que a idéia de "contrato" já aparece em vários ideólogos do período, e a figura do súdito já seja portador de direitos, sua condição ainda é distante da qualificação de cidadão. Assim, origens dos sistemas representativos nascem de concepções liberais que expressavam o desenvolvimento e amadurecimento das sociedades mercantis e das condições objetivas de acumulação e do trabalho livre. Nesse sentido nosso livro *Teoria do Estado*, op.cit..

34- Nesse sentido MACPHERSON, C. B. *La Democracia Liberal y su época*. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p.135.

35- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987:p.165.

36- Já defendemos esta idéia em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*, op. cit.

37- Ver neste sentido nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Os Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

38- CERRONI, Umberto. *Reglas y valores en la democracia*. México: Alianza Editorial, 1991, p.191.

39- Conforme FARIA, José Eduardo. *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

40- Conforme WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p.174.

41- Compreende-se agora porque a afirmação de que o Estado Moderno é concebido como um muro de contenção ao absolutismo, e a lei como emanção da vontade do povo e não como expressão da vontade do governante, o que precisa ainda ser debatido e recuperado em cada ciclo de nossa história jurídica e política.

42- Podemos afirmar que este modelo de Estado corresponde ao que se denomina de Social de Direito, uma vez que tenta civilizar mais o mercado e as relações de capital, no sentido de garantir alguns direitos e garantias fundamentais à sociedade. Há uma profunda relação bibliográfica sobre esta matéria, podendo-se buscar maiores informações no livro de STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. É certo, porém, que um dos modelos mais clássicos de Estado Social de Direito é o recepcionado pela Constituição de Bonn, em 1949, qualificando a Alemanha como um Estado Democrático e Social de Direito, que busca fundamentalmente a justiça e bem estar social, mesmo que de forma discursiva e notadamente formal. Neste sentido a obra de ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p.09/42.

43- Veja-se que, se tal divisão fosse reconhecida, teria o Estado de assumir a si mesmo como representante de uma das classes da sociedade. No entanto, o que temos é ainda a matricial concepção montesquieuniana de tripartição de poderes, harmônicos e independentes entre si.

44- CHAUI, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.21.

45- DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1975, p.29.

46- Ver o texto de DICEY, Carl. *Introduction to the study of the law the constitution*. London: MacMillan, 1981, p.202.

47- HURTADO, Juan Guillermo Ruiz. *El Estado, el Derecho y el Estado de Derecho*. Columbia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Economicas, 1986, p.245.

48- Conforme FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.57.

49- Nesse sentido a obra de FANO, Enrico (org.). *Trasformazioni e Crisi del Welfare State*. Piemonte: Donato, 1993, p.38.

50- PONT, Rau. *Democracia Representativa e Democracia Participativa*. Porto Alegre: www.portoalegre.gov.rs. Neste mesmo texto, adverte o autor, e com ele concordamos, que: "A democracia participativa, por seu potencial mobilizador e conscientizador, permite aos cidadãos desvendar o Estado, geri-lo e estabelecer um efeito demonstração para outros setores da sociedade traduzirem o método para outras esferas da luta política e da competência administrativa." " ...as principais características da nossa experiência" (o autor está falando da Administração Pública na cidade gaúcha de Porto Alegre, em que é Prefeito Municipal neste ano de 2000) podem ser resumidas em alguns aspectos suscetíveis de servirem de referência e de método, independente do conhecimento insubstituível de cada realidade, para outras experiências.

A primeira delas é a participação popular, direta ou indiretamente, como no caso de Porto Alegre onde a participação direta no Orçamento Participativo, regional e temática, não é contraditório com uma rede de conselhos municipais formados por representantes de entidades e associações que também influenciam, fortemente, nas políticas públicas.

A segunda característica é a prática direta, a ação insubstituível dos cidadãos nas reuniões, nas discussões e momentos de conhecimento dos dados, dos números para que as pessoas apropriem-se dos elementos necessários para decidir. Formem comissões de controle, de fiscalização e tenham o espaço para a cobrança e a crítica. Quanto mais isto for feito diretamente sem transferir para outros, sejam eles líderes comunitários, sindicais ou vereadores, maior e mais rápido será o avanço da consciência democrática.

A terceira característica da nossa experiência é a auto-organização, expressa na auto-regulamentação construída e decidida pelos próprios participantes num saudável exercício de soberania popular que não fique sempre a mercê de leis e decretos decididos por outros. A experiência da auto regulamentação foi riquíssima, incorporando critérios que vinham da própria prática desenvolvida: Conselheiros com delegação imperativa e substituição ou revogação dos mandatos quando conselheiros ou suplentes abandonam ou não cumprem as funções assumidas.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Alexandre Miguel

Juiz de Direito da Comarca de Porto Velho/RO

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Alexandre Miguel

INTRODUÇÃO

Pretendeu-se com esse trabalho explorar o campo do Direito Internacional em face do Direito Constitucional, em especial analisando os tratados internacionais de direitos humanos e sua eficácia no plano interno nacional.

É intuitivo verificar que a globalização tem trazido novos horizontes para a humanidade, no campo do direito, isso se mostra mais evidente, dada a íntima relação com as normas jurídicas, ou seja, dada a influência que esse fator tem despertado no regramento de cada país.

Conceitos como soberania e supremacia constitucional estão para ser redefinidos e compreendidos em todos os seus termos. O direito comunitário europeu é uma realidade, uma parte do todo.

Nesse senso, a proteção dos direitos humanos há que se fazer mais presente, mais efetiva, tanto no plano interno como no plano externo.

O Trabalho foi dividido em quatro partes. Optou-se, portanto, por uma abordagem inicial a respeito do Direito Internacional, sua origem, as discussões a respeito de considerá-lo mesmo uma ordem jurídica e os conflitos que o conceito clássico de soberania vêm trazendo, bem como a necessidade de sua revisão, mormente quando o tema em foco for a proteção dos direitos humanos.

Na segunda parte, discorreu-se sobre a formação dos tratados internacionais convencionais _ que no texto se usou a adjetivação geral para designá-los _ passando pela verificação de eficácia desses tratados na nossa ordem jurídica.

No segundo capítulo do texto, a abordagem deu-se em face do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais convencionais ou gerais, para, na última parte, discorrer sobre os direitos humanos, sua internacionalização e seu impacto perante a Constituição Federal de 1988.

É certo que o tema a respeito dos tratados internacionais merece uma dupla visão: a que diz respeito sobre os tratados internacionais gerais ou convencionais e os tratados internacionais de direitos humanos. Ambos não podem ter tratamento igualitário, porque suas finalidades não são idênticas. Estes têm por fundamento a salvaguarda dos direitos do ser humano, enquanto aqueles visam equilibrar as relações entre Estados-partes, suas próprias prerrogativas.

A Constituição Brasileira trouxe para seu âmbito as normas de proteção dos direitos humanos, como se vê no § 2º do art. 5º. Tal norma, entretanto, ainda se mostra incompreendida e muito pouco explorada. Há, ademais, princípios explícitos e implícitos no texto constitucional, que impõem a observação rigorosa de proteção dos direitos humanos.

É, sobretudo, quanto à incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos e às consequências legais e práticas que daí decorrem, que se trata a última parte do texto.

Tema ainda envolto de discussões, não só no contexto doutrinário nacional, mas também dos jusfilósofos do mundo afora, dado que o direito internacional e as relações modernas que dele derivam, impuseram, em certa medida, uma revolução nos conceitos clássicos de soberania e supremacia constitucional, como se buscou demonstrar ao longo do trabalho que se segue.

Significa, em última análise, seguindo a bela fórmula cunhada por DWORKIN, "levar a sério" os direitos humanos e a sua projeção internacional, aceitar seus princípios como vinculantes e atentar para o fato de que seus desenhos normativos oferecem uma perspectiva de alternativa frente ao que

de fato ocorre _ desigualdades sociais, políticas e econômicas; projetar suas instituições, suas garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para sua efetivação.

O DIREITO INTERNACIONAL

1.1 Esboço histórico

Mais do que nunca, o Direito Internacional encontra-se, hoje, no centro das discussões. A relevância do estudo das normas do Direito Internacional, a compreensão de sua abrangência, é de tal modo evidente. Tão palpitante são os problemas por ela suscitados, que já se ponderou que, sem o Direito Internacional, o mundo seria um lugar mais danoso do que é, e que, se ele não existisse ou desaparecesse, haveria de ser novamente inventado.

A bem verdade é que o Direito Internacional na atualidade expressa uma gama de discussões de importância ímpar sobre a vitalidade das nações, dando enfoque à perpetuação ou mitigação da soberania de um Estado, sobre a validade mesma do "Direito" Internacional e o entrechoque da eficácia e desta (a preponderância) da norma interna sobre a do Direito Internacional e vice-versa.

Se os países são, normalmente, soberanos, possuindo o poder supremo de autodireção e autodeterminação de seus povos e de suas ações, seria, então, impossível pensar em um poder ainda maior, que estabelecesse limitações, criasse o direito como poder legislativo, aplicasse o direito como o Poder Judiciário e impusesse obrigações¹. É que os países não estão, individualmente, submetidos a um poder superior ou supra-estatal.

Paradoxalmente, diz-se que um "direito" sem Estado é uma idéia inexecutável. Por isso, por tempos, negou-se natureza jurídica ao Direito Internacional, como elemento supra-estatal, ao invés de, partindo-se dela, passar a questionar com mais exatidão o conceito jurídico do qual até então se partia.

Essas discussões são plenamente justificáveis considerando a tenra idade do chamado Direito Internacional.

Justamente pelo fato de o Direito Internacional estar em seus primórdios, está a favor a sua juventude. Sua dimensão ainda está a ser definida. Os avanços tecnológicos, a globalização, a abertura do comércio além fronteira, a ajuda mútua entre as nações são fatores que permitirão desenhar com marcas firmes o seu campo de atuação e seu grau de importância para o direito e a sociedade, como norma reguladora da humanidade, porquanto o objeto do Direito Internacional é o estabelecimento de segurança entre as nações.

Por ora, volveremos à gênese do Direito Internacional, salientando desde logo que a antiguidade não conheceu o Direito Internacional, que é um produto exclusivo da Idade Média, após a Reforma que fracionou a unidade religiosa.

RADBRUCH informa que a criação do Direito Internacional dependeu de duas premissas básicas, que a Idade Média antes da Reforma e a Antiguidade não ostentavam:

...a existência de um conjunto de países, de um lado, e, de

outro, o respeito mútuo desses países baseado em cultura comum. À antiguidade faltava a segunda premissa: um povo que se considerava o único "escolhido", um povo que enxergava em todos os outros "bárbaros" e um povo que reivindicava para si a soberania do mundo não poderiam conceder a outro a igualdade de direitos prevista pelo Direito Internacional. Na Idade Média faltava, por outro lado, a primeira premissa. Enquanto a idéia de um império universal sob a diarquia de imperador e papa dominava o pensamento político, não conseguiria vingar a idéia de um direito supranacional. A necessidade de um direito somente pôde fazer-se sentir após a Reforma ter rompido o laço do papado, e ter-se encontrado no conceito de soberania a fórmula jurídica para a independência do império há muito obtida de fato pelas nações não alemãs, especialmente a França.²

Na antiguidade não existia um mínimo de cultura comum que formasse a base de relações internacionais. As relações das cidades gregas não ultrapassavam as fronteiras da própria Grécia.

Também no domínio romano não se vislumbrava um inter-relacionamento entre os povos, conquanto seu objetivo era, essencialmente, a conquista de novas terras, ampliando o horizonte romano e subjugando a nação conquistada.

"O Direito Internacional", ensinou PEDRO BATISTA MARTINS³:

... pressupondo a coexistência de várias nações, era incompatível com a concepção estóica do Estado universal de que Cícero se fez o apologista entre os romanos. Estes, por sua vez, não podiam conhecer um sistema de direito aplicável às relações que mantinham com os povos bárbaros, porque a sua tendência expansionista era para o avassalamento dos mesmos e para a dilatação, por meio de guerras e conquistas, das fronteiras do império. Distanciando-se dos outros Estados pelo poder material e cultural, o império romano não lhes reconhecia a igualdade jurídica, condição indispensável ao desenvolvimento de relações normais entre as nações. Efetivamente, a condição jurídica dos estrangeiros entre os romanos era de tal modo precária que estes se serviam, para designá-los, da palavra _hostes_ que passou a ter a dupla significação de estrangeiro e inimigo. Os povos vencidos na guerra não tinham direitos: talavam-se seus territórios, destruíam-se e incendiavam-se suas cidades, saqueavam-se populações inermes, que eram passadas a fio de espada, escravizavam-se prisioneiros, legitimavam-se, afinal, a destruição e a chacina como direito de conquista.

A existência, na antiguidade, de um 'Direito Internacional' resumia-se, quando muito, na relação entre as cidades vizinhas, de língua comum, mesma religião e raça idem. Afora essas situações especialíssimas, em princípio, não havia entre os povos ou nações uma regulação normativa, ou seja, o Direito Internacional no sentido específico do termo, pois não havia o reconhecimento de igualdade jurídica.

Assim, sendo o Direito Internacional um produto da solidariedade humana, da interdependência dos Estados, torna-se de lógica evidente a sua incompatibilidade com o mundo antigo, onde não se reconheciam direitos aos inimigos, onde imperava a concepção autárquica do Estado.

Hugo GRÓCIO, pensador holandês, com a obra *De jure belli ac pacis*, surgida em 1625, traçou as bases científicas do "direito das gentes", ou seja, do Direito Internacional. GRÓCIO tornou-se o "pai do Direito Internacional", como também carrega a paternidade do Direito Natural. Com efeito, não foi ele um inovador. O Direito Internacional resultara de uma série de fatores religiosos, políticos, econômicos e sociais da Idade Média. O cristianismo evangelizava os povos, ensinando a doutrina da fraternidade, da temperança e da solidariedade humana e amor ao próximo.

Nessa ótica, a doutrina cristã irrompia os fundamentos individualistas, atingindo a vida política dos povos, inspirando orientação moral, ideológica e religiosa.

A partir desse momento é que tem início a inspiração, anseios e necessidades do surgimento do Direito Internacional, construindo a doutrina do *bellum justum*, na medida da qual, se entre a sociedade primitiva e antiga a guerra era essencialmente uma *vendetta*, passou-se a justificar a sua ocorrência quando sua caracterização convergia os seguintes requisitos básicos: a) declaração de guerra pela autoridade competente; b) justa causa; c) reta intenção.

Mas a grande façanha de GRÓCIO foi estabelecer uma diferença significativa entre o direito natural e o direito positivo, diferenciação que os antigos, embora às vezes lograssem referência vaga e imprecisa entre a lei escrita e não escrita, nunca conseguiram atingi-la com maior precisão ou clareza. Em verdade, a Igreja e o Império Romano haviam exercido uma espécie de hegemonia sobre os Estados singulares. Ao tempo, estas "autoridades" foram perdendo grande parte de sua influência política: o sonho de um Império ou de uma Igreja como poder político universal havia-se acabado, sendo preciso encontrar outros princípios para determinar as relações jurídicas entre os Estados autônomos e soberanos dentro de suas fronteiras e juridicamente iguais entre si⁴.

GRÓCIO teve o mérito de encontrar para o Direito um fundamento independente da revelação divina. Foi ele quem distinguiu o direito do dogma eclesiástico e o colocou onde se poderia verificar, sem conflito, a união das diferentes formas de fé religiosa, em tempos de rompimento da unidade da Igreja após a Reforma.

Segundo Elza Maria Miranda Afonso, GRÓCIO foi o primeiro filósofo a ter a visão laica, profana, do Direito Natural, ou seja, cortando as bases teleológicas do direito natural, que passa a ter fonte não divina, mas humana, através da razão. Duas são as fontes do Direito: a reta razão _ razão humana e não divina _ e o desejo de sociedade, porquanto o ser humano é essencialmente social. O Direito Natural existiria, disse GRÓCIO, ainda que pudéssemos pensar, senão incorrendo em absurdo e crime, que Deus não existe⁵.

Para GRÓCIO, a identificação do Direito Natural ocorre por dois métodos: um, *a priori*, de conteúdo sutil e filosófico, e outro, *a posteriori*, de cunho popular e acessível a todos. Conhece-se o método *a priori* quando há a necessidade de conformação e desconformidade de algo a respeito da natureza racional e social. O método *a posteriori* de conhecimento do Direito Natural ocorre quando se observa que algo é acreditado por todos ou por grande parte dos povos, ou seja, na busca da convicção jurídica comum das nações civilizadas. Mas este segundo método é criticado pelo próprio GRÓCIO, porquanto imperfeito e conduziria a um valor meramente empírico, enquanto cataloga o primeiro método como mais seguro.

Seguindo a máxima aristotélica de que o homem é um ser sociável por natureza e destinado a viver em forma de uma sociedade politicamente organizada, abstrai o Direito como algo racional, apto a fazer valer essa convivência social, apartando-o de maneira substancial e independente da religião. O Direito Natural subsistiria ainda que não houvesse Deus ou quando este não cuidasse especificamente das coisas terrenas.

Entre as condicionantes que demonstrariam a razão social que constitui o Direito, GRÓCIO destaca especialmente uma: a obrigatoriedade de respeitar os acordos, pois se admitirmos ser lícito faltar aos pactos, a convivência social não seria possível.

A obrigatoriedade de cumprimento dos pactos tem, para GRÓCIO, peso excessivo, a ponto de supor que uma nação é fruto de um acordo de vontade de seus habitantes, aproximando-se à teoria do contrato social, mas com uma visão mais empírica.

Entretanto, a visão do "contrato" é apenas uma idéia, uma hipótese, um princípio regulador, e não um fato essencialmente histórico. Mas, para GRÓCIO, não há um "contrato social" único, supondo que toda constituição política tenha sido precedida por um contrato correspondente, o qual todos os governos e todas as instituições estariam legitimados.

DEL VECCHIO retrata esse pensamento, no sentido de que:

El contrato social es consiguientemente para Grocio, un acto exterior, que deriva de la opinión y de una oportunidad cualquiera del momento, y no de la naturaleza propia del hombre. Únicamente deriva de la naturaleza del hombre el impulso hacia la sociabilidad; mas la determinación de la forma que la sociedad haya de asumir ha sido abandonada a su mero arbitrio⁶.

A idéia do "contrato social" é utilizada por GRÓCIO apenas para demonstrar que existe uma obrigação perpétua do povo de obedecer ao soberano, de tal modo que o "contrato social" é quase que uma presunção *iuris et de iure*, medida na qual as obras dos governantes e soberanos sempre se supõem consentidas pelos súditos.

Mostra-se um tanto quanto evidente que a teoria contratualista de que fala GRÓCIO está a merecer uma série de objeções. A própria história tem demonstrado firmemente que as sociedades e os Estados não se originam de um contrato, mas de fatos naturais e históricos, produzidos independentemente de reflexões ou de uma vontade deliberada. O caráter consensual, é verdade, cresce na medida em que a vida social vai num crescendo, progredindo.

A teoria construída por GRÓCIO é muito mais fecunda quando aplicada aos tratados internacionais. Introduzindo a idéia do Direito nas relações entre Estados autônomos e soberanos, ela demonstra que os tratados acordados entre esses Estados possuem validade jurídica, e são obrigados pelo Direito Natural. O Direito Internacional é um fragmento da lei natural, que por sua vez regula a convivência das diversas nações. Desenvolvendo esse conceito, GRÓCIO contribuiu, sobremaneira, para o desenvolvimento do Direito Internacional, numa época em que o Estado e a Sociedade cuidavam de se fortalecer sobre novas bases, após a derrocada do poder medieval.

GRÓCIO, segundo DEL VECCHIO, discute com bastante intensidade os vários problemas relativos à guerra e à paz, sustentando que também na guerra devem ser observadas algumas regras⁷:

Pero al tratar-los, se funda más que en principios racionales, en los precedentes históricos, o sea, en lo que hicieron los antiguos beligerantes y conquistadores; a estos precedentes los llama jus gentium y de ese modo llegó a considerar como jurídicamente lícitas algunas prácticas crudelísimas (matanza de todos los que se encuentran en territorio enemigo, reducción a esclavitud de todos los prisioneros de guerra y sus descendientes, etc.). Admite, es verdad, que en las guerras entre cristianos se usan ciertas atenuaciones (por ejemplo, sobre la suerte de los prisioneros), y aconseja, especialmente havia el final de su obra, algunas moderaciones sugeridas por la misericordia: así, por ejemplo, se debe perdonar a las mujeres y niños y evitar la matanza de multitudes, aunque, a su juicio, los consienta el *summum jus*.⁸

Vê-se, desta maneira, que a "razão" do Direito Natural afirmada por GRÓCIO no início de sua obra não tem, em realidade, nenhuma função na estrutura de seu sistema, pois lhe falta uma exata distinção entre Direito e Moral, tal como os concebemos.

1.2 O "Direito" Internacional

Um movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital. No plano da vida, tudo que se eleva converge. A elevação progressiva da espécie humana foi seguida, sempre, de um processo de convergência da própria humanidade sobre si mesma.

Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas⁹, e de outro, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois fatores de solidariedade humana: um, de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro, de natureza ética, que procura submeter a vida social ao valor supremo da justiça.

Ainda que o homem seja um ser sociável, é necessária uma regulação de sua atividade. Nas relações além fronteiras, essa normatização adquire contornos especiais, senão de difícil compreensão.

A incompreensão de que padece o Direito Internacional provém, dentre outros fatores, do pressuposto de que toda ordem jurídica deve ser hierarquizada e emanar de um órgão estatal central¹⁰.

Faltando à ordem internacional um órgão centralizador, acima dos Estados soberanos, as normas internacionais não gozariam de efetividade, sendo irrelevante o seu descumprimento pelo Estado no plano interno, o que levaria a outro problema: o desprezo ao Direito Internacional propagado pela ausência de sanção em face do descumprimento de suas normas.

Mas não é uma premissa verdadeira que o Direito Internacional seja despido de sanções para punir o descumprimento e a ofensa de suas normas, nem o fato de inexistir um órgão centralizado, à semelhança do Estado na ordem interna, que o descaracteriza como verdadeiro Direito.

Não parece oportuno, dado não se constituir tema central deste tópico, encetar a antiga, mas sempre atual, queda de braço entre a Teoria Monista e a Teoria Dualista¹¹, cujas observações serão feitas na segunda parte deste texto.

Entretanto, é evidente verificar que a Constituição não dá resposta a todos os problemas relacionados com as fontes do direito. Assim, como em qualquer sistema dotado de complexidade, existem os problemas relacionados com a própria unidade do sistema jurídico, e, como tal, o constitucionalismo tradicional é modelo que hoje não representa uma virtualidade suficiente para captar o relevo jurídico do Direito Internacional.

GOMES CANOTILHO, com arguta percuciência, salienta a existência, hoje, de um pluralismo de ordenamentos superiores na Europa, que convivem entre si, cada qual com seu grau de importância e validade:

Não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários ordenamentos superiores _ ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário _ cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa supremacia normativa ou, pelo menos, a aplicação preferente das suas normas e princípios.¹²

Não há que se negar, por outro lado, a existência de um *jus cogens* internacional, seja pela possibilidade de aplicação das sanções contratualistas, represálias ou mesmo a guerra, seja pela existência mesma de um sentido reflexivo de ações que a ordem interna provoca na ordem internacional, como esta naquela, como se mostrará no item seguinte.

1.3 A soberania

Uma das problematizações e dificuldades que envolvem a estrutura _ não apenas conceitual, mas sobretudo política _ da soberania é justamente aquela ligada às ratificações de tratados internacionais.

Tome-se como exemplo o Tratado de Roma, no qual o Brasil, um dos signatários para a criação do Tribunal Penal Internacional, está a encontrar dificuldades operacionais internas para ratificá-lo.

O Tribunal Penal Internacional é um instrumento importante para o combate a crimes de genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e contra os direitos humanos, por exemplo.

Esses crimes, em geral, se praticados pelos próprios dirigentes de determinados países, podem dificultar a ação das justiças locais e, para isso, foi criada uma Corte Internacional que tem poderes para agir de forma complementar. Quando a Justiça local, ou interna, falha, não instaurando um processo para julgar uma pessoa por algum crime _ como os acima mencionados _ o Tribunal teria competência para avocar este processo e julgar o infrator¹³.

O que dificulta a ratificação do Brasil ao Tratado de Roma, por exemplo, é um problema de ordem técnico-constitucional: a Constituição Federal não permite a extradição de nacionais (art. 5º, inc. LI), o que implica, teoricamente, a impossibilidade de se entregar um brasileiro para ser julgado pelo Tribunal Internacional.

A solução haveria de partir com a mudança da própria Constituição.

Ou se prioriza a soberania clássica, tal como nós a conhecemos, impedindo que fatores externos aos interesses de uma nação interfiram na formação da própria ordem constitucional, ou se faça valer uma ordem internacional, de valor superior, que permita interferência até mesmo nos desígnios de um povo soberano, objetivando um bem comum global ou a unidade de um direito internacional.

Essa questão foi enfrentada pelos países europeus que compõem a Comunidade Européia. França, Alemanha e Espanha, por exemplo, tiveram que mudar suas constituições para adaptar sua ordem jurídica às regras do Tratado de Maastricht.

Também a África do Sul foi compelida a modificar seu regime social constitucional de separação racial, o conhecido *apartheid*, para se integrar ao mundo, do qual fora excluída por rigorosas sanções impostas pelo Conselho de Segurança da ONU e executadas pelos países dela participantes.

Isso não representa, à obvia, o fim do Estado ou da própria soberania. Mas significa notar que

os fatos que estabelecem uma ordem interna refletem na ordem internacional, sempre que interferem com valores e princípios por essa ordem consagrados e para cuja elaboração contribui.

As modificações que alteraram a configuração da ordem internacional não podem ser ignoradas, diz JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES:

... sobretudo diante de realidades que afetam o Estado, não mais autárquico e isolado, mas participante ativo dessa ordem, não lhe sendo dado, portanto, apegar-se a posições e conceitos ultrapassados e incompatíveis com os interesses do país no exterior¹⁴.

Não há incompatibilidade, no tema referente aos direitos humanos, por exemplo, entre soberania, ou seja, Direito Interno e o Direito Internacional, vista em nosso ordenamento. O próprio legislador constituinte nacional elegeu uma prioridade, ao editar sua lei tida como suprema, conforme se verá com maior extensão e exatidão no item 4 infra.

Por ora, resta salientar que a Constituição Federal estabeleceu, no tocante às relações internacionais, um princípio balizador do comportamento internacional do Estado brasileiro, ao inscrever, no inc. IX do art. 4º, a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade".

O certo é que os valores universais da razão sempre impuseram a afirmação de um futuro comum, com base na liberdade, igualdade, justiça e solidariedade. Mas, se lançarmos um olhar para o mundo, veremos que tal ideal universalista ainda não encontrou plenas condições de efetivar-se, não somente pelas indiscutíveis reações culturais e étnicas que porventura se lhe oponham, mas principalmente pelas abissais diferenças econômicas.

A despeito do tema soberania, PAULO BONAVIDES, indicando uma certa inclinação de revisão deste conceito¹⁵, critica a corrente do Direito Internacional que propugna pela sua mitigação:

Como todo conceito de ciência política a doutrina da soberania passou por largo desdobramento e também por minuciosa revisão. Há juristas, sociólogos e pensadores políticos que entendem tratar-se de um conceito já em declínio. Hoje, por exemplo, conforme alguns publicistas, as ideologias pesam mais nas relações entre os Estados do que o sentimento nacional de soberania. Produzem as ideologias tamanha solidariedade entre indivíduos de países diferentes que acabam por estreitá-los num vínculo de consciência mais apertado que o laço de nacionalidade. Muitas vezes, contemporaneamente, diz Duverger, exprimindo essa mesma idéia, numa análise de surpreendente acuidade, indivíduos de Estados distintos atuam com mais compreensão e entendimento, à base de convicções políticas idênticas, do que tangidos por motivos de ordem pátria. Diz isso o pensador francês para mostrar como os fundamentos nacionais da soberania hão sido acometidos e enfraquecidos por fatores diversos na hora presente. Outro motivo que concorre fortemente para abater o princípio de soberania é a necessidade de criar uma ordem internacional, vindo essa ordem a ter um primado sobre a ordem nacional. Os internacionalistas são homens que vêem sempre com suspeição o princípio de soberania. Não apenas com suspeição, senão como se fora ele obstáculo à realização da comunidade internacional, à positivação do direito internacional, à passagem do Direito Internacional, de um direito de bases meramente contratuais, apoiado em princípios de direito natural, de fundamentos tão-somente éticos ou racionais, a um direito que coercitivamente se pudesse impor a todos os Estados¹⁶.

Mesmo conhecendo o ideário do jurista citado, é preciso ter presente que ao conceito clássico de soberania _ no sentido de ser o poder de se autolimitar _ é oposto por HANS KELSEN um conceito eminentemente jurídico, na medida em que essa autolimitação é materializada pela criação de uma ordem normativa, e, portanto, jurídica. Desta maneira, KELSEN destaca que a criação da ordem interna não pode confrontar com matéria específica já regulada pelo Direito Internacional:

Se, por exemplo, dois Estados concluíram um tratado, segundo o qual, cada um deles é obrigado a naturalizar cidadãos do outro apenas sob certas condições, a decretação de um estatuto regulamentando a naturalização de outro modo é uma violação do Direito Internacional. Isto significa que a competência material de um Estado, o seu poder de regulamentar qualquer matéria

que deseja, é limitada pelo Direito Internacional; mas ela é limitada juridicamente apenas pelo Direito Internacional. A ordem jurídica nacional, isto é, uma ordem que constitui um Estado, pode, desse modo, ser definida como uma ordem coercitiva e relativamente centralizada cujas esferas de validade territorial, pessoal e temporal são determinadas pelo Direito Internacional e cuja esfera de validade material é limitada apenas pelo Direito Internacional¹⁷.

Soberania é um conceito, a um mesmo tempo, jurídico e político. Se houver a preponderância do contexto político, haverá, em contrapartida, uma minimização da importância jurídica. Do contrário, se priorizar-se apenas o jurídico no conceito de soberania, como fez Kelsen¹⁸, os aspectos políticos ficarão ao largo das influências sociais e de opinião¹⁹.

A soberania deve ser vista, hoje, com um certo temperamento, principalmente quando se está defronte a relações internacionais, máxime, de cunho protetivo dos direitos humanos: o princípio de proteção dos direitos humanos é um princípio imperativo, que converte a soberania dos Estados em uma soberania limitada.

O que é preciso anotar, portanto, é que a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1949, estes se desenvolveram em nova e mais profunda extensão, passando a um panorama universal, descabendo limites de fronteiras. De acordo com a nova concepção dos direitos humanos²⁰, a soberania dos Estados passou a tema secundário. Não há mais que se falar, grosso modo, em soberania estatal quando o assunto em questão cuidar em garantir os direitos fundamentais do ser humano²¹. Assim, o tradicional e clássico conceito de soberania deve ceder espaço ao socorro do ser humano naquilo que lhe é mais caro: a vida e a dignidade como pessoa humana.

No confronto entre soberania e Direitos Humanos, devem prevalecer os direitos humanos. Daí se segue a imperativa lição de CANÇADO TRINDADE:

A conformação deste novo e vasto *corpus iuris* vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância. (...) O reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.²²

o TRATADO INTERNACIONAL

2.1 Conceito e formação dos Tratados Internacionais

Antes de analisarmos a validade e eficácia dos tratados internacionais _ especificamente aqueles que conferem proteção aos Direitos Humanos _ na disciplina constitucional brasileira, torna-se necessário abordar, ainda que de forma tênue, o seu significado jurídico, seu processo de formação e seus efeitos.

O termo tratado é geralmente usado para se referir aos acordos celebrados entre sujeitos de Direito Internacional. Além do termo tratado, outras denominações são utilizadas para referência aos acordos internacionais: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, Tratado ou Acordo Internacional, Ajuste, Compromisso, entre outros.

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem a principal, mas não a única²³, fonte de obrigação do Direito Internacional.

A Convenção de Viena, concluída em 1969, teve por fim disciplinar e regular a formação dos tratados internacionais, ou seja, objetivou servir como a Lei dos Tratados. Mas essa Convenção limitou-se aos tratados celebrados entre Estados, não envolvendo os tratados de que participam organizações internacionais.

Cabe observar que a análise ora feita terá em linha de conta apenas os tratados celebrados pelos Estados, já que são estes que importam para o presente estudo.

Para Francisco Rezek: "Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos²⁴", sendo um instrumento que difere da lei ordinária numa ordem jurídica interna apenas pelo seu processo de formação e pela sua forma final, mas não pelo seu conteúdo. Significa dizer que os tratados podem abordar uma gama variável de matérias, de acordo com seu interesse.

Registre-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Somente pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que os Estados, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. Então, teoricamente, os tratados só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com a sua adoção.

O sistema referente ao exercício do poder de celebrar tratados é condicionado à regulamentação de cada Estado. Desta forma, as exigências constitucionais concernentes ao processo de formação dos tratados variam significativamente.

Destaca FLÁVIA PIOVESAN que:

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo. Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo. Em sequência, aprovado o tratado pelo Legislativo, há o ato de ratificação do mesmo pelo Poder Executivo. A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado a um tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado obriga-se pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional²⁵.

A assinatura do tratado pelo Poder Executivo não confere plena efetividade ao tratado, senão após sua aprovação pelo Poder Legislativo e novamente pela posterior ratificação pela autoridade do Executivo²⁶.

Presentemente, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagrou a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais²⁷, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. De outra parte, é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais²⁸

Portanto, no plano interno nacional, é necessária a convergência de vontades do Executivo e do Legislativo para a conclusão de tratados; seu aperfeiçoamento demanda um ato complexo, que se inicia com a vontade do Presidente da República, passando pela aprovação, mediante decreto legislativo, e concluindo sua eficácia no plano interno e externo, com a ratificação²⁹, momento em que passa a produzir efeitos jurídicos.

2.2 A eficácia dos tratados e a ordem jurídica brasileira

O tema de conflito entre as normas internacionais, dentre as quais os tratados, e a ordem jurídica interna, contribuiu, ao longo dos anos, para grandes discussões doutrinárias objetivando o melhor equacionamento da questão.

De um lado os dualistas, para quem inexiste conflito entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há nenhuma interseção entre ambas.

"São esferas distintas que não se tocam", diz LUÍS ROBERTO BARROSO³⁰. As normas de Direito Internacional disciplinam as relações entre Estados, enquanto o direito interno rege as relações intra-estatais, sem conexão com os elementos externos.

De outro norte, os monistas afirmam que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que o

Direito Internacional e o direito interno integram esse sistema, convergindo e sobrepondo-se, havendo necessidade de se encontrar um método que discipline estas duas categorias dentro de uma mesma ordem jurídica.

Sem pretender renovar a discussão, o certo é que parece ter prevalecido o sistema monista no campo do Direito Internacional. Significa dizer que o direito deve ser estudado e aplicado em toda sua completude, em toda sua extensão e unidade.

A maior parte dos países europeus contém regras constitucionais sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente considerando este último como parte integrante do primeiro³¹.

Já na França, na Constituição de 1958, e na da Holanda de 1983, há disposição conferindo superioridade ao Direito Internacional³².

Entretanto, informa GOMES CANOTILHO³³ que, com o advento do direito comunitário, este tem desfrutado de destacada primazia sobre o direito interno europeu.

O sistema jurídico nacional não contempla nenhuma disposição constitucional de reconhecimento ou aceitação do Direito Internacional pelo nosso direito interno³⁴ e ³⁵, como aquela existente na Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), que dispõe expressamente, em seu art. 25, que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal alemão e se sobrepõem às suas leis nacionais, o que tem recebido críticas diversas³⁶.

Mas, no Brasil, a doutrina que ganhou contornos majoritários se filiou à Teoria Monista, com apoio kelseniano, estruturado na máxima da *pacta sunt servanda*, na medida em que prevalecerá o preceito do direito internacional sobre outro preceito de direito interno, em que pese inexistir disposição constitucional a respeito.

Assim, existindo conflito entre tratado internacional e norma interna infraconstitucional, tem primazia o tratado sobre o direito interno, de modo a alterar a lei anterior.

Ocorre que, à parte a doutrina jurídica acima apontada, a jurisprudência nacional adotou o que se pode chamar de *teoria monista moderada*, segundo a qual prevalece a norma posterior em caso de conflito de fontes³⁷.

Pode-se afirmar, portanto, que, para a jurisprudência nacional havendo conflito de fontes, terá eficácia a lei posterior, independentemente de sua natureza internacional ou interna, uma vez que tanto uma como outra estão no mesmo plano de validade³⁸.

Ocorre que essa visão deixa transparecer uma certa tendência conservadora da Corte Suprema Brasileira. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, situação que não se mostra compreensível em sua inteireza.

Fácil seria burlar qualquer pacto internacional, se por disposições legislativas internas fosse possível modificá-lo. Nada obstante, muitas vezes o objetivo do tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deveriam ser observadas no plano interno dos Estados signatários.

Desde que aprovado um tratado internacional, o Poder Legislativo compromete-se a não editar leis a ele contrárias. Se o Congresso Nacional dá sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. Assume o Congresso, por consequência, verdadeira obrigação legislativa negativa, ou seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas.

Então, aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República,

suas disposições normativas _ com a publicação do texto _ haveriam de conter eficácia e vigência plenas internamente, vinculando o Estado na aplicação de suas normas, no qual cada um dos Poderes deveria cumprir a parte que lhe cabe nesse processo: ao Legislativo incumbiria aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo caberia a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; ao Judiciário ficaria o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhe sejam contrárias³⁹.

Veremos a seguir como se comportam a ordem jurídica constitucional e os tratados internacionais, para analisar oportunamente a eventual colisão que possa existir entre aquela e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1 A ordem jurídica constitucional e os tratados internacionais

Para a doutrina tradicional, como se viu acima, os tratados internacionais, quando ratificados e incorporados ao sistema jurídico nacional, possuem *status* de lei ordinária. Sequer podem ser adotados para regular matéria que a Constituição Federal reservou à lei complementar⁴⁰.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a subordinação dos tratados internacionais às disposições normativas constitucionais, como, por exemplo, quando do julgamento do pedido de liminar na ADIn. 1.480-3-DF, relatada pelo Min. CELSO DE MELLO, cuja transcrição segue, no ponto que interessa a este enfoque:

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional⁴¹.

O tema, não há como negar, é envolto de controvérsias. De fato, como se viu, a idéia de soberania ilimitada não está a merecer abrigo. À Constituição não se pode emprestar todo e qualquer conteúdo, sem atender a princípios, condições ou valores, entre estes certos valores de índole universal⁴². Mas a discussão, embora interessante acerca dos limites materiais do poder constituinte não terá enfoque aprofundado, senão restrito ao objeto do estudo, que se preocupa mais com a aplicação concreta do direito constitucional e os tratados de proteção dos direitos humanos.

Neste prisma, tem-se afirmado que o tratado internacional geral não pode ultrapassar os limites impostos pela Constituição Federal. A razão está na natureza estável do texto constitucional.

Mas, como acima mencionado (item 1.3 sobre Soberania), diversos países da Europa modificaram suas Constituições para adaptar sua ordem jurídica às regras do Tratado de *Maastricht*⁴³.

À parte a fecunda discussão entre monistas e dualistas, pode-se asseverar que o tratado internacional geral deriva de um fundamento constitucional. Sendo norma derivada da Constituição, não haveria de, em nenhuma hipótese, ultrapassar ao que foi posto de forma originária pelo legislador constituinte.

É o que CANOTILHO chama de autoprímazia normativa:

"A autoprímazia normativa significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade e outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, em termos pragmáticos, que a constituição formada por normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual

democrática) e informadas por "estatutas básicas de justiça" (legitimidade material) é portadora de um valor formal e material superior. A superioridade normativa da constituição implica, como se disse, o princípio da conformidade de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais. Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior _ princípio da hierarquia _ e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas de princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia _ princípio da constitucionalidade⁴⁴.

Assim é porque a Constituição _ dentre outras qualificações _ é norma de organização do Estado, guardando em seu contexto parcela enorme de soberania popular. De outro norte, não fosse assim, o quórum qualificado para a alteração das normas constitucionais não teria significado. Mas essa autoprímazia é apenas aparente. Fatores externos possibilitam a alteração constitucional e sua adaptação a uma integração mundial em várias dimensões.

Na sequência, ao abordarmos a questão da soberania e a supremacia constitucional, abandonamos aqueles conceitos emblemáticos, cujos termos urge sejam atenuados, para nos atermos, levando-se em linha de conta a necessidade da eficácia das normas constitucionais, como *standard*, ao princípio da segurança jurídica.

Posta a questão nestes termos, veremos então a possibilidade de reconhecimento de constitucionalidade dos tratados internacionais gerais ou convencionais.

3.2 Controle jurisdicional de constitucionalidade de tratado internacional

Nascido no direito norte-americano, com o Constitucionalismo, assim chamado o movimento político-jurídico advindo da promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, em 17 de setembro de 1787, o controle de constitucionalidade tem como princípio a supremacia constitucional, em que faz prevalecer a necessária superioridade da norma constitucional no *ranking* das normas estatais, mediante a contínua verificação da conformidade das normas infraconstitucionais com os ditames constitucionais, traduzindo-se numa das mais sérias garantias constitucionais⁴⁵.

Como retrata MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

... a supremacia da Constituição decorre de sua origem, provindo ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado Poder Constituinte⁴⁶.

O que garante e torna eficaz o princípio da supremacia constitucional é o controle de constitucionalidade, sistema destinado a controlar a constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais.

Entretanto, as exigências constitucionais concernentes ao controle de constitucionalidade variam significativamente, dependendo da ordem jurídica que o contempla.

Assim, na França, o controle de constitucionalidade é político, feito por órgão de natureza política, não integrante do Poder Judiciário, o qual são confiados ao Conselho Constitucional, composto de nove membros, renováveis por dois terço a cada três anos. FERREIRA FILHO registra, entretanto, que a experiência tem mostrado que esse controle é ineficaz, dado que o é realizado mais pelo critério da conveniência do que pelo critério de concordância da norma com a Constituição⁴⁷.

Trata-se de um controle de natureza preventiva⁴⁸, pois que as normas são submetidas ao Conselho antes de sua promulgação, e declarada sua inconstitucionalidade, não poderá ser promulgada ou aplicada. O reconhecimento de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade é irreversível e obriga a todos, vedando eventual discussão no campo judicial⁴⁹.

O controle judicial decorre de órgão do Poder Judiciário, que invariavelmente atua de forma

repressiva, ou seja, o controle de constitucionalidade é feito a posteriori, após a concretização do ato legislativo⁵⁰. Esse o sistema norte-americano, do judicial *review*, criado com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, pelo *chief justice* John Marshall.

Há, ainda, apenas como referencial, o sistema misto, assim denominado porque na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros ramos, formando um tribunal não judicial, de competência especializada.

"É o chamado "modelo austríaco" por ter nascido na Constituição austríaca de 1920, sob inspiração *kelseniana*"⁵¹.

São os Tribunais ou Cortes Constitucionais, cuja composição pode ser efetuada por membros dos três ramos de poder.

No Brasil, embora de inspiração norte-americana, o controle de constitucionalidade pode ocorrer de maneira difusa, por via de exceção ou pelo controle concentrado ou abstrato. Dá-se aquele quando qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever de _ diante um conflito entre um ato normativo e a Constituição _ deixar de aplicar aquele em benefício desta. No controle concentrado, apenas a um órgão _ o órgão de cúpula do Poder Judiciário _ é conferido o poder de examinar a alegação de inconstitucionalidade^{52 e 53}.

De resto, o que interessa anotar é que a teoria da constitucionalidade das leis é base da aplicação do instituto aos tratados. Já se observou que há na doutrina e jurisprudência nacionais, a equiparação, no âmbito interno, entre tratado e lei.

A Constituição de 1988 prevê, no art. 102, inc. III, letra "b", a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em Recurso Extraordinário, as causas decididas em última ou única instância que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Não há, por outro lado, referência explícita acerca da declaração de inconstitucionalidade de tratado por via concentrada ou abstrata.

Em sendo assim, poder-se-ia objetar pelo não cabimento, no direito constitucional brasileiro, de Ação Direta de Inconstitucionalidade de tratado internacional, firme no art. 102, inc. I, letra "a" da Constituição Federal, sendo possível apenas o controle de constitucionalidade pela via difusa.

No entanto, o controle abstrato se faz, precisamente, aos atos estatais editados e responsáveis pela formal introdução do texto convencional no âmbito do sistema de direito positivo interno nacional, se e quando o tratado geral tiver sido incorporado ao nosso sistema jurídico.

É necessário que se tenha em conta que o fenômeno da inconstitucionalidade possua lugar no momento da confecção do dispositivo gravado de tal eiva. Assim sendo, o diploma internacional, no momento de sua confecção, por não se encontrar sujeito aos limites da Constituição Brasileira, não estava maculado por vício de origem.

A inconstitucionalidade é fenômeno decorrente da supremacia constitucional, mas é antes disto originária da soberania⁵⁴ da nação brasileira, manifesta através da Constituição da República.

Mas, partindo do pressuposto da primazia da constituição brasileira frente os tratados internacionais gerais, e do princípio de que estes se encontram no mesmo grau de eficácia da lei, é possível avaliá-los sob dois aspectos: o de sua constitucionalidade extrínseca e o de sua constitucionalidade intrínseca.

CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO leciona que:

A ratificação imperfeita também denominada de "constitucionalidade extrínseca" é aquela em que o Poder Executivo ratifica o tratado sem submetê-lo à aprovação do Legislativo, deixando de cumprir norma constitucional⁵⁵ ...enquanto a constitucionalidade intrínseca ocorre quando o tratado formalmente respeita as normas de conclusão fixadas no direito interno (ex.: aprovação pelo Legislativo), mas o conteúdo de alguma norma constitucional viola a Constituição do Estado⁵⁶.

LUÍS ROBERTO BARROSO, entretanto, vai mais além, incluindo na inconstitucionalidade extrínseca a violação das regras de competência e procedimento para sua aprovação parlamentar, ratificação e entrada em vigor⁵⁷.

É preciso enfatizar, no entanto, que sistemas jurídicos estrangeiros conferem, excepcionalmente, a incidência de normas formalmente inconstitucionais constantes de tratados internacionais, como por exemplo, o sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição de 1976, com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional de 1989, declara no art. 277, n. 2:

A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

Em senso semelhante é a recente Constituição do Peru, de 1993, que admite a incorporação de tratados internacionais desde que esse ato de Direito Internacional público seja "aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição".

Também a Constituição do Reino Unido dos Países Baixos, promulgada em 1982, permite, de forma expressa, que qualquer cláusula de tratado internacional que se revele incompatível com a Carta Política do Estado holandês seja, não obstante o vício de inconstitucionalidade, susceptível de incorporação ao direito interno daquele País, desde que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (art. 91, n. 3).

Se a primazia constitucional impera sobre os tratados internacionais gerais, por conta destes estarem no mesmo grau de eficácia das leis, por efeito mesmo da soberania, esta e aquela são mitigadas _ ou limitadas _ quando o assunto é direitos humanos decorrentes de tratados internacionais, como se mostrará na parte seguinte.

Antes porém, é preciso registrar que ao Brasil caberia a instituição de um controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade de tratados gerais, a fim de não passar por constrangimentos no plano internacional, tendo em vista que no sistema jurídico atual, somente após a entrada em vigor de um tratado é que ele pode ser declarado inconstitucional. Isso compromete a estabilidade das nossas relações internacionais e fragiliza nosso sistema jurídico⁵⁸.

Após a ratificação de um tratado, o Supremo Tribunal Federal pode declarar a sua inconstitucionalidade, de modo que decorre a necessidade dele o mesmo ser denunciado, e de serem assumidas as consequências daí decorrentes.

França, Alemanha, Espanha e México, por exemplo, possuem o controle preventivo de constitucionalidade, de modo que a ratificação de qualquer tratado, passa, antes, pelo controle a priori.

os tRATADOS INTERNACIONAIS de proteção dos direitos humanos

4.1 O direito internacional dos direitos humanos⁵⁹

A expressão "direitos humanos" parece carregar em si mesma uma certa redundância em seu próprio termo: difícil compreender direitos que não sejam dos homens, dado que só este é sujeito de direitos. Entretanto, não é difícil entender a razão deste aparente pleonismo: a expressão, na verdade, designa aquilo que é inerente à própria condição humana, sem elo com particularidades determinadas de grupos ou indivíduos⁶⁰.

A evolução histórica da proteção dos direitos humanos fundamentais em diplomas internacionais é relativamente recente, como recente é o próprio Direito Internacional. Iniciou-se com importantes declarações sem caráter vinculativo, para, na sequência, assumirem forma de tratados internacionais, com o objetivo de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas.

Com isso, e dada a necessidade sempre premente de proteção e efetividade aos direitos humanos,

possibilitou-se, em nível internacional, o surgimento de uma disciplina vinculada ao Direito Internacional público, que se denominou chamar de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A finalidade desse novel 'direito' é a concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas tuteladoras de bens da vida primordiais, como por exemplo, a dignidade, a vida, a liberdade, a segurança, a honra, entre outros, com previsões de instrumentos jurídicos e políticos de implementação.

Após o segundo conflito mundial do Século XX, houve uma irrupção de proteção do homem, com a proclamação de uma nova declaração de direitos⁶¹, agora e pela primeira vez em toda a história, com o expresso cunho da universalidade⁶². Com isso se quer enfatizar que a rede de proteção dos direitos humanos, no plano internacional, busca converter o interesse da comunidade internacional e a necessidade de redefinição do que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados, num sistema normativo de proteção de direitos humanos, com a criação de um complexo *corpus juris*.

Esse *corpus juris* veio, ao longo do século passado, em plena expansão, configurando uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, denominada Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶³.

Assim, como ensina FLÁVIA PIOVESAN:

O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilidade e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais.

Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional, no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados. O Estado passa, assim, a consentir no controle e fiscalização da comunidade internacional, quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos⁶⁴.

Nessa medida, é importante assinalar que a doutrina que visa à proteção internacional dos direitos humanos é uma das críticas mais poderosas à tradicional concepção de soberania. Com efeito, a política e a prática de direitos humanos têm contribuído para uma transformação gradual, significativa e provavelmente irreversível da soberania no mundo moderno, tal qual a concebíamos.

Mas vejamos agora a relação existente entre esse Direito Internacional de Direitos Humanos e a Constituição de 1988.

4.2 A Constituição de 1988 e os Direitos Humanos

Iniciou-se, no Brasil, em meados dos anos 80, a incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fruto do processo de democratização que se principiava. O processo de democratização permitiu que o Brasil fosse reinserido no plano internacional de proteção dos direitos humanos. Percebe-se, neste ponto, uma dialética relação entre Democracia e Direitos Humanos: se a democratização permitiu a ratificação de inúmeros e relevantes tratados internacionais de direitos humanos, a incorporação destes tratados permitiu, por sua vez, o fortalecimento do processo democrático, com a ampliação do universo de direitos fundamentais⁶⁵.

O ideal democrático não se mostra apenas pela maneira pelo qual o poder político é exercido, mas também, e essencialmente, pela forma com que os direitos fundamentais são implementados.

Note-se, nessa medida, para a maneira pelo qual os direitos humanos internacionais inovam a ordem jurídica interna, complementando e integrando o elenco de direitos fundamentais⁶⁶.

Assim, à parte os tratados internacionais de direitos humanos subscritos e ratificados pelo Brasil, muitos de seus princípios foram normatizados pelo nosso ordenamento jurídico, e mesmo alçado em nível constitucional. Veja-se, a propósito, o elenco de grande parte dos direitos e garantias fundamentais expostos no art. 5º da Constituição Federal, além do capítulo referente aos direitos sociais, aos direitos econômicos, direitos políticos, entre outros.

Mesmo a partir de seu preâmbulo, a Constituição Federal assegura o respeito e supremacia dos direitos humanos. A Constituição de 1988 fundou um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Este mesmo Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e possui como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁶⁷.

A violação de direitos fundamentais da pessoa humana, antes de tudo, deve ser combatida pelo Estado Brasileiro. Este é o sentido da regra constante no art. 5º, inc. XLI, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

No âmbito do Direito Internacional, a prevalência dos direitos humanos é princípio norteador das relações internacionais da República Brasileira, de conformidade com o art. 4º, inc. II, da Constituição Federal, exigindo cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, conforme o inc. IX do mesmo texto legal.

Logo se vê a clara compatibilidade entre o *ethos* de proteção dos direitos humanos da Constituição Federal de 1988 e os dispositivos convencionais e costumeiros do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4.3 Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição de 1988

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

À luz destes princípios _ que dão suporte expansivo de valores e servem de critério interpretativo das demais normas do sistema jurídico brasileiro _ é que deve ser lido e interpretado o § 2º do art. 5º do texto constitucional: "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".

Por essa razão, cresce na doutrina nacional o sentido de que os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados convencionais gerais, quando internalizados, passam a ter *status* e legitimidade de norma constitucional.

Não é esta, entretanto, a visão majoritária do Supremo Tribunal Federal, para quem os tratados internacionais não podem violar a normatividade destas mesmas normas.

Com se viu nos itens precedentes, o Supremo Tribunal Federal atribui ao tratado incorporado _ qualquer que seja a matéria nele disposta _ *status* de mera lei ordinária.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação restritiva do texto constitucional em foco. Disso decorre que, para aquela Corte, não há prevalência automática dos atos internacionais em face de lei ordinária. Assim, eventual conflito entre essas normas deve ser resolvido pela aplicação do critério cronológico ou pela aplicação do critério da especialidade. Desta maneira, para que um tratado internacional de direitos humanos revogue uma lei ordinária, deve ser com ela

incompatível, como também é possível, segundo a visão do Supremo Tribunal Federal, registre-se, que a lei ordinária posterior revogue um tratado internacional de direitos humanos.

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não tem o condão de fornecer *status* de norma especial aos tratados de direitos humanos porventura firmados pelo Brasil⁶⁸. Desta feita, tais normas internacionais devem subordinar-se à Constituição, já que têm *status* de simples lei ordinária.

A diretiva traçada pelo Supremo Tribunal Federal está em que a Constituição brasileira não consagrara expressamente a hierarquia constitucional de tratados de direitos humanos, como fez, por exemplo, o constituinte argentino. Para a Corte Suprema, a diferença entre as duas Constituições demonstra que, justamente quando o constituinte almeja estabelecer um *status* normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente.

Com efeito, usando dos argumentos do Min. CELSO DE MELLO, no Recurso Extraordinário 254.544-GO,

Inexiste, contudo, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República.

Impende salientar, por isso mesmo, que a cláusula inscrita no art. 7º, n. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos _ que omite qualquer referência normativa à possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel _ não vincula o legislador constituinte, que sempre poderá dispor em sentido contrário no próprio texto da Constituição.

Sempre reconhecendo a necessária submissão hierárquico-normativa dos tratados internacionais à ordem jurídica subordinante consubstanciada na Lei Fundamental da República (ADIn. n.1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello), impõe-se acentuar, neste ponto, que não há como emprestar à cláusula inscrita no art. 5º, § 2º, da Carta Política um sentido exegético que condicione, ou que iniba, ou, até mesmo, que virtualmente impossibilite o Congresso Nacional de exercer, em plenitude, as típicas funções institucionais que lhe foram deferidas pelo documento constitucional, especialmente quando este outorga ao Poder Legislativo expressa autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel.

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Não me parece, por isso mesmo _ especialmente se considerada a advertência feita pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 164/214, item n. 4) _ que o Estado Brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão civil, sob o fundamento de que o Pacto de São José teria pré-excluído, em sede convencional, a possibilidade de disciplina desse mesmo tema pelo Congresso Nacional. É que, no caso em exame, não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização constitucional, inscrita no texto da Constituição Brasileira, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil precisamente na hipótese de infidelidade depositária.

Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil _ à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75,

n. 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos⁶⁹.

Em senso idêntico à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é a doutrina de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que, ao comentar a relação entre os direitos humanos fundamentais inseridos em tratados internacionais e a Constituição Brasileira, destaca a existência de duas espécies de direitos e garantias fundamentais: uma decorrente da própria carta constitucional, que teriam, por óbvio, *status* constitucional, e aqueles previstos em tratados internacionais, que possuiria *status* de lei ordinária. São suas as palavras:

Por outro lado, o art. 5º, § 2º, da Constituição vigente suscita, sem o perceber, um problema teórico. Ele, com efeito, não se contenta em afirmar o caráter exemplificativo da enumeração, admitindo outros vinculados ao sistema e a seus princípios, mas inova em relação às anteriores, acrescentando: 'ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

Embora haja quem pretenda ser a norma do tratado superior, sempre, à lei interna de tal sorte que prevaleceria mesmo quando esta fosse a ela posterior, conquanto haja quem pretenda, até, ser a norma do tratado superior à própria norma constitucional, nenhuma destas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro.

...

Disto resulta prevalecer sempre o regime do direito tal qual estabelecido na Constituição Brasileira sobre o que estiver definido no tratado, seja este anterior ou posterior à Constituição.

Assim sendo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Têm apenas a força de legislação ordinária.

Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos 'fundamentais', estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal⁷⁰.

Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO os direitos fundamentais seriam de ordem constitucional e de ordem legal. Mas essa doutrina merece críticas, dada a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. É evidente ainda que, se o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não cuidasse de norma efetivamente constitucional, ficaria sem sentido e lógica a previsão normativa dantes mencionada. Esse dispositivo não contém cunho taxativo e diz muito mais do que, à primeira vista, pode-se extrair de seu texto literal.

Observe-se que a abertura material do catálogo previsto dos direitos fundamentais está, não apenas no reconhecimento de outros direitos fundamentais constantes de regras do Direito Internacional, mas nos direitos decorrentes do regime e princípios, consagrando, por evidência, a existência de direitos fundamentais não escritos, de natureza eminentemente principiológica _ de princípios implícitos ou decorrentes.

Uma das características da modernidade e do constitucionalismo sempre foi o de considerar os direitos dos homens como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Os direitos fundamentais não formalmente constitucionais são densificações do âmbito normativo-constitucional de outras normas, ou seja, direitos constitucionalmente plasmados, e nessa medida formam parte do bloco de constitucionalidade⁷¹.

Assim, tanto a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a do eminente constitucionalista citado carecem de aceitação.

A Constituição de 1988 incorporou automaticamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dotando tais normas de dignidade constitucional, por força daquele § 2º do art. 5º. Essa incorporação automática decorre em face do § 1º do art. 5º da

Constituição, que assegura a auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e que, interpretando-o em consonância com o § 2º, assegura a incorporação automática e eleva à hierarquia de norma constitucional os dispositivos de direitos humanos inseridos em tratados ratificados pelo Brasil.

É preciso anotar que a aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos fundamentais, por força mesma das disposições constitucionais em foco, permite seja dispensada a edição de decreto de promulgação, a fim de irradiar seus efeitos _ tanto no plano interno como no plano externo _ como se viu na segunda parte deste estudo, no item 2 supra. Diversamente, se o tratado internacional não versar sobre direitos humanos, o decreto de promulgação mostra-se necessário e adequado.

Há outra conseqüência advinda dos tratados internacionais de direitos humanos, além de sua natureza constitucional e incorporação automática. Com essa incorporação automática, todos os direitos ali inseridos passam a constituir cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos sequer por emenda à Constituição, conforme seu art. 60, § 4º, inc. IV. É o que se extrai do resultado da exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º e art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição Federal⁷².

A propósito, sempre elucidativa a doutrina de Cançado Trindade:

Como ressaltamos em obra recente, "as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas _ administrativas e outras _ a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário Nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição Nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a essa nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 determina que 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte'.

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter "aplicação imediata" (art. 5º, § 1º,), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, inc.IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigentes ou obrigatoriedade no plano

do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os arts. 5º, § 2º, e 5º, § 1º da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica _ ainda seguida em nossa prática constitucional _ da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Se houvesse uma clara compreensão em nosso país do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas que parecem circundar o atual debate nacional sobre a matéria já teriam sido esclarecidas e superadas. O art. 5º, §2º da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nessa área, parece ainda esquecido dos agentes do poder público, mormente do Poder Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente nesse domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem __, mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis. Tal vontade, a seu turno, só se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem o que pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, no presente domínio de proteção; impõem aos Estados-Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das "possibilidades de recurso judicial"; prevêm a adoção pelos Estados-Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpretação entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que a tese da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional padece de incongruências irremediáveis e mostra-se inaplicável no tocante aos tratados de direitos humanos. A máxima *lex posteriori derogat priori* em nada afeta ou prejudica os tratados de direitos humanos vigentes; as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção que vincula o país, sob pena da configuração de sua responsabilidade internacional. Pode-se presumir o cumprimento das obrigações convencionais de proteção por parte do Poder Legislativo, da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário. Esse é o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional e proteção vigente. Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam à necessidade e ao imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se desenvolva em nosso país esse novo enfoque da matéria, e que se promova uma maior aproximação entre os pensamentos internacionalista e constitucionalista, de modo a assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no âmbito de nosso direito interno. Com estas ponderações em mente,

passemos às reflexões derradeiras do presente estudo, dedicadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos, com base na experiência acumulada nas últimas décadas, neste limiar do novo século⁷³.

Em épocas como a atual, encontramos-nos num tempo jurídico de direitos humanos, num tempo global de direitos humanos. Os direitos humanos plasmam e otimizam o Direito, tornando um paradigma do direito ocidental moderno, como, aliás, sucedeu com o paradigma de Constituição. Os Direitos Humanos renovam a face do Direito e persistem como instância crítica, política e antipositivista extremada do Direito.

Portanto, é necessário um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos:

... na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados⁷⁴.

Como vimos, a Constituição Brasileira, ao estabelecer a criação de um Estado Democrático de Direitos e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana⁷⁵, não pode conter obstáculos a uma maior proteção desta mesma pessoa humana, ainda que obtida em dispositivos internacionais.

A solução que deve partir para a conciliação do texto constitucional com proteção inserida por normas internacionais de direitos humanos deve partir de uma exegese otimizada dessas normatividades: sempre a proteção do ser humano.

A máxima teórica de supremacia constitucional não é absoluta. Há uma contradição meramente aparente entre a aceitação da supremacia da Constituição sobre norma internacional de direitos humanos ou a aceitação da revogação de norma constitucional por estar em contradição com a norma internacional. É possível a conciliação entre esses dois termos aparentemente opostos.

Se se condicionar a primazia constitucional, poder-se-á conduzir a uma interpretação constitucional contrária aos direitos humanos, o que feriria o espírito da própria Constituição. Ao se afirmar a supremacia da Constituição, poderia ocorrer a violação de seu caráter protetivo de direitos humanos.

A análise de que as normas internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, são auto-aplicáveis e incorporadas automaticamente a nossa ordem jurídica, além de se constituir em cláusula pétrea, é extremamente sedutora, mas, por outro lado, cede espaço e perde apoio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de parte da doutrina nacional.

Há que se impor, ao menos por ora, uma teoria de compatibilidade entre os conflitos de direitos humanos provindos de tratados internacionais e a Constituição, no sentido de obter maior chance de êxito internamente.

A razão estaria, à primeira vista, na necessidade de buscar uma interpretação da Constituição conforme os princípios albergados pela própria norma constitucional de proteção dos direitos humanos e os princípios inerentes à pessoa humana e aos direitos fundamentais, nas hipóteses de conflito aparente entre os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e as normas constitucionais. Com isso, estar-se-ia afastando qualquer ofensa à soberania do Estado, e como consequência inarredável, cumpriria os desígnios estabelecidos pelo próprio legislador constituinte.

CONCLUSÃO

Do que se expôs, colhe-se a conclusão de que o direito internacional, pela sua novidade e pelo seu espectro dinâmico, está a impor a necessária revisão de inúmeros conceitos clássicos, como soberania e primazia constitucional.

Ademais, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal é reveladora da existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do sistema jurídico, inclusive os oriundos de tratados internacionais, bem como a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos _ implícitos nas normas do catálogo constitucional _, e os decorrentes do regime e princípios da Constituição, faz surgir elementos que devem servir de base para uma melhor interpretação do texto constitucional, notadamente quando em conflitos normas de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e as disposições constitucionais.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo : Editora Saraiva, 1996.

AFONSO, Elza Maria Miranda. Curso Filosofia do Direito II, anotações. Ministrado no Curso de Mestrado Interinstitucional UFMG-UNIR, área de concentração de Direito Constitucional. Porto Velho: 2001.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. São Paulo : Editora Globo, 1998.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Curso Direito Constitucional Positivo, anotações. Ministrado no Curso de Pós-Graduação *latu sensu* pela FARO, área de concentração de Direito Constitucional, Porto Velho, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo : Editora Saraiva, 1996.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Fabris Editores, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra : Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Amílcar. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2000.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2ª edição, São Paulo : Saraiva, 2001.

DEL VECCHIO, Georgio. *Filosofia del derecho*. Barcelona : Bosch Casa Editorial S.A., 1991.

di RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional. São Paulo : RT, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 4ª reimpressão, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trota. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Direitos humanos fundamentais. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1999.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Direito Constitucional Comparado. 3ª edição. Belo Horizonte : Del Rey. 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

INTERNET. Site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

Lotufo, Renan (Coord.). Direito Civil Constitucional. São Paulo : Max Limonad, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000.

MARTINS, Pedro Baptista. Da unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1998.

MATA-MACHADO, Edgard Godói da. Contribuições ao Personalismo Jurídico, Del Rey, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais. Juarez de Oliveira Editores, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 2ª edição (reimpressão), tomo IV, 1998.

PELAYO, Manuel Garcia. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid : Alianza Universidad, 1996.

PERES LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7ª edição, Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Filosofia do Direito. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1997.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso elementar. São Paulo : Editora Saraiva, 1998.

Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. n. 174, outubro de 2000. Brasília: Imprensa Nacional.

RODRIGUES, Maurício Andreiulo. Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e Contrapesos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

74- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos, cit., p. 37.

75- A CF de 1988 começou, logo no art. 5º, a traçar as linhas básicas dos direitos individuais em detrimento das normas de regulação do Estado, porque o legislador constituinte entendeu que esses direitos fundamentais eram prioritários à própria organização do Estado.

1 - RADBRUCH, Gustav, Introdução à ciência do direito, Martins Fontes : São Paulo, 1999, p. 193.

2 - RADBRUCH, Gustav, cit., p. 196.

3 - MARTINS, Pedro Batista, Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional, Editora Forense, 1998, p.6.

4 - DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofia *del Derecho*, novena edición, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1991, p. 50-51.

5 - Curso Filosofia do Direito II, anotações. Ministrado no Curso de Mestrado Interinstitucional UFMG-UNIR, área de concentração de Direito Constitucional, Porto Velho, 2001.

6 - DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofia cit., p. 53.

7 - A vertente da obra de GRÓCIO, *De iure belli ac pacis*, ou seja, Sobre o Direito da Guerra e da Paz, é no sentido de ser necessária a regulamentação da guerra, se se pretender encontrar mecanismos para evitá-la.

8 - DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofia cit., p. 55.

9 - Observe-se que o avanço tecnológico e o comércio além fronteiras têm auxiliado no progresso dos direitos humanos, como também tem impedido seu ingresso naqueles países mais herméticos, como, por exemplo, a Coreia do Norte e a China.

10- Calha ressaltar a busca da efetividade das normas internacionais de direitos humanos. Essa oposição (direito internacional x direito interno) serve também de *leitmotiv* para o confronto entre positivistas _ favoráveis a uma ordem normativa expressa, de ordem escalonada _ e jusnaturalistas _ adeptos de uma ordem superior não positivada, de proteção de direitos iminentes ao ser humano.

11- Antecipa-se que para a Teoria Monista, capitaneada por HANS Kelsen _ aliás, Kelsen conseguiu reduzir vários dos dualismos da ciência tradicional: direito natural e direito positivo, direito objetivo e direito subjetivo, pessoas naturais e pessoas jurídicas, direito público e direito privado, Estado e Direito, Direito interno e Direito Internacional _ a ordem jurídica é uma, onde as relações de direito interno e direito internacional se convergem, formando uma unidade. Para a Teoria Dualista não existe conflito entre o direito internacional e o direito interno, haja vista que eles constituem sistemas jurídicos distintos; são círculos que não se sobrepõem, mas apenas se tangenciam.

12- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, p. 606.

13- Observe-se que do conceito de jurisdição interna e soberana passou-se já a idealizar uma jurisdição internacional, no sentido de que as matérias tratadas pelo direito internacional (crimes contra a humanidade, por exemplo) não conhecem a noção de jurisdição ligada à idéia de territorialidade e, portanto, de soberania estatal.

14- MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional. Uma análise crítica. Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 25.

15- Com efeito, o conceito de soberania estatal vem modificando-se a cada dia. O pensamento jurídico-político não pode limitar-se ao direito posto, apenas. Há a irrestrita necessidade de uma visão axiológica, em busca dos valores a ele agregados. Nesta perspectiva, parece que o tema direitos humanos sobreleva, na medida que o homem é e sempre foi tema central do próprio direito, sendo mesmo sua razão de existir.

16- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, 10ª edição, Malheiros, 2001, pp. 132-133.

17- Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, Martins Fontes, 1998, p. 499.

18- Kelsen vê o Estado como uma unidade do direito. Para ele, os elementos do Estados são: a) povo _ âmbito de validade pessoal; b) território _ âmbito espacial de aplicação do direito e; c) soberania _ norma fundamental (cf. Teoria Geral, cit., passim.)

19- FERRAJOLI traz um novo enfoque entre soberania e direito, uma visão antagônica entre estas duas categorias, considerando-as como excludentes. Direito e Soberania são dois termos inconciliáveis: "Al menos desde la perspectiva de la teoría Del Derecho la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aun, como una categoría anti-jurídica. Tanto en su dimensión interna como en la externa su crisis, podemos afirmar ya, se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho, al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos _ derecho y soberanía _ lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados en sí (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 147).

20- Nessa fase houve grande contribuição do Personalismo Jurídico. A propósito, cf. MATA-MACHADO, Edgard Godói da, Contribuições ao Personalismo Jurídico, DelRey, 2000, onde se constata que o homem e seus direitos humanos foram elevados à posição de idéia vetor para toda comunidade jurídica mundial.

21- Anota FÁBIO KONDER COMPARATO que a doutrina jurídica germânica faz distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte): "Estes últimos soam os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos" (A afirmação histórica dos direitos humanos, Saraiva, 2ª edição, 2001, p. 56).

22- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sérgio Fabris Editores, 1997, p. 21.

23- O costume internacional é outra importante fonte do direito internacional, assim também os princípios gerais do direito.

24- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público, Curso elementar, Saraiva, 7ª edição, 1998, p. 14.

25- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 4ª edição, Max Limonad, 2000, pp. 68-69.

26- Nada obstante, a simples assinatura do tratado, em que pese não conferir efeito jurídico, confere, no mínimo, uma obrigação moral de ratificação ao Estado e de obstar atos que violem seus objetivos e seus propósitos.

27- Cf. art. 84, inc. VIII.

28- Cf. art. 49, inc. I.

29- Há dois atos distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, através de um Decreto Legislativo e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca e depósito do instrumento de ratificação.

30- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 1996, p. 16.

31- Cf. BARROSO, ob. e loc. cit.

32- Constituição da França, art. 55: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir de sua publicação, uma autoridade superior à das leis, desde que respeitadas pela outra parte signatária. Já a Constituição da Holanda, art. 94, dispõe: As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com as disposições de tratados obrigatórios para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais.

33- Ob. cit., passim.

34- Há exceção na regra prevista no art. 5º., § 2º., sobre os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que será objeto de análise em momento próprio.

35- A Constituição de 1988, a respeito do tema, traz uma sistemática lacunosa e imperfeita, ao não prever, por exemplo, prazo para o Presidente da República encaminhar ao Congresso tratado por ele assinado, como também não há prazo para o Congresso apreciar o tratado assinado ou previsão de prazo para a ratificação após aprovação pelo Congresso. Além de que o texto constitucional não enfrenta a questão da relação entre o direito interno e o direito internacional, com exceção aos tratados de proteção aos direitos humanos.

36- Cf. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 93.

37- Isso ocorreu a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n. 80.004, em julho de 1977 (RTJ 83:809). Decisões posteriores confirmaram essa posição. Aliás, recentemente o próprio STF decidiu que é na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro (ADIn n. 1.480-DF _ Medida Liminar, Relator Min. Celso de Mello).

38- A doutrina tradicional tem reconhecido que os tratados internacionais gerais, quando ratificados, passam a ter, no plano jurídico nacional, eficácia de lei ordinária. Neste senso, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a impossibilidade de tratado internacional regular matéria que a Constituição Federal atribuiu a Lei Complementar, exclusivamente. Cf. ADIn n. 1.480-DF _ Medida Liminar, Relator Min. Celso de Mello, adiante transcrita.

39- Cf. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Tratados Internacionais, Juarez de Oliveira Editores, 2001, passim.

40- Cf. nota 38 supra.

41- DJU 18 de maio de 2001.

42- BARROSO, Luiz Roberto, ob. cit., p. 21.

43- O que se quer demonstrar é que, de uma forma ou outra, a Constituição possui, no plano jurídico, sua própria primazia. Significa dizer que um ordenamento jurídico, para recepcionar normas internacionais, que com ela conflitem, terá que alterar, via plano político, sua lei maior, pois, do contrário, essas normas externas serão incompatíveis com as normas internas superiores.

44- Ob. cit., p. 1023.

45- RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIÚZA, Direito Constitucional Comparado, 3ª edição, DelRey, 1997, pp. 341-342.

46- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, Saraiva, 1989, p. 18.

47- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, ob. cit., p. 32.

48- Portugal também conhece a fiscalização preventiva. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado à promulgação. Reconhecida a inconstitucionalidade, a norma deverá ser vetada pelo Presidente da República, mas o veto pode ser derrubado pelo quorum de 2/3 da Assembléia.

49- No direito francês, o Poder Judiciário é relegado a uma posição subalterna, um modesto papel de resolver os litígios entre particulares. Tememos que alguns governantes brasileiros têm se espelhado no sistema francês para impor certas regras "jurídicas", objetivando a vedação de seus atos pelo judiciário nacional, com uma pitada de prepotência. Aliás, PAULO FERNANDO SILVEIRA escreve que as crises são, invariavelmente, fomentadas para que se possa capitanear o poder de forma centralizada:

"O ditador, para governar, necessita de crises reais ou imaginárias. Por isso, ele ou as cria e as fomenta, ou as exagera, transformando pequenos problemas em tormentas nacionais, capazes de abalar as instituições, necessitando, para preveni-los, de poderes excepcionais, capitalizados em sua pessoa, único capaz de salvar a pátria. Esquece-se de que justamente a pulverização do poder e seu permanente, múltiplo e recíproco controle pelas demais instituições descentralizadas, pelas associações civis, imprensa, e pelo próprio povo, são capazes de mantê-las vivas, em crescente desenvolvimento, com envergadura suficiente para assimilar e, depois, fugitar as adversidades ocorrentes. Uma vez tomado o poder pleno, os aspectos econômicos do país ganham dimensão assustadora, em situações nunca contornáveis, lançando ao limbo todos os direitos individuais, que ficam em estado de permanente sujeição ao sucesso econômico do Estado, que, fatalmente, nunca acontecerá, pois, do contrário, o tirano (leia-se grupo dominador) perde o poder. Só por ignorância não se vê que o sucesso da economia, neste mundo globalizado, encontra-se inelutavelmente atado à segurança jurídica." (Freios e Contrapesos, Ed. DelRey, 1999, p. 19).

50- MALHEIROS FIÚZA, Ricardo Arnaldo, ob. cit., p. 344-5.

51- Ob. cit., p. 347.

52- O modelo difuso é americano, do judicial review. O modelo concentrado é austríaco. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, 2ª edição reimpressa, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 68.

53- De inspiração Portuguesa, a Constituição de 88 incorporou a inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que não sejam praticados atos pelo legislativo ou executivos, para tornar aplicáveis, de maneira plena, normas constitucionais. Posteriormente, pela Emenda Constitucional 3/93, criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

54- Como salientado, o enfoque dado à soberania e à supremacia constitucional deriva da atenção ao princípio da segurança jurídica e social que deve pautar toda norma e ação política.

55- MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito Constitucional Internacional, 2ª edição, Renovar, 2000, p. 341.

56- Ob. cit., p. 344.

57- BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 21.

59- Para a diferença teórica entre direitos humanos e direitos fundamentais, v. nota 21. Os termos direitos humanos e direitos fundamentais, são utilizados como sinônimos ao longo do texto, em que pese não faltarem tentativas doutrinárias de explicar o respectivo alcance de ambas expressões. Cf., a propósito, PEREZ LUÑO, Los derechos fundamentales, Tecnos, 1998.

60- A perspectiva que se propôs não foi mais a de proteger indivíduos sob certas condições, mas proteger o ser humano como tal, abdicando o individualismo que reinava até o Século 19.

61- Refiro-me à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10-12-1948 e das demais declarações que se seguiram.

62- Essa universalização conserva um pouco de valor ético-político. Nada obstante, é possível considerá-la em relação a todo Direito ou à Ciência Jurídica. Percebe-se na Declaração uma deliberada substituição do termo Estado pelo termo Sociedade, podendo ser entendido pela vontade de se excluir o sistema segundo o qual a sociedade internacional é composta apenas de Estados. MATA MACHADO, Edgar de Godói da, ob. cit., acrescenta que o documento [a Declaração] "reconhece, ainda que de modo implícito, direitos anteriores ao Estado, isto é, inerentes à Pessoa Humana como tal" (p. 99).

63- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, ob. cit., passim. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes. Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público "são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito", as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado. É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

65- Apenas a título de informação, o Brasil assinou, dentre outros, os seguintes tratados internacionais visando à proteção de direitos humanos: Preceitos da Carta das Nações Unidas, de 26/6/1945; Convenção contra o Genocídio, de 9/12/1948; Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados, de 28/7/1951; Protocolo sobre o estatuto dos Refugiados, de 16/12/1966; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16/12/1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16/12/1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 21/12/1965; Convenção Americana sobre Direitos Humanos _ Pacto de San José da Costa Rica, de 22/11/1969; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 18/12/1979; Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, de 10/12/1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9/12/1985; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20/11/1989; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, de 6/6/1994, e ratificada pelo Brasil em 27/11/1995.

66- Já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 exaltava-se a dignidade da pessoa humana, princípio que, somente com a Constituição de 1988, dado o processo de democratização que se afirmou, deu-se uma nova chama, um novo enfoque jurídico, um *status* proeminente.

67- Cf. os arts. 1º a 3º da CF.

68- Cf. entre outros, o HC n. 73.044-2, Relator Min. MAURÍCIO CORREIA, HC 77.631-SC, Rel. Min. OTÁVIO GALLOTTI, RE 109.173-SP.

69- RTJ 174/339.

70- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Direitos Humanos Fundamentais, Saraiva, 3ª edição, 1999, p. 98-99.

72- Neste sentido, é forçoso concluir sobre a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratado internacional cuja essência é a proteção dos direitos humanos; do contrário, tais tratados, uma vez incorporados, é que passam a servir de parâmetro de verificação de compatibilidade com as demais normas infraconstitucionais.

58- VANESSA OLIVEIRA BATISTA, Curso Direito Constitucional Positivo, anotações. Ministrado no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* pela FARO, área de concentração de Direito Constitucional, Porto Velho, 2000.

64- PIOVESAN, Flávia, Temas de Direitos Humanos, Max Limonad, 2000, p. 51.

71- É preciso assentar que a Constituição, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretendeu ser exaustiva. É uma numeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada por outros direitos, já existentes ou a serem criados, decorrentes de outras fontes. Esses direitos são chamados de direitos materialmente constitucionais.

73- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil, Edições Humanidades, 1998, pp. 132-137.