

**CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO
- CETREI -**

**REVISTA DA
PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO DE
FORTALEZA**

Fortaleza (CE) – Dezembro de 2009
Ano 17 – Volume 17

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTOS – CETREI**

Av. Santos Dumont, n. 5335 – 11º andar – Papicu

Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3234-2420

Site: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

E-mail: cetrei.pgm@fortaleza.ce.gov.br

EDITOR CHEFE

Juraci Mourão Lopes Filho

CONSELHO EDITORIAL

Arnaldo Vasconcelos

Fátima Maria Memória de Andrade

Manuela Lourenço Torquato – in memoriam

Martonio Mont`Alverne Barreto Lima

Paulo Bonavides

REVISÃO

Roberta Laena Costa Jucá

Rodrigo Vieira Costa

APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO

Eliana Barbosa Moreira – Bibliotecária

Teresa Selma Oliveira Luna – Bibliotecária

Fernando Maciel dos Santos Neto

Os artigos são de exclusiva responsabilidade dos seus autores. As opiniões nele manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por ele dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas ao CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO – CETREI-PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

**REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
FORTALEZA, 1992 – ANUAL**

1992 (1)

1999 (7)

2005 (13)

1993 (2)

2000 (8)

2006 (14)

1994 (3)

2001 (9)

2007 (15)

1995/1996 (4)

2002 (10)

2008 (16)

1997 (5)

2003 (11)

2009 (17)

1998 (6)

2004 (12)

ISSN - 18065619

CDD - 340.05



Prefeitura de
Fortaleza

LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS
PREFEITA DE FORTALEZA

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO
PROCURADOR-CHEFE DO CETREI

PREFEITA MUNICIPAL DE FORTALEZA
LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO
MARCELO DE ARRUDA BEZERRA

PROCURADORA ASSISTENTE
DANIELE CAVALCANTE DIAS

PROCURADOR ADMINISTRATIVO
NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE

PROCURADORA-CHEFE DA CONSULTORIA
MARIA FÁTIMA NÓBREGA DE ARAÚJO

PROCURADORA-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL
MARIA CARNEIRO SANFORD

PROCURADOR-CHEFE DA JUDICIAL
MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ

PROCURADORA-CHEFE DA PATRIMONIAL
DENISE BARBOSA SOBREIRA

**PROCURADORA-CHEFE DA PROCURADORIA
JURÍDICO-ADMINISTRATIVA**
FRANCISCA GLÁUCIA CARVALHO PONTES LIMA

PROCURADOR-CHEFE DO CETREI
JURACI MOURÃO LOPES FILHO

**PRESIDENTE DA COMISSÃO DE PROCESSO
ADM. DISCIPLINAR**
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

**DIRETORA DO DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO FINANCEIRO**
NÍSIA GUERREIRO VASCONCELOS JUSTA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

- 1 FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE: ORDER OUT OF CHAOS09
Neil H Andrews
Apresentação do Juiz Mantovanni Colares Cavalcante
- 2 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS23
Sarah Araújo Viana
- 3 PODER JUDICIÁRIO E SOBERANIA POPULAR: UMA CRÍTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL A PARTIR DE MATRIZES DO ILUMINISMO41
Mário André Machado Cabral
- 4 IGUALDADE, DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 57
Janaina Helena de Freitas
- 5 A INDISPENSABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA.....71
Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques
- 6 COMO PODEMOS OBSERVAR O DIREITO CONSTITUCIONAL? O PAPEL DA PUBLICÍSTICA NA REPÚBLICA DE WEIMAR97
Paulo Sávio Peixoto Maia
- 7 SÚMULA VINCULANTE: DA ASCENSÃO À POSSIBILIDADE DE SE TORNAR LETRA MORTA NA CONSTITUIÇÃO119
Thiago Rabelo da Costa
- 8 GLOBALIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DO ESTADO MODERNO: O ESTADO FUNCIONAL.....144
David Barbosa de Oliveira
- 9 O PAPEL DOS CONSELHOS GESTORES E AS REALIDADES SOCIAL E ECONÔMICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – INSTÂNCIAS DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA.....158
José Júlio da Ponte Neto
- 10 À PAZ PERPÉTUA DE I. KANT: A POSSIBILIDADE DE UM DIREITO CAPAZ DE GARANTIR UMA PAZ DOURADORA ENTRE AS NAÇÕES..... 175
André Vitorino Alencar Brayner
- 11 A NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM A NÔMOESTÁTICA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE197
Karine Araújo de Lima Bellaguarda

12	TERRENOS DE MARINHA: A IMPERATIVIDADE DE UMA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL	222
	<i>Daniel Araújo Valença</i>	
13	OS DÉFICITS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO OPÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MINORIA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO	245
	<i>Danniel Bustamante Chagas</i>	
14	AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	271
	<i>Vanessa Batista Oliveira Lima</i>	
15	ANTERIORIDADE CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA COMO REGRA OU PRINCÍPIO A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXYS	295
	<i>Francisco Alberto Leite Sampaio</i>	
16	AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS EM OPERAÇÕES DE PAZ NO EXTERIOR: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO ADVINDA PELA LEI 11.783/2008.....	319
	<i>Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho</i>	
17	CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	334
	<i>Paulo Roberto Clementino Queiroz</i>	
18	O ICMS E A GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS.....	357
	<i>Rodrigo Guilherme Ramalho Regina Stella Carneiro Gondim Nonacilda Feitoza Moreira</i>	
19	A REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU ANTE A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO IMÓVEL.....	374
	<i>Rodrigo Guilherme Ramalho</i>	
20	EMPATE FICTO NAS LICITAÇÕES	392
	<i>Nathalie de Paula Carvalho</i>	
21	CONHECIMENTO JURÍDICO: DESAFIOS E POSSIBILIDADES.....	403
	<i>Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato</i>	
22	AMARTYA SEN COMO INTÉRPRETE E CRÍTICO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.....	427
	<i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	
	NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA	441

APRESENTAÇÃO

Em atenção às novas regras de padronização de periódicos científicos, firmadas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza lança mais um volume de sua tradicional revista jurídica, editada desde 1992. O número 17 traz em suas páginas artigos, pareceres e trabalhos forenses da mais notória qualidade, avaliados por um corpo seletivo de pareceristas doutores em Direito.

Nesta nova edição, recebemos contribuições de excelência das mais variadas possíveis, de autoria de procuradores do Município, estagiários, advogados, mestres, doutores, professores universitários e estudantes, que envolvem toda a diversidade de temáticas jurídicas relacionadas ao Direito Público. Em especial, é salutar destacar a relevante participação do jurista de renome internacional, o professor da Universidade de Cambridge, Dr. Neil Andrews, notório por seus estudos acerca dos sistemas jurídicos processuais. A apresentação do artigo do jurista inglês ficou a cargo do Dr. Mantovanni Colares Cavalcante.

A participação dos colegas procuradores nesta publicação é de grande valia, eis que enobrece e legitima o periódico, abrihantando a discussão de assuntos recorrentes e contribuindo para a socialização de um conhecimento de nível elevado. Igualmente, o contributo de autores externos fortalece a exogenia da Revista, cuja credibilidade ganha cada vez mais espaço na ambiência profissional e no meio acadêmico.

Não se pode deixar de destacar que a Revista da PGM é financiada pelo Fundo de Aperfeiçoamento. Isto porque este investimento é uma das metas inarredáveis do compromisso da Prefeitura de Fortaleza com a capacitação e qualificação profissional do seu quadro de servidores, pois do compasso entre as incessantes inovações doutrinárias e jurisprudenciais, consubstanciadas nos escritos publicados, e a atividade laboral jurídica é que resulta o alcance de maiores índices de adequação e eficiência administrativa nas demandas que se apresentam à Procuradoria.

Por fim, não poderia esquecer de agradecer àqueles que empreendem os esforços dos mais diversos para concretizar esta publicação de natureza singular, em especial os que integram o Centro de Estudos e Treinamento – CETREI. Seus préstimos, em grande parte, são frutos das atividades acadêmicas que desenvolvem nas mais variadas instituições de ensino superior do Estado do Ceará e no país afora. Longe de se restringirem ao âmbito intelectual das Universidades e Faculdades, eles têm consciência da importância e necessidade da aliança entre a produção do conhecimento e a práxis jurídica, por isso as mais sinceras estimas ao Dr. Henrique Araújo Marques Mendes, ao Procurador Juraci Mourão Lopes Filho e aos revisores, a professora Roberta Laena Costa Jucá e o professor Rodrigo Vieira Costa. O aprimoramento da Procuradoria da do Município também é tributário ao apoio dado pela Prefeita de Fortaleza às ações que priorizam a capacitação permanente e contínua de seus quadros, razão pela qual não posso deixar de render os meus agradecimentos.

Fortaleza, dezembro de 2009.

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Procurador-Geral do Município

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE: ORDER OUT OF CHAOS

Neil H Andrews

Professor of University of Cambridge

Educated at Brasenose College, Oxford

Member of the teaching staff, Cambridge University since 1983

Member of the American Law Institute

Council Member of the International Association of Procedural law

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 UNIDROIT/ AMERICAN LAW INSTITUTE'S; 3 'WOOLF CHANGES' OF PRINCIPLE: CPR (1998); 4 ARTICLE 6(1), EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS; 5 AUTHOR'S 2003 LIST OF PRINCIPLES; 6 ORDER OUT OF CHAOS: THE FOUR CORNER-STONES OF CIVIL JUSTICE; 7 CONCLUDING REMARKS.

1 INTRODUCTION

1. The tendency of many national procedural systems is towards a proliferation of rules, sub-rules, and sub-sub-rules. This can produce over-detailed and unsystematic procedural regulation. This is clearly true in England, barely ten years after an injection of fundamental procedural aims and principles within the CPR system (1998). We are truly in search of order out of chaos: major principle rather than minutiae.

2. This tendency can be counter-balanced, even in due course corrected, by reference to generally recognised principles of civil procedure. Without a firm grasp of central and fundamental principles, we are in danger of becoming lost.

3. Another advantage of attention to general principle is that it can help legal systems move closer together, by reference to 'best

practice'. There is so much national baggage, so much domestic clutter. Local detail can have a paralysing effect.

4. In Europe, harmonisation can be perceived at two levels: adjustment of national systems to ensure compliance with the procedural guarantees contained in, or implied by, Article 6(1) of the European Convention on Human Rights; secondly, Regulations introduced to ensure pan-European Union adoption of rather more specific procedural institutions or practices.

5. Because of the welter of fundamental principles of civil justice that now jostle for recognition, and as the science of procedural law becomes ever more sophisticated, we need pointers, and groupings. My main suggestion will be that the leading principles of civil justice might usefully be arranged under four headings, which I have called the four foundations of civil justice. These are:

I Access to Legal Advice and Dispute-Resolution Systems

II Equality and Fairness between the Parties

III A Focused and Speedy Process

IV Adjudicators of Integrity

I will return to this suggestion.

2 UNIDROIT/AMERICAN LAW INSTITUTE'S

'Principles of Transnational Civil Procedure'

6. The ALI (American Law Institute) and UNIDROIT's ('the International Institute for the Unification of Private Law') joint project, 'Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (2004)¹, aims to combine common law and civil law approaches to

¹ The official text is ALI/UNIDROIT--Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (Cambridge University Press, 2006) (at 157 ff containing a full bibliography of works associated with this project); for large collection of papers (2001-4) 6 Uniform Law Review, a special issue under the title 'Harmonising Transnational Civil Procedure: the ALI/UNIDROIT Principles and Rules'; see also M Andenas, N Andrews, R Nazzini, (eds), The Future of Transnational Commercial Litigation: English Responses to the ALI-UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure (2003; re-printed 2006) (essays

civil litigation.

7. The general aim of composing a 'soft law' fusion of common law and civilian procedure was preceded ten years before, in 1994, by Marcel Storme's innovative project in Europe, a visionary search for shared civil procedural principles, combining civil and common law learning and experience².

8. The ALI/UNIDROIT Principles offer a balanced distillation of best practice, especially in the sphere of transnational commercial litigation. They are not restricted to the largely uncontroversial 'high terrain' of constitutional guarantees of due process. Instead the project was skilfully pitched at the difficult mid-point between uncontroversial procedural axiom and the fine texture of national codes.

9. The Principles are accompanied by Rules. The latter have not been formally adopted by the ALI and UNIDROIT. The Rules are more detailed, fleshing out the more general Principles. And so the Rules offer greater guidance to national lawmakers who wish to use the Principles as a framework for revision of their procedural rules. As Geoffrey Hazard Jr explained, the Rules are 'merely one among many possible ways of implementing the Principles'³.

10. It was apparent throughout the drafting group's discussion in Rome 2000-3 that there were radical differences between the USA and English systems, and between the various civil law jurisdictions represented around the table. These differences make a nonsense of both the glib phrase 'Anglo-American procedure' and the crude expression 'civilian procedure'. A refrain at these intense drafting sessions in Rome was, 'we do not have that institution in

and comments by many senior British judges and leading practitioners and commentators on the draft UNIDROIT/ALI project); see also P Fouchard (ed), *Vers un Procès Civil Universel? Les Règles Transnationales de Procédure Civile de L'American Law Institute* (Paris, 2001); G Hazard Jr et al, 'Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' 33 *NYU J Int L and Pol* 769, 785, 793; R Stürner, 'Some European Remarks on a new Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT' (2000) 34 *Int L* 1071; R Stürner, 'The Principles of Transnational Civil Procedure...' (2005) *Rabels Zeitschrift*, 201-254 (a powerful analytical study by the co-General Reporter).

2 M Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Gent, 1994) (Professor Marcel Storme is the long-serving President of the International Association of Procedural Law; he retired from that office in 2007; his successors are Professor Federico Carpi, Bologna, and Professor Peter Gottwald, Regensburg).

3 ALI/UNIDROIT--Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (Cambridge University Press, 2006), 99.

our own jurisdiction, but we would be interested in considering it'; or, 'the tradition in my jurisdiction is to regard that practice as wholly inconsistent with one of our fundamental starting-points; however, perhaps we have exaggerated the value of that starting-point'. Rolf Stürner, appointed to be the General Reporter of the UNIDROIT side of this collaborative project, has chronicled the working group's elaboration of these principles.⁴

11. As I suggested in 2003⁵ the UNIDROIT Principles operate at three levels of importance: fundamental procedural guarantees⁶, other leading principles⁷ and 'framework or incidental principles'⁸.

12. The drafters of the Principles acknowledged that there is scope for radical differences of approach on aspects of practice. Such agnosticism pervades discussion of the following topics: sanctions for procedural default, receipt of expert evidence, examination of witnesses, and the system of appeal. Should the drafting party have been more decisive, and less agnostic, on these points? The better view is that these were intellectually honest decisions. They reveal the radical split between different traditions based on principled contrasting approaches. This is more likely to be helpful to future advisors than a confusing statement of an illusory compromise or a mistaken statement of 'universal common ground'. In short, vive la

4 R Stürner, 'The Principles of Transnational Civil Procedure...' (2005) *Rebels Zeitschrift*, 201-254

5 Neil Andrews 'Embracing the Noble Quest for Transnational Procedural Principles' in M Andenas, N Andrews, R Nazzini, (eds), *The Future of Transnational Commercial Litigation: English Responses to the ALI-UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* (2003; re-printed 2006) (a collection of essays and comments by British judges and commentators on the draft UNIDROIT/American Law Institute's project)

6 Andrews, in M Andenas, N Andrews, R Nazzini, (eds) (2003; 2006), *ibid*, at 23, listing:

judicial independence, judicial competence, judicial impartiality, procedural equality, right to assistance of counsel, professional independence of counsel, attorney-client privilege ('legal professional privilege'), due notice or the right to be heard, prompt and accelerated justice, the privilege against self-incrimination, publicity, and reasoned decisions.

7 *ibid*, at 23-4, listing: parties' duty to co-operate; party initiation of proceedings; party's definition of scope of proceedings; parties' right to amend pleadings; parties' right to discontinue or settle proceedings; judicial management of proceedings; sanctions against default and non-compliance; need for proportionality in use of sanctions; parties' duty to act fairly and to promote efficient and speedy proceedings; parties' duty to avoid false pleading and abuse of process; rights of access to information; right to oral stage of procedure; final hearing before ultimate adjudicators; judicial responsibility for correct application of the law; judicial initiative in evidential matters; judicial encouragement of settlement, basic costs shifting rule; finality of decisions; appeal mechanisms; effective enforcement; recognition by foreign courts; international judicial co-operation.

8 *ibid*, at 25, listing: the purpose and scope of the project; jurisdiction over parties; protection of parties lacking capacity; security for costs; venue rules; expedited forms of communication; pleadings; implied admissions; joinder rules; non-party submissions; allocation of burden and nature of standard of proof; making of judicial 'suggestions'; experts.

différence: provided the procedural difference between one nation's system (or family of nations) and another's is real and fundamental, and no international preference or accepted compromise can be discerned.

13. Although the ALI/UNIDROIT project is relatively young (completed in 2004, published in 2006), it seems likely that it will assist greatly in the intellectual mapping of civil justice and that it will influence policy-makers. If the project is re-opened at some point, fundamental change of the existing Principles is unlikely. Change is more likely to take the form of addenda rather than delenda or corrigenda. But some new or emerging topics might be considered at a revision council:

(i) pre-action co-ordination of exchanges between the potential litigants⁹

(ii) multi-party litigation (this is of course a 'hot' and controversial topic within the USA, Europe,¹⁰ including England,¹¹ and in Canada, Australia, and Brazil);

(iii) and greater attention might be given to:

(a) the interplay of mediation and litigation;¹²

(b) costs and funding (in England, the expense of litigation is the greatest impediment to effective civil justice);

(c) evidential privileges and immunities (notably, attorney-client privilege, protection of negotiation and mediation discussions,

⁹ See Neil Andrews, 'general report' (examining nearly 20 jurisdictions) on this topic for the world congress on procedural law in Brazil, in A Pellegrini Grinover and R Calmon (eds), *Direito Processual Comparado: XIII World Congress of Procedural Law* (Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007), 201-42.

¹⁰ C Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems* (Hart, Oxford, 2008).

¹¹ Neil Andrews, 'Multi-party Litigation in England: Current Arrangements and Proposals for Change' (2008) *Lis International* 92-7 (Italy).

¹² Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Mohr & Siebeck, Tübingen, Germany, 2008) [in Brazil *O Moderno Processo Civil*, 2009]; passim; Neil Andrews, 'Alternative Dispute Resolution in England' (2005) 10 *ZZP Int* (*Zeitschrift für Zivilprozess International: Germany*), 1-34; Neil Andrews, 'Mediation: a Pillar of Civil Justice in Modern English Practice' (2007) 12 *ZZP Int* 1-9; Neil Andrews, (in Italian) 'I Metodi Alternativi di Risoluzione delle Controversie in Inghilterra', in V Varano (ed), *L'Altra Giustizia* (Giuffrè Editore, Milano, 2007), 1-43.

and the privilege against self-incrimination);¹³ and

(d) transnational ‘provisional and protective relief’¹⁴ (notably, asset preservation).

3 ‘WOOLF CHANGES’ OF PRINCIPLE: CPR (1998)

14. On 28 March 1994 Lord Mackay LC of Clashfern (Lord Chancellor 1987-97) appointed Lord Woolf to make recommendations concerning civil procedure. Lord Woolf’s interim and final reports appeared in 1995¹⁵ and 1996¹⁶. The CPR was enacted in 1998 and took effect on 26 April 1999. From the perspective of overarching principle, the main features¹⁷ of this exciting fresh start involved recognition of nine leading principles, values, or aims:

- (1) proportionality in the conduct of proceedings
- (2) procedural equality
- (3) introducing general judicial case-management responsibilities;
- (4) accelerated access to justice by improved summary procedures

13 In England this is a fast-moving and delicate topic, Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Mohr & Siebeck, Tübingen, Germany, 2008), 6.26 to 6.40 [in Brazil *O Moderno Processo Civil*, 2009]; leading works include: Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003) chs 25, 27 to 30; Cross and Tapper on Evidence (11th edn, 2007), chs IX, X; C Hollander, *Documentary Evidence* (9th edn, 2006), chs 11 to 20; P Matthews and H Malek, *Disclosure* (3rd edn, 2007); Phipson on Evidence (16th edn, 2005), chs 23 to 26; C Passmore, *Privilege* (2nd edn, 2006); B Thanki (ed), *The Law of Privilege* (Oxford University Press, 2006); Zuckerman on Civil Procedure (2nd edn, 2006), chs 15 to 18; see also, J Auburn, *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (Hart, Oxford, 2000).

14 Neil Andrews, ‘Towards an European Protective Order in Civil Matters’ in, *Procedural Laws in Europe: Towards Harmonisation* (Maklu, Antwerp, 2003), (ed M Storme); published also in ‘Provisional and Protective Measures: Towards a Uniform Protective Order in Civil Matters’ (2002) VI *Uniform Law Review* 931-49 (Rome); see also Stephen Goldstein, ‘Revisiting Preliminary Relief in Light of the ALI/UNIDROIT Principles and the New Israeli Rules’ in *Studia in honorem: Pelayia Yessiou-Faltsi* (Athens, 2007) 273-96; N Trocker, ‘Provisional Remedies in Transnational Litigation: The Issue of Jurisdiction: A Comparative Outline’ (2009) *Lis Int’l* 48-56 (Italy).

15 *Ibid*: it and its successor are available on-line at: <http://www.dca.gov.uk/civil/reportftr.htm>

16 *Access to Justice: Final Report* (1996).

17 The author’s most recent examinations of the CPR system are: Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Mohr & Siebeck, Tübingen, Germany, 2008) [in Brazil: *O Moderno Processo Civil*, 2009] (also considering the rise of ADR); and Neil Andrews, *Contracts and English Dispute Resolution* (Tokyo, 2010).

(5) increasing focus and reducing cost by curbing excessive documentary disclosure

(6) greater resort to the disciplinary use of costs orders

(7) curbing appeals by requiring permission

(8) stimulating settlement through costs incentives to induce parties to accept settlement offers, and

(9) judicial encouragement of resort to ADR, notably mediation.

4 ARTICLE 6 (1), EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

15. The (British) Human Rights Act 1998, which took effect in October 2000, rendered the European Convention on Human Rights directly applicable in English courts. Article 6(1) of the Convention is a codification of fundamental principle. It embraces the following elements:

1. the right to be present at an adversarial hearing;

2. the right to equality of arms;

3. the right to fair presentation of the evidence;

4. the right to a reasoned judgment¹⁸.

5. ‘a public hearing’: including the right to a public pronouncement of judgment;¹⁹

6. ‘a hearing within a reasonable time’; and

7. ‘a hearing before an independent²⁰ ; and

18 Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 5.39–5.68.

19 *ibid.*, 4.59–end of chapter; Strasbourg authorities cited, *ibid.*, 7.21–7.79.

20 *Starrs v Ruxton* 2000 JC 208, 243; 17 November 1999 *The Times* (High Court of Justiciary) per Lord Reed; *Millar v Dickson* [2002] 1 WLR 1615, PC; s 3, Constitutional Reform Act 2005 (UK) states: ‘The Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary.’

8. impartial²¹ tribunal established by law'

9. the implicit fundamental right of 'access to court'

5 AUTHOR'S 2003 LIST OF PRINCIPLES

16. Having participated in the UNIDROIT/American Law Institute project, and stimulated by the first years of the brave new CPR world, in *English Civil Procedure* (2003) I decided to look again at the kaleidoscope of procedural principle because it was obvious that new patterns had emerged. In chapters 4 to 6 of my 2003 work I identified no fewer than twenty-four major principles. I will not set out each of them now.

6 ORDER OUT OF CHAOS: THE FOUR CORNER-STONES OF CIVIL JUSTICE²²

17. I would now propose that principles of civil justice might be usefully arranged under four headings, which I call the four corner-stones of civil justice:

- (i) Access to Legal Advice and Dispute-Resolution Systems
- (ii) Equality and Fairness between the Parties
- (iii) A Focused and Speedy Process
- (iv) Adjudicators of Integrity

18. This is how the various leading and fundamental principles of civil justice can be arranged using this four-fold classification.

I ACCESS TO LEGAL ADVICE AND DISPUTE-RESOLUTION

'The Lord Chancellor and other Ministers of the Crown must not seek to influence particular judicial decisions through any special access to the judiciary.' 'The Lord Chancellor must have regard to (a) the need to defend that independence; (b) the need for the judiciary to have the support necessary to enable them to exercise their functions; (c) the need for the public in regard to matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice to be properly represented in decisions affecting those matters.'

²¹ *Porter v Magill* [2002] 2 AC 357, HL.

²² The author's decision to seek to re-order his 2003 long list of 24 principles (N Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003) ch's 4-6) was prompted by Shimon Shetreet during conversation in Cambridge in March 2010, and at a Colloquium in Clare College, May 21, 2010, in honour of Professor Kurt Lipstein. But Shimon Shetreet and I differ on how best to arrange these principles.

SYSTEMS this category embraces five principles

- (1) Access to Justice
- (2) The Right to Choose a Lawyer
- (3) Protection of Confidential Legal Consultation
- (4) Protection against Bad or Spurious Claims and Defences
- (5) Promoting Settlement and Facilitating Resort to Alternative Forms of Dispute-Resolution, notably Mediation and Arbitration.

II EQUALITY AND FAIRNESS BETWEEN THE PARTIES this category embraces five principles

- (1) Procedural Equality
- (2) Disclosure of information by each party to the other
- (3) Accuracy of decision-making
- (4) Fair Play Between Litigants—avoidance of cheating and unfair gamesmanship
- (5) Procedural Equity—avoidance of the zero-tolerance mentality which can cause procedure to become a source of tyranny rather than the handmaiden of justice

III A FOCUSED AND SPEEDY PROCESS this rubric embraces five principles

- (1) Judicial Control of the Civil Process to Ensure Focus
- (2) Proportionality in the conduct of proceedings
- (3) Avoidance of Undue Delay
- (4) Effectiveness, especially to ensure compliance with judgments and other procedural obligations

(5) Finality

V ADJUDICATORS OF INTEGRITY—here there are five constitutional principles

(1) Judicial Independence

(2) Judicial Impartiality

(3) Publicity or Open Justice

(4) Judicial Duty to Avoid Surprise: the Principle of Due Notice: Audi Alteram Partem

(5) The Judicial Duty to Give Reasons

7 CONCLUDING REMARKS

19. There is a wide array of fundamental and important principles of civil justice. The lists can almost overwhelm us. And so we need pointers, and groupings. My main suggestion has been that the leading principles of civil justice might usefully be arranged under four headings, which I have called the four corner-stones of civil justice. These are:

(i) Access to Legal Advice and Dispute-Resolution Systems

(ii) Equality and Fairness between the Parties

(iii) A Focused and Speedy Process

(iv) Adjudicators of Integrity

20. Of course, jurists and scholars of procedure will acknowledge readily the need to identify the basic or fundamental norms of their field of study and practice. But outside the hallowed halls of international colloquia or outside the court system, general principle is not widely respected. Indeed it is regarded with suspicion, especially by politicians and officials who might feel threatened and fettered by such generalities. Ever more aggressive, controlling,

manipulative, and cynical Government systems have taught us not to take anything for granted. And of course the European Convention on Human Rights was a post-second world war response to the horrific collapse of all civilised values.

21. Therefore, custodians of true civil justice should not become complacent. As our democratic systems become more and more hollow, procedural rights can provide some concrete protection for ordinary people. If judges continue to display high ethical standards governed by this demanding set of procedural principles, other forms of public life might shape up.

22. Another value of emphasising general principles is that they are an antidote to the numbing and bewildering complexity, detail, and technicality which sadly characterise many national procedural rule books. Certainly this has become a problem in England which, since 1998, has witnessed an oppressive proliferation of pre-action protocols, procedural rules, supplemented by Practice Directions, transmuted by Guides to different branches of the High Court (the 2009 edition of the Commercial Court Guide is 222 pages long). This deluge of micro-detail has rendered the search for overarching and underpinning norms even more important.

23. Finally, International scholarly discussion thrives on fundamental principle²³. It is the life-blood. As we continue to

23 In the English language, these include: JA Jolowicz, *On Civil Procedure* (Cambridge University Press, 2000) (hereafter in chronological order): M Cappelletti and J Perillo, *Civil Procedure in Italy* (The Hague, 1995); M Cappelletti (ed), *International Encyclopaedia of Comparative Law* (The Hague, and Tübingen, 1976), volume XVI 'Civil Procedure'; J Langbein, 'The German Advantage in Civil Procedure' (1985) 52 *Univ of Chi LR* 823-66; M Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (New Haven, 1986); M Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford University Press, 1989); M Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the EU* (Dordrecht, 1994); AAS Zuckerman (ed), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Oxford University Press, 1999); W Rechberger and Klicka (eds), *Procedural Law on the Threshold of a New Millennium*, XI. *World Congress of Procedural Law* (Center for Legal Competence, Vienna, 2002); D Asser et al, 'A summary of the interim report on Fundamental Review of the Dutch Law of Civil Procedure' (2003) 8 *ZZPInt* 329-87; M Storme (ed), *Procedural Laws in Europe - Towards Harmonization*, (Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003); M Storme and B Hess (eds), *Discretionary Power of the Judge: Limits and Control* (Kluwer, Dordrecht, 2003); PL Murray and R Stürner, *German Civil Justice* (Durham, USA, 2004); CH van Rhee (ed), *The Law's Delays: Essays on Undue Delay in Civil Litigation* (Antwerp and Oxford, 2007); CH van Rhee, *European Traditions in Civil Procedure* (Intersentia and Hart, Oxford, 2005); CH van Rhee and A Uzelac (eds), *Enforcement and Enforceability* (Intersentia and Hart, Oxford, 2010); N Trocker and V Varano (eds), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective* (Torino, 2005); Oscar Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Vincenzo Varano, Yasuhei Taniguchi, Adrian Zuckerman, *Civil Procedure in Comparative Context* (Thomson West, 2007); A Pellegrini Grinover and R Calmon (eds), *Direito Processual Comparado: XIII World Congress of Procedural Law* (Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007), 201-42; A Uzelac and CH van Rhee (eds), *Public and Private Justice* (Antwerp and Oxford, 2007); M De-

debate the membership of the canon of central procedural principles, students of civil justice will be standing on the shoulders of those celebrated jurists who have already contributed to this unending task by examining matters of first principle²⁴. For these have become the heroes of procedural scholarship, and I congratulate them on the stimulating work which has already been achieved.

guchi and M Storme (eds), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society* (Maklu, Antwerp, 2008). And on 'transnational principles', M Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Gent, 1994) and ALI/UNIDROIT's *Principles of Transnational Civil Procedure* (Cambridge University Press, 2006); on this project, H Kronke (ed), special issue of the *Uniform Law Review* (2002) Vol VI; M Andenas, N Andrews, R Nazzini (eds), *The Future of Transnational Commercial Litigation: English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* (British Institute of Comparative and International Law, London, 2006); R Stürmer, 'The Principles of Transnational Civil Procedure...' (2005) *Rabels Zeitschrift*, 201-254; J Walker and Oscar G Chase (eds), *Common Law Civil Law and the Future of Categories* (Lexis Nexis, Ontario, 2010).

24 Besides the authors listed in the preceding note, consider the following transnational or comparative works and projects (presented here in chronological order):

- (1) M Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Gent, 1994); see also M Storme (ed), *Procedural Laws in Europe - Towards Harmonization*, (Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003); M Storme and B Hess (eds), *Discretionary Power of the Judge: Limits and Control* (Kluwer, Dordrecht, 2003);
- (2) JA Jolowicz, *On Civil Procedure* (Cambridge University Press, 2000);
- (3) the contributors to ALI/UNIDROIT's *Principles of Transnational Civil Procedure* (Cambridge University Press, 2006);
- (4) Shimon Shetreet, *Mount Scopus International Standards of Judicial Independence* (a continuing project);
- (5) The Nagoya/Freiburg project on 'A New Framework for Transnational Business Litigation', a project led by Professor Masanori Kawano; the published works in this series (so far) are: Rolf Stürmer and Masanori Kawano (eds), *Current Topics of International Litigation* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2009); national studies: Neil Andrews, *English Civil Justice and Remedies: Progress and Challenges*: Nagoya Lectures (Shinzan Sha Publishers, Tokyo, 2007); Laura Ervo (ed), *Civil Justice in Finland* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2009); Carlos Esplugues-Mota and Silvia Barona-Vilar (eds), *Civil Justice in Spain* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2009); Miklos Kengyel and Viktoria Harsagi, *Civil Justice in Hungary* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2010); Neil Andrews, *Contracts and English Dispute Resolution* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2010); Dimitris Maniotis and Spyros Tsantinis, *Civil Justice in Greece* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2010); Stephanie Schmidt, *Civil Justice in France* (Jigakusha Publishing, Tokyo, 2010); Marco de Cristofaro and Nicolo Trocker (eds), *Civil Justice in Italy* (Jigakusha Publishing, Tokyo);

UMA APRESENTAÇÃO

Conheci o Professor Neil Andrews em Vitória, Espírito Santo, durante as VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em junho de 2010, ocasião em que fui um dos palestrantes do evento; graças à oportunidade que me foi concedida pela jurista Teresa Arruda Alvim Wambier, ao me apresentar o professor da Universidade de Cambridge, Inglaterra, com ele pude manter agradável diálogo. A partir dali, nos intervalos das palestras, conversávamos a respeito do direito processual, realizando uma espécie de paralelo entre os dois sistemas de tão distantes mundos – o Brasil, com a nítida influência do civil law, e a Inglaterra onde se edificara o common law –, e ficou a solicitação de minha parte de receber material por ele escrito para divulgação em nosso meio jurídico. O Professor Neil Andrews prontamente atendeu ao que ficara acordado, e me remeteu o artigo intitulado “Fundamental principles of civil procedure : order out of chaos”, que tenho o prazer de ofertá-lo aos interessados no estudo do sistema processual da Inglaterra, notadamente a partir da vigência do método codificado que ali se instaurou em 1998, com o Civil Procedural Rules - CPR.

Solicitei ao Professor Martônio Mont’Alverne que me desse a honra da publicação do texto na Revista da Procuradoria do Município de Fortaleza, e o fiz basicamente por duas razões; a primeira, em face de minha alegria por constatar, ao longo do período em que exerço a magistratura no âmbito da jurisdição da Fazenda Pública, a excelência profissional dos procuradores que atuam nesse segmento da advocacia pública, e a segunda razão reside no profundo respeito intelectual que devoto ao Professor Martônio Mont’Alverne e sua incansável luta pelo refinamento dos meios de divulgação do pensamento jurídico, a fim de se estabelecer o viés dialético inerente ao talhe hermenêutico da ciência jurídica.

Fica aqui o agradecimento ao Professor Neil Andrews pela confiança na remessa do material, e também à Revista da Procuradoria do Município de Fortaleza, por materializar o amplo

acesso ao texto, publicando-o no original, a fim de que não se corra o risco de adulterações dos termos técnicos próprios do sistema do common law, o que poderia acontecer, ainda que de forma não intencional, em decorrência de uma possível tentativa de tradução, naquilo que o pensador Vilém Flusser chamava de difícil captação dos acordos e desacordos entre várias línguas e seus “espíritos”.

MANTOVANNI COLARES CAVALCANTE (Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributário – IBET. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Juiz de Direito no Ceará).

**DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS: A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO
NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL
JURISDICTION AND FUNDAMENTAL
RIGHTS: THE DEMOCRATIC LEGITIMICY
OF JUDICIAL POWER TO EFFECT THE
FUNDAMENTAL RIGHTS**

Sarah Araújo Viana

Mestranda em Direito Constitucional
na Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Bolsista FUNCAP

Graduanda em Ciências Contábeis
na Universidade Federal do Ceará

Advogada

E-mail: vianasarah@ymail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA; 2.1 DEMOCRACIA DELIBERATIVA; 3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA; 4 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CONCEPT OF DEMOCRACY; 2.1 DELIBERATIVE DEMOCRACY; 3 CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY; 4 DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O objetivo deste artigo é realizar uma reflexão sobre a complexa relação entre democracia, jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Desta forma, pretende-se analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário em atuar juridicamente e politicamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais, mesmo que de encontro às decisões da maioria.

Palavras-chave: Democracia. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais.

Abstract: The aim of this article is to make a reflection about the complex relationship between democracy, constitutional jurisdiction and fundamental rights. This way, we intend to analyze the democratic legitimacy of the Judicial Power to act willing to guarantee the efficacy of fundamental rights, even in conflict with the decisions of the majority.

Keywords: Democracy. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais ao incorporarem direitos fundamentais inerentes à pessoa e à coletividade viabilizam a necessidade de interpretações construtivas de seus sentidos por parte da jurisdição constitucional, ensejando o ajuizamento de ações judiciais para atender as aspirações sociais.

Em âmbito internacional, diversos teóricos do direito têm debatido sobre a correlação entre democracia e direitos fundamentais, afinal esses dois institutos constituem os principais elementos para a estruturação da vida política e jurídica de qualquer Estado.

A necessidade de justificar dentro dos limites democráticos, a atuação dos Tribunais Constitucionais em efetivar os direitos fundamentais diante da violação ou omissão destes por parte do Poder Legislativo é o grande problema dos dias atuais.

O presente artigo tem por escopo analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional, que tem por característica ser contramajoritária, em defesa dos direitos fundamentais e a democracia.

2 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA

A palavra democracia vem do grego *demokratia* e etimologicamente traduz-se no governo do povo, para o povo, pelo povo. NINO afirma (1989, p. 371) que “[...] democracia é uma expressão da soberania popular. Trata-se da abordagem mais tradicional, pois se sustenta no argumento de que a democracia é a única forma de governo em que o povo permanece soberano, governando a si mesmo”.

De acordo com HARTOG (2001, p.90) “a democracia foi inventada em Atenas” a qual se encontrava marcada pela participação direta do povo¹ nas decisões políticas do Estado. Explica BOBBIO (2000, p.372) que “para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então uma assembléia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito”. Contrariamente à compreensão da democracia moderna que é assinalada pela representatividade.

O marco inicial da democracia moderna foi a obra de Rousseau O contrato social publicada em 1762 na qual formulou que o poder soberano advinha do povo. ROUSSEAU (1999, p.151) ao comentar sobre a democracia, assevera que, “se existisse um povo dos deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém aos homens”.

Uma das acepções de democracia no mundo moderno é a minimalista em que a considera como um simples procedimento de voto. A democracia procedimentalista reduz-se ao governo da maioria e como assegura DOWRKIN (2001, p.158) “[...] em caso de desacordo entre os cidadãos a decisão democrática é sempre e unicamente aquela que defende a maioria”.

1 Conforme HELD (1995, p.21): “Apenas os homens atenienses com mais de 20 anos podiam se tornar cidadãos. A democracia antiga era uma democracia dos patriarcas; as mulheres não tinham direitos políticos e seus direitos civis eram estritamente limitados [...]. Havia um grande número de residentes em Atenas que também não podiam participar dos procedimentos formais. Estes incluíam ‘imigrantes’ cujas famílias tinha se estabelecido em Atenas há várias gerações. Mas a maior categoria de pessoas politicamente marginalizadas era a população escrava”.

GUTMANN (1995, p.8) denomina a democracia procedimentalista como populista e a conceitua como “um sistema de governo da maioria que não impõe restrições à substância dos resultados sancionados pelo eleitorado, com exceção daquelas que são exigidas pelo próprio procedimento democrático de governo popular”. Desta maneira, percebe-se que a teoria democrática voltada para aceitação majoritária impede a limitação dos resultados obtidos mediante procedimento democrático pela jurisdição constitucional.

2.1 Democracia deliberativa

Afastando-se deste suposto elemento essencial, o majoritarismo, a democracia deliberativa não consiste somente em uma apenas democracia procedimentalista, pois conforme TAVARES e BUCK (2007, p.172) ela “convive bem com a existência de um rol de direito que restrinjam a agenda legislativa, desde que esses direitos sejam reputados como essenciais para a formação da autonomia das pessoas”². Afirma GUTMANN (1995, p.20) que “a democracia deliberativa propõe a resposta de que valorizamos a vontade popular e a liberdade pessoal na medida em que o exercício de uma e outra reflitam ou expressem a autonomia das pessoas”.

Na opinião de KROL (2007, p.100) “uma das idéias fundamentais da democracia deliberativa é compreender a democracia para além da prerrogativa majoritária de decidir sobre questões políticas”. Portanto, a concepção de democracia deliberativa supera as deficiências da democracia procedimentalista que não se preocupa que o conteúdo de suas decisões majoritárias esteja necessariamente de acordo com os direitos fundamentais. É, então, somente na democracia deliberativa que a vontade da maioria deve ser limitada para o exercício dos princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, para o estudo da presente pesquisa acadêmica, é essa idéia de democracia que será adotada, afinal permite uma relação compatível entre os direitos fundamentais e a democracia.

² GUTMANN (1995, p.20) entende por autonomia das pessoas “como autodeterminação, isto é, a disposição e a capacidade de determinar os rumos da própria vida privada ou pública por meio da deliberação, da reflexão informada, do julgamento e da persuasão que alia a retórica à razão”.

Além do mais, a defesa de uma democracia essencialmente procedimentalista é irreal em qualquer Estado Constitucional, pois este prima pela supremacia dos direitos fundamentais, não podendo o majoritarismo derogá-los.

3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Diversos autores defendem que o constitucionalismo e a democracia vivem em constante tensão. Carl Schmitt enfatizou a incompatibilidade entre esse dois institutos, declarando que o liberalismo nega a democracia e esta nega o liberalismo. Explica KROL (2007, p.79) que a aparente tensão entre constitucionalismo e democracia “deriva do fato de que se por um lado a organização das sociedades se apóia no consenso popular, por outro, a vontade dos cidadãos tem como limites normas constitucionais dificilmente modificáveis ou mesmo intangíveis”. Portanto, o caráter antidemocrático do constitucionalismo consiste nele restringir a vontade popular aos princípios constitucionais.

A imposição de limites ao poder soberano a fim de proteger os direitos humanos³ é um fenômeno decorrente do constitucionalismo moderno e se consubstancia nos pilares do liberalismo político. De acordo com DWORKIN (2001, p. 156) o constitucionalismo “confere a juízes não eleitos o poder de contestar as decisões dos poderes executivo ou legislativo designados democraticamente, a partir do momento em que elas violem, a seus olhos, os direitos do homem assegurados”. Assim, afirma que a idéia de que as decisões de uma assembléia democrática estejam submetidas ao controle do Poder Judiciário é recente, surgindo através da decisão de John Marshall que decidiu que os juízes americanos deveriam aplicar a Constituição, inclusive contra a vontade da maioria. Diferentemente da democracia procedimentalista, para o constitucionalismo é

3 Explica SARLET (1998, p.31) a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais: “Em que pese 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 do ser humano 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 povo e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

possível a restrição dos resultados de procedimentos democráticos pela jurisdição constitucional com a justificativa da proteção dos direitos e princípios constitucionais.

Não obstante alguns doutrinadores considerarem o constitucionalismo e a democracia elementos antagônicos, muitos teóricos defendem uma relação de complementaridade e interdependência entre ambos apesar de seus objetivos distintos. Justifica KROL (2007, p. 84):

A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, sendo que estas condições são os princípios assegurados pelo constitucionalismo. Este, por sua vez, só adquire um sentido forte quando opera no âmbito de uma democracia. Ou ainda, uma constituição só é válida se concebida em condições democráticas.

A relação de complementaridade entre a democracia e o constitucionalismo é contemporânea e autoriza se falar de um sistema de governo denominado por NINO (1999, p. 13) como democracia constitucional. Senão vejamos:

[...] que o constitucionalismo e a democracia se combinam para formar um sistema de governo conhecido como democracia constitucional e que esta união constitui um feliz matrimônio ente dois valiosos ideais, sendo inclusive a democracia constitucional muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático.

Na democracia constitucional não se defende a supremacia do procedimento democrático, mas é possível a limitação delas em proteção aos direitos fundamentais presentes na Constituição. Explana DWORKIN (1991, p.162) que a proteção pelo Estado aos diversos direitos humanos é condição necessária ao próprio exercício da democracia, “o fato de que esses direitos limitem os poderes de uma maioria não tem interesse. O Constitucionalismo não é portanto o inimigo da democracia, mas, como já decidiram tantas nações, um meio essencial a sua existência”.

A interdependência entre esses dois elementos demonstra que uma democracia só existe quando respeita os direitos fundamentais prescritos na Carta Fundamental, enquanto que só se pode falar de uma Constituição efetivada quando ela se encontra inserida em uma democracia. O constitucionalismo não visa limitar o poder soberano do povo, mas garantir o exercício dos direitos fundamentais com o fim de assegurar a própria democracia. Considere, então, o constitucionalismo como a alma da democracia.

4 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais consistem em máximas jurídicas positivadas dentro de um ordenamento jurídico de um Estado que visam garantir uma vida digna, justa e igualitária a todos. DIMOULIS (2007, p.30) define como direitos fundamentais “os direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais – possuindo, portanto, caráter normativo supremo em âmbito estatal – cujo objetivo é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Convém ressaltar que atualmente os direitos fundamentais não abrangem somente um aspecto individual, mas também um sentido social, político, econômico, difuso e coletivo.

Os direitos fundamentais balizam, positivamente ou negativamente, a atuação estatal, pois conforme ALEXY (2008, p. 447) “definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir. [...] essas normas representam proibições e deveres que restringem sua liberdade e são, além disso, normas negativas de competência”.

A relação entre os direitos fundamentais e a democracia pode ser caracterizada em dois sentidos: uma de complementaridade e outra de incompatibilidade. A tese de complementaridade afirma que a democracia é elemento essencial para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Nesse sentido, opina SILVA (2007, p.370):

A democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los como o que estará concretizando a justiça social.

Enquanto, que a tese de incompatibilidade assegura que o reconhecimento dos direitos fundamentais em um Estado viola o princípio democrático, já que as decisões baseadas na maioria sempre estarão limitadas a estes pré-comprometimentos constitucionais, afastando questões importantes da deliberação da soberania popular e da decisão pública. Assim, afirma DIMOULIS (2007, p.31) que “[...] os direitos fundamentais seriam um obstáculo individualista, senão claramente autoritário” à democracia.

Na opinião de ALEXY (2008, p.447) “a colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa um problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade [...] e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado”, ou seja, o exercício da jurisdição constitucional por parte do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

Saliente, que de acordo com LOPES (2008, p.40), “a expressão jurisdição constitucional começou a ser utilizada para designar a função do controle de constitucionalidade das leis exercida pelos tribunais constitucionais criados na Europa no início do século vinte”. A atual conotação de jurisdição constitucional como atribuição dos Tribunais Constitucionais de interpretar e conceituarem normas constitucionais abstratas e vagas, especificamente os direitos fundamentais, somente se consolidou após a segunda guerra mundial no momento que houve a preocupação com a efetivação

dos direitos humanos.

Ressalta, DELMAS-MARTY (2001, p.164) que a transformação dos direitos fundamentais em princípios de direitos que devem ser aclamados ao Tribunal Constitucional em nome de justiça ocasionou uma ruptura epistemológica em que garantiu aos direitos fundamentais serem “diretamente invocados diante de uma jurisdição, nacional ou internacional: invocados contra a lei, em razão do controle de constitucionalidade das leis, e mesmo contra o Estado, por intervenção da Corte Européia de direitos humanos ou do Comitê dos Pactos da ONU⁴”.

A tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia ocorre no momento em que o Poder Judiciário chama para si a competência para efetivar um direito fundamental em nome da supremacia da Constituição, indo de encontro à lei promulgada mediante procedimento democrático.

A crítica à possibilidade da jurisdição constitucional em concretizar os direitos fundamentais, desfazendo atos oriundos da ‘vontade popular’ justifica-se na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Na opinião de LIMA (2003, p. 225) o Poder Legislativo é soberano a qualquer outro poder, não podendo jamais o Poder Judiciário mediante o exercício de sua função limitar a sua atuação política, mesmo que seja com o objetivo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. São essas suas palavras:

O ponto central sobre a preponderância do princípio da soberania popular e de sua incompatibilidade com a existência de um tribunal constitucional possui razões para além daquelas de embasamento empírico e de ordem mais complexa. Trata-se da questão da supremacia do poder legislativo, que a todo instante constata a redução de seu âmbito de atuação política promovida pela jurisdição constitucional, o que significa, ainda, a submissão do representado ao representante.

4 Exemplo acerca da invocação de direitos aos tribunais internacionais é o caso Maria da Penha em que obrigou o Estado Brasileiro promulgar lei específica para proteção da mulher e punir com maior rigor a violência doméstica e familiar.

Em contra-argumento, ROCHA (1995, p.63) afirma:

[...] essa posição de relevância relativa do Legislativo em face dos demais Poderes [...] no sentido de não sofrer limitação nem controle na sua atividade de criação do direito, inclusive dos direitos fundamentais. [...] foi verdadeira nos primeiros tempos da Revolução Francesa. Hoje, porém, não o é mais.

Deste modo, explica que a possibilidade do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário dos atos emanados tanto pelo Poder Legislativo é a maior garantia de efetivação dos direitos fundamentais. De tal modo, atualmente o Poder Judiciário não atua somente como órgão jurídico para dizer a quem cabe o direito, mas também como um órgão político, buscando atender as novas necessidades sociais⁵.

Explana ainda BARBOZA (2008, p.278):

[...] apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justifica na proteção de minorias e na realização de uma democracia substantiva, razão por que também se justificará a legitimidade da jurisdição constitucional na proteção e realização dos direitos fundamentais.

ALEXY (2008, p. 446) argumenta que a interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais fundamenta-se no fato de que eles “[...] são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples⁶”. Assim, apesar da existência de uma democracia procedimental não há ofensa ao princípio democrático quando a jurisdição constitucional age para garantir o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais.

5 Afirma ROCHA (1995, p.63): “Instrumento, igualmente, importante de garantia dos direitos fundamentais contra atos do Legislativo é o mandado de injunção. Protege o titular dos direitos fundamentais contra a omissão do legislador em regulamentá-los, objetivando, assim, viabilizar seu exercício”.

6 Ressalte-se que o estudo de Robert Alexy sobre a colisão sobre os direitos fundamentais e o princípio democrático é situado no campo constitucional alemão.

Os direitos fundamentais por serem valores fundamentais escolhidos pela sociedade durante o desenvolvimento do Poder Constituinte Originário e que visam assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana como também o próprio processo democrático, não podem ficar a disposição de simples maiorias políticas que poderiam se utilizar do sistema democrático em benefício próprio. Nesse diapasão, esclarece BARBOZA (2008, p. 281-282):

Se não houvesse este pré-comprometimento com os direitos inerentes à pessoa humana, e se essas escolhas pudessem ficar à disposição das maiorias políticas de determinada época ou de determinada sociedade, esta maioria política poderia se prevalecer contra os direitos humanos, atuando de uma forma passional e não racional.

Para SILVA (2002, p. 43) o conceito de democracia está evoluindo, transformando-se em instrumento de “realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Daí, não se poder negar a complementaridade entre democracia e direitos fundamentais e a relação de ambos com a jurisdição constitucional, como forma de garanti-los diante de leis inconstitucionais do Legislativo.

Na opinião de STRECK (2007, p. 387) a jurisdição constitucional ou o “contramajoritarismo vem representando, historicamente, muito mais o fortalecimento dos regimes democráticos do que qualquer forma de solapamento ou enfraquecimento democrático”. Deste modo, deve-se entender que a efetivação dos direitos fundamentais através da jurisdição constitucional é instrumento para se alcançar a democracia.

Portanto, em virtude de ser reservada a um Tribunal Constitucional a competência de estabelecer uma síntese interpretativa e aplicativa dos direitos fundamentais previstos na Constituição e decididos pelo povo na Constituinte Originária, não manifesta qualquer temor de que esse processo de jurisdição constitucional venha atuar contrariamente ao império da lei ou dos fundamentos democráticos. Convém ressaltar, como salienta

DWORKIN (2000, p.32) “não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade do poder político”.

Explica ACKERMAN (1991) que os direitos alcançados pelo povo em efetiva mobilização popular, como os direitos fundamentais escolhidos pela Constituinte Originária, são superiores as leis votadas diariamente pelo Parlamento. Deste modo, não há qualquer incompatibilidade entre a democracia e a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Tribunal Constitucional quando esta ofende aos direitos ou princípios fundamentais.

Assim, de acordo com ACKERMAN (1991) a relação de compatibilidade entre a jurisdição constitucional e a democracia consiste no fato de o Poder Judiciário ao atuar na efetivação dos direitos fundamentais torna-se guardião dos preceitos fundamentais escolhidos em procedimento “suprademocrático” que são os direitos fundamentais.

A compatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional também se justifica na função dos Tribunais Constitucionais de interpretar os direitos fundamentais de acordo com as novas necessidades da sociedade o que muitas vezes não é observado no momento legislativo. Na nova hermenêutica constitucional a sociedade aberta⁷ passa a ser um dos intérpretes dos princípios constitucionais, legitimando as decisões dos Tribunais Constitucionais como democráticas. Então, a participação de terceiros⁸ no processo de jurisdição constitucional como já é

7 Explica HÄRBELE (1997, p. 12-13) a sociedade aberta como intérprete da Constituição: “Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta [...]. Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências pública, todo os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam partes apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]”.

8 Um exemplo de participação de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade é o *amicus curie*.

possível em ações de controle de constitucionalidade autêntica como democrática a decisão que declara inconstitucional uma lei⁹ diante da supremacia dos direitos fundamentais.

Alguns teóricos alegam que legitimidade democrática do Poder Judiciário em concretizar os direitos fundamentais justifica-se no fato de que o próprio Poder Constituinte atribui a ele a função de controlar as leis elaboradas pelos Poderes Constituídos de acordo com a Constituição como também de interpretá-las de acordo com as necessidades sociais. Deste modo, explica DWORKIN (1991, p. 161) “se a nação decidiu que a melhor maneira de definir e garantir tais direitos é adotar uma Constituição de princípio moral interpretada por juízes, estando estes excluídos do jogo político, a objeção de que a Constituição seja necessariamente antidemocrática é deslocada”. Nesse sentido, são também as palavras de COMPARATO (2004, p.55):

Na verdade, o fato que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e confiança que os juízes inspiram no povo. **Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribuí.** (Grifo nosso.)

Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais sejam eles individuais, sociais, coletivos ou difusos é instrumento que permite aos cidadãos o pleno exercício de suas vontades nas decisões políticas do Estado. Afinal, esses direitos fundamentais por terem

9 De acordo com CUNHA JR. (apud DIDIER JR., 2008, p.457): “A intervenção do *amicus Curie* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

sido escolhidos no momento da Constituinte Originária, diante de uma real participação popular, são supremos a qualquer decisão posterior que venha inibir a sua concretização, apesar de se basearem no desejo da maioria.

Deste modo, o Poder Judiciário ao assumir seu papel de guardião da Constituição adquire uma função política, devendo buscar a efetivação dos direitos fundamentais mesmo que seja contra o procedimento democrático. Nesse sentido, quando atua com esta visão, viabiliza que a Constituição se transforme de algo simbólico para uma carta efetiva.

Resume bem o ponto de vista do presente trabalho DWORKIN (2002) em sua obra *Levando os direitos à sério* quando assegura que um direito fundamental equivale a trunfo num jogo de carta. Trunfo este que deve ser utilizado até contra as decisões do Estado mesmo que decorrentes de procedimentos democráticos.

Os direitos fundamentais não podem ter seu conceito e aplicação limitados a vontade do legislativo. Deve o Poder Judiciário atuar para torná-los concretos e condizentes com a realidade social. Conclui-se que a atual concepção de democracia, desvinculada da supremacia das decisões da maioria, concorda com a tarefa da jurisdição constitucional em agir na definição e realização dos direitos fundamentais, já que a presença desses interesses em qualquer sociedade garante o exercício real da democracia.

5 CONCLUSÕES

A presente pesquisa pretendeu explorar a relação existente entre democracia, jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Coube analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais mesmo que contra o procedimento democrático.

A democracia na sua concepção deliberativa possui forte influência na jurisdição constitucional. A falta de efetivação dos direitos fundamentais ocasiona uma deficiência no próprio sistema democrático. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário na

concretização dos direitos fundamentais justifica-se em diversos aspectos como na supremacia dos direitos fundamentais em relação à vontade da maioria, na atribuição conferida ao Tribunal Constitucional de fiscalizar se as leis feitas pelo Poder Legislativo estão de acordo com a Constituição, na participação da sociedade na interpretação dos direitos fundamentais e na necessidade de atualização das definições destes às novas realidades sociais.

Portanto, o Tribunal Constitucional possui papel relevante no processo de concretização dos direitos fundamentais. Contudo, deve balizar sua função no princípio da razoabilidade, não substituindo a interpretação de um direito fundamental realizada pelo Parlamento por motivos pessoais, mas somente através de argumentos substanciais que comprovem que interpretação dada ao direito fundamental pelo Legislativo está equivocada e não atende aos interesses sociais. Desta forma, a função de concretizar os direitos fundamentais cabe, primeiramente, ao Estado, somente na ausência de atuação deste é que caberá ao Poder Judiciário intervir.

Não há como negar a relação de complementaridade entre democracia e direitos fundamentais. Afinal, para existir uma democracia se pressupõe a realização de direitos fundamentais, especialmente os políticos, enquanto que somente se pode comentar da presença e efetivação de direitos fundamentais em um Estado democrático. Assim, na democracia moderna, a tarefa da jurisdição constitucional se justifica no dever de concretizar os direitos fundamentais mesmo contra as legítimas opções da maioria no intuito da sobrevivência da própria democracia.

Deste modo, a legitimidade democrática do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais, políticos, econômicos, difusos ou coletivos consiste no fato de terem sido escolhidos em momento 'suprademocrático' que garante sua supremacia em relação a atividade rotineira do Poder Legislativo. Então, cabe ao Tribunal Constitucional, como guardião máximo da Constituição, agir politicamente na concretização desses direitos mesmo que venha a ser obrigado a destituir ato decorrente do desejo majoritário. A função antidemocrática da jurisdição constitucional

na concretização dos direitos fundamentais tem por objetivo final garantir o exercício da democracia pelos cidadãos na sua forma mais plena. Afinal, um estado democrático que não se preocupe com a materialização mínima dos seus direitos fundamentais não pode ser assim denominado.

6 REFERÊNCIAS

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

ACKEMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Massachusetts: the belkna press of havard University press, 1991.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277- 293.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições clássicas**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, p. 151-160, mai./ago., 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Das instituições. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.163-171.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. ampl e atual. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 405-485.

DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin;

SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.29-43.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.155-162.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUTMANN, Amy. **A desarmonia da democracia**. Lua Nova, São Paulo: CEDEC, n. 36, p. 5-37,1995.

HARTOG, François. Os antigos. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.89-95.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1995.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre Constituição, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.15, n. 58, p. 78-108, jan./mar. 2007.

LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto (Org.). **Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-260.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio

Mont´Alverne Barreto (Org.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.39-66.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: um ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova cultural, 1999, Coleção Os Pensadores.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.369-370.

_____. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385-405.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-185.

PODER JUDICIÁRIO E SOBERANIA POPULAR: UMA CRÍTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL A PARTIR DE MATRIZES DO ILUMINISMO

JUDICIARY POWER AND POPULAR SOVEREIGNTY: A CRITIC OF THE CONSTITUCIONAL JUSTICE IN BRAZIL UNDER ENLIGHTMENT BASIS

Mário André Machado Cabral

Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará – UFC

Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao
Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP

E-mail: marioandremc@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CRÍTICA DA ATUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 3 CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE MATRIZ ILUMINISTA; 4 CONCLUSÕES; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CRITIQUE OF CONTEMPORARY PRACTICE OF THE FEDERAL SUPREME COURT; 3 CONTRIBUTION OF THINKING ARRAY ILLUMINIST; 4 CONCLUSIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, tem-se construído uma nova ordem político-jurídica. No que se refere ao Poder Judiciário, nota-se, para os fins deste trabalho, um crescente desenvolvimento da força e da atuação do Supremo Tribunal Federal, fenômeno comum a vários dos tribunais de cúpula em diversos países após a Segunda Grande Guerra. O presente estudo objetiva fundamentalmente expor, de modo esquemático, a configuração e a atuação da cúpula do Judiciário no Brasil, para, em seguida, ousar elaborar uma reflexão crítica acerca da relação entre o povo e a justiça constitucional. Para tanto, com o fito de se construir subsídios teóricos para a discussão, intenta-se trazer à baila a contribuição e a atualidade de pensadores do Iluminismo, especialmente John Locke e Jean-Jacques Rousseau, no que tange à soberania popular e à sobreposição do Poder Legislativo frente aos outros poderes. A metodologia utilizada, pela natureza do

trabalho, é eminentemente a da pesquisa bibliográfica. Tendo como pressuposto a valoração do povo como elemento que concede respaldo para as decisões estatais e para a Constituição, percebe-se que não é adequado, no contexto de um Estado Democrático de Direito, que o Judiciário se assenhere da Constituição, ultrapassando seus deveres de guarda desta.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Soberania popular. Justiça constitucional.

Abstract: In Brazil, since the Federal Constitution of 1988, it has been built a new political-judicial order. In what is concerned to the Judiciary, it is observed, in the circumscribed limits of this work, a growing development of the force and the function of the Federal Supreme Court, common phenomenon to many high courts after Second World War. This paper has the fundamental objective of showing, schematically, the configuration and the performance of the high court in Brazil, in order to elaborate a critical reflection about the relationship between the citizens and the constitutional justice. To give theoretical basis to this discussion, it is aimed bring the contribution and the current importance of philosophers from Enlightenment, especially John Locke, Jean-Jacques Rousseau and Immanuel Kant, about the popular sovereignty and the supremacy of the Legislative Power in relation to other powers. Pressuposing the evaluation of the people as an element that gives ground to the decisions of the State and to the Constitution, it's clear that it's not adequate, within the context of a Democratic Rule of Law, that the Judiciary take the "ownership" of the Constitution exceeding the limits of its obligations as the "Verfassungshüter".

Keywords: Judicial Power. Popular sovereignty. Constitutional justice.

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, há se construído no Brasil uma nova ordem político-jurídica. Superados pouco mais de vinte anos de supressão das liberdades individuais e políticas e de regime de exceção¹, nascida de uma assembleia constituinte democrática e participativa², a nossa Carta Política, no que se refere à disposição de seu texto, atende aos primados do Estado Democrático de Direito.

Entende-se que uma constituição deve determinar de que forma o Estado se organiza, bem como os níveis estruturais dos poderes constituídos, para uma maior efetividade no cumprimento das tarefas estatais³. Afora isso, deve conter um núcleo de direitos a

1 Sobre a problemática do Estado de Exceção, cf. SCHMITT, 2006, p. 3-60, entre outros do mesmo autor; AGAMBEN, 2004; BERCOVICI, 2004; BERCOVICI, 2008, p. 37-43, 47-92 e 215-344.

2 Acerca da acentuada participação popular na última constituinte brasileira, cf. LIMA, 2003a, p. 598.

3 "Constituição, como Constituição do Estado de Direito, é uma estrutura normativa superior a todas as

serem respeitados pelo Estado e pelos indivíduos⁴, gerando, em caso de desrespeito, a reação dos órgãos responsáveis pela manutenção de tais garantias. É da conjugação básica entre a organização do Estado e a garantia dos direitos fundamentais que brota o núcleo da constituição:

A Constituição, enquanto expressão maior do jurídico, realiza solenemente a necessidade de *organização do poder*. Mas ela deve, ao mesmo tempo, em função da finalidade ética suprema que faz parte do seu conceito, consagrar e promover a liberdade por meio da exigência da realização dos *direitos fundamentais*, os quais, não mais concebidos como um espaço de liberdade que o indivíduo conserva perante o Estado, passam, eles próprios, a fazer parte da realidade política (grifo nosso) (DINIZ, 1999, p. 82)⁵.

Nesse sentido, a atual Constituição brasileira está abrigada nos pressupostos da constituição do Estado de Direito Democrático⁶. De um lado, os Títulos III e IV (art. 18 ao 135) dispõem acerca da organização do Estado e dos Poderes. De outro, o Título II (art. 5º ao 17) e demais mandamentos decorrentes do regime e princípios constitucionais ou de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte (art. 5º, parágrafo 2º) prescrevem e garantem os direitos fundamentais⁷.

Entretanto, além dos dois elementos acima pontuados, a

demais no interior da ordem jurídica, que, de forma sistemática e numa perspectiva dinâmica, constitui e estrutura juridicamente o estado e suas instituições, dividindo o exercício do poder estatal, que é unitário, em funções e órgãos especializados para atender à complexidade de suas tarefas". DINIZ, 2002, p. 94.

4 Originariamente, a idéia de um grupo de direitos que precisam ser protegidos era pertinente a abusos do Estado contra os indivíduos. Atualmente, todavia, entende-se que pode haver conflitos entre os indivíduos e que a eficácia dos direitos fundamentais atinge as relações entre particulares. Cf. SILVA, 2005.

5 Ver, também: SALGADO, 1998. Para os fins a que se propõe este trabalho, não se faz necessário trazer a lume diferenciações como a entre constituições materiais e formais, entre outras classificações. Para ilustrar, pode-se citar alguns fatores que podem constituir a essência de algumas constituições, como os fático-materiais, os normativo-jurídicos, os ideológicos e os ontológico-dialéticos (estes últimos formulados por Karl Loewenstein, cf. LOEWENSTEIN, 1976, p. 216-222). Cf. NEVES, 1988, p. 58-62, especialmente p. 62.

6 "[...] o Estado Democrático de Direito é aquele cujo poder tem formalmente origem na vontade popular e, declarando na sua constituição os direitos fundamentais como seu núcleo, organiza-se por esse princípio de legitimidade e da divisão da competência no exercício do poder, que se efetiva segundo o princípio da legalidade ou de decisão conforme a lei e não pelo arbítrio da autoridade". SALGADO, 2007, p. xiii.

7 No que se refere aos direitos e garantias fundamentais na constituição de 1988, por todos, cf. SARLET, 2008, p. 67-226; SARLET, 2007, p. 63-150; BONAVIDES, 2006, p. 525-559.

Carta de 1988, na linha de outras constituições, traz um terceiro caractere: a interferência na ordem econômica e social:

Além de estruturar funcionalmente os poderes constituídos, reconhecer e garantir o sistema de direitos fundamentais a partir das idéias matrizes de vida, liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade, hodiernamente as constituições também interferem na ordem econômica e social [...] (DINIZ, 2006, p. 544).

Como reação à abstenção liberal, passa agora o Estado a atuar nas searas da economia, no sentido de evitar crises, garantir empregos e, de um modo geral, promover a justiça social⁸.

Apontados os núcleos definidores da constituição do Estado Democrático de Direito, vale ainda trazer à baila um elemento pontual no contexto da Constituição Federal brasileira: o Poder Judiciário ou, mais especificamente, sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF). Este, composto por onze ministros escolhidos pelo Presidente da República, tem competência originária – primeira instância para as ações constitucionais e demais demandas arroladas nas alíneas do art. 102, I, da Constituição – ou recursal – última instância a se recorrer, quando o litígio tem repercussão geral⁹. Contudo se faz necessário destacar que o Supremo Tribunal é o responsável pela guarda da constituição, podendo, para atingir tal objetivo, declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos elaborados pelos representantes eleitos pelo povo.

Vêm-se, assim, os traços gerais da ordem constitucional inaugurada em 1988, bem como os pontos de onde se partirá a discussão ora travada.

8 Para entender a passagem do estado liberal para o estado atuante no âmbito sócio-econômico, Cf. BONAVIDES, 2008; DINIZ, 2007, p.175. Sobre a atuação econômico-social concreta do Estado brasileiro a partir de 1988 para a superação das desigualdades, sobretudo, regionais, cf. BERCOVICI, 2003c, p. 143-236.

9 Cf. Código Processo Civil (Lei 5869 de 1973), art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

2 CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF pode declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativo. O problema reside em que estes poderes são democraticamente eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico, enquanto a cúpula da Justiça, não. Desse modo, resistem questionamentos acerca da configuração e atuação da Corte no que concerne ao princípio democrático. Veja-se dois exemplos:

i) A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou a “Súmula Vinculante”, instrumento através do qual o STF pode criar dispositivo sobre matéria constitucional, caso haja reiteradas decisões no mesmo sentido, com efeito vinculante. Isto é, a Corte, que não é eleita pelo sufrágio universal¹⁰, institui dispositivo com força de lei, como se representante eleito fosse;

ii) Na Reclamação Constitucional 4335-5/AC, o relator Min. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de entender que, para conceder efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade, não é mais necessária a aprovação do Senado¹¹. Esta tem mera função de dar publicidade à decisão do Supremo, tratando-se, segundo os ministros, de caso de mutação constitucional¹².

No primeiro caso, percebe-se que o STF está exercendo função que originariamente não é sua, qual seja, a de legislar. No segundo, infere-se que a Corte, para validar seu entendimento, vai além das possibilidades do texto constitucional. Em ambas situações, a supremacia da constituição¹³ padece diante da supremacia do poder dos juízes constitucionais (BERCOVICI, 2003c, p. 307-

10 Para uma excelente análise do sufrágio universal, bem como da luta por direitos civis e políticos, cf. LOSURDO, 2004.

11 O que vai no sentido contrário do prescrito no art. 52, X, da Constituição Federal.

12 Sobre o conceito histórico de mutação constitucional, cf. JELLINEK, 1991; DAU-LIN, 1998. Apesar de Jellinek e Dau-Lin serem pioneiros ao tratar com profundidade do tema, Paul Laband foi o primeiro a utilizar o termo “mutação constitucional”. Entretanto não se pode dizer que construiu uma teoria no que tange ao tema. Cf. LABAND, 1900-1904; Para uma crítica do atual entendimento por parte do Supremo na Reclamação 4335-5, cf. STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007. Pequeno, porém interessante, estudo que versa sobre mutações constitucionais, entre outros temas adjacentes: PONTES DE MIRANDA, 1946, p. 20-23.

13 Para a formação da idéia de supremacia da constituição, cf. SALDANHA, 1982, p. 124-140, principalmente p. 126-129.

310)¹⁴, através do que Marcelo Neves chama de “concretização desconstitucionalizante”, isto é, a distorção do texto constitucional no processo de concretização/interpretação (NEVES, 1995, p. 158-160).

Diante da configuração e atuação do Supremo Tribunal Federal e de sua crescente força, impõe-se que se elabore uma reflexão acerca da adequada função do Poder Judiciário, colocando em destaque, para isso, matrizes do Iluminismo referentes à representação popular.

3 CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE MATRIZ ILUMINISTA

Objetiva-se, fundamentalmente, tecer críticas à configuração e atuação do Judiciário no Brasil e estabelecer uma relação entre a crescente força deste poder e a desconfiança em relação aos representantes eleitos pelo povo. Para tanto, busca-se subsídios político-filosóficos em alguns pensadores, mais precisamente John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, com seus escritos e considerações quanto à representação do povo na legislação.

O pensamento de John Locke, no que tange à questão da legislatura, passa diretamente pela defesa dos direitos naturais: vida e, sobretudo, propriedade. Esta deriva do modo como Locke vê o homem¹⁵, entendido como posse de si, daqui derivando as demais posses. A liberdade do homem é, então, conceito vinculado à autoposse (OLIVEIRA, 1993, p. 120-121). Desse modo, a propriedade (ou a posse) é elemento necessário para a liberdade do homem.

Para garantir a integridade desses direitos naturais, a legislação deve existir – disso decorre a supremacia do Legislativo (VIEIRA, 1997, 39-41)¹⁶. Nesse sentido, Locke coloca claramente seu

14 Cf., também, MENDES, 2008, especialmente o item “Supremacia da Constituição ou do Tribunal constitucional?”, p. 147-161; “[...] as cortes constitucionais ultrapassam o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção de separação de poderes e, mais grave, substituindo o poder constituinte”. LIMA, 2003b, p. 204.

15 Para entender a idéia de homem no Iluminismo, cf. VAZ, 1991, p. 91-96.

16 Ver, também, WALDRON, 2003, p. 77-111.

entendimento, acrescentando, contudo, um outro ponto inovador e significativo: acima da supremacia do Legislativo, há a supremacia do povo, que, caso insatisfeito com as decisões dos representantes eleitos, pode fazer valer seu poder e força:

[...] só pode haver um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros devem permanecer subordinados; sendo o legislativo apenas um poder fiduciário, que age para determinados fins, subsiste 'ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo', quando achar que o legislativo está agindo contrário à confiança a ele depositada [tradução livre] (LOCKE, 1824, p. 426-427)¹⁷.

Para Jean-Jacques Rousseau a soberania se fundamenta no exercício da vontade geral, que deve partir de todos para todos. As decisões políticas tomadas pela vontade geral são atos de soberania que se transformam, por isso, em lei. Para que a sociedade seja soberana, é preciso que o corpo político tenha movimento (governo que zele pelo contrato social) e vontade (leis que fixem o conteúdo concreto da vontade geral). Isso só se efetiva através da legislação (VIEIRA, 1997, p. 75)¹⁸. Por isso o Legislativo tem lugar de supremacia no Estado:

O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é seu cérebro, que faz todas as partes se movimentarem. O cérebro pode ficar paralisado e o indivíduo ainda vive. Um homem fica imbecil e vive; mas se o coração pára suas funções, o animal morre. Não é pelas leis que o Estado subsiste, é pelo poder legislativo [tradução livre] (ROUSSEAU, 1943, p. 327-328)¹⁹.

17 No original: "[...] there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate; yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still 'in the people a supreme power to remove or alter the legislative,' when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them [...]". Cf., também, BOBBIO, 1995, p. 37-41, principalmente, p. 39-41; DEL VECCHIO, 1972, v. I, p. 130-134, sobretudo, p. 133; LIMA, 1996, p. 83-84.

18 Ver, também, BONAVIDES, 2004, p. 130-131; DALLARI, 2002, p. 78; ROUSSEAU, 1943, p. 237-360.

19 No original: "La puissance législative est le coeur de l'Etat, la puissance exécutive en est le cerveau, qui donne le mouvement à toutes les parties. Le cerveau peut tomber en paralysie et l'individu vivre encore. Un homme reste imbecile et vit; mais sitôt que le coeur a cessé ses fonctions, l'animal est mort. [...] C'est n'est pas par les lois que l'Etat subsiste, c'est par le pouvoir législatif". Cf., também, BOBBIO, 1995, p. 44-48, principalmente p. 48; DEL VECCHIO, 1972, v. I, p. 153-160, sobretudo p. 159-160.

Immanuel Kant entende que a liberdade²⁰ apenas pode ser concebida plenamente no Estado republicano. Neste, o poder soberano cabe ao povo por meio de representantes. A vontade geral, porque é a vontade unida do povo, faz com que o poder legislativo seja soberano dentro da estrutura de poderes no Estado:

Qualquer Estado contém em si três poderes, quer dizer, a vontade universal unificada que se ramifica em três pessoas (trias política): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em observância à lei) e o judicial (que atribui a cada um o seu de acordo com a lei) [...] (KANT, 2005, p. 178).²¹

4 CONCLUSÃO

1. Pôde-se observar que há uma crescente desconfiança em relação ao Poder Legislativo, ao passo que a confiança quanto ao Judiciário permanece intacta. Como modo de ilustrar a questão, vale trazer a discussão da constituição dirigente, isto é, daquela que traz em seu interior normas programáticas, que visam ao futuro, à concretização e realização de políticas, vinculando o legislador a materializar suas prescrições.

Peter Lerche entende a constituição dirigente como a que contém diretrizes a que deve sempre o legislador atentar no exercício de suas funções. No entanto, acrescenta que há uma margem de discricionariedade da qual o representante eleito pode desfrutar para adaptar tais mandamentos ao ditames atuais (LERCHE apud BERCOVICI, 2003a, p. 114-115). Já J. J. Gomes Canotilho defende que a Constituição Dirigente se refere a toda a constituição, não havendo espaço para a “discricionariedade material” alegada por Lerche²².

20 Sobre a idéia de liberdade em Kant, cf. SALGADO, 1986, p. 233-269.

21 Ver, também, MAUS, 2009, p. 140-143; SALGADO, 1986, p. 320-322 e 326; LIMA, 1996, p. 85-88; LIMA, 2003a, p. 601; BOBBIO, 1995, p. 141-143; POLIN, 1962, p. 170.

22 “[...] o conceito de constituição dirigente de Lerche é substancialmente diverso da acepção ampla de constituição dirigente, utilizada neste trabalho. Aqui, ela é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições”. CANOTILHO, 1994, p. 224.

Como aponta Gilberto Bercovici, nas duas tentativas de construção de um arcabouço conceitual para o tema, subsiste um ponto não superado por nenhum dos autores: a desconfiança no legislativo (BERCOVICI, 2003a, p. 116). Ao vincular fortemente o legislador à constituição, a teoria da constituição dirigente detém o legislador e suas possíveis decisões políticas e, assim, deposita no Judiciário, ou, mais especificamente, nos tribunais, sobretudo os de cúpula, a autoridade “infalível” para decidir acerca das questões político-constitucionais (BERCOVICI, 2003d, p. 563)²³.

Este problema dialoga muito proximamente com nossa realidade constitucional, pois, “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população” (BERCOVICI, 1999, p. 37). Desse modo, é nítido o contributo da constituição dirigente, entre outros fatores ²⁴, para a desconfiança no Legislativo e o fortalecimento do Judiciário no Brasil.

2. É necessário que se destaque o caráter do papel e da atuação do Judiciário nesse contexto. Além da ampliação de suas funções, vê-se um maior poder de interpretação (podendo inclusive ultrapassar os limites semânticos do texto constituinte), uma crescente disposição para litigar e a consolidação do controle judicial sobre a legislatura (MAUS, 2000, p. 185).

A justiça constitucional, por não manter diálogo direto com os participantes dos processos democráticos²⁵, pode se colocar esvaziada de legitimidade, devido à falta de comunicação com a

23 Lenio Luiz Streck faz uma leitura da constituição dirigente em que rechaça seu instrumentalismo, ou seja, a crença em que a constituição por si só fará transformações sociais emancipatórias. No entanto, defende a vinculação do legislador à “materialidade da Constituição”. Cf. STRECK, 2003, p. 698-703, especialmente, p. 698-700.

24 Questiona-se, também, a qualidade dos nossos parlamentares, inclusive no que se refere ao envolvimento de alguns deles com corrupção. De fato, isso pode contribuir para a falta de crédito da população em relação aos políticos. Entretanto, esse motivo não pode servir de fundamento institucional para acúmulo de força e autoridade do Judiciário em detrimento do Legislativo. Não apenas porque este tem legitimidade popular, mas também porque o erro e o desvio são inerentes a todo e qualquer segmento humano.

25 Esta situação se encontra amenizada no Brasil devido ao instituto do *amicus curiae*. Apesar do tema merecer ampliação do debate, diante dos limites temáticos deste trabalho, não cabe aqui maior aprofundamento.

vontade popular e ao isolamento institucional, causado pela sua indevida supremacia no contexto da desconfiança em relação aos representantes eleitos.

O que é importante afirmar, portanto, é que se trata de problema grave o descompasso de força entre os poderes, com clara concentração desta no Poder Judiciário. Trazendo a contribuição de pensadores do iluminismo, foi possível inferir que a questão da legitimidade das decisões estatais passa necessariamente pelo respaldo do povo, pela soberania popular (BERCOVICI, 2008, p. 17-18).

Assim, para colaborar com a construção da incipiente democracia brasileira, é preciso atentar para o respeito à soberania popular e combater, no âmbito da Justiça constitucional, o assenhoreamento da constituição²⁶.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria política da constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 142, abr./jun., p.35-51, 1999.

_____. Carl Schmitt, o Estado total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jun., p. 195-201, 2003b.

²⁶ Aqui, o Judiciário deixa de ser o Hüter (guarda) da constituição, para ser seu Herr (senhor). Cf. VERDÚ apud BERCOVICI, 2003b, p. 198. Cf., também, ROCHA, 1995.

_____. **Constituição e estado de exceção permanente:** a atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003c.

_____. Estado, soberania e projeto nacional de desenvolvimento: breves indagações sobre a constituição de 1988. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, jan./jun., p. 559-569, 2003d.

_____. **Soberania e constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** 3. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución.** Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e**

hermenêutica constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Estado social e princípio da solidariedade. **Nomos:** revista do curso de mestrado em direito da UFC, v. 26, jan./jun., p. 171-184, 2007.

_____. Modelo constitucional de processo e tutela jurisdicional efetiva. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. **Democracia, Direito e Política:** estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. **Sociedade e estado no pensamento político moderno e contemporâneo.** Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, v. I.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución.** Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1991.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemand.** Paris : V. Giard e E. Briere, 1900-1904.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, jan./jun., p. 595-606, 2003a.

_____. Justiça Constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, n. 8, jan./jun., p. 81-101, 1996.

_____. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da

democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

LOCKE, John. **The works of John Locke**. 12. ed. London: C. Balwin, 1824, v. 4.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**: triunfo e decadência do sufrágio universal. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: UFRJ; São Paulo: UNESP, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio Menezes de Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov., p. 183-202, 2000.

_____. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. RTDP, n. 12, p. 156-167, 1995.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: 1988.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.

POLIN, Raymond. Les relations du peuple avec ceux qui Le gouvernement d'après Kant. In: WEIL, Eric et al. **La philosophie politique de Kant**. Paris: Universitaires de France, 1962.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Defesa, guarda e rigidez das constituições**. RDA, v.5, p. 1-25, 1946.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**. Aubier: Montaigne, 1943.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

_____. Apresentação: Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. vii-xxx.

_____. O estado ético e o estado poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 27, n. 2, abr./jun., 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 681-712, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia filosófica** I. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991.

VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau:** a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IGUALDADE, DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

EQUALITY, HUMAN RIGHTS AND THE HUMAN'S DIGNITY

Janaina Helena de Freitas

Advogada em Macapá

Pós-graduanda em processo civil pela Uniderp

E-mail: janainahelena@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FATOR INDISPENSÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DO INDIVÍDUO; 3 RESTRIÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL ATRAVÉS DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A FACTOR ESSENTIAL FOR DEVELOPMENT OF A PERSON; 3 RESTRICTION THROUGH THE MINIMUM EXISTENTIAL THEORY OF POSSIBLE RESERVES; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: Muito se tem discutido acerca da efetivação da Constituição, especialmente acerca dos direitos sociais. O confronto entre tais direitos com a teoria da reserva do possível (muito invocada pela Administração Pública), traz a baila outra teoria, “o mínimo existencial”. A aplicação da citada teoria é um importante instrumento para a concretização dos direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade. Mínimo existencial. Reserva do possível.

Abstract: Much has been discussed about the effective of the Constitution, especially about social rights. The confrontation between the rights with the theory of reserve of the possible (much cited by the public administration), brings another theory, “the existential minimum.” The application of that theory is an important tool for the achieving of the human rights and the principle of human dignity.

Keywords: Dignity. Existential minimum. Reserve of the possible.

1 INTRODUÇÃO

Pautados no conhecido brocardo jurídico de que “justiça é tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam”, discute-se acerca do princípio da igualdade, principalmente no tocante a seu alcance e extensão. Pergunta-se: quando poderia ser legítimo o tratamento desigual dos indivíduos?

Não defenderemos uma igualdade extrema dos homens. Isso seria contra as leis da natureza, como pregam os idealistas do igualitarismo, mas não encontra respaldo natural a corrente defendida pelos nominalistas, onde pregam que interferir na ordem natural do universo e buscar a diminuição forçada da desigualdade seria uma prática desastrosa. Todos os homens necessariamente nascem diferentes, mas necessitam basicamente das mesmas coisas para sobreviverem. Essa é a igualdade que se busca.

A fim de se analisar uma forma concreta da efetivação do princípio da igualdade, mister se faz que o Estado seja democrático, posto que se não há democracia, a igualdade já sofre depreciação considerável e concretizar a regra de que “todos são iguais perante a lei” já se torna tarefa quase inatingível. Muitos imprimem a tal princípio o caráter de abstratividade, forma que não pode ser aceita pelo poder público para justificar sua não aplicação.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FATOR INDISPENSÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DO INDIVÍDUO

Efetivar os direitos sociais é pautar pela igualdade material dos homens, saindo da lógica formal e meramente legal. Dessa forma, não é contra as “leis da natureza” o tratamento desigual dos indivíduos quando se tem por finalidade precípua sua igualdade material. Os legisladores deram maior importância à igualdade formal, mas a simples menção a tal princípio na lei não foi suficiente para resultar em uma sociedade mais igualitária, sendo necessário o desenvolvimento de mecanismos para diminuir os níveis de desigualdade.

Com a finalidade de se obter a diminuição das desigualdades entre os indivíduos, surgiu a teoria do mínimo existencial, expressão de vertente garantista e prestacional, vinculando o Estado e o particular. A relação prestacional tem o caráter de direito social exigível perante o Estado, com a controvérsia que existe para conceituar quais prestações seriam indispensáveis para a manutenção de uma vida digna. E é em torno da expressão dignidade que se deve pautar o mínimo existencial; conjunto de condições mínimas para a existência digna do indivíduo.

No que tange ao reconhecimento e aplicação dos direitos e sua ligação com o regime democrático, discorreu ALMEIDA:

O mero reconhecimento da universalidade de direitos atribuídos a todos não gera necessariamente a aplicação conteudística do pensamento democrático. De forma inversa, pode vir a causar uma visão formal e superficial dos elementos que o compõe, transformando-o em expectativa de ficção científica, longe de produzir efeitos concretizadores de transformações sociais. A não implementação de instrumentos de participação que viabilizem estes direitos torna-os por vezes insuficientes porque meras formas, alargando mais ainda o precipício perfurado entre o plano de reconhecimento dos direitos de participação (Democracia Formal) e a aplicação dos mesmos na pungente por meio do pleno exercício da cidadania (Democracia Real) (ALMEIDA, 2005, p. 230).

Sabe-se que as necessidades humanas são grandes, todavia, nem sempre há recursos para supri-las. Dessa forma, como meio de viabilizar algumas políticas públicas, ocorre, em conseqüência, a supressão de determinados direitos em benefício de outros. Como então ponderar direitos que se mostram essenciais à existência do indivíduo? Essa problemática é trazida para grandes discussões a fim de se estabelecer a forma de eleição das necessidades principais, transformando-se numa espécie de “mínimos absolutos”, indispensáveis, portanto, à manutenção digna da vida. Barcellos, analisando a teoria do mínimo existencial,

identificou-a como o “núcleo da dignidade da pessoa humana”, incluindo como forma de efetivação os direitos à educação fundamental, à saúde, à assistência e ao acesso à Justiça. No tocante à educação fundamental, entende a autora que esta seria da 1ª a 8ª séries, incluindo o material didático e o transporte escolar. No que tange a saúde, há uma problemática, pois se trata de direito estritamente ligado à vida, não havendo como se estabelecer um padrão mínimo. Em relação à assistência da saúde, Ana Paula relaciona quatro prioridades. São elas: o saneamento, atendimento materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica. No tocante à assistência em sentido estrito, entendem-se como os elementos básicos para subsistência humana, ou seja, alimentação, vestuário e moradia. Por fim, em relação ao acesso à Justiça, a autora defende que mais do que ter a possibilidade de se iniciar um processo judicial de forma gratuita, deve ser estendido a outras fases da lide, como a realização de uma perícia ou diligência sem ônus para o indivíduo (BARCELLOS, 2004: 291-294).

Não há como discorrer acerca da teoria do mínimo existencial sem citar o teórico John Rawls, que a partir de uma lógica de cooperação social, estabeleceu princípios de justiça social, equilibrando a liberdade e a equidade entre os indivíduos, numa espécie de pessoas artificiais, que exercem a liberdade política plenamente, mas que são comprometidas com o bem estar dos indivíduos. Precursor da “Teoria da Justiça”, onde demonstra reação ao utilitarismo clássico, propondo uma maior distribuição de renda que, em contrapartida, acarretaria num maior bem estar dos cidadãos, sejam aqueles que seriam beneficiados e aqueles de classe alta, que cederiam, mas seriam recompensados com a satisfação em ver o benefício do indivíduo menos favorecido. Apresenta-se como uma espécie de “Teoria da Felicidade”, que, a princípio, poderia ser vista como algo utópico, mas que possui importante base para a construção de uma sociedade com menos desigualdades.

CITTADINO, em seu ensaio sobre justiça distributiva, esclarece bem acerca da teoria de Rawls:

Ao discutir os níveis de justificação da concepção política de justiça, Rawls explicita mais claramente o segundo sentido que atribui ao termo “político”. A expressão “político” é inicialmente empregada por oposição à “metafísico”, e o objetivo de Rawls é atribuir ao primeiro termo um sentido de independência e neutralização em relação às visões acerca da vida digna. O segundo sentido do termo “político” agora claramente se opõe à questão da “verdade” e se identifica com a idéia de “razoável”. Em outras palavras, o predicado “verdadeiro” está exclusivamente associado “verdadeiro” está exclusivamente associado às concepções individuais acerca do bem, enquanto que a concepção “política” de justiça não impõe qualquer exigência de “verdade”, ainda que, pela sua qualidade de “razoável”, possa se integrar, como uma parte coerente, às diferentes visões individuais sobre a vida digna (CITTADINO, 2004: 102).

Conforme verificado, John Rawls expõe uma fórmula eqüitativa de oportunidade, o que, segundo ele, conduziria a um resultado social mais justo, garantindo a cada indivíduo um conjunto mínimo de condições para sua subsistência. De fato, tendo em vista o vasto número de direitos previstos na Constituição e a dificuldade da efetivação de todos, a teoria do mínimo existencial mostra-se bastante interessante a fim de se resguardar, a priori, um mínimo de condições para uma vida digna do indivíduo.

Conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra como uma tarefa das mais árduas. Qualquer conceito pré-fabricado poderia se revelar incompleto, tendo em vista a sua importância e abrangência e sua estrita ligação com os valores mais íntimos do indivíduo.

O doutrinador SARLET elucida, de forma cristalina, a dificuldade de se estabelecer um conceito ao princípio da dignidade humana, bem como destaca a sua importância:

Mesmo assim, tal como consignou um arguto estudioso do tema, não restam dúvidas de que a dignidade é alço real, já que não se verifica maior dificuldade em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer que a dignidade não é do que expressar o que ela é. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz a construção de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade (SARLET, 2004, p. 41).

O princípio visa evitar a segregação do homem em sentido lato, não deixando que lhe subtraia seus valores mais íntimos. Partindo de tal premissa, pode ser verificado que o princípio rebate qualquer forma de desigualdade entre os homens, quando esta desigualdade é posta como instrumento marginalizador entre os homens.

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a um patamar de incontestável importância – podendo ser considerado como a mola mestra dos princípios – trouxe consigo o reconhecimento da importância da igualdade entre os homens. Tal fato transmite ao Poder Público a obrigação de estabelecer medidas que transcendam a igualdade formal, tirando do princípio e da Lei a materialidade necessária para um padrão digno de vida. Logo, a vertente de extremo-liberal que busca retirar do Estado qualquer ato que vise à salvaguarda dos direitos, eliminando o caráter protecionista, mostra-se temerária.

A Lex Mater consagrou, indiscutivelmente, a institucionalização dos direitos fundamentais, tendo os direitos humanos sido elevados a alto patamar de consciência

normativa. Nota-se que tal fato já pode ser visualizado em seu preâmbulo, que assegura os valores Constitucionais como supremos, senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro [...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Percebe-se que o legislador, desde o preâmbulo, já demonstrou preocupação com a garantia dos direitos fundamentais e, entre eles, os “direitos sociais”, chegando inclusive a destacá-los como direitos supremos. As normas de direitos fundamentais, tidas por muitos como programáticas, não podem ser vistas meramente como recomendações ao Poder Público e sim como direitos diretamente aplicáveis, tendo em vista seu caráter de estrito ligamento com o limiar da vida humana. Logo, a Carta de 1988 leva o Poder Público a trabalhar pela promoção do bem estar de seus indivíduos e a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CRFB/88).

Nesse sentido dissertou PIOVESAN:

Infere-se desses princípios quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativos de justiça social. Na lição de Antônio Enrique Pérez Luño: os valores Constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político, b) orientadora – metas ou fins pré-determinador, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daquelas fins enunciados pelo sistema axiológico Constitucional e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas [...] os valores Constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico

fundamentador ou básico para a interpretação de todo ordenamento jurídico; o postulado – guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e o critério para medir a legitimidade as diversas manifestações do sistema de legalidade (PIOVESAN, 2006, p. 27).

Tendo em vista tais considerações, constata-se a impossibilidade de restringir os direitos fundamentais interligados com o princípio da dignidade da pessoa humana que deságua no mínimo existencial dentro deste contexto abordado. E entende-se por restrições qualquer ação ou omissão do Poder Público que anule, impeça ou dificulte o exercício de um direito fundamental que possua natureza de princípio. Somente poderá haver mitigação a um direito fundamental em benefício de outro no caso concreto. Para uma correta definição dos limites às restrições em matéria de direitos fundamentais, há que se utilizar a ponderação de interesses, onde o limiar da possibilidade da restrição passa justamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, já abordada alhures, ficando, portanto, proibida norma que prime pelo retrocesso no tocante aos direitos fundamentais, devendo, caso ocorra a edição de tal norma, ser considerada inconstitucional.

Fato que confirma a vontade do constituinte brasileiro em elevar o princípio da dignidade da pessoa humana a patamar de sobreprincípio, foi não inserir no capítulo dos direitos e garantias fundamentais e sim no art. 1º, inciso III. Mas não há que se entender que tal princípio foi concedido pelo ordenamento jurídico brasileiro e sim como qualidade intrínseca do indivíduo. Muitos sustentam que faz parte do homem como o sistema nervoso; seria, pois, expressão imaterial da qualidade íntima do homem.

Lembrando Martinez, SARLET expõe a preexistência do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito:

Assim, como bem lembra Martinez, ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que seu reconhecimento e proteção por parte da ordem

jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima. Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafraseando o conhecido e multicitado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição. Também por este motivo assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidos da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal [...]. Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana do qual seriam concretizações, consta-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de algum forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas (SARLET, 2004, p. 80-81).

O que se pretende ressaltar é o caráter atrativo do princípio da dignidade da pessoa humana, que traz para si todos os outros princípios fundamentais existentes, e negar ao indivíduo a efetivação destes princípios seria o mesmo que lhe arrancar a própria dignidade. E é nesse sentido que se encontram estritamente ligados o “mínimo existencial” a efetivação dos direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Efetivar os direitos sociais, passando pela teoria do mínimo existencial é permitir que o indivíduo vivencie de modo real sua própria dignidade, é dar a ele nada menos nem mais que sua natureza necessita: uma vida digna.

3 IRESTRIÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL ATRAVÉS DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O conceito de “reserva do possível” originou-se do direito

alemão, fruto de decisão da Corte daquele país, a qual, em decisão, afirmou que “a construção de direitos subjetivos à prestação de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Logo, segundo tal teoria, deverá ser delimitado o que o indivíduo pode esperar do Poder Público, no tocante à prestação de cunho material. Tal afirmação se complica no que se refere à análise da possibilidade da ”reserva do possível“ restringir o garantido pelo “mínimo existencial”, bem como verificar em quais casos o uso da aludida teoria restritiva é utilizada com o fim de possibilitar ao Estado eximir-se de suas responsabilidades.

O art. 3º da Carta Constitucional traça os objetivos da República, logo, todo o aparato Estatal deve se voltar a fim de concretizá-los, através de planejamento político, financeiro e orçamentário. Questão que vem “a tona” é a (im) possibilidade de se restringir direitos e garantias fundamentais, visto que estes possuem eficácia plena e imediata. Corroborando com esse entendimento, CUNHA JÚNIOR, que ressalta a convicção os doutrinadores Eros Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso sobre o tema, in verbis:

Para Eros Grau: o juiz não é tão-somente, a boca que pronuncia as palavras da lei. Este, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder-Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um poder-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. [...] Para PIOVESAN, a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, cabem aos órgãos judiciais: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima, b) densificar os preceitos constitucionais consagradores

de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata nos casos de ausência de leis concretizadoras. De acordo com BARROSO, ainda que se afirma ser de pouca lógica o princípio em causa, que prevê que as normas constitucionais são aplicáveis, o que é óbvio, haja vista que a Constituição existe para ser aplicada: parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seu destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil. (PIOVESAN, 2006, p.253: 254).

Logo, sem deixar de enaltecer as grandes contribuições que a doutrina estrangeira, especialmente a alemã, trouxe para o direito brasileiro, não podemos deixar de lamentar a transposição da teoria da “reserva do possível”. Deve-se compreender que os fatores socioeconômicos de nosso país diferem-se muito da Europa. O Brasil é um país com sérios problemas sociais, com prestação deficiente dos serviços públicos essenciais à população. O problema central não se encontra na edição de leis e sim na implementação e manutenção de políticas públicas que atendam às necessidades dos indivíduos.

A questão que impossibilita a restrição da garantia ao mínimo necessário para a sobrevivência do indivíduo em favor da reserva do possível (esta que é estritamente inter-relacionada com a questão da dotação orçamentária), passa, analisando o Brasil, pela questão dos altos salários pagos a determinados servidores, deputados, senadores, ao gasto para manter a estrutura do “poder”, o gasto com o pagamento dos altos juros internacionais e com a dívida interna, sem ressaltar outros gastos de natureza supérflua. Logo, dificilmente há justificativa plausível para deixar de implementar uma política séria, que atenda ao mínimo necessário para a sobrevivência do indivíduo, para que este tenha uma vida digna, sem os percalços que é verificado na maioria da população brasileira.

Na medida em que é obrigação do Estado prover à sua

população os serviços essenciais para uma vida digna, deve utilizar como instrumento de concretização, seu orçamento de forma a atender às necessidades sociais. No orçamento e no governo, devem ser traçadas diretrizes para aplicação das verbas necessárias para o setor social. Fato que corrobora com tal afirmação está na não-vinculação dos impostos, devendo estes serem destinados primariamente para o atendimento aos setores como educação, saúde, assistência. O orçamento do Estado é, sobretudo, uma peça de cidadania.

Dessa forma, a aplicação da “reserva do possível” deve começar onde termina o princípio do “mínimo existencial”. Não há, em verdade, conflito entre eles. Ao contrário, tendo em vista o fato do mínimo existencial versar sobre questões que envolvem o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser este restringido.

4 CONCLUSÃO

Os direitos sociais são tidos como direitos fundamentais do homem, ligados a sua estrita necessidade de sobrevivência, pois se relacionam estritamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se mostra lícito restringir direitos fundamentais, ainda mais com argumentos que não justificam tal restrição, tais como contenção de despesas, controle inflacionário e pagamento de juros.

Dessa forma, ao tratar da questão da impossibilidade de aplicar a teoria da reserva do possível em detrimento do “mínimo existencial”, e verifica-se junto a Tribunais Superiores o fato de que o Estado tem a obrigação de fornecer ao indivíduo o mínimo para sua sobrevivência, sendo importante ainda ressaltar que a teoria do “mínimo existencial” é largamente aplicada a nível jurisprudencial.

Nessa esteira, o Poder Judiciário é considerado como uma ponte que liga a teoria do “mínimo existencial” (repito, afim ao princípio da dignidade da pessoa humana) ao indivíduo, distribuindo, dessa forma, justiça social e contribuindo para a real igualdade material dos homens.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **O conceito de povo cidadão**. In: A cidadania em debate: estudos sobre a efetivação do direito na atualidade. Lília Maia de Moraes Sales (org). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**: In: Democracia, Direito e política: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antônio de Menezes Albuquerque (orgs). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Legislação:

BRASIL. **Constituição** (1998). Brasília: Senado Federal, 2007.

A INDISPENSABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

THE INDISPENSABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF POPULAR PARTICIPATION TO THE ESTABLISHMENT OF DEMOCRACY

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Professora da Escola Superior de Magistratura – ESMEC

Professora do Curso Professor Jorge Hélio

Coordenadora de Políticas da Direito

Democracia e Desenvolvimento

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Especialista em Direito Público pela UFC

E-mail: rlia@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE POVO E DE PARTICIPAÇÃO; 3 TEORIAS ACERCA DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO, SEGUNDO CANOTILHO; 4 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988; 5 FALÁCIAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONCEPTUAL ASPECTS OF PEOPLE AND PARTICIPATION; 3 THEORIES ABOUT THE WAYS OF PARTICIPATION BY CANOTILHO; 4 THE FUNDAMENTAL RIGHT OF POPULAR PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988; 5 FALLACIES ABOUT THE POPULAR PARTICIPATION; 6 FINAL; 7 REFERENCES.

Resumo: O presente trabalho procura estabelecer a relação entre a Democracia e da Participação Popular, considerando esta como sendo um direito fundamental e como requisito indispensável para a construção da Democracia. Inicia-se com o aprofundamento dos temas ligados a Democracia, começando pelos seus aspectos conceituais. Após, faz-se uma análise da questão do povo como legitimador da soberania popular e da própria legitimação da Democracia. Introduce-se a Democracia Participativa como evolução do próprio conceito, responsável por sanar as limitações das formas tradicionais de Democracia, quais sejam: a direta e a representativa. Também é colocada como o grande marco de transformação na postura dos cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: Democracia. Participação. Democracia participativa. Direitos fundamentais. Povo.

Abstract: This study seeks to establish the relationship between democracy and popular participation, considering this as a fundamental right and a prerequisite for building democracy. Begins with the deepening of the issues related to democracy, beginning with its conceptual aspects. Following, an analysis of the issue of legitimacy of the people and popular sovereignty and the legitimacy of democracy itself. Is added to the development of participatory democracy as the concept is responsible for remedying the limitations of traditional forms of democracy, namely: the direct and representative. It is placed as the major milestone of processing in attitude of Brazilian citizens.

Keywords: Democracy. Participation. Participative democracy. Fundamental rights. People.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do vasto e importante tema da Democracia, detendo-se sobre a Participação Popular como direito fundamental e como elemento indispensável para a construção da mesma.

Parte-se para a análise de alguns aspectos marcantes da Democracia Participativa Brasileira. Têm-se a crítica de que, na atual conjuntura social brasileira, podemos concluir que estamos diante de uma “quase democracia”, apesar de, no âmbito da legislação o Brasil não tenha praticamente nada a acrescentar. Embora não seja perfeita, nossa Constituição pode ser considerada como uma das mais modernas e democráticas do mundo. O que pretendeu o constituinte foi deixar claro que o povo está apto a fiscalizar e

participar da elaboração e concreção dos programas e políticas de gerência da coisa pública, só resta-nos implementar esta prática.

Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no legítimo exercício da autoridade.

Dedica-se ao tema da participação popular, começando pelo enfoque nos aspectos conceituais do povo e da participação.

O item seguinte é dedicado ao enunciado das formas de concepção de povo, baseado no ensaio “Quem é o povo?”, pergunta brilhantemente respondida pelo professor Friedrich Müller. As concepções estabelecidas por Müller foram: “povo” como povo ativo, povo como “Ícone”, “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, e “povo” como conceito de combate.

Na esteira dos grandes autores, segue-se com uma enunciação de diversas teorias acerca das formas de participação, segundo José Gomes de Canotilho. Quais sejam: a democratização-caos, a participação por representação e meramente sufragadora, a participação radical-democrática, a participação pluralista, a participação como autodeterminação individual e fator de aprimoramento do sistema e a participação como instrumento da destruição do status quo.

O próximo tópico já traz em seu enunciado o assunto de que trata: o Direito Fundamental de Participação na Constituição Federal de 1988. Analisa-se, pois, os artigos que tratam da questão da participação em Nossa Carta Magna.

A seguir, tratamos de quatro falácias que acabem dificultando a prática da participação popular. São elas: 1 – “O povo não têm competência para decidir e legislar; por isso mesmo elege seus

representantes mais “capacitados”. 2 – “As consultas populares são indesejáveis, pois a tendência do povo é aprovar as propostas mais conservadoras”. 3 – “Os mecanismos de participação popular enfraquecem os partidos políticos e esvaziam o Poder Legislativo”. 4 – “O excesso de participação popular leva ao indiferentismo, à apatia política”.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE POVO E DE PARTICIPAÇÃO

Disse Lincoln que democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo. Dessa máxima lapidar infere-se que o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres.

Infere-se também que a participação ocupa, aí, um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia em que avulta, por conseguinte, o povo – povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesse.

Duas perguntas são cabíveis, todavia, para dar mais certeza, ênfase e precisão ao entendimento dessa dicção fundamental, tão atropelada de equívocos cortados de erros e abusos. A primeira – “Que é o povo?” – formulada desde Rousseau e Kelsen, e a segunda – “Quem é o povo?” – aperfeiçoada em concretude, e levantada no Brasil por Friedrich Müller, que a fez objeto de um ensaio primoroso, onde ele cuida haver suscitado a questão fundamental da Democracia.

Democracia significa identidade de governantes e governados, de sujeito e objeto do poder, significa império do povo sobre o povo. Todavia, o que é este 'povo'? Pressuposto fundamental da democracia é que pela pluralidade de seres humanos forme nela uma unidade. Para isso é o 'povo', como unidade, tão necessária, tão essencial que não é apenas objeto senão algo mais, a saber, sujeito do poder. Pelo menos na esfera abstrata deve ser isto. Contudo, não há nada mais problemático para uma consideração dirigida à realidade do fato do que precisamente aquela unidade que aparece sob a designação de povo.

Em oposição frontal ao homem da *volonté générale*, de Rousseau, aquela em que o homem do degrau inferior, entretanto em sociedade, só é livre como povo, ou seja, quando ascende ao patamar da vontade geral e se aliena naquele organismo de soberania que é a sobredita vontade.

Ali, o poder popular instala a sede de sua legitimidade. No mecanicismo, ponto de partida da tese contratualista de Rousseau, não há povo; no organicismo, ponto de chegada, sim.

O povo em Kelsen, ao contrário, é junção ou agregado de vontade; em Rousseau uma só vontade, vontade geral, derivada indubitavelmente de uma concepção mecanicista em estado rudimentar, suscetível de padecer, a seguir, transmutação organicista em seu ponto terminal, a saber, na ocasião mesma em que se constitui por vontade nova e superior, subsistente em si mesma, não importa o grau de abstração nem o teor de realidade inerente ao processo de mudança que a fez surgir.

Já um terceiro conceito do povo, desenvolvido nas reflexões de Muller, guarda, ao revés daquele puramente formalista de Kelsen, um teor de pluralidade e concretude, posto que seu ponto de partida, perpassado de pessimismo, reside ainda no domínio da metáfora, do símbolo, da alegoria. Mas tão-somente como crítica ao povo-ícone, algo que não foi posto por ele; de conseguinte, já encontrado e deformado pelos desvios de sua manipulação política,

obviamente executada pelos poderes estabelecidos em proveito da classe dominante.

Na seqüência desta análise, movida por inteiro de um senso crítico da realidade, desfilam outras acepções com que se busca caracterizar “povo”. Todavia, povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, e destinatário de prestações civilizatórias do Estado, até chegar ao que nos parece o termo de um profundo desdobramento conceitual: povo conceito de combate, já na região da positividade da democracia.

Desvendada, porém, a hipocrisia da classe dominante, nem por isso se deve rejeitar o conceito de povo-ícone ou riscá-lo de nosso vocabulário; o povo ícone é o povo do Contrato Social e da *volonté générale* de Rousseau, da Revolução Americana e da Revolução Francesa, sem dúvida a mais importante máquina de guerra do pensamento político; povo equiparado à Nação ou desta desvinculado no derradeiro período da convulsão francesa, inspirando, legitimando e escrevendo nas constituintes as primeiras Declarações de Direitos incorporados a textos constitucionais.

Quem é o povo, e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito. O povo da “quase democracia” vigente na era da globalização não é verdadeiramente povo.

Esse povo, tão difícil de definir e tão fácil de conjecturar na importância constituinte de sua titularidade soberana, marca de nosso tempo, pode, todavia, ser decifrado em seu teor mais significativo, se o ligarmos, como já se fez, ao âmbito daquelas duas interrogações, das quais uma foi detidamente examinada nas respostas de Afonso Arinos e Hans Kelsen, as quais, de maneira direta ou indireta, se vinculam de certo modo às reflexões filosóficas contidas no Contrato Social e na *volonté générale* de Rousseau.

Democracia é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga

e dilata na direção certa de um fim totalmente tangível, o Estado Democrático de Direito.

Concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover os bloqueios, desobstruir os caminhos da participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência, para estancar-lhe a correnteza das idéias. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso à navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático.

A participação deu princípio à democracia na categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais da primeira geração.

A idéia de participação está, de um certo modo, associada ao processo democrático ocorrido em diversas fases da história da humanidade, desde a pólis da Grécia antiga até as formas de administração participativa e gestões compartilhadas nas organizações atuais.

Existem diferentes abordagens para o que se entende por participação, limitadas quanto ao seu alcance, a partir do seu conceito mais amplo, forma legítima da influência de indivíduos sobre decisões que afetam suas vidas.

Nas definições de participação, extraem como variável comum e fundamental a referência a um processo de influência, poder, controle e intervenção. Nessa perspectiva, podemos concluir que participação é ato de influir, de exercer controle, de ter poder, de estar envolvido ativamente.

A participação como estratégia social desempenha um papel importante na redução da alienação dos colaboradores das organizações públicas ou privadas na tomada de decisão, na resolução de problemas e na implantação de mudanças institucionais, o mesmo acontecendo aos cidadãos com relação ao Estado, ou seja, a participação faz aumentar a legitimidade e

viabiliza um maior controle social das ações públicas.

Quanto à capacidade do povo em tomar parte das decisões públicas que dizem respeito à cidadania, alguns tenderão a considerar que os membros da sociedade em geral não dispõem das aptidões necessárias à implantação da democracia.

Entretanto, quanto à capacidade do povo para participar das decisões coletivas, podemos auferir que um povo desenvolvido é um povo equilibrado que busca o novo por intermédio da participação popular, da adequação dos objetivos e prioridades às reais necessidades da sociedade, da viabilidade e integração dos recursos e esforços. Associando o desenvolvimento da democracia ao processo participativo, é possível assegurar que a governabilidade é um conceito importante porque, à medida que a população se torna mais esclarecida, mais educada e mais bem informada, cresce a demanda por serviços em quantidade e qualidade.

A participação constitui uma necessidade humana em que, do ponto de vista progressista, faz crescer a consciência crítica dos membros participantes, fortalece seu poder de reivindicação e os prepara para adquirir mais poder, além de facilitar a resolução dos conflitos.

Podemos enumerar alguns princípios relativos aos resultados benéficos da participação, quais sejam: a participação é uma necessidade humana e, por conseguinte, constitui um direito das pessoas; a participação justifica-se por si mesma, não por seus resultados; a participação é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder; a participação leva à apropriação do desenvolvimento pelo povo; a participação é algo que se aprende e aperfeiçoa; a participação pode ser provocada e organizada, sem que isto signifique necessariamente manipulação; a participação é facilitada com a organização e a criação de fluxos de comunicação; devem ser respeitadas as diferenças individuais na forma de participar; a participação pode resolver conflitos, mas também pode gerá-los, o que não deve ser encarado de forma negativa;

A democracia participativa conduz a população a níveis cada vez maiores de participação decisória, eliminando a divisão de funções entre aqueles que planejam e decidem no topo da organização e os que executam e sofrem as conseqüências das decisões na base. Considera-se ainda a participação uma habilidade que, por não ser inata, deve ser aprendida e aperfeiçoada continuamente pelo homem. Assim também as especificidades que constituem a dinâmica da participação devem ser compreendidas e continuamente dominadas pelas pessoas. Na verdade, parece evidente que a melhor maneira de se aprender a participar é praticando a participação no dia-a-dia.

Caracteriza-se basicamente a participação em dois tipos: participação direta – quando o indivíduo age isoladamente procurando influenciar as decisões organizacionais e nelas interferir; e participação indireta – quando a vontade do indivíduo se manifesta por meio de representantes escolhidos por eles para representá-los junto às instituições.

No conceito das ações governamentais, a democracia participativa está avançando em razão do crescimento da consciência política do cidadão.

A democracia, que nasceu dos ideais filosóficos do povo grego, ao longo da história, mesmo sofrendo alguns percalços, constitui-se num marco para a sociedade do século XX que, apesar das inúmeras guerras, foi talvez o período da história em que mais se tenha contribuído para a consolidação da democracia, graças ao desenvolvimento social que elevou o nível de conscientização civil.

A importância da democracia nos dias atuais é, para Paulo Bonavides, mais do que um simples sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou mesmo uma forma de vida, pois “tende a se converter, ou já se converteu, no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração”.

A atual Constituição Brasileira preconiza em seu preâmbulo que foi constituído “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada numa harmonia social [...]”. Estabeleceu ainda, no Parágrafo Único do artigo 1º, o nobre princípio democrático segundo o qual “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Com isso ficou estabelecida a origem do poder popular e a forma de sua expressão por meio da democracia direta e da democracia representativa.

Norberto Bobbio também observa que “a democracia não goza no mundo de ótima saúde, como de resto jamais gozou no passado, mas não está à beira do túmulo”. Para ele, “o modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística”. E considera que “a sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista”.

A construção de um verdadeiro Estado Democrático é vislumbrada por Dalmo Dallari, “desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente”. Na sua visão, alguns pressupostos devem ser atingidos, tais como eliminação da rigidez formal; supremacia da vontade do povo; a preservação da liberdade; a preservação da Igualdade.

A propósito, observa o autor: “quando um governo, mesmo bem intencionado e eficiente, coloca sua vontade acima de qualquer outra, não existe democracia”.

A participação tem sido uma tendência nas formas da gestão e que o cidadão, cada vez mais consciente de seu papel, facilmente não desistirá de buscar espaços na sociedade para exercer o controle social das ações dos diversos atores sociais, especialmente agora que ele pode dispor de vários meios para manifestar sua opinião e

avaliar as instituições, contando com o uso das novas tecnologias da informação.

As novas tecnologias da informação, por exemplo, a Internet, segundo CASTELLS, aumentam a possibilidade de participação do indivíduo nas decisões compartilhadas em todos os setores do Estado. Assim, a utilização de novos meios de comunicação e desenvolvimento de “organizações neogovernamentais” podem “articular os cidadãos com o Estado, mantendo-os informados e permitindo debates em torno das questões que os afetem diretamente”.

BOBBIO denominou de “computadocracia” essas facilidades de acesso às informações e a consequente expansão da democracia participativa.

3 TEORIAS ACERCA DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO, SEGUNDO CANOTILHO

O sentido sociológico que pretendemos dar ao termo tem origem na obra de Marcel Prélot, o qual evidencia que “a participação consiste etimologicamente em ‘tomar parte’”. Aquele que participa torna-se parte do todo, fica presente no todo, não obstante conserve sua personalidade distinta do todo”. O publicista francês após tecer comentários sobre a insolúvel dualidade de um participante, e utilizando uma figura lingüística, sintetiza seu pensamento sobre este assunto nos seguintes termos: “a participação pode ser definida como este aspecto do comportamento político no qual o cidadão intervém na Cidade como membro desta, embora seja, vis-à-vis a ela, pessoa distinta”. Assim, o termo será utilizado para indicar a interferência do cidadão ou das organizações da cidadania na definição dos rumos do Estado a que pertence.

A vontade estatal deve ser considerada como os rumos adotados pelo Estado ou a ele impostos, tanto no nível da macroestrutura que define o seu sistema político, assim como a ação quotidiana de funcionamento da “máquina”, o que vale dizer adoção de políticas, efetivação de diretos, estabelecimento do raio

de ação, etc.

A compreensão de direito fundamental abraça dois aspectos, um formal e outro material. No aspecto formal, ele se distingue por estar previsto na norma de maior prestígio hierárquico do ordenamento e, dentro dela, por gozar de prerrogativas e seguranças especiais, como a de constituir cláusula pétrea ou de ter uma eventual supressão ou modificação extremamente dificultada. Do ponto de vista material, são aqueles direitos que uma vez suprimidos ou que tenham impedida ou negligenciada a sua efetivação, afetam de forma irremediável a dignidade da pessoa humana.

Ponto básico para a compreensão da participação popular na formação da vontade estatal são a soberania, bem como o tema com ela imbricado da fundamentação filosófica do poder.

Se fosse posta a questão de qual a legítima fonte do poder estatal, e alguém respondesse a tal pergunta observando a letra das Constituições ocidentais da atualidade, não resta dúvida de que a resposta poderia vir sob a forma do jargão político-jurídico que anuncia que “todo poder emana do povo”.

Hodiernamente, proclama-se a vivência da fase de soberania nacional, mas a ela se chegou a duras penas, e o estágio em que estamos ainda muito se distancia do idealizado. A bem da verdade, o próprio Povo não tomou conhecimento de que é soberano de si. E isso se justifica pela longa tradição de submissão das massas às elites, que nas mais distintas épocas, mantiveram-nas, sob pretextos diversos, afastadas das benesses do poder. Invocando geralmente uma investidura divina, cometeram todo tipo de atrocidade, saqueando os tesouros da matéria e da alma humana, em nome do egoístico enriquecimento pessoal.

Não é somente nas democracias que se pode averiguar a participação política, mas seguramente pode-se dizer que não se encontra uma democracia em que não haja participação. Já definida por Lincoln com muita simplicidade como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, a democracia em sua essência

pressupõe um único titular para o poder, ao mesmo tempo que operacionalizador do Estado e beneficiário da ação estatal, o Povo.

Seguindo o estudo de Joaquim José Gomes Canotilho, o eminente constitucionalista português, vislumbraríamos um quadro de teorias sobre a participação popular na democracia com o seguinte delineio:

A democratização-caos - Trata-se de uma corrente que vê a idéia democrática com extrema cautela, tendo como principal argumento a incompetência da massa popular para o gerenciamento de negócios tão complexos como os de um Estado; ademais, a politização e engajamento excessivo das massas gera descontroles como os verificados nos Estados fascistas. A bem da verdade, para esta teoria, a democracia presta-se tão somente a justificar o Estado de Direito.

Participação por representação e meramente sufragadora - Essa linha de pensamento, menos radical que a anterior, reconhece que o povo tem o direito de escolher seus representantes. Nada mais que isso. Assim, a escolha daqueles que ocuparão as posições decisórias do Estado é a forma legítima, ponderada e viável de participação. A síntese deste pensamento se resumiria pela expressão “democracia indireta ou representativa”.

Participação radical-democrática - É o pólo oposto às duas teorias anteriores. Preconiza que entre o Estado e a vontade da população nenhum obstáculo deve existir, nem mesmo os personificados por representantes. Do “Século das Luzes” vem o seu principal representante, Jean-Jacques Rousseau, que chegava a defender que qualquer norma que obrigasse o povo, sem que por este fosse diretamente aprovada, seria nula de pleno direito.

Participação Pluralista - Esta teoria passa a ter um enfoque moderado, mais abrangente e moderno da democracia. Admite-a como um “método de decisão no sentido tradicional”, em que prevalece a vontade expressa pela maioria. Mas não se limita aí: amplia a compreensão de que a participação se dá por outros canais

que não somente a escolha de representantes. Aliás, a possibilidade de participação isolada de determinados grupos sociais por meios diversos, às vezes criativos e inusitados, ou previstos e tolerados, atendem a um interesse fundamental do sistema, qual seja, a sua própria manutenção.

Participação como autodeterminação individual e fator de aprimoramento do sistema - Esta corrente, sintetizada no pensamento de Habermas, aprofunda a idéia pluralista, saindo da compreensão de que a sociedade deve abrir espaço para seus distintos grupos, até fazer chegar essa mesma abertura para cada indivíduo. Acredita que os grupos são sempre conflituosos, vez que o pensamento dos que o compõem não é idêntico, mas apenas aproximado, havendo sempre uma margem de atrito entre seus membros. Só o indivíduo pode apresentar à sociedade a sua própria aspiração. Deste modo, advoga a autodeterminação pessoal dentro da democracia, maneira exclusiva ou, no mínimo principal, de levar ao aprimoramento do sistema, do Estado e das relações sociais, a fim de que seja atingido o objetivo de elevação intelectual e material da humanidade.

Participação como instrumento da destruição do status quo - A perspectiva última desta teoria ligada aos pensadores socialistas é o desaparecimento de toda e qualquer estrutura que subordine o ser humano, inclusive e principalmente o Estado. Anuncia um momento de autogestão pessoal plena e socialmente satisfatória, denominada de anarquismo. O advento deste tempo é inexorável, mas cada pessoa deve dar a sua contribuição para o encurtamento do prazo. A participação, por tanto, deve se fazer em qualquer esfera de poder, seja pública ou privada, com referência ao Estado, aos empregadores e até mesmo à família, no sentido de perverter sempre o status quo repressivo e injusto.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Dentre os institutos clássicos da participação popular além do voto, três estão expressamente previstos no artigo 14 de nossa Constituição Federal. A transcrição do dispositivo elucida qualquer dúvida que possa existir:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

O Congresso Nacional regulamentou os institutos da chamada democracia semidireta ou mista através da Lei nº 9709, de 18 de novembro de 1998, com a contribuição do professor potiguar Paulo Lôpo Saraiva.

Outros dispositivos espalhados pela Lei Fundamental dão indicativos sobre competência e procedimento para o exercício das práticas de participação. Assim, por exemplo, o artigo 49, XV estabelece competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a referendo, bem como para convocar plebiscito; o artigo 18, em seus parágrafos 3º e 4º, prevêem o plebiscito como requisito determinante para incorporação, criação, subdivisão de Estados-Membros, Territórios ou Municípios; o artigo 2º do Ato das Disposições Transitórias determinou o plebiscito, realizado em 1993, para a escolha do sistema e da forma de governo do Brasil; o artigo 61 e seu parágrafo 2º dispõem sobre a iniciativa popular.

A Constituição Federal faz ainda referência a outras possibilidades de participação popular na gestão pública, por exemplo, a participação do usuário na prestação dos serviços públicos (art. 37, parágrafo terceiro), no âmbito da seguridade social (art. 194, VII), na área da saúde (art. 198, III), no planejamento

e execução da política agrícola (art. 187, caput), na área da assistência social (art. 204, II), além de outras modalidades de acesso a dados e informações públicas, favorecendo assim aos cidadãos o conhecimento e a fiscalização dessas ações. Também procurando dar a importância devida à transparência das contas públicas, a Constituição Federal estabelece, no parágrafo terceiro, artigo 30, que as contas dos municípios deverão anualmente ficar à disposição de qualquer contribuinte para exames e apreciação por sessenta dias, podendo este questionar sua legitimidade nos termos da lei. Considere-se esta medida uma excelente oportunidade de participação oferecida ao cidadão, embora sejam claras as suas dificuldades de entender o tema, sobretudo pela sua complexidade.

Outro aspecto a ser observado é que as Constituições mais atualizadas vêm abrindo outras “portas” de participação à sociedade civil organizada, para a determinação dos rumos públicos. De acordo com o grau de obrigatoriedade quanto aos poderes constituídos, José Canotilho classifica a dita participação em três modalidades:

Participação não-vinculante - Ocorre quando da admissão em protestos, pedidos de informações e coisas do gênero. A Constituição brasileira de 1988 deixa entrever essa modalidade em alguns incisos do seu artigo 5º, tais como o IV (liberdade de manifestação e pensamento), VI (liberdade de consciência e crença), IX (liberdade de atividade artística, intelectual, científica e de comunicação), XIV (direito de acesso à informação) e LXXII (concessão de hábeas data).

Participação vinculante - Caracteriza-se pela interferência direta na tomada de decisão do Estado, quando este transfere competência de poder ou o exerce de forma associada. A nossa Constituição é prodigiosa nesta modalidade. Passível de omissões ou de crítica quanto ao exagero do reconhecimento da participação popular vinculante, dos indivíduos ou de setores da sociedade, nós a identificamos nos seguintes artigos da mencionada Carta: Art. 5º, incisos XVIII (liberdade de associação combinada com a de auto-organização), XXXVIII (júri popular) e LXXIII (ação popular);

Art. 8º, VI (obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho); Art. 10 (participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação); Art. 31, § 3º (exame das contas públicas municipais diretamente por qualquer contribuinte); Art. 89, VI (participação de 6 cidadãos “comuns” na composição do Conselho da República); Arts. 111 e 116 (participação de empregados e empregadores nos órgãos da justiça do Trabalho); Art. 187 (planejamento e execução da política agrícola com a participação de setor produtivo); Art. 204, I e II (participação da população, por meio de organizações representativas, na descentralização, formulação das políticas e no controle das ações da assistência social); Art. 206, VI (gestão democrática do ensino público).

Participação vinculante e autônoma - Percebida quando há uma verdadeira reserva de poderes para o exercício em separado do Estado. Este só interfere em caso extremo, para fazer valer os princípios ditados pelo constituinte ou as normas a todos impostas. Este tipo é brindado com os recursos que o tornam efetivo. São perceptíveis em alguns artigos de nossas Constituição: Art. 17, § 1º (autonomia dos partidos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, bem como acesso aos recursos do fundo partidário); Art. 207 (autonomia das universidades); Art. 217, I, e § 1º (autonomia das entidades desportivas, inclusive da Justiça do setor); Art. 226, § 7º (liberdade de planejamento familiar) e Art. 231 (reconhecimento da organização social dos índios).

É ilusório conceber que a participação do cidadão apenas interfere nos rumos estatais nas formas e pelos meios previstos na legislação positivada. Mas sensato é dizer que, muitas vezes, o que prevê a lei, não consegue efetivação, situação esta que configura o eterno embate entre o ideal e o real.

Por outro lado, a História demonstra que a interveniência do povo, nas mais distintas civilizações e em todas as épocas, quando fez-se imperiosa, não deixou de correr. Esta afirmativa evoca, primeiramente, a lembrança de conflitos armados, revoluções,

lutas contra tiranias, substituição de titulares do poder... Mas embute também outros aspectos, como o “parecer” cotidiano que a coletividade emite sobre o gerenciamento de sua Nação. Este “parecer” é conhecido na Ciência Política como opinião pública.

Bem verdade é que a doutrina não consegue definir o que seja opinião pública, e tampouco dar-lhe uma coloração ideológica precisa. Todos os que estão no poder ou querem a ele chegar, evocam-na para justificar sua permanência ou como legitimadora de uma possível ascensão. Deste os tiramos gregos, imperadores romanos, passando pelos revolucionários da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, ou os outros da “Ditadura do Proletariado”, chegando até os representantes dos regimes militares, bem como os do chamado neoliberalismo, de uma forma ou outra, apegam-se à máxima vox populi, vox Dei, como justificadora de suas pretensões e ações.

De fato, a opinião pública celebrada por Bakunin, o anarquista, como “o maior poder social, o único que podemos respeitar, superior ao Estado, à Igreja, ao Código Penal, a carcereiros e a verdugos”, vem receber apreciação mais crítica a partir de Marx, do qual merece o tratamento de “falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classe, emascara o interesse da classe burguesa”.

Outro tópico que os modernos estudos sobre o tema abordam, refere-se ao intento de desfazer o aspecto monolítico deixado pela expressão “opinião pública”, a qual leva a transparecer uma uniformidade de pensamento de toda a sociedade sobre os temas de interesse geral. Pelo menos dois grandes equívocos devem ser explicitados: 1º - na sociedade coexistem, ao mesmo tempo e sobre os mesmos assuntos, diferentes linhas de pensamento, donde se conclui que não há uma, mas diversas “opiniões públicas”; 2º - está cientificamente demonstrado, por meios hábeis (pesquisas, por exemplo) que a chamada opinião pública não é produto do pensamento de toda a sociedade, mas de uma parcela desta; aliás, na maioria dos casos, a soma das diversas correntes de opinião é ainda menor que o total de omissões.

Mas não cabe, no presente trabalho, descer a detalhes do estudo que merece o tema; tão-somente visa a sustentar que qualquer que seja a concepção que se tenha sobre opinião pública, enaltecadora ou degradante, de desconfiança ou de fé, não se pode negar que no seio das comunidades humanas existe uma força normativa que não consegue ser enquadrada em diplomas legais e que também não se confunde com o que se convencionou chamar de direito consuetudinário. Algo aproximado ao que Eugen Erlich chama de “direito vivo”, uma essência invisível que rejuvenece as normas, altera a compreensão dos magistrados e estabelece a convivência social segundo o grau de evolução da coletividade, exatamente porque, como diria Rousseau, trata-se de “uma lei gravada menos no mármore ou no bronze, que no coração dos cidadãos”. Lei esta que é corroborada pelas citações bíblicas a seguir:

Porque esta é a aliança que firmarei com a comunidade de Israel, depois daqueles dias, diz o Senhor: Na mente lhes imprimirei o meu direito, e também no coração o escreverei e serei o seu Deus e eles serão o meu povo. (BÍBLIA SAGRADA, Jeremias 31:33)

Quando, pois os gentios, que não têm lei, procedem por natureza, de conformidade com a lei, não tendo lei, servem eles de lei para si mesmos. Estes mostram a norma da lei gravada no seu coração, testemunhando-lhes também a consciência e os seus pensamentos... (BÍBLIA SAGRADA, Romanos 2:14-15)

Do que foi visto até agora, não pode restar dúvida de que a participação popular é efetivamente um direito fundamental, tanto em forma, quanto em essência. Sua presença física esparrama-se em todo o corpo da Constituição, de maneira mais aparente nos artigos já mencionados ao longo deste trabalho, mas implicitamente em toda a obra dos constituintes de 1988.

Um dos depoimentos mais favoráveis a esta tese poderemos colhê-lo na norma positivada no parágrafo único do artigo 1º de nossa Lei Fundamental vigente: “Todo poder emana do povo, que

o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Aliás, esta disposição juntamente com aquela contida no Preâmbulo (Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático...”), permitem uma ousadia classificatória do direito à participação ainda maior: antes de ser um direito fundamental é um direito fundante, ou seja, um direito do qual decorre a própria significação dos modos de vidas e convivência pelos quais optamos. Tem-se, por conseguinte, que não pode ser suprimido ou sequer agredido, muito ao contrário, deve ser fomentado e gozar de todas as garantias institucionais necessárias à sua efetivação, sob pena de se ver riscada a palavra “democrático” da expressão “Estado Democrático de Direito” que designa a nossa República Federativa do Brasil (Art. 1º CF / 88, caput).

O estudo da participação popular no Estado, embora “eterno”, é sempre palpitante, pois a concretização deste objetivo ainda configura como um ideal distante, em grande parte do Planeta, sobretudo nos países em que imperam enormes desníveis sociais, entre os quais, infelizmente, está incluído o nosso.

5 FALÁCIAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR

1 - “O povo não têm competência para decidir e legislar; por isso mesmo elege seus representantes mais “capacitados”. - Trata-se de conhecida assertiva, sempre utilizada quando o julgamento popular pode contrariar os interesses dos poderes constituintes. Do ponto de vista teórico, avulta, igualmente, o argumento da impossibilidade de se conciliar democracia representativa e democracia direta, retornando a antiga polêmica entre Sieyès (soberania nacional) e Rousseau (soberania popular) e entre Montesquieu e Rousseau. O argumento da incompetência do povo para votar em referendos e tomar iniciativas legislativas atinge não apenas formas de democracia direta, mas coerentemente, a própria democracia representativa. Se o povo é incapaz de tomar decisões sobre determinadas questões, por que não o seria para escolher seus representantes? Ora, a competência “técnica” é essencialmente

necessária para preparar as decisões e depois implementá-las; não se pode exigir competência específica do eleitorado sobre todas as questões de interesse coletivo. Os parlamentares também não são multicompetentes! A decisão política sobre prioridades ou objetivos, assim como a opinião pública diferencia-se da decisão técnica, referente à eficácia dos meios em relação aos fins. Numa democracia representativa, as questões políticas não são tomadas pelos técnicos da administração ou especialistas, mas pelo Parlamento, formado de não-especialistas. O que importa é a ampla discussão pública sobre as eventuais vantagens e desvantagens, sobre os recursos e as conseqüências políticas, econômicas, sociais e culturais da proposta em questão. A difusão dos debates no Parlamento ou outras instâncias deve ser obrigatória nos meios de comunicação de massa, deve estar prevista em lei complementar. A informação, portanto, é o primeiro passo para enfrentar a “incompetência” do povo.

2 - “As consultas populares são indesejáveis, pois a tendência do povo é aprovar as propostas mais conservadoras”. - Trata-se de outro aspecto da assertiva “o povo não sabe votar”. Significa aceitar, também, que eleições são nefastas porque o povo escolhe os piores candidatos. Ora, se é verdade que, em muitos casos, sobretudo no Brasil, amplos segmentos das classes dominadas votam contra seus “interesses de classe”, não se pode confundir os resultados com o processo; democracia não se confunde com “progressismo”, democracia é sinônimo de soberania popular. Além disso, porque se deve admitir, a priori, que o eleitorado é mais vulnerável às pressões ou a propaganda conservadora do que os membros do Parlamento? Nos Estados Unidos, a tendência de aprovação é muito maior para textos originados do Congresso do que oriundos de iniciativa popular. Os americanos parecem mais “liberais” em questões econômicas e mais “conservadores” em questões sociais e de costumes. Entre os analistas, predomina a opinião de que um referendo em âmbito federal, o que ainda não existe nos Estados Unidos, revelaria a face mais conservadora da “maioria silenciosa”, que se sente traída por uma “classe política intelectual e liberal”. Para esse tópico, vale o mesmo já dito acima: O suposto “conservadorismo” popular não pode ser invocado

como obstáculo para a realização de consultas regulares. Trata-se de aumentar a informação e, sobretudo, incentivar as diversas formas de participação popular, inclusive ampliando o escopo das iniciativas populares em todos os níveis.

3 - “Os mecanismos de participação popular enfraquecem os partidos políticos e esvaziam o Poder Legislativo”. - Este é, provavelmente, o argumento mais “sublimado” na discussão entre parlamentares que se dizem democratas, pois como podem justificar a opinião à participação popular? Há grande vantagem dos mecanismos de participação popular: além de garantir a soberania popular, servem para corrigir a tendência oligárquica dos partidos e do Parlamento. Os partidos reagem mal, também temerosos da suposta (ou previsível) “infinidade” do eleitorado, quando resultados em referendos possam significar uma certa “desautorização” dos parlamentares. É possível que o eleitor seja mais dócil, em termos da orientação partidária, à escolha de nomes do que à votação em uma proposta concreta, muitas vezes alheia a clivagens partidárias. Ora, é possível que os partidos tenham, embora suspeitosos da participação popular, interesses reais na realização de consultas populares, justamente para enfrentar crises decorrentes de questões que superam o programa partidário; evitam-se rupturas, deixando a decisão final para os eleitores em assuntos polêmicos, como por exemplo, pena de morte, divórcio, aborto, defesa ecológica, adesão a tratados internacionais, etc). Outra vantagem pode advir para os pequenos partidos ou bloco de partidos, que não conseguem maioria suficiente para realizar uma reforma ou implementar certos pontos de seu programa, passíveis, no entanto, de aprovação pela opinião pública. O referendo efetivo, ou sua possibilidade, pode superar desacordos e/ou impasses. Isso favorece um novo tipo de negociação entre os partidos e entre os parlamentares e o povo.

4 - “O excesso de participação popular leva ao indiferentismo, à apatia política”. - O que será “excesso” de participação? Num país como o Brasil, marcado por séculos de política oligárquica, com todos os males do coronelismo, do clientelismo e do fisiologismo, frutos de uma visão deturpada sobre o poder público e a intervenção do Estado, será razoável desconsiderar a abertura de múltiplos

canais de participação? Creio, pelo contrário, que quanto maior for a participação popular, maiores serão as chances de se criar, no povo, a consciência de seus direitos, em todos os sentidos. É claro que todos os riscos, inerentes à prática democrática, estão presentes, inclusive aqueles já levantados sobre o suposto “conservadorismo” do eleitorado. O povo pode participar ou não; corresponder ou não às expectativas “mais democráticas”; mas a exigência de participação está posta. Ela justifica-se no próprio processo. A apatia política é tão comentada nos meios europeus que Norberto Bobbio chega a falar dos riscos do “qualunquismo” ou, do seu inverso, do “cidadão total”. B. Chénot faz as contas e sugere que um suíço altamente participativo votaria um domingo por mês – desde questões de interesse nacional, como armamento nuclear ou participação em organizações internacionais, até pequenas decisões comunais, envolvendo gabarito de prédios, tráfego de automóveis, etc. A abstenção eleitoral na Suíça, hoje, chega a 58%, tendo sido de apenas 38% no período 1914 a 1944. Mas ninguém põe em dúvida que, para o cidadão suíço, a democracia funciona. Não me parece razoável estabelecer comparações absolutas com o Brasil; se fosse o caso, teríamos que comparar tudo, desde a distribuição de renda até as taxas de escolaridade, a atuação da política e da justiça, etc.

Concluindo: não existe “excesso” de participação no Brasil. Se existe indiferentismo do brasileiro em relação à política, as causas são outras, não pelo seu excesso, mas justamente pelo contrário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação ocupa um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia em que avulta, por conseguinte, o povo – povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social

das relações de poder, bem como extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesse.

Democracia é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim totalmente tangível, o Estado Democrático de Direito.

Concretizar a democracia é, em termos de fazê-la eficaz, remover os bloqueios, desobstruir os caminhos da participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso à navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático.

A participação constitui uma necessidade humana em que, do ponto de vista progressista, faz crescer a consciência crítica dos membros participantes, fortalece seu poder de reivindicação e os prepara para adquirir mais poder, além de facilitar a resolução dos conflitos.

Dentre os resultados benéficos da participação, têm-se que: ela justifica-se por si mesma, não por seus resultados; é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder; é algo que se aprende e aperfeiçoa.

O estudo da participação popular no Estado, embora “eterno”, é sempre palpitante, pois a concretização deste objetivo ainda se configura como um ideal distante, em grande parte do Planeta, sobretudo nos países em que imperam enormes desníveis sociais, entre os quais, infelizmente, está incluído o nosso.

Um dos princípios fundamentais do Estado constitucional é que o caráter público é a regra, e segredo de exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção.

Todas as decisões e atos dos governantes devem ser conhecidos pelo povo soberano e isto sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo.

A democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente. Uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados absolutos funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara”.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 7ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, PAULO. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação?**. 8ª ed. São Paulo: Braziliense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é Participação Política?**. São Paulo: Ed. Brasiliense, Coleção Primeiros Passos.

DEMO, P. **Participação é conquista: noções de política social e participativa.** 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição: as constituições do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MARCHAIS, Georges. **O Desafio democrático.** Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. **Temas de direito constitucional.** Cuiabá: Edições FESMP, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia.** Lisboa: Gradiva, 1998.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **O que é Democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

VENOSA, Roberto. **Organização e a panacéia participativa ou participação e a panacéia organizacional?** Rio de Janeiro. FGV, Revista de Administração Pública, 8(4): 80 – 102, out/dez. 1974.

WEFFORT, Francisco C. **Por que Democracia?** São Paulo: Brasiliense, 1984.

COMO PODEMOS OBSERVAR O DIREITO CONSTITUCIONAL? O PAPEL DA PUBLICÍSTICA NA REPÚBLICA DE WEIMAR

HOW CAN WE OBSERVE CONSTITUTIONAL LAW? THE ROLE OF THE SCIENCE OF THE PUBLIC LAW IN THE REPUBLIC OF WEIMAR

Paulo Sávio Peixoto Maia

Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

Advogado

E-mail: paulosaviomaia@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO “ACASO”; 3 A ASSIM-CHAMADA “LUTA PELO MÉTODO”; 4 CONCLUSÃO; 5 BIBLIOGRAFIA CITADA.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 WEIMAR RE-PUBLIC HOW A PERHAPS”; 3 A SO CALLED “FIGHT BY THE METHOD”; 4 CONCLUSION; 5 BIBLIOGRAPHY CITED.

Resumo: Durante todo o século XIX o princípio monárquico foi o grande referencial teórico do direito público alemão. Até o despontar da República de Weimar, ocasião em que, pela primeira vez, a Alemanha adotou uma Constituição com supremacia em relação ao resto do direito positivo. Logo em seguida, um forte debate se instalou no âmbito do direito constitucional alemão. Um debate que tinha como principal meta o de responder à seguinte pergunta: o que é uma Constituição? As respostas a essa pergunta mostram de forma clara essa curiosa característica do direito constitucional: a Constituição busca responder de que modo se dá a relação entre direito e política, mas o modo pelo qual isso acontece não é algo que possa ser obviamente inferido do texto constitucional. Ao contrário, essa relação depende de como os constitucionalistas descrevem a Constituição.

Palavras-Chave: Constituição. Alemanha. República de Weimar.

Abstract: During all the 19th Century the monarchical principle was the main

theoretical reference of German Public Law. Until the twilight of the Republic of Weimar, when German adopted a Constitution with supremacy in regard of the rest of the positive law. Immediately after this, and for the very first time, a strong debate has been established in German constitutional law. A debate that its main goal was to answer the question “What is a Constitution?” The answers to that question show in a clear way that curious character of the constitutional law – the Constitution seeks to respond in what way occurs the relationship between law and politics, nevertheless the way this happens is not something that could be obviously infer of the constitutional text. Contrariwise, this relation depends on how the constitutionalists describe the Constitution.

Keywords: Constitution. Germany. Republic of Weimar.

1 INTRODUÇÃO

É possível notar, na bibliografia especializada, uma tendência no sentido de situar o surgimento do direito constitucional em tempos longínquos, como na Antiguidade greco-romana (DOGLIANI, 1994, pp. 33-110) (FIORAVANTI, 2001, p. 15-33) (McILWAIN, 1947, p. 23-66), ou mesmo na experiência institucional da Cidade-Estado de Veneza (POCOCK, 1975) (GORDON, 2002, p. 129-165). Em sua maioria, os autores que esposam essa premissa metodológica são muito cômicos de que há uma diferença entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno. Pondo a questão de forma mais direta: mesmo identificando influências que remontam a um passado relativamente distante, os constitucionalistas admitem que a ligação com o passado não seja tão direta, que há eventos históricos que demarcam uma diferença com o passado ao mesmo instante em que tais acontecimentos são responsáveis pela confecção daquilo que se chama “constitucionalismo moderno”.

Sem dúvida alguma, o ponto de partida do constitucionalismo moderno é o assim-chamado “período de reflexão constitucional norte-americano” (STOURZH, 1988, p. 45). Expressão que designa a sucessão de eventos situados entre 1763 e 1803, ou seja, desde as primeiras revoltas até a prolação do memorável voto do juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, passando pelos fatos históricos que deram ensejo à independência (1776) e ao surgimento da Constituição, após a Convenção da Filadélfia (1787) (DIPPEL, 1977). Na referida decisão de Marshall aparece claramente que a

Constituição é uma norma superior, que exige que o direito emanado da Legislatura guarde consonância em relação a ela (WOOD, 1999, p. 805-809) (GARRATY, 1988, p. 7-19). Surge assim uma norma que trata de servir, por um lado, de base ao poder estatal ao mesmo tempo em que submete o poder a um degrau normativo que lhe é superior, e que é ocupado pela própria Constituição (GOYARD-FABRE, 2002, p. 103). Uma norma que divide o ordenamento jurídico em direito constitucional e direito infra-constitucional.

O Continente logo foi tocado por essas idéias. A França conheceu uma Revolução, em 1789, que deu à luz uma maneira de se limitar o poder que também era totalmente inovadora. Um constitucionalismo que pode ser adjetivado como moderno, pois de modo pioneiro apregoou que “qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”¹, conforme se lê no artigo 16 da francesa Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, de 26 de agosto de 1789. Surge, por isso, o conceito de Estado de Direito, conquanto um Estado sem separação dos poderes e que não garante direitos aos indivíduos, não pode ser qualificado como “de Direito” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991). Na busca por concretizar a separação dos poderes, publicou-se a famosa Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas” (MANNORI; SORDI, 2003, p. 76). E é bem coerente que, nesse cenário de distinção direito/política, jurisdição/administração e jurisdição/legislação, a primeira cátedra de droit constitutionnel seja criada no ano universitário de 1789-1790, na Faculdade de Direito de Nancy, na França (MESTRE, 2003, p. 467).

O direito constitucional, é bem de ver, deve a sua aparição ao constitucionalismo moderno. Em termos históricos, o direito constitucional é relativamente novo porque também é uma invenção nova essa Constituição moderna, a Constituição em sentido formal, essa norma de qualidade normativa superior que é resposta à

¹ “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”. Fonte utilizada: (DUVERGER, 1996, p. 18).

necessidade, igualmente inédita, de fornecer um relacionamento adequado entre direito e política (LUHMANN, 1996, p. 83-128). Daí, o direito constitucional tem a difícil missão de propor de que modo “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225).

Esse problema desembarcou em solo alemão logo no final do século XVIII. A esse tempo, como é cediço, a Alemanha não tinha uma Constituição em sentido formal. Mas não foi por causa disso que o problema de se conseguir um Estado limitado pelo Direito deixou de ser colocado. O constitucionalista francês Olivier Jouanjan (2001, p. 7) percebe que o vocábulo *Rechtsstaat* é utilizado logo em 1798, e com a efetiva preocupação de se limitar o poder. Daí pra frente, a história constitucional alemã, no século XIX, se resume a um inventário de tentativas, por parte dos séquitos do poder monárquico, de se limitar o impacto do constitucionalismo moderno: de impedir a todo custo que uma Constituição seja promulgada com base na soberania popular, e assim se coloque como medida de conformidade para o poder do Estado. O assim-chamado princípio monárquico era o centro e o vértice do direito público alemão. Toda instituição estatal era reconduzida ao poder monárquico. O Estado,² até por isso, era concebido como uma unidade de poder incontrastável, mas nunca como um ordenamento jurídico (HUMMEL, 2002, p. 74).

Pode-se dizer que os partidários do princípio monárquico foram bem sucedidos nessa empresa. Até que o improvável aconteceu: com o fim da I Guerra Mundial, a Alemanha vira uma República. Com isso, surgiu uma Constituição promulgada com base na soberania popular, a célebre Constituição de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*, doravante WRV). Ato contínuo, instalou-se entre a publicística uma significativa controvérsia que perquiria qual deveria ser a função de uma Constituição em um Estado de Direito; uma querela que poderia ser resumida à seguinte

² Um dos episódios mais significativos, para a manutenção da supremacia do princípio monárquico em face das pretensões constitucionalistas dos liberais alemães foi o conflito constitucional prussiano, travado entre 1860 e 1866. Ao final, o Conde Otto von Bismarck impôs a sua visão de que questões constitucionais são meramente questões de poder. Cf., para o assunto: (CALDWELL, 1997, p. 19) e (MANCA, 1995).

indagação: qual o papel do direito constitucional em um Estado de Direito? Examinaremos esses passos nos itens seguintes.

2 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO “ACASO”

A herança semântica do constitucionalismo alemão do século XIX consistia em um pesado fardo para a jovem República de Weimar, que emergia das cinzas do Império de Bismarck ao término da Primeira Guerra Mundial. Necessário ressaltar que a Alemanha não era propriamente um feudo quando a República de Weimar teve seu início. Ao contrário, possuía um dos maiores parques industriais do mundo, cujo aparecimento não foi considerado como algo incompatível com a manutenção de uma ordem nobiliárquica, que de forma singular agregou interesses de financistas, de industriais e da nobreza Junker prussiana (KEMP, 1987, p. 132-138). Mas isso não se deu por obra de um caprichoso espírito do tempo, mas pela errante improbabilidade da evolução (LUHMANN, 1992, p. 279-283). A essa atitude um tanto ambígua, mas também oportunista frente à modernidade, que aceita as vantagens de uma economia de mercado – que para atingir seu grau máximo de eficácia necessita da igualdade formal entre pessoas, o que implicaria na supressão de estamentos (Stände) sociais – sem que, no entanto, a contrapartida do reconhecimento de direitos fundamentais aconteça de forma decisiva, Jeffrey Herf (1993, p. 13-29) denominou de modernismo reacionário.

Tal conceito é produtivo porquanto não deixa esquecer que a Alemanha precisou esperar a promulgação da Constituição de Weimar para que privilégios nobiliárquicos que ainda datavam do antigo regime fossem definitivamente extintos, como exemplifica o fideicomisso (Constituição de Weimar, doravante WRV, art. 109, seção 3; art. 155, seção 2, 2ª parte) (STOLLEIS, 2004, p. 4-5). Aliás, essa Constituição já consistia, por si só, numa grande novidade, uma vez que foi a primeira Constituição alemã promulgada com esteio na soberania popular, e não no princípio monárquico – caso se excetue a Constituição de Paulskirche de 1848, que a rigor nunca teve vigência. As observações da sociedade tinham, agora, um novo início: a Alemanha era uma república. Inícios fazem diferença para as observações da sociedade; cabe entender, então, o aparelho

organizacional a partir do qual o sistema do direito operava; para tanto, faz-se preciso, ainda que minimamente, compreender o “início” da República Weimar.

Pensada inicialmente como uma válvula de escape para os conflitos sociais de então, a decisão do Reich de entrar na Primeira Guerra Mundial acabou por lhe proporcionar, de volta, mais problemas que soluções. Se no início da Guerra, em 1914, um entusiasmo coletivo fez com que 30 milhões de alemães doassem dinheiro para, assim, “encurtar a Guerra”, mediante a emissão dos créditos de guerra (RICHARD, 1988, p. 16), quando a derrota apontou no horizonte, em 1918, os quatro anos de privações econômicas foram cobrados, com juros, pelos cidadãos alemães. O desgaste institucional da monarquia foi imenso entre a população: custou-lhe a existência. Se, após a aprovação dos créditos de guerra, em 1914, Wilhelm II pôde ter declarado “eu não conheço partidos, eu só conheço alemães”, em 28 de outubro de 1918 ele foi obrigado a conhecê-los: por meio de duas leis ordinárias a Alemanha adota o parlamentarismo como sistema de governo, finalmente (LANCHESTER, 1985, p. 153, 154, 184-188). No dia seguinte, Wilhelm II, o último Hohenzollern, fugiu de Berlim em direção à sede do Comando Militar, em Spa; no mesmo dia, marinheiros se amotinaram em Kiel, fato que depois seria considerado como o início da “revolução alemã” (LANCHESTER, 1985, p. 196)³.

Sem o Imperador em Berlim, o príncipe Max von Baden, que à época ocupava a chancelaria do Reich, passou a exercer funções muito próximas às de um regente. Mas isso somente durou até 9 de novembro de 1918, quando von Baden anunciou a abdicação de Wilhelm II ao trono, a renúncia do príncipe herdeiro à sucessão e um projeto de lei que convocava uma assembléia constituinte. No mesmo dia von Baden disse ter aconselhado ao regente a nomeação de Friedrich Ebert, da SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands) como Chanceler (LANCHESTER, 1985, p. 197). A monarquia caiu.

Os juspublicistas da época podiam até não ser simpáticos ao novo regime que se instaurava sob os destroços do velho Reich,

3 Para maiores detalhes, Cf. (LOUREIRO, 2005).

todavia eles precisavam assumir o suposto que aquilo se tratava de uma república, e não de uma monarquia (STOLLEIS, 2004, p. 142). Quantas conseqüências para o direito público essa assunção inicial gerou. Como apontou Michael Stolleis (2004, p. 47), “tudo teve que ser repensado”, pois “o desaparecimento das monarquias, em particular, destruiu o ponto de referência intelectual e a legitimação interna de muitas instituições que se orientavam a partir da monarquia constitucional”. Por um século as operações do sistema do direito foram predominantemente descritas a partir do referente semântico princípio monárquico. O monarca foi construído como centro e vértice do Estado, a ponto de poder considerar os direitos fundamentais como bondosas concessões unilaterais; já o Parlamento era entendido como uma “simples comissão legislativa” (BARTHÉLEMY, 1905, p. 744-745). Entrementes, de uma hora para outra, com as leis de 28 de outubro de 1918 – mas principalmente com a proclamação da República de Weimar – a publicística perdeu o seu norte, o princípio monárquico, construído com vigor desde o Congresso de Viena (1820), uma vez que a Constituição de Weimar foi muito enfática em afirmar que “o Reich alemão é uma república. O poder do Estado emana do povo” (art. 1º)⁴.

À publicística se impôs a seguinte questão: como é possível observar a unidade do Estado em um Estado cujo ápice não é o monarca, mas o povo? Um problema que, por um lado, é muito hobbesiano, pois quer saber como unir a multidão em uma unidade chamada Estado (HOBBS, 1974, p.109)⁵; por outro, é muito hegeliano, porquanto parte do suposto de que sem um Estado que encarna um momento superior da eticidade, somente se tem o irracional, uma potência informe, o vulgus, mas não um *populus* (HEGEL, 1995, § 544, p. 316). Tal como no tempo do Reich de Bismarck, a unidade do Estado, continua a ser condição de possibilidade do direito constitucional: ao menos enquanto

4 Edição utilizada: “La Costituzione di Weimar dell’11 agosto 1919” (Reichsgesetzblatt, n. 152, p. 1383)”. Disponível em : (LANCHESTER, 2002, p. 189-230).

5 Trata-se do célebre Cap. XVII do Leviathan. Já no De Cive, Hobbes expressou tal diferença de modo bem direto: “Em último lugar, constitui um grande perigo para o governo civil, em especial o monárquico, que não se faça suficiente distinção entre o que é um povo e o que é uma multidão. O povo é uno, tendo uma só vontade, e a ele pode atribuir-se uma ação; mas nada disso se pode dizer de uma multidão. Em qualquer governo é o povo quem governa. Pois até nas monarquias é o povo quem manda (porque nesse caso o povo diz sua vontade através da vontade de um homem), ao passo que a multidão é o mesmo que os cidadãos, isto é, os súditos.” (HOBBS, 1998, p. 189-190).

problema (SCHLINK; JACOBSON, 2002, p. 20).

No sentido de fornecer-lhe uma resposta a tal problema, os juristas não poderiam fazer de conta que a Constituição de Weimar não existia: ela tinha que ser levada em consideração. Mas uma Constituição não é um dado auto-evidente. Na modernidade ela realiza o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política, mas saber como isso ocorre depende de observações de segunda ordem realizadas a partir do texto, mas que, até por isso, transcendem ao texto escrito (MAIA, 2007, p. 75-87). Assim, a Constituição de Weimar foi descrita a partir de como se entendia o relacionamento entre direito e política. As soluções para tanto, fornecidas pelo “laboratório Weimar”, foram inúmeras. A busca pela melhor descrição de uma ordem constitucional baseada na soberania popular em um tempo de democracia de massas deu luz a uma fábrica de idéias das mais ricas que a história constitucional dá notícia (FROSINI, 1996, p. 96-97) (BERCOVICI, 2004, p. 25-50).

3 A ASSIM-CHAMADA “LUTA PELO MÉTODO”

Costuma-se denominar Methodenstreit, “luta pelo método”, a esse imenso e interessante confronto, ocorrido na República de Weimar, entre observações que propunham como deveria acontecer o relacionamento entre direito e política (KORIOTH, 2002, p. 49). À primeira vista, nada disso parece ser realmente novo, afinal, o referente semântico Rechtsstaat, durante o século XIX, foi muitas vezes selecionado justamente no sentido de descrever um sistema do direito que tem sua contrafactividade levada em conta pela política (Cf. HUMMEL, 2001, p. 128) (GOZZI, 2006, p. 319-321). A rigor, a novidade é o surgimento inédito, no âmbito alemão, da supremacia constitucional (FRIEDRICH, 1928, p. 190).

Ao contrário da Constituição de 1871, a Constituição de Weimar possui superioridade jurídica em relação à legislação ordinária, uma vez que estipula processo diferenciado de emenda (art. 76(1) WRV). Não se limita, também, a traçar obrigações aos cidadãos, porquanto possuía um catálogo de direitos fundamentais, (a exemplo da Constituição de Paulskirche). Apenas para citar

dois exemplos. Eram temas inéditos para o direito alemão. Uma Constituição apoiada na soberania popular, com rigidez formal frente às demais normas estatais, consiste em imenso ônus para uma ciência do direito público que tem como grande herança do século XIX aquela de descrever os problemas-limite entre direito e política como meras “questões de poder” (Machtfragen), em detrimento de sua dimensão constitucional.

Já que direitos fundamentais, sob a égide democrática, não podem ser considerados uma concessão graciosa do monarca, surge um problema para além da função básica dos direitos fundamentais de limite ao poder. A ordem constitucional de Weimar expressa – conjuntamente com a sua coetânea, a Constituição do México de 1917⁶ – um deslocamento semântico da noção de direitos fundamentais: agora eles traduzem, também, meios juridicamente aptos para se requerer que o sistema da política adote certas programações decisórias (DE GIORGI, 1998, p. 109-110) (LUHMANN, 1997, p. 47-52) (o que não garante ao direito que isso aconteça, pois a política possui a sua própria autopoiese, para bem e para mal). Quando contextualizado historicamente, pode-se ver o porquê dessa oscilação semântica: o Estado deveria compensar a imensa exclusão social herdada pelo liberalismo econômico do Oitocentos (PINTO, 2003, p. 40). E, dessa forma, “o desafio que se colocava ao Estado em termos de direitos fundamentais era, sem dúvida alguma, imenso, transformar aquela massa de desvalidos, antes vista como sociedade civil, em cidadãos” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 149).

A novidade de Weimar desprovia os observadores de “aspectos peculiares”⁷ muito caros ao constitucionalismo monárquico. Porém, isso não se deu mediante decreto da assembléia constituinte de Weimar. Algumas semânticas-chave do Oitocentos foram esque-

6 Devo reconhecer meu débito para com os Professores Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Filomeno Morais, que chamaram a minha atenção para isso. A rigor, é bem de ver, a Constituição do México, em muitos aspectos, é bem mais progressista – no que toca à implementação de direitos fundamentais – do que a Constituição de Weimar. Para um futuro próximo, abordaremos a questão de modo mais elaborado.

7 “Os aspectos peculiares” do sistema do direito são definidos pela pena erudita de Raffaele De Giorgi (2006, p. 62) como os “próprios estados, os próprios conceitos, ou seja, aquelas aquisições evolutivas que constituem fósseis guias, sedimentos, que a memória trata como temas no seu contínuo oscilar entre esquecer e recordar”. Tomo a liberdade de não traduzir *Eingenwerte* pela sua tradução literal, “valores peculiares”, para não incitar um paralelo com a axiologia constitucional, afinal, os *Werte* a que faz menção a teoria do sistema são estados comunicativos, e não “valores” emanados de um ethos.

cidas pela memória do direito porque o tempo Weimar não aceitava a sua seleção, ou, sendo mais direto: porque os problemas que a sociedade apresentava eram totalmente diversos daqueles que ensejaram o aparecimento do constitucionalismo Reich und Kaiser da Alemanha do século XIX. Quando a novidade do regime de Weimar é associada às sérias questões sociais que desafiavam a sua existência, percebe-se então o porquê do aspecto *mezzo agônico mezzo bélico* assumido pela *Methodenstreit* de Weimar: “a intensidade apaixonada do debate tinha alguma coisa a ver com a profunda insegurança engendrada precisamente por tais questões” (STOLLEIS, 2004, p. 143).

Em notável ruptura epistemológica com o labandismo, a teoria do direito público foi então profundamente “politizada”, porquanto assumiu a função de um “oráculo ao qual era possível se valer em busca de socorro”, na feliz definição, não sem ironia, de Michael Stolleis (2004, p. 143). Um autor como Heinrich Triepel é uma fonte histórica que manifesta essa nova postura, quando afirma que “uma compreensão total das normas de Direito Público (*Staatsrecht*) é absolutamente impossível sem a inclusão do político”, sendo o político “tudo aquilo que se referia às finalidades do Estado ou à sua delimitação em respeito às finalidades individuais” (TRIEPEL, 1974, p. 53)⁸.

Considerando a existência inquestionável de uma Constituição em sentido moderno na República de Weimar, que busca estabelecer a forma da comunicação entre direito e política, deve-se perceber que quando os juristas de Weimar debatiam, na *Methodenstreit*, sobre como deveria acontecer a comunicação entre direito e política, eles efetuavam, ao fim e ao cabo, uma observação de segunda ordem sobre a Constituição⁹. A um primeiro exame, pode parecer que o surgimento da supremacia constitucional tenha

8 Cuida-se de uma conferência proferida por Triepel quando de sua investidura no cargo de Reitor da Universidade Friedrich Wilhelm de Berlim, em 1926. Conquanto o seu principal alvo fosse o positivismo “logicista”, o labandismo, a Teoria Pura do Direito de Kelsen acabou por ser colocada na mesma vala (até pelo fato de que, à época, Kelsen era tido como o grande herdeiro de Laband). Cf. a preciosa análise histórica dessa intervenção no âmbito da “luta pelo método” em: (HERRERA, 2002, p. 87-112).

9 Entre os autores da época, foi talvez Herman Heller aquele que percebeu com mais clareza a competição de semânticas, de descrições que procuravam ser a “melhor” observação acerca da Constituição, a *Methodenstreit*, em suma. Cf. (HELLER, 2004). Assim, Heller identifica, em tal obra, “idéias monárquicas” (p. 17-44), “idéias democráticas” (pp. 45-70), “idéias liberais” (p. 71-90), “idéias nacionais” (p. 91-116) e “idéias socialistas” (p. 117-153).

tornado a referência Rechtsstaat obsoleta. Ainda mais quando se atenta para o fato de que Rechtsstaat não aparece em nenhuma oportunidade ao longo do texto da Constituição de Weimar (GUSY, 2001, p. 332). Mas não é o caso. A noção de Rechtsstaat continuou a exercer seu protagonismo na organização da comunicação da sociedade. Agora, por Weimar ser uma república e com uma Constituição positivada, “todos aceitavam o Rechtsstaat como uma evidência e não o discutiam mais. Preferia-se discutir as conseqüências concretas do princípio” (GUSY, 2001, p. 333).

Com efeito, a Methodenstreit pode ser observada a partir de tais premissas, que são mais bem percebidas quando exemplificadas.

Nessa senda, um Gerhard Anschütz tinha uma interpretação muito difundida do princípio da igualdade. Ele afirmou que essa questão em nada mudou entre 1850 e 1919, uma vez que, segundo ele acreditava, o princípio da igualdade, previsto pela Constituição de Weimar, deveria ser interpretado do mesmo modo que o art. 4^a da Constituição Prussiana de 1850 – aquela Constituição outorgada por Friedrich Wilhelm IV após a Restauração que esmagou o movimento constitucionalista (HUMMEL, 2002, p. 225). O referido art. 4^o dizia que todos os prussianos são iguais perante a lei. Só que o “perante” significa, advoga Anschütz, em face da lei (angesichts des Gesetzes). Ou seja: o Legislativo define o quão iguais são as pessoas, pois isso seria um livre entendimento soberano (JOUANJAN, 1992, p. 86-87). Olivier Jouanjan (2001, p. 46), de forma muito apropriada, percebeu que isso também é um conceito de Rechtsstaat que se traduz pelo seguinte imperativo: “manter o conceito positivista e formalista no contexto democrático”. Ou seja, manter o mesmo entendimento do direito público monárquico no século XIX em uma república que se assenta na soberania popular. É claro que isso não deixa de ser uma postura em relação à Constituição: qual seja a de negá-la.

Já um Rudolf Smend utilizava-se de noções próprias à teologia protestante¹⁰ para se queixar do déficit de integração vivenciado

10 A definição de “Integração”, no Evangelisches Staatslexikon é impressionante: a integração é “o ponto de partida material para uma ética protestante do indivíduo no Estado. Esta deve tomar a frente do processo vital no qual a individualidade é solicitada a se empenhar na comunidade, em particular na comunidade estatal”. Cf. (SMEND, 1988, p. 288).

por Weimar. Um problema que não existia quando a Alemanha era uma monarquia, pois “o efeito integrador da monarquia atua através de um conjunto de valores essencialmente indiscutíveis, valores que ela mesma simboliza e representa, e por meio dos quais se legitima” (SMEND, 1985, p. 172). Nesse quadro, a crença em uma divindade terrena encontra na Constituição um equivalente, que passa a ser “a dinâmica vital mediante a qual se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, seu processo de integração” (SMEND, 1985, p. 132). Os direitos fundamentais desenvolvem, nesse argumento, papel essencial, pois “representariam um sistema de valores concretos, que resumiria o sentido da vida estatal na Constituição” (BERCOVICI, 2004, p. 37). Novamente com Jouanjan (2001, p. 49), nota-se que tal postura axiológica procura “renovar a concepção material do Estado de Direito”. A Constituição é entendida como uma ordem concreta de valores. Que é o conceito de Constituição subjacente à postura atual do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) de pretender ser o superego da sociedade alemã (MAUS, 2000).

Por seu turno, a contribuição teórica de Hermann Heller, busca “repensar o Estado de Direito social” (JOUANJAN, 2001, p. 49)¹¹. Por um lado, Heller não se contenta com a formalidade do Estado de Direito liberal, que teria como única finalidade a de garantir uma “segurança jurídica” apta a doar previsibilidade às relações capitalistas (HERRERA, 2001, p. 357-358). Por outro lado, Heller não deseja abolir o Estado de Direito de forma geral. Ele afirma: “aprovamos o Estado autoritário, tanto por motivos socialistas como político-nacionais” (HELLER, 1996, p. 70). O que em termos práticos significa “transformar o Estado liberal em um Estado socialista de direito, mas não eliminar o Estado de Direito em geral”, porquanto dever-se-ia manter a separação dos poderes e os direitos fundamentais (HELLER, 1996, p. 73-74), todavia, sob a égide de uma economia planificada estatalmente, que coletivize os meios de produção, submetendo-os à autoridade do Estado (BERCOVICI, 2004, p. 132).

Pois bem. Anschütz, Smend e Heller tematizam,

¹¹ A teoria do Estado de Herman Heller não recebeu, em solo nacional, a atenção que merece. Na tentativa de somar esforços para preencher essa lacuna, Cf. (BERCOVICI, 2006, p. 325-343).

respectivamente, o princípio da igualdade, a efetivação de direitos fundamentais e a “constituição econômica”¹² no âmbito da República de Weimar. Não seria nada absurdo apontar que, quando eles realizam suas considerações, debruçam-se sobre “conseqüências concretas” da noção de Estado de Direito (GUSY, 2001, p. 333), ao papel que o direito constitucional deve desempenhar em uma ordem democrática. E uma das mais célebres polêmicas da qual dá notícia o direito constitucional, a polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, pode muito bem ser entendida como um embate travado por dois conceitos de Constituição, de Estado de Direito; por dois entendimentos acerca do papel do direito constitucional em uma democracia de massas (MAIA, 2007, p. 144-364).

Kelsen era adepto de uma impositação formalista fortemente influenciada pelo neokantismo de Marburgo (CARRINO, 1992, pp. 170 e ss.). Para ele o ordenamento jurídico é composto de diversos graus, sendo que a Constituição é o mais elevado grau normativo do direito positivo de um Estado (KELSEN, 1934, p. 325). A grande tarefa que desafia o jurista não é outra: o Estado de Direito (Rechtsstaat) requer que o processo de individualização do direito, dos patamares mais abstratos até os mais concretos, como o contrato, a sentença e o ato administrativo, seja regular (KELSEN, 1988, p. 111). Ou seja, da passagem de uma norma jurídica determinante (bedingende Rechtssätze) para uma norma jurídica determinada (bedingte Rechtssätze), é necessário que o patamar normativo inferior observe os limites impostos deontologicamente pelo patamar normativo superior (MERKL, 1987, p. 37). Assim, o problema do jurista é fazer com que a nomogênese estatal mantenha a regularidade jurídica (Rechtsmaßigkeit) (LIMA, 2003, p. 204-205). Para essa tarefa um tribunal constitucional que se limita a verificar conflito de competências federais – como era a Corte Constitucional austríaca do tempo – seria um instrumento que poderia aperfeiçoar a nomogênese estatal, porquanto pode encarnar o papel de fiscalização da individualização do direito. Daí, um tribunal constitucional poderia ser o “garante da Constituição” (Garant der Verfassung) (PAULSON, 2003, p. 233).

¹² Usualmente considerada como a previsão de tarefas, na forma constitucional, a serem efetivadas pelo Estado, ou seja “a expressão do econômico no plano político”, segundo: (BERCOVICI, 2004, p. 39). No Brasil, a difusão da abordagem da “constituição econômica” se deu, sobretudo, por obra de: (GRAU, 2000).

Por seu turno, Schmitt tem como premissa metodológica um conceito decisionista de direito. Em seus escritos, o jurista de Plettenberg sustenta que o ordenamento jurídico deve a sua existência a um fato anterior: à decisão emanada de alguém que é soberano (SCHMITT, 2001a, p. 182). Afinal, soberano é quem decide sobre o estado de exceção (“Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”) (SCHMITT, 1972, p. 33). É pela decisão que um povo adquire a sua identidade: quem é amigo, quem é inimigo. Sem decisões que traduzam “declarações de hostilidade” um povo não tem uma homogeneidade apta a caracterizá-lo enquanto tal (SCHMITT, 1992, p. 72). A Constituição, nesse marco, não seria uma mera norma jurídica, mas sim uma decisão (SCHMITT, 2001b, p. 45). E a manutenção das decisões políticas fundamentais, contidas na Constituição, não poderia ser conseguida por um tribunal constitucional. Para Schmitt, aqui a justiça não teria nada a ganhar e a política tudo a perder. Se o ordenamento jurídico deve a sua existência a um momento que lhe é, simultaneamente, anterior e externo, cabe àquele que pode decidir entre amigo/inimigo o papel de ser o guardião da Constituição (Hüter der Verfassung¹³) (BERCOVICI, 2003, p. 195-201).

É de se perceber, portanto, que muito antes de uma elegante troca de farpas, a polêmica Kelsen-Schmitt expressa um embate semântico entorno de conceitos de Constituição. Só que esse embate não foi uma mera discussão escolástica acerca de qual é o sexo dos anjos. Na verdade, encampar um ou outro conceito de Constituição acaba por ter consequências muito concretas. O que diz muito sobre o estatuto do direito constitucional.

4 CONCLUSÃO

O candente confronto de idéias travado quando da República de Weimar, no sentido de se precisar os contornos daquela que foi a primeira Constituição democrática da Alemanha, diz muito acerca da tessitura do direito constitucional. Porque diz muito acerca da Constituição.

A supremacia da Constituição, ou seja, as consequências de

¹³ Note a personificação que Schmitt impõe a este conceito

uma norma que pretende ser a medida de conformidade de todo o direito – uma norma portanto autológica, uma vez que divide todo o ordenamento em direito constitucional e direito infraconstitucional no mesmo lance em que se coloca do lado “direito constitucional” (LUHMANN, 1996, p. 89-90) – não é algo que se possa adjetivar de óbvio. A Constituição pretende estabelecer um acoplamento entre o direito e a política. Com isso, ambos os sistemas se beneficiam, por exemplo: o direito pode se valer do monopólio do uso da força física, titularizado pelo Estado; a política vê no direito um meio de se atingir a sua função de implementar decisões que vinculem a coletividade (CAMPILONGO, 2002).

O que a Methodenstreit demonstra é que a Constituição moderna não se reduz a um mero texto escrito; que a Constituição não consiste em uma máquina que trabalha automaticamente (TRIBE; DORF, 2007, p. 37). A função, os limites e as possibilidades de uma estrutura que realiza o acoplamento entre direito e política dependem fundamentalmente de como os constitucionalistas descrevem a Constituição. Muito antes de um simples “privilégio” concedido aos doutrinadores constitucionais, essa peculiaridade do direito constitucional adverte sobre os riscos envolvidos nesse ofício: quem se aventura a comentar a relação entre direito e política tem sempre que ter em mente que tal descrição tem que resultar em uma manutenção da diferença entre direito e política, tem que objetivar um fortalecimento do Estado de Direito. Em um país em que a democracia tem sérias dificuldades para se estabelecer sem golpes de Estado autocráticos, essa advertência é assaz pertinente. Aqui, não estamos a nos referir à Alemanha, mas à República Federativa do Brasil.

5. REFERÊNCIAS

BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*. Tomo 22, 12º Ano. Paris: E. Brière, 1905.

BERCOVICI, Gilberto. “As possibilidades de uma Teoria do Estado”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Conceito Editorial, 2006, p. 325-343.

BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003, p. 195-201.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARRINO, Agostino. L'ordine delle norme: **Stato e diritto in Hans Kelsen**. 3ª ed. ampliada. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **“A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **“Controle de constitucionalidade e democracia”**. In: MAUÉS, Antonio Moreira. **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIPPEL, Horst. **Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking**. Trad. Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.

DOGLIANI, Mario. **Introduzione al diritto costituzionale**. Bolonha: il Mulino, 1994.

DUVERGER, Maurice (org.). **Constitutions et documents politiques**. 14^a ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FRIEDRICH, Carl Joachim. “The issue of Judicial Review in Germany” (1928). In: **Political Science Quarterly**. Vol. 43, n^o 2. New York: Columbia University, junho de 1928.

FROSINI, Tommaso Edoardo. “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”. In: **Il Politico: Rivista Italiana di Scienze Politiche**. Ano LXI, n^o 1. Pavia: Università degli Studi di Pavia, janeiro-março de 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GARRATY, John. “The Case of the Missing Commissions”. In: GARRATY, John (org.). **Quarrels that have shaped the Constitution**. New York: Harper & Rom, 1988, p. 7-19.

GORDON, Scott. Controlling the State: **Constitutionalism from Ancient Athens to Today**. 2^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUSY, Christoph. “Le principe du Rechtsstaat dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio III: a filosofia do Espírito (1830)**. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

HELLER, Herman. “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”. In: **El sentido de la política y otros ensayos**. Trad. Maximiliano Marcos. Valencia: Pre-Textos, 1996.

HELLER, Herman. **Las ideas políticas contemporáneas (1930)**. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Editorial Comares, 2004.

HERF, Jeffrey. **O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich**. Campinas: Unicamp; Editora Ensaio, 1993.

HERRERA, Carlos Miguel. “Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar”. In: KÉRVEGAN, Jean-François (org.). **Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes**. Paris: ENS Éditions, 2002, p. 87-112.

HERRERA, Carlos Miguel. “La social-démocratie et la notion d’État de droit à Weimar”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão**. Edição de Renato Janine

Ribeiro. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HUMMEL, Jacky. “État de droit, libéralisme et constitutionnalisme Durant le Vörmärz”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HUMMEL, Jacky. **Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). Figures de l’État de droit: **Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

JOUANJAN, Olivier. **Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand**. Paris: Economica, 1992.

KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: **Escritos sobre la Democracia y el Socialismo**. Madrid: Editorial Debate, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado (1925)**. Trad. Luís Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Labor, 1934.

KEMP, Tom. **A revolução industrial na Europa do século XIX**. Lisboa: Edições 70, 1987.

KORIOTH, Stefan. “Prologue: The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). **Weimar: a Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002.

LANCHESTER, Fulco. **Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918**. Milano: Giuffrè, 1985.

LANCHESTER, Fulco. **Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi**. Milano: Giuffrè, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. "Aguarda da Constituição em Hans Kelsen". In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Nº 1: Justiça Constitucional. São Paulo: Ed. Método; ESDC, janeiro-junho de 2003.

LOUREIRO, Isabel. **A Revolução Alemã (1918-1923)**. São Paulo: Unesp, 2005.

LUHMANN, Niklas. "La Costituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

LUHMANN, Niklas. "The direction of evolution". In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). **Social Change and Modernity**. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 275-291.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Ed. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, outubro de 2007 (dissertação de mestrado), 417 p.

MANCA, Anna Gianna. **La sfida delle reforme: Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)**. Bologna: il Mulino, 1995.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. "Giustizia e amministrazione". In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MAUS, Ingeborg. "Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'". In: **Revista Novos Estudos**. Trad. Martonio Mont'Alverne Lima e Paulo Albuquerque. Nº 58. São Paulo: Cebrap, novembro de 2000.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and**

modern. 2^a ed. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: **Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi**. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.

MESTRE, Jean-Louis. “Les emplois initiaux de l’expression ‘droit constitutionnel’”. In: **Revue Française de Droit Constitutionnel**. N° 55. Paris: Presses Universitaires de France, julho de 2003.

PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: **Ratio Juris**. Vol. 16, n° 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). In: **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

POCOCK, John G. A. **The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic Republican tradition**. Princeton: Princeton University Press, 1975.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919-1923)**. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. “Introduction – Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). **Weimar: a Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002.

SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001a, p. 161-217.

SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2^a ed.). In: **Le categorie del “politico”**. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, p. 29-86.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político (1932)**. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución (1928)**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001b.

SMEND, Rudolf. “Constitución y Derecho Constitucional” (1928). In: **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMEND, Rudolf. “Integrazione” (1959). In: **Costituzione e diritto costituzionale**. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

STOLLEIS, Michael. **A History of Public Law in Germany 1914-1945**. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STOURZH, Gerald. “Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century”. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). **Conceptual change and the Constitution**. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional [On reading the Constitution]**. Trad. Amarílis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIEPEL, Heinrich. **Derecho público e política (1926)**. Ed. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1974.

WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: **Washington and Lee Law Review**. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999, p. 787-809.

SÚMULA VINCULANTE: DA ASCENSÃO À POSSIBILIDADE DE SE TORNAR LETRA MORTA NA CONSTITUIÇÃO

SUMMARY BINDING: FROM ASCENSION TO THE POSSIBILITY OF TO BECOME DEAD LETTER IN THE CONSTITUTION

Thiago Rabelo da Costa

Analista judiciário do Tribunal Superior do Trabalho
Especialista em Direito Público pela Faculdade Fortium
Assistente do Juiz da Vara do Trabalho de Pacajus
Foi procurador jurídico da FUNCET (atualmente, SECULTFOR)
E-mail: thiagorabelocosta@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RAZÕES DETERMINANTES PARA CRIAÇÃO DE UMA SÚMULA VINCULANTE; 3 OBJETO DA SÚMULA VINCULANTE; 4 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 DETERMINING REASONS FOR CREATE A “SÚMULA VINCULANTE”; 3 OBJECT OF “SÚMULA VINCULANTE”; 4 THE FUNCTION OF THE SENATE FEDERAL WITH DIFFUSE CONSTITUTIONAL CONTROL AND CONSTITUTIONAL CLAIM NO. 4335; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Busca-se discutir alguns aspectos poucos explorados pela doutrina acerca do instituto da súmula vinculante. Em buscar desse mister, faz-se um estudo de seus fundamentos, que está intimamente ligado à questão da segurança jurídica. Trata-se ainda do problema relativo ao objeto da súmula vinculante. Por fim, abre-se tópico para uma reflexão dos impactos que o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335 causou no controle difuso de constitucionalidade e, especialmente, no instituto da súmula vinculante, tornando-a letra morta na Constituição.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Segurança jurídica. Questão constitucional. Controle difuso de constitucionalidade.

Abstract: Try to discuss some aspects about teaching little explored by the Office of summary binding. In search of mister, it is a study of its foundations, which is closely related to the issue of legal certainty. This is also the problem concerning the summary of the binding object. Finally, there is a topic for discussion of the impacts that the trial of the Constitutional Complaint No 4335 resulted in widespread control of constitutionality and, especially, in the Office of summary binding, making it a dead letter in the Constitution.

Keywords: Binding summary. Security law. Constitutional issue. Diffuse control of constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O tema atinente à sumula¹ vinculante, ao revés do que à primeira vista parece, não é novo. Relata-nos José Afonso da Silva (2005, p. 564), que já em 1843, José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou projeto conferindo ao Supremo Tribunal de Justiça competência para julgar definitivamente as causas em que se concedesse direito de revista, porquanto via como anomalia a possibilidade de tribunais inferiores julgarem em desconformidade com o tribunal do império.

Observa-se que, atualmente, o instituto entrava em pauta sempre que se discutia acerca da reforma do órgão Judiciário. Após a sua criação por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004, José Afonso (2005, p. 567) afirma que “esse bicho-papão acaba não sendo assim tão feio”. Isto porque, uma compreensão mais escorreita de alguns institutos subjacentes, como, p. ex., o objeto da súmula vinculante, demonstra que esta, se editada de acordo com a Constituição, não prejudica a atividade cognitiva do órgão jurisdicional a quo (principal argumento daqueles que se põem contra sua edição), apenas impende que quanto à questão constitucional se pronuncie diferentemente daquele que é o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Neste trabalho, intenciona-se trazer à discussão algumas nuances pouco exploradas pela doutrina acerca do instituto da

1 Vaticina Freddie Didier Jr. (in Leituras Complementares de Direito Constitucional, p. 104), seguindo a lição de Barbosa Moreira, que é incorreto dizer “sumulas” (no plural), porque a Súmula é o somatório ou conjunto dos vários enunciados que a compõe. Em verdade, o que frequentemente chamamos de Súmula, nada mais é do que um enunciado (parte) dela (o todo). (artigo da internet).

súmula vinculante. Em buscar desse mister, faz-se um estudo acerca dos seus fundamentos, buscando nas origens seu telos, que está intimamente ligado à questão da segurança jurídica. Trata-se ainda do problema relativo ao objeto da súmula vinculante. Por fim, abre-se tópico para versar e apor um juízo de valor acerca dos impactos que o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335 poderá causar no controle de constitucionalidade difuso e, especialmente, no instituto da súmula vinculante, tornando-a letra morta na Constituição.

2 RAZÕES DETERMINANTES PARA CRIAÇÃO DE UMA SÚMULA VINCULANTE

A Constituição Federal (art. 103-A) assevera, in verbis:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a **matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma da lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante **multiplicação de processos sobre questão idêntica**. (grifamos).

Da redação do texto constitucional, extrai-se que o legislador reformador foi motivado por dois graves problemas, quais sejam: o da segurança jurídica e o da celeridade processual. Assim, incontinenti, rebata-se a tese de que a súmula vinculante é um problema de celeridade processual apenas, como alguns têm pontuado. Essa visão é caolha e não se compadece com as razões históricas que levaram à elaboração de várias propostas de criação da súmula vinculante.

É de se dizer, aliás, que desde que se aventou a possibilidade de criação de um instituto que produzisse os efeitos da súmula vinculante em nossa história constitucional (na época chamado de assentos), sua motivação única era a manutenção da segurança jurídica. A idéia de se galgar celeridade processual por meio da súmula vinculante é nova e vem apenas, em nosso entender, como um plus e a reboque da garantia de segurança jurídica, sendo produto da necessidade de se combater a grande quantidade de processos que obstaculizam a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Thomaz Nabuco de Araújo, ao apresentar um projeto em 1843 criando instituto semelhante, diz-nos José Afonso da Silva (2005, p. 564), justificava dizendo que “era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem julgar, em matéria de direito, o contrário do que vinha decidindo o primeiro tribunal do Império”. E não foi por outro motivo que “em 1855, a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em face dos arestos contraditórios dos tribunais inferiores, lembrava a conveniência de uma medida legislativa no sentido de estabelecer uma interpretação com força dos antigos assentos da Casa de Suplicação”, lembra ainda o pré-citado jurista (2005, p. 564). De igual modo, justamente por essa razão que nossa ordem jurídica conheceu, em 1876, os assentos, epíteto antigo da súmula vinculante e que tinham força de lei, consoante assevera Alexandre de Moraes (2005, p. 505).

De fato, a despeito de a Constituição justificar a criação da súmula vinculante também em virtude da celeridade processual, axiologicamente podemos dizer que o fundamento principal desta é a questão da segurança jurídica. Sem embargo disso, lapidar a doutrina de Moraes (2005, p. 506), que ainda acrescenta a isonomia como outro fator justificador para a criação do instituto, pois, segundo ele:

Os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis de atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

São incontáveis os casos em que, diante de situações semelhantes, colhem-se dos órgãos jurisdicionais decisões diversas. Basta recordar o tormento criado no início da década de noventa, quando muitas pessoas tentavam na via judicial reaver o dinheiro confiscado por intermédio do Plano Collor, sendo que enquanto alguns logravam êxito e liminarmente conseguiam resgatar os valores, outros não. Enquanto alguns órgãos jurisdicionais entendiam ser inconstitucionais os atos normativos criadores da medida, outros pugnavam pela sua constitucionalidade².

Essas situações são anacrônicas e se incompatibilizam com a Constituição, na medida em que se têm decisões tratando de forma diferente, pessoas que se encontram em situações idênticas, violando, assim, o princípio da igualdade em sua dimensão material ou conteudista. Ademais, e sobretudo, descredita as instituições democráticas, notadamente o órgão Judiciário que deve manter coeso seus posicionamentos, sob pena de implantar, ao arrepio da Constituição Pátria, um governo de homens em detrimento do governo das leis; o primeiro próprio dos Estados Absolutistas, e o segundo dos Estados de Direito.

Por tudo isso, pensamos que a segurança jurídica é a nota essencial da súmula vinculante, motivo pelo qual nos deteremos um pouco mais acerca da compreensão do seu conteúdo jurídico atualmente.

Além disso, segundo J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1.090), os princípios se revelam como “um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” e têm uma função normogenética e uma função sistêmica. Isto porque os princípios informam, conformam e transformam a ordem jurídica. Justamente por terem essa importância, a compreensão dos enunciados lingüísticos de um texto normativo não pode prescindir do olhar principiológico, já que, por possuir

² Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 302-303) traz dados interessantes sobre esse período: “Entre os meses de março de 1990 em que foi editado o Plano Collor I e abril de 1991, foram propostas na Justiça Federal mais de sessenta mil ações com o objetivo de desbloquear os cruzados. Esta avalanche de ações, no entanto, seria responsável pelo desbloqueio de apenas Cz\$ 62 milhões, o que é uma quantia ínfima se comparada os mais de Cz\$ 7 trilhões liberados pelas chamadas torneiras, sob o controle da equipe econômica, ou os Cz\$ 8,1 trilhões que permaneceram congelados, de acordo com informações prestadas pelo Banco Central ao Supremo Tribunal Federal”.

um comando semântico mais aberto, geral e indeterminado que as regras³, o conteúdo jurídico dos princípios está em constante mutação e o interprete/aplicador deve estar atento para esse fato, evitando incorrer no erro de olhar o novo com os olhos do velho, para não transformar o que é novo em velho, como adverte Lênio Streck (in *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p.281). É, pois, nessa perspectiva que teceremos alguns comentários sobre o princípio da segurança jurídica.

Não há previsão expressa do princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento, mas sua existência é consectário lógico do princípio do Estado de Direito. Sua dimensão mais palpável no direito positivo se encontra no princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88), mas também se consubstancia em outros direitos fundamentais, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o princípio da irretroatividade das leis, conforme se infere da doutrina Silva (2005, p. 429-430). Nesse sentido também, André Ramos Tavares (2006, p. 562).

Luís Roberto Barroso, citado por Pedro Eduardo Antunes de Siqueira (2006, p. 43), pontua outras emanções do princípio da segurança jurídica, a saber: a) a existência de instituições dotadas de poder e garantia e sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do Poder Público; c) a durabilidade das normas jurídicas; d) a previsibilidade dos comportamentos; e) a igualdade na lei e perante a lei, determinando soluções isonômicas para situações idênticas.

Canotilho (1998, p. 259) assevera que as idéias nucleares de segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: 1) estabilidade, dado que os atos do Poder Público, uma vez adotados, não podem ser arbitrariamente modificados, “sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”; 2) previsibilidade, “que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos das decisões”. Para Tavares (2006, p. 51), o alcance do

3 Sobre a distinção entre princípios e regras, consultar, por todos, Canotilho (1998, p. 1085-1113), que traz os critérios gradualista de Josef Esser e o ontológico de Dworkin e Alexy.

princípio da segurança jurídica abrange:

i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.

Acrescenta ainda este último autor, no que corrobora nossa tese, que a súmula vinculante é mais um elemento de segurança e previsibilidade na interpretação e aplicação do Direito.

O nascimento do princípio da segurança jurídica está umbilicalmente ligado ao nascimento dos Estados modernos. Vale lembrar que o Estado de Direito é produto da indignação do povo europeu com o poder irrefreável do Rei absolutista. Necessitava-se criar mecanismo de frenagem do poder político como forma de garantia da liberdade individual. Em uma palavra, o poder político necessitava ser racionalizado. E a expressão máxima dessa “racionalização” é a lei, que, como dito, densifica o princípio da segurança jurídica. Narrando o nascimento do princípio da legalidade, vaticina Paulo Bonavides (in *Ciência Política*, p. 112):

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na relação com os titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o

poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Isso demonstra que entre o governo dos homens e o governo das leis, o Estado de Direito prefere o segundo ao primeiro, consolidando, como afirma Norberto Bobbio (1999, p. 40), “um valor muito importante: **a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei**”. (grifamos).

Nesse campo, ganha destaque a figura do barão de Montesquieu, que, ao doutrinar a separação de poderes⁴, estrutura este princípio como veículo de proteção da liberdade individual através da limitação ao exercício do poder político, pois, segundo afirmava ele, o homem que detém todo poder tende a abusar dele, apud Bonavides (in *Ciência Política*, p. 138). E para evitar esse abuso de poder, necessitava-se limitar o poder pelo próprio poder, o que ocorreu com a criação dos três poderes (órgãos), a saber: legislativo, executivo e judiciário.

Importa para nós aqui o conceito de liberdade de Montesquieu, que a define como “como aquela tranqüilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social”, consoante preceitua Bonavides (in *Ciência Política*, p. 139). Isto porque estabelece como condição de possibilidade da segurança jurídica, a garantia de “tranqüilidade de espírito” (liberdade), elevando, assim, a importância deste princípio.

O medo do arbítrio estatal elevou o princípio da segurança jurídica à máxima potência, gerando assim, na conformidade

4 Muito embora se atribua à Montesquieu a doutrina da separação de poderes, isso deve ser visto com ressalvas. Como pontifica Bonavides (in *Ciência Política*, p. 136), esse princípio apenas foi sistematizado por Montesquieu, vez que já na antiguidade e na modernidade outros autores já haviam se debruçado sobre o tema, tais como: Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke. Além disso, tendo em vista que o poder é uno, em verdade não existe uma tripartição de poderes, mas sim uma tripartição de funções, de modo que: o órgão legislativo exerce tipicamente a função legislativa; o órgão executivo exerce a tipicamente a função administrativa; e o órgão judiciário exerce tipicamente a função jurisdicional. Diz-se tipicamente (ou precipuamente) porque cada um desses órgãos exerce as outras duas funções de forma atípica (ou não precipua).

da doutrina da separação dos poderes, uma vinculação forte do juiz à lei, ou mais tecnicamente, ao seu texto. Daí porque dizia Montesquieu que os juízes nada mais são do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, conforme se colhe da doutrina de Tavares (2006, p. 995). Anota Bobbio (1999, p. 40) que, segundo Montesquieu, ao juiz não se deve deixar qualquer liberdade para exercer sua fantasia legislativa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes em decorrência da presença de dois legisladores: de um lado o verdadeiro e próprio e do outro o juiz que impingiria sub-repticiamente suas normas, tornando vãs as do legislador.

No campo da hermenêutica, essa dimensão mais radical do princípio da segurança jurídica (própria do período iluminista de concepção liberalista, individualista e normativista), implica na adoção de um papel mecanicista do aplicador do direito. Exsurge daí a doutrina do silogismo jurídico, em que a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor o fato; e a conclusão é a identificação da norma aplicável. Expondo a “teoria do silogismo”, Beccaria, citado por Bobbio (1999, p. 41), dizia que o juiz não cria nada de novo, “apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior”. Isso implica dizer que a conclusão, segundo a visão liberalista-positivista que defendia com maior rigor a segurança jurídica, não era um ato de vontade do juiz, mas um ato meramente mecânico, uma simples operação lógica.

Esses aspectos marcam um direito essencialmente formalista e dogmatista. O dogma consiste na adoção do direito como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência, na esteira na lição de Luiz Roberto Barroso (in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 277). Corolário do dogma da pureza científica (auto-suficiência) é a concepção de que o intérprete se pauta, durante sua atividade, por critérios de objetividade e neutralidade. A primeira representada por uma razão científica de validade geral, ou seja, não importa quem seja o intérprete, diante de um determinado problema, a solução jurídica será sempre a mesma. A segunda, pela idéia de que o intérprete, ao desempenhar sua função, aparta-se de suas convicções, ideologias, preconceitos etc.

Não obstante tudo isso, não podemos olvidar que do seu nascimento e apogeu, por volta dos séculos XVIII e XIX, para os dias atuais, mais de duzentos anos se passaram e muita coisa mudou, de tal modo que o princípio da segurança jurídica assumiu novos contornos e não pode ser mais visto na dimensão absoluta e rigorosa que tinha outrora. E, como dissemos, temos que olhar o novo com os olhos do novo, sob pena de transformarmos o novo em velho.

Ao Estado de Direito, no início do século XX, é acrescentado um novo elemento, de modo que esse Estado eminentemente abstencionista, passa a atuar positivamente em outros campos que até então não se ocupara. Esse novo elemento é a justiça, que transforma o Estado meramente de Direito em um Estado Social de Direito, preocupado não apenas com a legalidade da conduta do Poder Público em face do indivíduo, mas, sobretudo, com sua legitimidade. Parafrazeando Silva (2005, p. 115), o Estado Social de Direito não abandona o primado da lei, mas, entretanto, não aceita qualquer lei, mas tão-somente a lei justa. Em apertada síntese, podemos dizer que o Estado Social de Direito é aquele que se preocupa menos com a liberdade e mais com a igualdade e justiça; menos com o privado e mais com o público; menos com o particular e mais com o coletivo.

Ora, se com a passagem do Estado de Direito para o Estado Social de Direito o princípio da liberdade se relativiza em face da ascensão do princípio da igualdade, de igual modo, o princípio da segurança jurídica (protetor da liberdade) racha suas estruturas diante do destaque ganhado pelo princípio/valor da justiça (consubstanciador da igualdade). Manifestação concreta disso é a relativização da coisa julgada inconstitucional em nome da justiça do caso concreto. Cristiano Chaves de Farias (in *Relativização da Coisa Julgada*, p. 68), traz trecho do voto do Ministro Waldemar Zveiter que, em prol da relativização, argumenta:

Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo

tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição de litígios com os olhos da realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade (STJ, Ac. 3ª T., j.3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, in RSTJ 40:236).

É verdade que todas essas transformações fazem com que o princípio da segurança jurídica sofra um grande abalo em sua estrutura, mas não se finda. Parece-nos que em tempos de expansão de uma hermenêutica cada vez mais evolucionista e desgarrada do texto, continua tendo um importante papel de limite à atividade interpretativa. Ou seja, uma das grandes tarefas hoje do princípio da segurança jurídica é dizer até onde o intérprete pode ir. Este, diante da colisão entre dois princípios, deve sopesá-los para verificar, in concreto, qual deles deve prevalecer. Contudo, a prevalência de um não pode significar jamais o ocaso do outro. Deve-se assegurar um núcleo mínimo, que é intangível e cuja violação implica na total negação do princípio. A propósito, a negação do Estado de Direito resulta na implantação de um Estado de não-Direito, ou seja, no estabelecimento da desordem social, do desequilíbrio das instituições democráticas e na criação de um estado de incerteza e instabilidade.

Trazendo essas noções para o tema que nos ocupa, podemos afirmar que a súmula vinculante continua sendo instrumento de densificação do princípio da segurança jurídica, mas não daquela segurança potencializada em seu grau máximo, mas relativizada por outros princípios. Essas pré-compreensões nos ajudam a refutar o argumento daqueles que dizem que a súmula vinculante aprisiona as possibilidades do intérprete. Só aprisionaria aqueles que já são prisioneiros das leis e as aplicam de forma indiscriminada, sem levar em conta as particularidades do caso concreto e os objetivos constitucionais. O intérprete consciente de sua responsabilidade constitucional sopesa, no caso, os interesses contrapostos à luz dos princípios e valores subjacentes, levando em conta o fato de que nenhum deles é absoluto e merece aplicação irrefletida.

3 OBJETO DA SÚMULA VINCULANTE

O objeto da súmula vinculante é tema que não vem sendo tratado com o cuidado merecido pela doutrina. Todavia, é de se chamar à atenção para o assunto, porquanto uma abordagem desavisada poderá levar ao desvirtuamento do instituto e a um arbítrio, em caso de utilização pelo Supremo Tribunal Federal nesta perspectiva, talvez sem precedentes em nossa história constitucional.

O tópico em epígrafe busca responder à seguinte indagação: sobre o quê pode a súmula vinculante versar? Da análise da redação do caput do artigo 103-A, resta cristalino que a súmula vinculante só pode incidir sobre questão constitucional. Mas, então, o que seria questão constitucional?

A palavra questão aqui, assim entendemos, está empregada no sentido processual. Na dicção de Fredie Didier Jr. (in curso de direito processual civil vol. I, p. 251), “questão” é um ponto de fato ou de direito controvertido. A “questão” não é o objeto do processo, ou seja, não constitui seu pedido, mas se põe como um problema que precede o mérito, podendo se estabelecer como uma preliminar ou prejudicial. E, pelo princípio da congruência, não integrará o dispositivo da sentença ou do acórdão, mas apenas seus fundamentos, de modo que, justamente por isso, não é acobertado pelo manto da coisa julgada.

Trazendo essas noções conceituais para a disciplina da súmula vinculante, percebe-se, de logo, que este instituto só faz algum sentido no sistema do controle incidental, no qual a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é verificada como uma questão prejudicial, que tem o condão de, uma vez sendo ultrapassada, direcionar a decisão meritória para um ou para outro sentido. E, por ser uma questão prejudicial, não fará coisa julgada material.

Neste ponto, o legislador constituinte foi extremamente técnico. Isto porque, ao contrário do que ocorre em Portugal, França, Espanha e Alemanha, o Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários (via pela qual ordinariamente se manifesta sobre as questões constitucionais), não apenas se pronuncia sobre

o problema da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo objurgado, como também sobre o mérito da causa , podendo anular ou reformar a decisão do órgão a quo com base na questão prejudicial resolvida.

Nesse diapasão, é mister atentar para esse fato, vez que a questão constitucional, por expresse permissivo constitucional, poderá ser objeto de súmula vinculante. Mas o mérito do recurso (a não-incidência do tributo na espécie), jamais poderá constituir objeto de súmula vinculante, sob pena de exercício de competência não prevista na Constituição.

Para delinear-mos com mais clareza ainda o objeto da súmula vinculante, valemo-nos da distinção entre os arestos e os assentos. Acerca desta distinção, João Mendes Júnior, citado por Silva (2005, p. 565), em doutrina assaz preciosa, esclarece:

Não confundamos os *arestos* com os *Assentos*. Os *Assentos* são atos do Poder Judiciário, não resolvem litígio *hic et nunc*, isto é, são determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorrem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes: os *arestos* são casos julgados entre certas e determinadas partes litigantes. Os *Assentos* associam o Poder Judiciário ao Poder Legislativo, ao passo que os *arestos* mantêm o Poder Judiciário na esfera das suas atribuições: os *Assentos* são leis, ao passo que os *arestos* são simples exemplos que podem ser seguidos ou não em casos semelhantes e que não obrigam senão às próprias partes. (grifamos).

Após essas conceituações, arremata Silva (2006, p. 565) que “os mesmo conceitos e distinções podem ser feitos hoje em relação aos julgados e às súmulas vinculantes”. Até porque, como dissemos linhas atrás, a súmula vinculante é um novo epíteto de um instituto que já existiu em nossa história constitucional, os assentos.

Saindo das abstrações conceituais, pincelemos, à guisa de exemplo, o enunciado de número 120 da súmula do Supremo Tribunal Federal e o segundo enunciado da súmula vinculante deste órgão, para tornar mais palpável o que se está a dizer. Vejamos nesta ordem.

120º enunciado da súmula antiga. Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele.

2º enunciado da súmula vinculante. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Note-se que há uma diferença gigantesca entre os dois enunciados, e que corrobora tudo que se disse até aqui. O primeiro enunciado versa sobre o julgado propriamente, tendo, possivelmente, integrado precedentemente o mérito de vários cases apreciados pelo Supremo. Já o enunciado da súmula vinculante resultou da apreciação de várias questões constitucionais, tendo, em princípio, validade apenas para as partes, mas, após a conversão da resolução desta questão em enunciado de súmula vinculante, expandiu subjetivamente seus efeitos, alcançando a todos. Até porque, neste caso, se a questão constitucional fosse apreciada como objeto principal, certamente o seria em sede de controle concentrado e, como aqui o efeito erga omnes é imediato, o expediente da súmula vinculante tornar-se-ia despiciendo.

Como grande parte dos enunciados antigos do Supremo Tribunal trata apenas sobre o julgado e não sobre questão constitucional, não concordamos com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, quando afirmam ser “possível conferir efeito vinculante às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal”, bastando apenas ser confirmada por voto de dois terços dos seus ministros.

Caso o Supremo venha a converter julgado integrante da súmula antiga em enunciado de súmula vinculante, cometerá um grande arbítrio. Para nós, dentro do campo de possibilidades, somente restará ao Supremo Tribunal Federal, no que pertine às questões constitucionais, quatro opções, a saber: a) tornar vinculante a tese de que determinada lei ou ato normativo é inconstitucional; b) tornar vinculante a tese de que determinada lei ou ato normativo é constitucional; c) tornar vinculante a tese de que determinada interpretação é inconstitucional, valendo-se, para tanto, da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem

redução de texto; ou d) tornar vinculante a tese de que determinada interpretação é constitucional, valendo-se, para tanto, da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Fora daí, pensamos que tudo o mais é arbítrio e não encontra amparo no texto e na realidade constitucional.

A delimitação do objeto da súmula vinculante, nos termos que precisamos acima, leva-nos a outra conclusão. Ao contrário do que renomados autores afirmam, tais como Moraes (2005, p. 505) e Paulo e Alexandrino (2006, p. 47), a súmula vinculante não é uma importação pura e simples do sistema do *stare decisis* americano. E o motivo dessa afirmação radica-se mais uma vez na distinção entre aresto/julgados e assentos/súmula vinculante. Em magistral lição, rebatendo a tese de que a súmula vinculante retira do juiz a livre convicção, aduz Tavares (2006, p. 351), in verbis:

Como o modelo introduzido no Brasil difere – como não poderia deixar de ser – do clássico *stare decisis*, pois **a súmula não incorpora os casos concretos que formam a “base” para sua edição**, e sendo a vinculação apenas o enunciado desta, os magistrados terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si, bem como das normas aplicáveis a ele. (grifei).

Ora, se “a súmula [vinculante] não incorpora os casos concretos que formam a ‘base’ para sua decisão” não podemos identificá-la com o sistema de vinculação ao precedente americano (*stare decisis*), vez que neste, a vinculação, quando ocorre, recai não apenas sobre a questão constitucional, abrangendo, outrossim, a solução concreta dada pela Suprema Corte.

Com efeito, podemos afirmar que, ao invés da súmula vinculante, grande parte dos antigos enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal é que se aproximam com mais intensidade do *stare decisis* americano.

Isto porque, na esteira da lição de Silva (2005, p. 565), quando elabora enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal atua exercendo uma função atípica, a função legiferante, porquanto do seu labor resulta um enunciado ontologicamente

abstrato e geral, não vinculado a nenhum caso particular; ao passo que ao tornar o julgado enunciado de súmula não vinculante (porque não é legítimo tornar vinculante neste caso) o faz no exercício da sua função típica, a jurisdicional. Por isso que, enquanto a súmula vinculante já nasce produzindo efeitos erga omnes, os julgados, em princípio, tal como ocorre no sistema americano, servem apenas para solucionar um caso particular, podendo, *mutatis mutandis*, ser utilizado posteriormente em outras situações, caso as circunstâncias peculiares assim recomendem.

Neste ponto, por derradeiro do que sustentamos até aqui, faz-se mister ainda afirmar que a súmula vinculante não obstaculiza o magistrado de apreciar o caso concreto, dizendo se dos fatos exsurgem direitos. Apenas no que tange à questão constitucional, terá que adotar a posição do Supremo Tribunal editada em um daqueles quatro termos apontados acima. Essa função atribuída à Corte Suprema é legítima e vem estampada no artigo 102 da Constituição Federal, quando afirma que cabe a este, precipuamente, a guarda da Constituição. Esse entendimento ficou firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal quando do julgamento do HC nº 82.959-SP, no qual o Pretório Excelso afirmou que a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos não implica, por si só, o direito subjetivo à progressão. A verificação dos outros requisitos cabe ao juiz de primeira instância e não ao Supremo, sob pena de se retirar do juiz o poder cognitivo relativo à causa.

4 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL nº 4335

É cediço que no controle difuso de constitucionalidade até então vigente no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade só opera efeitos entre as partes litigantes. Para que ocorra uma expansão subjetiva de alcance geral desses efeitos, a teor do inciso artigo 52, X da Constituição Federal, faz-se necessário que o Senado Federal edite resolução suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse expediente surgiu em nosso constitucionalismo por

obra da Constituição de 1934 e nele permanece até hoje. Anota Dirley da Cunha Júnior (in *Controle de Constitucionalidade*, p. 145), no que é seguido de perto por Barroso (in *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 111), que nasceu com propósito de corrigir a carência, própria dos países de matriz romano-germânica, de não ser atribuível ao Pretório Excelso o poder de tornar erga omnes seus pronunciamentos acerca da inconstitucionalidade de leis.

Muitos autores têm afirmado que o papel do Senado Federal atualmente perdeu sua razão ser, sendo poucos os que vêem ainda alguma utilidade na função senatorial. Isto porque, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade, perpetrada por obra da EC-16 de 1965, incidente sobre a Constituição de 1946, inaugurou-se o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, suprimindo, assim, a deficiência, até então existente, de as decisões da nossa Corte Suprema não serem erga omnes em sede de controle de constitucionalidade incidental.

Concordamos com esse pensamos. Primeiro, não se pode admitir que, a despeito de a inconstitucionalidade ser declarada em condições idênticas, inclusive de quorum, no controle difuso tenha um efeito e no controle concentrado tenha outro. Ontologicamente, não há diferença entre se declarar uma inconstitucionalidade por uma ou pela outra via⁵. Segundo, caso o Supremo Tribunal se valha das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto no controle incidental, essa decisão jamais logrará efeito erga omnes, porquanto, como assinala Barroso (in *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 111), “a atuação do Senado somente se dará quando o ato normativo vier a ser declarado inconstitucional”, demonstrando, assim, a suplantação

5 Nem se diga que a diferença consiste em que a inconstitucionalidade declarada incidentalmente deve levar em conta o caso concreto e na inconstitucionalidade declarada em sede de controle abstrato, faz-se apenas um cotejo abstratamente do ato questionado em face da Constituição. Em verdade, mesmo no controle concentrado, o órgão competente deve fazer um juízo de prognose de sua decisão, levando-se em conta o alcance da norma e a realidade que lhe subjaz. Corrobora esse entendimento Ives Grandá da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 170-171), in verbi: “até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional”.

do papel do Senado pelos novos institutos. Terceiro, na esteira do que história tem demonstrado, subordinar a expansão subjetiva dos efeitos do controle incidental à edição da resolução senatorial, representa um obstáculo muitas vezes insuperável. Streck (in *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 483) traz dados interessantes sobre isso. Afirma que até 1997, careciam de resolução do Senado 69 processos remetidos pelo Supremo Tribunal, sendo que alguns da década de 70, outros da década de 80 e, o mais antigo, aguardava pronunciamento há mais de 25 anos.

Essa defasagem do papel do Senado tem levado alguns doutrinadores, a exemplo de Dirley da Cunha Jr. (in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*, p. 87-96), a afirmar que o artigo 52, X, da Constituição deve se submeter a uma mutação constitucional informal, de modo a se atribuir à resolução senatorial a função de dar apenas publicidade à manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão constitucional; sendo que esta atividade seria vinculada e não mais discricionária como majoritariamente se tem pregado.

O assunto entrou em pauta, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através da Reclamação Constitucional nº 4335-5/ACRE. O motivo da reclamação foi o ato do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, que negou progressão de regime a vários presos por crimes hediondos, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade à vedação da progressão pela Corte Suprema, ocorrera em sede do controle difuso, como incidente do HC nº 82.959-SP, de sorte que, mercê da manifestação do Senado, não vincula os outros órgãos jurisdicionais.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, em seu voto, advogou a tese de que o papel do Senado, estampado no texto constitucional, sofreu uma mutação constitucional. Sustenta o Ministro que “não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral à decisão do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força vinculante”. De modo que o papel do Senado hoje é apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo, sendo esta uma função agora obrigatória ou vinculada e não mais discricionária.

Após o voto do Ministro Mendes, o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos, tendo logo em seguida proferido voto na mesma linha do Ministro relator. Assim, sustenta também ter havido uma mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição. Afirmar Grau que a mutação constitucional “é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”. E, mais adiante, arremata: “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.

Dos votos dos Ministros Mendes e Grau, extraímos duas conclusões. Primeira, a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional no controle difuso pelo Supremo Tribunal, caberá exclusivamente a este, sendo que o papel do Senado será apenas o de dar, obrigatoriamente, publicidade a essa decisão. Segunda, isso se deu em virtude de uma mutação constitucional que transformou o próprio texto da Constituição, substituindo-o por outro.

O que propõe os citados Ministros não é a modificação da norma jurídica, sendo esta compreendida pelo texto, âmbito normativo e realidade constitucional, mas a mudança do próprio texto. Com isso não se violada apenas as possibilidades, mas, o que é pior, o próprio limite. A mutação constitucional informal para ser legítima (o que não é o caso), deve partir dos elementos lingüísticos do texto (original e não mudado pelo intérprete) para se chegar a um resultado que este permita alcançar. Isto porque, como afirma Canotilho (1998, p. 1153), na mutação constitucional ocorre uma “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. **Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto**” (grifamos).

Por outro lado, têm-se a tese de que o Senado ainda terá um papel a cumprir, qual seja: o de dar, forçadamente (como não se sabe), publicidade a uma decisão que já nasce produzindo efeitos erga omnes e vinculante, e que, com ela ou sem ela, teria os mesmos efeitos. Tanto assim que ambos os Ministros julgaram a Reclamação procedente.

Em outras palavras, o que ocorreu foi mesmo é uma revogação ope judicis do artigo 52, X, da Constituição, bem assim tornado letra morta na Constituição o instituto da súmula vinculante, cuja função até aqui é justamente a de conferir efeito vinculante às decisões proferidas no controle difuso. De modo que esses efeitos serão operados não como quis a Constituição, mas como pretende o Pretório Excelso, que de seu guardião, passa a ser seu senhor.

Isso implicaria, sem embargo de outros, na violação de dois princípios constitucionais. O primeiro deles é o da segurança jurídica, na medida em que retira sua primordial função, a saber: a de ser um limite à atividade interpretativa, impondo uma adstrição do intérprete ao texto, tudo como forma de garantia da liberdade individual e do império do governo das leis (Estado de Direito) sobre o governo dos homens (Estado de não-Direito).

Além disso, o efeito colateral que tornará o instituto da súmula vinculante sem efeito na Constituição, violará o princípio da força normativa da Constituição (que controla as possibilidades), segundo o qual se deve optar, na resolução de problemas constitucionais, pelos pontos de vistas que realizem a Constituição em seu grau ótimo, e não negar os seus elementos lingüísticos, como se nenhuma importância tivesse, ou como se fosse possível suplantá-los informalmente.

Por tudo isso é que, não obstante aceitarmos que o papel do Senado no controle difuso não mais se justifica, em nome do princípio da segurança jurídica e da força normativa da Constituição, entendemos que a via correta para operar essa modificação é a mutação constitucional formal. Neste ponto, propomos aqui que o artigo 52, X, da CF/88 seja revogado. E no lugar do artigo que trata da súmula vinculante, propomos que conste dispositivo conferindo às decisões do Supremo Tribunal, relativas única e exclusivamente às questões constitucionais, efeito erga omnes e vinculante imediatamente, ou seja, sem necessidade de manifestação senatorial, igualando-se, assim, aos efeitos e eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Enquanto essas mudanças não se operam, as únicas formas de expandir subjetivamente os efeitos das decisões do Supremo Tribunal no controle difuso, atinentes às questões constitucionais, é através da manifestação senatorial ou mediante a aprovação de súmula vinculante. Qualquer medida que tornem esses expedientes sem efeito na Constituição, soa como ilegítima.

Partidário que somos da nova hermenêutica constitucional, tememos que a má utilização da abertura interpretativa por ela proporcionada possa gerar o mesmo descontentamento que narramos em linhas acima e que deu ensejo às doutrinas excessivamente positivistas dos séculos XVIII e XIX, culminando, assim, com a redução da atividade do intérprete à de mero autômato de uma norma cerrada no texto. Por isso, valer-se do postulado da razoabilidade é um exercício de prudência que deve orientar o intérprete em toda a sua atividade, evitando, assim, o absurdo, o bizarro.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que o instituto da súmula vinculante nasceu menos com a pretensão de servir de válvula de escape para o problema da celeridade processual e mais como uma necessidade imperativa de proteção do Estado de Direito, consubstanciado no princípio da segurança jurídica e, mais especificamente, no princípio da legalidade.

Contudo, o princípio da segurança jurídica, que a súmula vinculante visa a proteger não pode ser encarado na dimensão absoluta que se tinha outrora, tendo sido relativizado por outros princípios, notadamente o princípio/valor da justiça. Isso significa que a leitura e aplicação da súmula vinculante deve ocorrer também em uma perspectiva mais aberta, em que o intérprete não é mero aplicador do texto do enunciado sumulado, mas sim deve buscar investigar se a matéria sumulada realmente se aplica à espécie. Essa é uma exigência dos novos tempos e assim só não procedem aqueles que já são contumazes em aplicar a lei de forma descontextualizada.

No que tange ao objeto da súmula vinculante, este só pode incidir sobre a questão constitucional, que é uma prejudicial no controle incidental. Daí por que não pode o Supremo Tribunal transformar julgados (como o são grande parte dos enunciados da súmula antiga – não vinculante) em enunciado de súmula vinculante, pois eles se põem como mérito da causa e não como questão constitucional. Também por isso não se pode dizer que o enunciado de súmula vinculante aprisiona a atividade interpretativa, pois apenas dirá se um ato normativo que se pretende aplicar à espécie é inconstitucional, constitucional ou em que termos é inconstitucional ou constitucional. De modo que cabe ao juízo a quo dizer se dos fatos exurgem direitos, garantindo, assim, seu poder cognitivo em relação à causa.

Existe a possibilidade de a súmula vinculante se tornar letra morta na Constituição, no sentido de que as decisões no Supremo Tribunal prescindem da manifestação senatorial para produzir efeitos erga omnes e vinculante no controle de constitucionalidade difuso. Não abonamos com essa posição por ser afrontosa aos princípios da segurança jurídica e da força normativa da Constituição. Entendemos que essa mudança só pode ser operada mediante mutação constitucional formal. Enquanto isso não acontece, a expansão subjetiva dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal só pode ser operada pela edição de enunciado de súmula vinculante ou por meio de manifestação senatorial.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de Constitucionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed.

São Paulo: Saraiva, 2006.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. Vol. 01. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante é Retrocesso**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/>. Acesso em: 07 ago. 07.

CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Posdivm, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. Salvador: Podivm, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. **Competência do Senado Federal do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/>>. Acesso em: 07 ago. 07.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I 6. ed. Salvador: Podivm, 2006.

_____. (coordenador). **Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Súmula vinculante e a Lei nº**

11.417/2006: apontamentos para compreensão do tema. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1295, 17 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9400>>. Acesso em: 16 jul. 2007.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (organizadores). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso**. São Paulo: Malhareiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: **Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mende. Porto Alegre: SAFE, 2002.

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

IMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 16 jul. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen jûris, 1998.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: Uma Possibilidade Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Concentrado**: comentário à lei n. 9868 de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Antunes de. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GLOBALIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DO ESTADO MODERNO: O ESTADO FUNCIONAL

GLOBALIZATION AND PROSPECTS OF MODERN STATE: THE FUNCTIONAL STATE

David Barbosa de Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC
Especialização em filosofia moderna do direito pela Universidade
Estadual do Ceará - UECE
Mestrando em Direito Constitucional pela UFC
E-mail: dvdbarol@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO; 3 OBJETIVOS DO ESTADO MODERNO; 4 DA MODERNIDADE À GLOBALIZAÇÃO; 5 PERSPECTIVAS DO ESTADO MODERNO DIANTE DO PARADIGMA DA GLOBALIZAÇÃO: O ESTADO FUNCIONAL; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 EMERGENCE OF THE MODERN STATE; 3 OBJECTIVES OF MODERN STATE; 4 FROM GLOBALIZATION TO MODERNITY; 5 PERSPECTIVES OF THE MODERN STATE FACE THE PARADIGM OF GLOBALIZATION: THE FUNCTIONAL STATE; 6 FINAL; 7 REFERENCES.

Resumo: O Estado moderno foi marcadamente um Estado preocupado com a idéia de unidade, de centralização. Essas suas características decorrem do estado que lhe precedeu, o Estado medieval. Assim, o Estado moderno surge com uma vontade totalizante e totalitária. Totalizante porque almejava englobar tudo no novo totem erigido no lugar do simbólico (do divino): a razão. A racionalidade torna-se o grau frente ao qual tudo que não se adequa é excluído como algo relativo e falho, por isso que o paradigma moderno é totalitário, pois desqualifica tudo que não é racional. A modernidade historicamente se desenvolveu e gerou a globalização que, em verdade, é um pressuposto ideológico de dominação hegemônica onde os valores erigidos por um grupo são nomeados como melhores e impostos aos

demais. O Estado como tudo que é contingente também sofre as influências desses novos paradigmas. O Estado funcional é uma consequência da nova mentalidade que hoje dita as regras da sociedade. Esse Estado limita-se a registrar as exigências objetivas que comandam o bom funcionamento da sociedade, transcendendo qualquer ideologia, pautando-se, em verdade, na análise e no cálculo. No Estado funcional, a atividade política é considerada subordinada apenas aos imperativos da previsão e do cálculo racionais. O que o Estado condena é igualmente o que a técnica reprova ou despreza.

Palavras-chave: Estado. Globalização. Modernidade. Estado funcional. Tecnocracia.

Abstract: The modern state was a strong state concern with the idea of unity, of centralization. These features derive from the state that preceded it, the medieval state. The modern state is a totalizing and totalitarian will. Totalizing because it sought cover all the new totem erected in the place of the symbolic (the divine): the reason. The rationale becomes the degree to which face is not everything is relative and not as something lacking, why the modern paradigm is totalitarian because it disqualifies all that is not rational. The modernity historically has developed and led to the globalization that, in fact, is an ideology of hegemonic domination where the values are raised by a group nominated as best and imposed on others. The State and all that is contingent also suffers the influence of these new paradigms. The functional state is a consequence of the new mentality that now dictates the rules of society. This rule is limited to record the objective requirements that command the proper functioning of society, beyond any ideology, guided, in fact, the analysis and calculation. Functional status, the political activity is considered subject only to requirements of forecasting and rational calculation. What the rule is also condemned what the technical resent or despise.

Keywords: State. Globalization. Modernity. Functional state. Technocracy.

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno foi marcadamente um Estado preocupado com a idéia de unidade, de centralização. Essas suas características decorrem do Estado que lhe precedeu, o Estado medieval. Assim, o Estado moderno surge com uma vontade totalizante e totalitária. Totalizante porque almejava englobar tudo no novo totem erigido no lugar do simbólico (do divino): a razão. A racionalidade torna-se o grado frente ao qual tudo que não se adequa é excluído como algo relativo e falho, por isso que o paradigma moderno é também totalitário, pois desqualifica tudo que não é racional.

A modernidade historicamente se desenvolveu e gerou

a globalização. A globalização é um pressuposto ideológico de dominação hegemônica onde os valores erigidos por um grupo são nomeados como melhores e impostos aos demais. É um processo pelo qual determinada condição (relativa) de uma entidade local estende a sua influência a todo o globo (absolutizando a condição relativa local) e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local (relativa) outra condição social ou entidade rival.

Nesse compasso, que tipo de modelo de Estado poderia adequar-se aos novos paradigmas vividos pela atual sociedade? A fim de refletir sobre essa indagação, urge compreender o que é e como surgiu o Estado moderno.

2 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO

O Estado moderno surgiu da derrocada da sociedade medievla, trazendo consigo novos elementos que transformariam as relações sociais de forma irreversível. No Estado Medieval, a ordem era sempre bastante precária, posto que o poder se organizava entre diversas esferas, sendo comum a improvisação das chefias, a presença de uma burocracia voraz e quase sempre todo-poderosa, a constante situação de guerra, e, inevitavelmente, a própria indefinição das fronteiras políticas.

São três os principais elementos que se fizeram presentes na sociedade política medieval: o cristianismo; as invasões dos bárbaros; o feudalismo. Inicialmente, “é preciso ressaltar que, mesmo onde e quando as formações políticas revelam um intenso fracionamento do poder e uma nebulosa noção de autoridade, está presente uma aspiração à unidade” (DALLARI, 1995, p. 56) e é o cristianismo que vai ser a base dessa aspiração. Outro elemento fundamental para a caracterização do Estado medieval foram as invasões bárbaras, posto que introduziram novos costumes, estimulando as próprias regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes, resultando no aparecimento de numerosos Estados. A isto tudo acrescente a influência das estruturas do feudalismo. Com a dificuldade do desenvolvimento do comércio passa-se a se valorizar a posse da terra, fazendo com que toda a vida gire em torno da propriedade ou da posse da terra, desenvolvendo-se um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados a situação patrimonial. O público e o privado se confundem

no feudalismo através dos institutos da vassalagem¹, do benefício² e da imunidade³.

Esta estrutura social fomentou o surgimento do Estado Moderno. Paulo Bonavides (2003) sustenta que:

ao término da Idade Média e começo da primeira revolução iluminista que foi a Renascença, brilhante precursora da segunda revolução da razão, ocorrida no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador: o de soberania. [...] foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção (p. 29).

O Estado moderno surge junto a várias mudanças concomitantes e inseparáveis, como a substituição da fundamentação teocrática de poder pela fundamentação racional. O Poder deixa de ser conferido diretamente por Deus aos monarcas e esses passam a possuí-lo em decorrência de sua descendência sanguínea. A explicação do mundo também deixa de ser decorrente das leis divinas e assume feição racional. A modernidade, no campo político, é marcada pela ascensão da burguesia ao poder via revolução francesa, solidificando as bases para uma nova revolução – a industrial – e por fim afirmando o seu novo modelo de Estado, o Estado moderno ou Estado liberal.

Essa mudança de paradigma atinge também o Direito que deixa de ser um mero coadjuvante nas relações sociais e assume seu atual papel de destaque. Não só as ciências naturais deveriam ter uma precisão matemática, mas também as incipientes ciências sociais. Para isso foi essencial que as leis deixassem de ser compilações esparsas (quando não tradições baseadas no costume)

1 Os proprietários menos poderosos se colocavam a serviço do senhor feudal e entregar lhe uma contribuição pecuniária em troca de proteção.

2 O chefe de família que não possuísse patrimônio recebia do senhor feudal uma faixa de terra para cultivar e entregando uma parte da produção ao dono da terra. O servo era considerado inseparável da gleba, possuindo o senhor feudal direito de vida e morte sobre a família do servo.

3 Isenção de tributos as terras sujeitas ao benefício.

e passassem também a ter uma aparência racional, totalizante. Assim surgem os primeiros raios do positivismo jurídico.

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresenta como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume a estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito (BOBBIO, 2006, p. 26).

Antes da formação do Estado moderno, o juiz, por exemplo, ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso segundo critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão, segundo princípios da razão natural. Todas essas regras estão no mesmo nível “o que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural)” (BOBBIO, 2006, p. 28). Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão estatal, aplicando o Direito que agora só possui uma única fonte: o Estado.

3 OBJETIVOS DO ESTADO MODERNO

Esse novo modelo estatal que trazia também um novo modelo de Direito – positivismo – teve pelos filósofos diferentes descrições de seus objetivos (DOEHRING, 2008).

Para os contratualistas como Locke, o Estado tem a tarefa de proteger a liberdade e a propriedade. A vida em sociedade harmoniosa entre os homens, como objetivo de Estado, é destacado por Thomas Hobbes. Para Jean-Jacques Rousseau o Estado tem a

função de garantir a liberdade de cada indivíduo que originalmente já estava presente, mas que com o tempo acabou perdendo.

Hegel afirma que somente no e por meio do Estado o homem poderá realizar o que, então, deve ser entendido como fim precípua de Estado. O seu processo cognitivo-dialético parece chegar a seguinte dedução: tese – liberdade individual; antítese – subordinação social; síntese – o Estado, onde a liberdade se evidencia como subordinação e a subordinação se evidencia como premissa para a liberdade.

A concepção de Estado comunista que se infundiu com a revolução de 1917, viu na função do Estado a constituição de uma sociedade sem classes. Já o nazismo de Adolf Hitler, que se estabeleceu durante apenas 12 anos, entendia que:

o objetivo do Estado não era determinado pela promoção da virtude, da moral ou de valores transcendentais, mas pela etnia, sangue, território, estes eram valores a serem implementados. Era forçoso que houvesse uma submissão completa a esses valores, incluindo-se aí a vida de cada ser humano. 'Você não é nada – a nação é tudo', no sentido de que a nação representava a etnia germânica, pois a ela eram atribuídas as qualidades melhores e mais nobres, mesmo que com grande ingenuidade, fundamentada no destaque de virtudes moralmente primitivas (DOEHRING, 2008, p. 146).

O Estado moderno levantou também como bandeiras algumas tarefas, a saber: a tarefa de proteção e as tarefas sociais. Os Estados liberais, com base no princípio da subsidiariedade, tendem a cumprir tão-somente as tarefas que não seriam executadas por nenhuma outra pessoa, já os estados marxistas confiam ao poder público todas as tarefas que assegurem o bem estar geral.

A tarefa de proteção é certamente uma das primeiras e mais fundamentais tarefas da comunidade estatal (FLEINER-GESTER, 2006). A tarefa de proteção pode ser contra agressões externas (protege-se a soberania) e internas (protege-se o cidadão contra a violência de salteadores, ladrões etc – polícia repressiva – e

controlando certas atividades de particulares como construção, alimentos etc – polícia administrativa).

Os Estados ocidentais modernos possuem também diversas tarefas sociais e dentre elas destacamos:

a) a proteção, a promoção e a possibilidade de desenvolvimento da família. Trata-se em última instância, de assegurar a existência da família. Desta preocupação decorre o direito de família (matrimônio, regime de bens, adoção, etc). Também se faz necessário proteger as bases naturais da vida (proteção do ar, da água, do solo etc). Um elemento essencial de garantia da existência é a proteção contra as consequências financeiras dos acidentes, da doença, da velhice e da invalidez.

b) a garantia da possibilidade de desenvolvimento. Na época do estado agrário e do nascimento do capitalismo, o Estado se limitava a assegurar o desenvolvimento do indivíduo garantindo a propriedade do pai de família. À proteção estatal da liberdade e da propriedade acrescentou-se logo a tarefa de educação. O princípio da educação geral do povo foi um dos postulados da Revolução Francesa. Esse princípio só veio a ser mais realizado no séc. XX, entretanto o desenvolvimento do ser humano não se esgota na formação humanitária ou profissional. O aperfeiçoamento, a licença para fins de estudo, a formação continuada e a pesquisa são também finalidades do Estado. Em relação ao desenvolvimento individual, a proteção da esfera privada é também uma esfera importante (proteção de dados, da personalidade etc).

c) tarefas no âmbito da convivência. O fundamento de uma ampla paz no interior do Estado não é outro senão o de um sistema jurídico bem estruturado, dotado de uma jurisdição persuasiva, simples e rápida. Quanto maior a confiança no sistema jurídico, menor as tentativas de contorná-lo. Em uma sociedade fundada sobre a divisão do trabalho, uma convivência harmoniosa se estabelece quando os parceiros podem ter uma confiança recíproca. A proteção da confiança inclui também a proteção em face do abuso de uma certa posição de poder (as medidas contra a concorrência

desleal; a proteção do consumidor; a proteção dos trabalhadores etc), constituindo uma parte essencial que o Estado deve cumprir. Deve o Estado regular a economia de modo a evitar supremacia e abuso do poder.

Uma concorrência sadia pressupõe a existência de empresas competitivas e o Estado, por meio da adoção de uma política estrutural dirigida, pode apoiar temporariamente ramos econômicos ou regiões ameaçadas de sua existência, de tal modo que a sua ajuda permita que após um certo tempo, as empresas e as regiões se tornem outra vez plenamente capazes de concorrer. Em tempos de recessão as intervenções servem para salvaguardar os empregos em perigo. A luta contra as crises e a redistribuição do patrimônio e renda também são atividades estatais.

d) a obtenção dos meios necessários para o cumprimento das tarefas do Estado. O Estado tem necessidade de pessoal permanente, de recursos financeiros, de informações, de instalações e de meios de produção a fim de que possa realmente realizar suas tarefas.

4 DA MODERNIDADE À GLOBALIZAÇÃO

A modernidade é o momento histórico que sucedeu o período medieval, surgindo como ruptura ao pensamento marcado profundamente pelo divino, pela fé, em suma, pelo simbólico, impondo a razão como novo totem, como nova pedra fundante das relações sociais. A verdade passa a decorrer da razão, tornando-se inclusive difícil distinguir uma da outra. Todo o conhecimento que emerge, na modernidade, é pautado na razão, na ciência, na matemática e todos se pretendem totalizantes e totalitários. Totalizantes porque se pretendem absolutos e totalitários porque desconsideram como racional as formas de conhecimento que não se pautam nos referenciais epistemológicos e metodológicos da modernidade. Boaventura de Sousa Santos⁴ certifica que “o modelo de racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do séc. XVI e foi desenvolvido nos

4 Para saber mais sobre o assunto ler do mesmo autor “Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade”; “Poderá ser o Direito emancipatório” e “Um discurso sobre as ciências”.

séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais” (2007, p. 60)⁵. Ainda segundo Boaventura de Sousa Santos:

não existe estritamente uma entidade única chamada globalização, existem, em vez disso, globalizações. Em rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. Daí a definição de globalização por mim proposta: globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival (2006, p. 438).

O processo de globalização⁶ trouxe novos paradigmas para o modo de ser e agir do Estado pós-moderno que aumentaram significativamente os contrastes sociais herdados do Estado moderno, a saber: a forte dominação dos países desenvolvidos detentores do poder econômico e bélico mundial; o aumento das desigualdades entre os países ricos e os países pobres, assim como também o aumento da desigualdade entre ricos e pobres dentro dos próprios países ricos e pobres; a imposição de não existência de barreiras comerciais entre os países acompanhado, no entanto, do aumento do protecionismo do mercado interno pelos países ricos; a não intervenção estatal; a privatização da economia etc. Segundo Bauman:

5 Segundo Luiz Roberto Barroso (2001), o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do séc. XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou estado neo-liberal). O caminho evolutivo do Estado liberal o levou a um novo modelo de Estado do qual não podemos falar se também não falarmos da globalização.

6 Milton Santos (2001) sobre o assunto afirma que “na família dos imaginários da globalização e das técnicas, encontra-se a idéia, difundida com exuberância, de que a velocidade constitui um dado irreversível na produção da história, sobretudo a o alcançar os paroxismos dos tempos atuais. Na verdade, porém, somente algumas pessoas, firmas e instituições são altamente velozes, e são ainda em menor número as que utilizam todas as virtualidades técnicas das máquinas. [...] Graças à impostura ideológica, o fato da minoria acaba sendo representativo da totalidade, graças exatamente à força do imaginário. [...] Pode-se dizer que a velocidade assim utilizada é duplamente um dado da política e não da técnica. De um lado, trata-se de uma escolha relacionada com o poder dos agentes e, de outro, da legitimação dessa escolha, por meio de justificação de um modelo de civilização. [...] De fato, o uso externo da velocidade acaba por ser um imperativo das empresas hegemônicas e não das demais, para as quais o sentido de urgência não é uma constante. Mas é a partir desse e de outros comportamentos que a política das empresas arrasta a política dos Estados e das instituições supranacionais” (p. 122). Mais a frente Milton arremata afirmando que “no período da globalização, o mercado externo, com suas exigências de competitividade, obriga a aumentar a velocidade. Mas a população em seus diferentes níveis, os pobres e os que vivem longe dos grandes mercados obrigam a combinações e níveis de capitalismo” (p. 123).

Livre das rédeas políticas e das restrições locais, a economia em rápida globalização e cada vez mais extraterritorial produz sabidamente diferenças sempre maiores de riqueza e de renda entre os setores abastados e depauperados da população mundial e em cada sociedade. É também sabido que relega parcelas cada vez mais amplas da população não apenas a uma vida de pobreza, miséria e destituição, mas também a uma permanente exclusão de todo trabalho reconhecido como economicamente racional e socialmente útil, de modo que essas camadas populacionais se tornam econômica e socialmente supérfluas (2000, p. 177).

As idéias econômicas neoliberais tornaram-se hegemônicas na comunidade financeira internacional, inspirando, segundo Daniel Sarmiento (2004) o consenso de Washington a fim de estabilizar “as economias dos países emergentes, cujas propostas básicas são a abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte nos gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho” (p. 45).

5 PERSPECTIVAS DO ESTADO MODERNO DIANTE DO PARADIGMA DA GLOBALIZAÇÃO: O ESTADO FUNCIONAL

Este novo momento histórico em que se encontra a modernidade exige um novo modelo de Estado que se adeque às exigências, imposições de mercado, assimilando as tensões ou servindo de paradigma social.

Georges Burdeau traz um modelo de Estado que repousa numa idéia cuja base é a sociedade, entretanto essa idéia é um imperativo, esse Estado é por ele chamado de Estado funcional. Procede não de um futuro desejável, mas diretamente das estruturas sociais existentes, limitando-se a registrar as exigências objetivas que comandam o bom funcionamento da sociedade. O Estado é qualificado pela função que cumpre na sociedade. “Uma vez que os imperativos da sociedade industrial são perfeitamente objetivos, transcendem a opinião ideológica e tendem para uma convergência de estilos da atividade estatal” (BURDEAU, 2005,

p. 163). O princípio da autoridade e de uma responsabilidade funcionais do Poder político parecem indispensáveis para impedir a exploração do homem que seria mais rigorosa do que nunca o foi se as consequências dos progressos técnicos se impusessem sem controle e sem compensação.

O poder no Estado funcional é legitimado por seus fins, pelo alcance de suas metas. O Estado funcional se pretende um Estado popular, mas o que espera do povo é a base proporcionada pela adesão da razão e não a energia liberada das paixões.

O Estado funcional repudia essas fontes elementares de energia política que são as necessidades, o medo ou os sonhos. Seu princípio está ligado à convicção de que a evolução dos grupos humanos levou, nos países de alto nível intelectual, técnico e econômico, a um tipo de sociedade cujos problemas dependem da análise e do cálculo e não mais da intuição ou de um empirismo tão aleatório quanto entusiasta. [...] O Estado funcional é aquele em que a atividade política é considerada subordinada apenas aos imperativos da previsão e do cálculo racionais (BURDEAU, p. 170).

Esse “Leviatã moderno é acorrentado por suas próprias pretensões” (BURDEAU, p. 173), assimilando a técnica para torná-la o instrumento de seu império. Aquele é por fim colonizado por esta, haja vista que o limita ao impor-lhe seus objetivos. O que o Estado condena é igualmente o que a técnica reprova ou despreza. Para Georges Burdeau “nenhum poder poderia ser mais satisfatório do que aquele cuja subordinação aos imperativos técnicos o subtrai a influência das ideologias políticas desordenadas e ineficazes” (p. 174).

Não resta qualquer dúvida que é odioso o descompasso entre a tributação e as intoleráveis más gestões da coisa pública, entretanto queda uma questão: o Estado funcional e sua tão aclamada técnica agridem o poder constituinte originário, usurpando-lhe o poder nas suas decisões técnicas?

Paulo Bonavides (1995, 2004) tem opinião muito contundente sobre o assunto. Pontua ele que a tecnocracia aliena a decisão democrática afastando o povo destas decisões e elegendo os representantes das oligarquias da sociedade industrial. O tecnocrata não combate com a palavra, mas com o cálculo, com a estatística. O desenvolvimento do país afigura-se-lhe uma operação aritmética, jamais um problema de implicações humanas e sociais. Nos campos mais complexos, onde a informação parlamentar é mais rarefeita, como a economia e as finanças, os tecnocratas logram oportunidade de acesso ao poder, influenciando diretamente sobre ele.

Parece pertinente a colocação de Bonavides, entretanto também é certo que não se deve admitir o desperdício e a ineficiência na administração pública. De certo que não conseguiremos esgotar todas as questões sobre o tema, mas parece claro que deve haver uma compatibilidade entre o Estado funcional e a não usurpação de poder do Poder constituinte.

6 CONCLUSÃO

Como visto acima, as globalizações são o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival. O processo de globalização trouxe novos paradigmas para o modo de ser e agir do Estado que significam uma hipertrofia do contraste. A economia comanda o ritmo dos acontecimentos em rápida globalização e cada vez mais extraterritorial produz sabidamente diferenças sempre maiores de riqueza e de renda, entre os setores abastados e depauperados da população mundial e em cada sociedade.

Ora, certo é que o Estado também sofre as influências desses novos tempos. O Estado funcional é uma consequência da nova mentalidade que hoje dita as regras da sociedade. Esse Estado limita-se a registrar as exigências objetivas que comandam o bom funcionamento da sociedade. Transcende qualquer ideologia, pautando-se, em verdade, na análise e no cálculo. No Estado funcional, a atividade política é considerada subordinada apenas

aos imperativos da previsão e do cálculo racionais. O que o Estado condena é igualmente o que a técnica reprova ou despreza.

Georges Burdeau delinea que nenhum poder seria mais satisfatório do que aquele cuja subordinação aos imperativos técnicos o subtrai a influência das ideologias políticas desordenadas e ineficazes. É como se nesse Estado ao menos a eficácia técnica garantisse um bom destino das finanças públicas. Realmente, é extremamente reprovável os desperdícios administrativos em todas as áreas, da saúde e educação às obras públicas inacabadas, consumidas pelo tempo.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, ano I Vol. I, n° 6, Salvador/BA.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999.

BITTAR, E. C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-neo-clássica. **Revista Jurídica da Casa Civil**, Vol. 7, n° 75 (http://www.predidencia.gov.br/cvivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm). Acesso em: 18 de abril de 2009.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1995.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boi tempo, 2007.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRONTEGUY, Alessandra e BORTOLLON, Mariana. **Do paradigma da modernidade ao fenômeno da globalização: a busca por um novo cenário**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

O PAPEL DOS CONSELHOS GESTORES E AS REALIDADES SOCIAL E ECONÔMICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – INSTÂNCIAS DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA

THE ROLE OF MANAGEMENT ADVICE AND SOCIAL AND ECONOMIC REALITY OF THE CITY OF FORTALEZA – INSTANCES OF DEMOCRATIC PRACTICE

José Júlio da Ponte Neto

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Graduado em Licenciatura em Filosofia
pela Faculdade de Filosofia de Fortaleza

Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento)
pela Universidade Federal do Ceará

Doutor em Direito pela Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE

Advogado

Professor adjunto da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

E-mail: julioponte@uol.com.br

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 A NATUREZA CONSTITUCIONAL DOS CONSELHOS GESTORES; 3 A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CONSTITUTIONAL NATURE OF COUNCILS MANAGERS; 3 THE ACTIVITY OF COUNCILS MANAGERS AT FORTALEZA; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: Trata sobre a importância dos Conselhos Gestores idealizados pela Constituição Federal de 1988 como instrumentos de expressão da população inseridas na administração pública como órgãos públicos vinculados ao Executivo,

conquanto responsáveis pela otimização das políticas públicas das suas específicas áreas de atuação.

Palavras-chave: Conselhos Gestores. Democracia. Administração Pública.

Abstract: Discusses the importance of the Councils management designed by the Constitution of 1988 as instruments of expression of the inserts in public administration and public bodies linked to the Executive, although responsible for the optimization of their specific policy areas.

Keywords: Management Councils. Democracy. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

Como instrumentos de transformações política, econômica e social, os Conselhos devem gerar padrões eficazes para a viabilização da participação de segmentos sociais, de forma democrática e para a formulação de políticas sociais, alterando as relações entre Estado e sociedade civil. Não são apenas auxiliares da gestão pública, são entes de cooperação e deliberação, atuantes no processo de transformação gerencial, isto é, devem ser entendidos como uma realidade de concretização, muito embora vários Municípios, inclusive Fortaleza, desconsiderem sua importância.

Os Conselhos gestores, idealizados pela Constituição Federal de 1988, representam instrumentos de expressão da população inseridas na administração pública como órgãos públicos vinculados ao Executivo, conquanto responsáveis pela otimização das políticas públicas das suas específicas áreas de atuação. Sua composição se dá pelos representantes do poder público local e pela sociedade civil organizada.

O papel dos conselhos, como órgãos vinculados ao Executivo, só será desempenhado de forma contundente, se recebidos como entes de valorização da participação cidadã, detectando, planejando e executando estratégias descentralizadas de atuação pública. Além disso, podem tomar medidas de fiscalização interna sobre os mecanismos de aplicabilidade das decisões tomadas.

Porém, como serão salientados no teor deste artigo, os principais problemas de reconhecimento da atuação dos conselhos perante a sociedade residem: na falta de tradição participativa da

sociedade civil e das esferas públicas;no descrédito da própria sociedade civil como veículo de participação;na forma de composição dos conselheiros e como instrumentos de atuação de interesses políticos/eleitoreiros.

2 A NATUREZA CONSTITUCIONAL DOS CONSELHOS GESTORES

Entre as décadas de 70 e 80, a sociedade civil mobilizou-se pela redemocratização, o Constituinte criou novas instâncias de atuação democrática, consolidando a federação brasileira por meio da participação popular como impedimento de futuras crises institucionais. Ao longo da década de 80, o grau de desenvolvimento dos Conselhos populares existentes na época foi bandeira ideológica de vários partidos políticos opositores do regime militar e de reconhecimento pelo Constituinte ao inserir dispositivos de ampliação da participação da sociedade civil. Outrossim, nada mais lógico diante do primado da descentralização e da autonomia municipal.

Todavia, a falta de tradição participativa das comunidades locais tem sido apontada como obstáculo ao desenvolvimento maduro do papel desses novos atores sociais. Somando-se a essa tradição, a sociedade não recebe dos órgãos gestores informações sobre a importância do gerenciamento das coisas públicas, ocorrendo, quando muito, confusos, talvez propositais, esclarecimentos, por vezes complexos, que acabam afastando maiores segmentos sociais, mais preocupados em priorizar seus problemas domésticos. Também é fato que a forma de composição dos conselhos gestores existentes não contempla uma efetiva igualdade de condições entre seus participantes, ora composto por número inferior, ora por pessoas sem representatividade e atreladas a interesses pessoais e dos políticos que os indicam. Essas contradições informativas e capacitatórias estão sendo utilizadas para atrair os conselhos como instrumentos de conveniência político-partidária.

Sintetiza, a propósito, Glória Gohn (GOHN, 2001, p.181): “em suma, os conselhos gestores foram conquistas dos movimentos populares e da sociedade civil organizada. Eles são um instrumento

de representação da sociedade civil e política. Por lei, devem ser também um espaço de decisão. Mas, a priori, são apenas espaços virtuais. Para que tenham eficácia e efetividade na área em que atuam, e na sociedade de uma forma geral, é necessário desenvolver algumas condições e articulações; é preciso dar peso político a essa representação e conseqüência a luta dos segmentos sociais que acreditaram e lutaram pela democratização dos espaços públicos.”

A legitimidade dos Conselhos gestores deve ser premissa da forma de atuação responsável e compartilhada para os desafios do planejamento das cidades neste século XXI. O processo de urbanização está cada vez mais célere e caótico, fazendo surgir, num só espaço urbano, bairros modernos e sem carências de intervenção pública e bairros periféricos excluídos econômica e socialmente.

O fundamental para a compreensão dos problemas está na apresentação de alternativas amplas e viáveis – não particularizadas – ensejadoras de diretrizes de emancipação social e econômica dos excluídos, vinculados ao respeito pela democratização da gestão pública.

Para o aprimoramento da política de descentralização, o governo federal tem propiciado a criação de conselhos nos Estados e Municípios como condicionantes à transferência de certos recursos públicos. Praticamente todos os Municípios têm Conselhos de Saúde e Conselhos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e da Valorização do Magistério (FUNDEF), e outros voltados a determinados segmentos populacionais: idosos, jovens, crianças, mulheres, portadores de deficiências, etc. A consolidação da importância da criação de Conselhos tem sido tarefa paulatina e diretamente proporcional ao grau de conscientização do exercício da cidadania para implementação de políticas públicas eficientes e legítimas.

Em linhas gerais esses Conselhos são compostos por representantes do governo, do setor privado, dos membros de organizações de classes e das camadas populares, organizados para discutir questões urbanas gerais ou mais específicas, muito embora seja variável a sua formação quanto à aptidão técnica, em razão da

complexidade do interesse coletivo. Porém, para a ocorrência da legitimação desses Conselhos devem ser priorizadas:

- a) a representatividade própria dos integrantes;
- b) a autonomia perante o poder público;
- c) a publicização das ações perante a comunidade em que atuam;
- d) a credibilidade ante os segmentos sociais.

O desafio está em vencer o descrédito que a sociedade possui em relação ao exercício das políticas públicas estabelecidas com a participação dos Conselhos. Inaceitável ainda haver restrição de transparência administrativa sobre as definições das prioridades de dada ação social. Os conselhos só se tornarão acreditados se a visão setorializada de seus integrantes estiver em sintonia com os problemas gerais da sociedade. A tabela abaixo, elaborada por Gustavo Tavares Silva (SILVA,1998,p.75), mostra de maneira sucinta a comparação entre a gestão tradicional e a gestão participativa:

GESTÃO PÚBLICA TRADICIONAL	GESTÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA
Base decisória: <ul style="list-style-type: none"> - tecnocrática - discurso de participação - centralização 	Base decisória <ul style="list-style-type: none"> - técnicos/sociedade - prática participativa - descentralização
Definição de prioridades: <ul style="list-style-type: none"> - centralização burocrática - baseada nas prerrogativas do Executivo 	Definição de prioridades: <ul style="list-style-type: none"> - descentralização com a participação da sociedade - inversão de prioridade
Conflitos de Interesse: <ul style="list-style-type: none"> - barganhas e conchavos - predomínio dos interesses privados 	Conflitos de Interesse: <ul style="list-style-type: none"> - negociação e convergência de interesses setoriais e sociais - predomínio dos interesses coletivos

GESTÃO PÚBLICA TRADICIONAL	GESTÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA
<p>Utilização dos recursos públicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - falta de transparência - patrimonialismo - ausência de critérios 	<p>Utilização dos recursos públicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - transparência - otimização - definição de critérios
<p>Base de sustentação:</p> <ul style="list-style-type: none"> - cidadania igual a voto - relações privadas e clientelismo - manutenção do status quo - burocracia 	<p>Base de sustentação:</p> <ul style="list-style-type: none"> - a cidadania é construída e o voto é um elemento da cidadania - redes sociais e participação direta - políticas estruturadoras - transformação econômica, política e cultural

A representatividade, pois, pressupõe o engajamento do conselheiro como portador de sensibilidade ao social capaz de fazer eco perante a sociedade e o poder público. Da mesma forma deve ser propiciada autonomia suficiente para evitar a cooptação de seus membros e a ampliação das possibilidades de interação para participar diretamente na elaboração de metas e acompanhamento de resultados. Com a autonomia é possível a interferência nos atos governamentais, principalmente para impedir desvios de finalidades e da utilização dos recursos públicos alocados. Por sua vez, a publicização pressupõe acesso e transparência das ações, dos resultados e das atribuições desenvolvidas.

A Lei Orgânica do Município de Fortaleza, promulgada em 5 de abril de 1990, estabelece como entidades representativas da sociedade civil:

- Conselho de Recursos Hídricos (art. 172) para participar do sistema de gestão dos recursos hídricos;
- Conselho Municipal de Habitação Popular (art. 189) para o planejamento e o gerenciamento do fundo de terras;

- Conselho Municipal de Transportes Urbanos (art. 174) para o processo ou planejamento e fiscalização do sistema local de transportes urbanos, bem como acesso às informações sobre ele;
- Conselho Municipal de Meio Ambiente (art. 207) para fiscalizar licenciamento de atividades, de obras, de arruamento ou de parcelamento do solo, localizados ou lindeiros em áreas de proteção dos recursos hídricos;
- Conselho de Professores (art. 227) para democratizar o desenvolvimento do projeto educativo;
- Conselho Municipal da Saúde (arts. 246 e 247) para gerenciar a situação de saúde no Município e estabelecer as diretrizes da política municipal de saúde e o Sistema Único de Saúde;
- Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 267) para promoção da criança e do adolescente;
- Conselho Municipal de Defesa Civil (art. 281) com funções de fiscalização das políticas de defesa civil e ecológica.

Além da criação desses conselhos, existem, por exemplo, determinações quanto à participação popular sobre:

- educação: devendo quaisquer serviços educacionais criados e mantidos pela sociedade submeter-se aos princípios da universalização de acesso e efetiva participação da comunidade em sua gestão (art. 218);
- plano diretor: como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, devendo, quando de sua elaboração, ser assegurada ampla discussão com a comunidade, a participação das entidades representativas da sociedade civil e os partidos políticos (art. 158);
- mulher: obrigando-se a implantar e a manter órgão específico para tratar das questões relativas à mulher, garantida a participação de mulheres representantes

da comunidade com atuação comprovada na defesa de seus direitos (art. 268);

Por sua vez, o município de Fortaleza criou os seguintes Conselhos comunitários:

- Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e da Valorização do Magistério (FUNDEF);
- Conselho Municipal de Alimentação Escolar - CMAE;
- Conselho Municipal de Assistência Social e o Fundo Municipal de Assistência Social – CMAS;
- Conselho Municipal de Defesa do Consumidor e a Comissão Permanente de Normalização – CMDC;
- Conselho Municipal de Defesa do Consumidor;
- Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente
- COMEDEMA;
- Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – COMDICA;
- Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Intermunicipal da Grande Fortaleza;
- Conselho Municipal de Entorpecentes;
- Conselho Municipal de Meio Ambiente – COMAM;
- Conselho Municipal de Profissionalização de Geração de Empregos e Renda e de Difusão Tecnológica – COMGER;
- Conselho Municipal de Saúde – CMS;
- Conselho Municipal de Segurança Alimentar;
- Conselho Municipal de Trabalho de Fortaleza – COMUT;

- Conselho Municipal de Transportes Urbanos - COMTUR ;
- Conselho Municipal do Idoso;
- Conselho Municipal do PROFAVELA;
- Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente do Município de Fortaleza.

3 A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Não importa, entretanto, haver mudanças legais ou formais sem a alteração da cultura política para inovar a gestão pública, visto que a democracia participativa focaliza o conjunto das ações sociais não mais sob dependência da vontade do Executivo municipal ou pela simples retórica da legalidade dos atos administrativos, mas como processo legítimo de decisões políticas sobre as demandas existentes.

O diálogo é necessário para se conhecer a realidade concreta da comunidade, sob pena do fracasso da descentralização que se almeja, punindo a sociedade com ineficientes práticas públicas. A relação entre Estado e sociedade não pode mais se alicerçar verticalmente, mas estruturar-se horizontal e interativamente.

O modelo de gestão participativa requer uma administração democrática por meio da qual as decisões são descentralizadas, plúrimas e reveladoras da capacitação governativa por intermédio da cumplicidade entre os atores políticos, cuja legitimação garante os direitos básicos dos cidadãos.

De nada valerá o esforço do constituinte se não houver uma cultura democrática de participação solidária no qual interesses comuns e particulares sejam discutidos e superados com responsabilidade social. Nesse diapasão, afirma Gustavo Tavares (TAVARES, 1998, p 67): “para evitar que o Poder local se transforma num esforço do caciquismo e do clientelismo torna-se necessário que haja uma mudança significativa na cultura político-administrativa centralizadora, dominante no modelo de gestão tradicional.”

Uma noção moderna de administração pública, se conjugada com responsabilidade social, impõe-se para a garantia dos direitos básicos da população, a partir da participação ativa descentralizada, pluralizada, esclarecida para a detecção das metas prioritárias. O importante é impedir que os movimentos sociais sirvam de cooptação política em razão da tradição histórica brasileira.

O gestor público e os membros da sociedade civil devem estar em sintonia para implementação dos projetos públicos. Não se deve continuar esperando a iniciativa estatal para solução dos problemas sociais, mesmo porque a fonte geradora da responsabilidade social requer que os membros da coletividade sejam atores, e não coadjuvantes, da criação de um Estado otimizado. A correlação de forças consolida o engajamento coletivo para a concretização das metas públicas, não ficando o papel do Estado debilitado, mas desapegado da formação autoritária, posto em prol das transformações sociais.

O modelo de gestão pública participativa nada tem de elitista, mas deliberativa e efetiva, cabendo aos cidadãos decidir sobre qual a melhor política a ser desenvolvida em sua localidade. Sintetiza Marcos Aurélio Nogueira (NOGUEIRA, 1998, p.183): “Precisamente, por isso, o novo gestor público casa-se com um outro tipo de organização: leve, ágil, inteligente, centrada nas pessoas e nos resultados.”

Porém, em Fortaleza, a situação tende a se agravar. O bairro do Meireles, considerado o mais rico da capital, está inserido entre os de “primeiro mundo”, ao mesmo tempo em que os bairros do Pirambu e Parque Presidente Vargas estão dentre aqueles sem políticas permanentes de desenvolvimento humano, dada a marginalidade que já controla o tráfico de drogas por meio de “gangues” do pior estilo dos “enlatados” americanos.

Contradições dessa ordem ensejam a necessidade de conscientização coletiva para elaborar agendas de planos estratégicos no intuito de alterar o perfil das prioridades das ações públicas. Problemas ambientais, distribuição e ocupação do solo, planos diretores, falta de solidariedade, por exemplo, não

pertencem a apenas a um segmento da comunidade. Os problemas são coletivos e devem ser resolvidos com base no desenvolvimento de dinâmicas políticas articuladas entre Estado e sociedade civil, sem ocorrências de tentativas de ações clientelistas, controladoras ou mesmo corruptoras.

Não superadas as contradições, os efeitos tornarão mais díspares os desequilíbrios entre seus habitantes. Conforme as tabelas contidas nos Anexos G e H, segundo o censo realizado pelo IBGE em 2000, a renda per capita dos chefes de família entre os dez maiores e dez menores bairros de Fortaleza evidencia grande distorção: enquanto no Meireles a renda média é de R\$ 4.289,36, no Parque Presidente Vargas o valor é aproximadamente dezesseis vezes menos, ou seja, de R\$ 269,63.

Outra constatação, desta feita no que pertine à renda média mensal dos chefes de família por região administrativa entre os anos de 1991 a 2000, em salários mínimos, aponta que a região sob competência da Secretaria Executiva Regional II – SER II possui a maior concentração de riqueza do Município, numa média cinco vezes superior à regional mais carente.

Da mesma forma, nenhuma outra região obteve índice próximo a dois dígitos de salários mínimos. Em relação à renda mensal dos responsáveis por domicílios particulares permanentes relacionados ao ano de 2000, a situação é a mesma sobre a diferença da SER II. Em outros termos, entre os anos de 1991 a 2000, comparando a SER II e a SER V, mais carente em termos de políticas públicas, a renda média da primeira é de 14,32 salários mínimos, a segunda alcança a irrisória média de 2,78 salários.

Atente-se, no sentido comparativo, que entre os citados anos de 1991 a 2000 apresenta-se alguma evolução, porém não se pode afirmar que mereça regozijo, uma vez que a realidade, ainda que apresentada por meio de números, é desabonador, corroborando com a análise da manutenção de um padrão social dependente do poder político.

Outrossim, a cada ano se aprofunda a dificuldade relacionada

à infra-estrutura de serviços disponíveis no Município. Segundo estudos do Instituto de Pesquisa do Ceará - IPECE sobre dados de 2002, existiam 678 estabelecimentos de saúde em Fortaleza, 85% deles, porém, na rede privada. Desse levantamento apenas 17% atendem pelo Sistema Único de Saúde. Sobre esse total, o atendimento municipal responde por apenas 13% dos estabelecimentos de saúde de Fortaleza.

Sobre a educação, o mesmo instituto concluiu que em 2002, 1.310 escolas estavam localizadas em Fortaleza, contudo, 957 particulares. O Estado, por seu turno, mantinha 202 escolas no Município, enquanto a rede municipal de ensino era composta de 151 apenas. Critica-se, além da qualidade do ensino, a pouca atenção dada à educação infantil, da faixa correspondente entre 5 e 6 anos, considerando que 76,45% das crianças são consideradas analfabetas. No Estado, a situação ainda é mais crítica:

FAIXA ETÁRIA	ALFABETIZADOS		NÃO-ALFABETIZADOS	
	FORTALEZA	CEARÁ	FORTALEZA	CEARÁ
5 - 6	23,55	14,43	76,45	85,57
7 - 9	72,22	54,62	27,78	45,38
10 - 14	93,59	85,77	6,41	14,23
15 - 19	96,07	90,48	3,93	9,52
20 - 24	94,51	85,30	5,49	14,70
25 - 29	92,64	81,19	7,36	18,81
30 - 39	90,30	76,66	9,70	23,34
40 - 49	87,48	68,91	12,52	31,09
50 - 59	80,78	57,07	19,22	42,93
Acima de 60 Anos	71,90	45,68	28,10	54,32
TOTAL	85,41	70,67	14,59	29,33

Fonte: Pesquisa do autor - Cálculos: PMF - SEPLA

O Plano Diretor de Fortaleza, preconizado pelo Estatuto da Cidade, foi promulgado em 2001. Por ele serão utilizados instrumentos jurídicos de controle da especulação imobiliária, como também medidas determinantes para a releitura do Município e o uso e ocupação do solo. O Estatuto da Cidade define Plano

Diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Deve planejar as políticas de desenvolvimento do Município e definir o zoneamento da cidade, a forma de utilização dos espaços urbanos e as regras para edificações. O atual Plano Diretor de Fortaleza vigora desde 1992, muito embora já devesse ter sido alterado, uma vez que se encontra na Câmara Municipal projeto desde 2001. Enquanto isso, 74,5% dos domicílios não têm esgotamento sanitário (IPECE).

Entre os anos de 1999 e 2002, o Plano Estratégico da Região Metropolitana de Fortaleza – PLANEFOR, entidade privada, realizou consulta urbana sobre o Mapa da Fome na Região Metropolitana de Fortaleza, compreendendo os municípios de Maracanaú, Caucaia, Fortaleza e Maranguape, numa iniciativa em parceria com outras entidades civis, contando também com o apoio do Programa de Gestão Urbana para América Latina e Caribe - PGU-ALC. Foram entrevistadas 822 famílias, obtendo-se os seguintes resultados:

a) o pai (418, ou 50,85%), a mãe (172, ou 20,92%) ou ambos (86, ou 10,46%) são os responsáveis pela garantia de alimento em casa. 474 (57,66%) confessaram que já sentiram falta de alimentos e, em 225 (47,47%) destes, pelo menos uma vez por semana. Em 508 (81,80%) domicílios, são feitas 3 refeições diárias e, em 726, o almoço é a alimentação sempre presente;

b) o gênero alimentício mais presente em todos os dias é o arroz (712), seguido pelo feijão (556), o pão (542) e a farinha (438). Carne (29), fruta (136), pedaço de frango (41) e verdura (206) integram a dieta de uma parte mínima (25%) dos domicílios. A mercearia é, de longe, a grande central de abastecimento (70,92%) das famílias da periferia; em segundo lugar (18,49%), ficam os supermercados; as feiras abastecem 2,43% das famílias e o CEASA, 0,48%.

ÍNDICE DE FOME POR CIDADE

Município	População Total	Sentiu Fome %	Habitantes Atingidos
Maracanaú	174.599	61,43%	107.256
Caucaia	250.246	59,02%	147.695
Fortaleza	2.138.234	58,43%	1.249.370
Maranguape	87.358	42,37	37.013

Fonte: Planefor (1999 a 2002)

INTENSIDADE DA FOME ENTRE A POPULAÇÃO ATINGIDA

Intensidade	Maranguape	Maracanaú	Caucaia	Fortaleza
Todos os dias	4,00%	4,65%	18,52%	16,44%
3 vezes semana	32,00%	20,94%	12,04%	7,38%
2 vezes semana	20,00%	18,60%	18,52%	7,72%
1 vez semana	40,00%	51,16%	49,07%	46,98%
Não soube dizer	4,00%	4,65%	1,85%	21,48%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: Planefor (1999 a 2002)

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PELAS FAMÍLIAS QUANDO ESTÃO COM FOME (%)

Procedimento	Maranguape	Maracanaú	Caucaia	Fortaleza
Fica com fome	28,82%	30,00%	29,51%	33,73%
Procura comprar fiado	11,86%	25,71%	18,03%	16,47%
Pede ajuda a amigos ou parentes	15,25%	5,71%	10,93%	9,41%
Vai para casa deles	5,09%	1,43%	5,46%	1,18%
Vai pescar	1,69%	1,43%	-	0,39%
Vende algum bem da casa	-	12,86%	8,20%	1,37%

Procedimento	Maranguape	Maracanaú	Caucaia	Fortaleza
Procura algo para fazer	-	-	12,02%	8,82%
Não respondeu	37,29%	22,86%	15,85%	28,63%
Total	100%	100%	100%	100%

Fonte: Planefor (1999 a 2002)

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PELAS FAMÍLIAS QUANDO ESTÃO COM FOME (%)

Item	Maranguape	Maracanaú	Caucaia	Fortaleza
Arroz	96,61	87,14	71,04	90,98
Carne	5,08	5,71	4,37	2,75
Farinha	67,80	42,86	56,83	51,76
Feijão	83,05	77,14	60,66	67,06
Frutas	6,78	15,71	10,38	20,00
Fubá	11,86	1,43	10,93	4,12
Leite	49,15	48,57	28,42	31,18
Macarrão	22,03	14,29	43,72	34,12
Pão	44,07	52,86	41,53	79,02
Pedaço de frango	13,56	2,86	4,37	4,51
Rapadura	8,47	7,14	3,28	7,06
Verduras	11,86	20,00	19,13	29,41

Fonte: Planefor (1999 a 2002)

4 CONCLUSÃO

Níveis de eficiência e transparência devem ser buscados e controlados entre o Estado e a sociedade, dialeticamente. As contradições econômicas, sociais e culturais existentes merecem receber dos atores sociais tratamentos prioritários a despeito de todas as diferenças reinantes no seio da sociedade civil. Compete, portanto, ao poder local maturidade suficiente para erigir políticas públicas corretas, em razão dos cenários adversos e muito complexos.

Descentralizar é democratizar a gestão pública por meio da integração social, visando à superação das desigualdades sociais que só serão enfrentadas se houver cidadania consciente e esclarecida para impedir ações assistencialistas e clientelistas, para evitar a cooptação.

Como materializar a impulsão da relação entre a sociedade civil organizada e o Estado? Como o poder local pode ultrapassar os desafios impostos ao novo modelo de gestão pública? A resposta está na integração do planejamento estratégico formado por meio da legitimidade do processo decisório dentro da estrutura da administração pública. A voz cidadã não pode apenas ser ouvida dentro das assembleias comunitárias. Essa voz precisa ser ouvida, respeitada e cumprida na estrutura organizacional da administração. Sem isso não haverá comprometimento do governo, mantendo o sentimento do Estado separado da sociedade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALSING, Elizeu Francisco. **O Município brasileiro e a descentralização governamental**. Brasília: UNB, 1986.

DÓRIA, Roberto (Org.) Município: o poder local. **Quinhentos anos de conflitos entre o Município e o poder central**. São Paulo; Página Aberta, 1992.

DOWBOR, Ladislau. A intervenção dos governos locais no processo de desenvolvimento. **Desenvolvimento e gestão local**. São Paulo: Polis, 1996.

GOHN, Maria da Glória. O papel dos conselhos gestores na gestão pública. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, v. 38, n° 149; jan/mai, 2001.

KLAUS, Hermanns. **Participação cidadã**. Fortaleza: Adenauer, 2004.

KRAUSE, Elton. **A formação da política municipal e as condições de elegibilidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

KÜSTER, Ângela. **Democracia e Sustentabilidade, experiências no Ceará**, Nordeste do Brasil. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2003.

MELO, Marcus André. **O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia**. São Paulo: Konrad Adenauer, 1999.

MESQUITA, Francisco de Oliveira, **Cidadania e cultura política no poder local**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

NOGUEIRA, Marcos Aurélio. **As possibilidades da política: idéias para a reforma democrática do Estado**. São Paulo: Paz e terra, 1998.

SILVA, Gustavo Tavares da. Democracia representativa e gestão participativa. In: OLIVEIRA, Marcus Aurélio (Org.) **Política e contemporaneidade no Brasil**. Recife: Bargaço, 1998.

À PAZ PERPÉTUA DE I. KANT: A POSSIBILIDADE DE UM DIREITO CAPAZ DE GARANTIR UMA PAZ DOURADORA ENTRE AS NAÇÕES

TOWARDS I. KANT'S PERPETUAL PEACE: THE POSSIBILITY OF A COSMOPOLITAN LAW CAPABLE OF SECURING A LONG LASTING PEACE AMONG NATIONS

André Vitorino Alencar Brayner

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Graduando em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará

Bolsista do CNPQ (2006-2008)

E-mail: abrayner@edu.unifor.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PAZ ETERNA – UMA PROPOSTA REALISTA; 3 DOS ARTIGOS PRÉLIMINARES; 4 DOS ARTIGOS DEFINITIVOS; 5 DO PRIMEIRO SUPLEMENTO - DA GARANTIA DA PAZ PERPÉTUA; 6 DO SEGUNDO SUPLEMENTO – ARTIGO SECRETO PARA A PAZ PERPÉTUA; 7 APENDICE; 8 CONCLUSÃO; 9 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 ETERNAL PEACE - A REALISTIC PROPOSAL; 3 THE PRELIMINARY ARTICLES; 4 DEFINITIVE ARTICLES; 5 FIRST SUPPLEMENT - GUARANTEE OF PERPETUAL PEACE; 6 SECOND SUPPLEMENT - SECRET ARTICLE FOR PERPETUAL PEACE; 7 APPENDIX ; 8 CONCLUSION; 9 REFERENCES.

Resumo: Os constantes conflitos armados atrelados a um desenvolvimento armamentício exacerbado trazem à tona a necessidade de se constituírem mecanismos eficazes de evitar guerras futuras de maiores proporções. Neste intento, a obra de Imanuel Kant: Zum ewigen Frieden (À paz perpétua) é apresentada como arcabouço teórico necessário na elaboração de propostas que possam viabilizar um outro patamar nas relações internacionais. Uma paz douradora entre os

Estados, construir um modelo real para a Constituição de uma paz perpétua e mundial parece no mínimo utópico. Todavia, a propositura é baseada na ação do homem, sem analisar um mundo no qual gostaríamos de viver, mas de, através do Direito, delimitar normas a serem seguidas que possibilitem Republicas a conviverem sem guerras. Normas que se preocupam com o respeito à soberania das Nações, independente do tamanho de cada Estado, com a dignidade da pessoa humana, mesmo em tempos de conflitos armado, muito antes da Declaração dos Direitos Humanos. Uma obra escrita em 1795 e que possui em seu bojo artigos que possibilitariam perceber as conseqüências do tratado de Versalhes, além de inúmeros outros acontecimentos históricos, pois um tratado de paz deve resolver as razões dos conflitos, pois senão, estará destinado a apenas adiar conflitos futuros. Propõem-se federações de Estados livres e o republicanismo como estruturas necessárias à aplicabilidade dos artigos. A paz só será atingida com o esforço humano, não se trata, aqui de afirmar ser a natureza do homem mal ou boa, no entanto os conflitos são inerentes às relações humanas, daí a necessidade do Direito. A paz, de fato, só poder ser alcançada através do continuo esforço para o racional mediar e regular a própria natureza humana.

Palavras-chave: Paz. Douradora. Relações Internacionais. Direito.

Abstract: The constant armed conflicts coupled with a exacerbated military technology bring to light the need to build effective mechanisms to prevent future wars of major proportions. In this attempt, the work of Imanuel Kant: Zum ewigen Fridén (the perpetual peace) is presented as necessary in the theoretical development of proposals that will make another step in international relations. Gilder peace between states, building a real model for the Establishment of a perpetual peace and world seems at least unrealistic. However, the commencement is based on the action of man, without considering a world in which we wish to live, but, by law, bound to follow rules that allow Republic to live without war. Standards that are concerned with respect for the sovereignty of nations, independent of the size of each state, with human dignity, even in times of armed conflict, long before the Declaration of Human Rights. A work written in 1795 and that in itself has articles that would make possible understand the consequences of the Treaty of Versailles, and many other historical events, because a peace treaty must address the reasons for conflict, but it will be only to postpone conflict It proposes future federations of free and necessary structures republicanism as the applicability of the articles. Peace will only be achieved with the human effort is not here to say that the nature of human evil or good, however the conflicts are inherent in human relations, hence the need for the law. Peace, in fact, can only be achieved through continuous effort to mediate and regulate the rational human nature itself.

Keywords: Peace. Gilder. International Relations. Law.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto Internacional no qual não há previsão para uma paz douradora entre Países e Estados, a corrida armamentista é capaz de produzir destruição em massa de capacidades inimagináveis. Faz-se, mister, pensar, então, em um modelo de segurança maior nas relações internacionais. É neste intuito que a presente pesquisa visa apresentar a obra de Imanuel Kant: *Zum ewigen Friden (A paz perpétua)* escrita em 1795. Esta sem dúvida uma de suas maiores obras, representa uma proposta ousada – a de uma paz duradoura e a nível mundial. A partir dessa proposta Kant apresenta um modelo concreto de como se chegar a tal objetivo, e é exatamente o Direito o responsável por tornar esta obra um modelo realista. Trata-se da superação do idealismo através da institucionalização de princípios e regras, através do Direito.

Em sua obra Kant propõe-se a construir um modelo real para a Constituição de uma paz perpétua e mundial. Fundamental é perceber no bojo de sua obra que não se trata de analisar um mundo no qual gostaríamos de viver, mas de, através do Direito, delimitar normas a serem seguidas que possibilitem Republicas a escrever sua história. De sorte que o povo, o verdadeiro soberano, decida sobre suas vidas. Trata-se, aqui de uma questão fundamental muito presente também na obra de Maquiavel (CHEVALLIER, 2001), a de que quem decide por guerra e paz, em regra, não são os que vão lutar. Destaca-se a opção na obra de Kant pela República e de que este se constitui como essencial para a constituição de sua proposta central.

A obra é composta por duas secções (Abschniten) dividida, por sua vez, por seis artigos preliminares e três definitivos, no qual cada um dos artigos será fundamental para a garantia da paz; dois suplementos (Zusätzen), o primeiro tratando da garantia da paz perpétua e um segundo que estabelece um artigo secreto para a paz perpétua; e, por fim, um anexo (Anhang) no qual se discute do desacordo (I) e do acordo (II) entre moral e política. Todavia, serão apresentados apenas os artigos preliminares e definitivos, haja vista limitar-se a proposta desta pesquisa em demonstrar a possibilidade de uma paz douradora através do Direito. Quanto aos suplementos e ao anexo, não se está afirmando menos importante, apenas

delimitando parte da obra compreendendo a impossibilidade de discuti-la de forma adequada em poucas páginas.

2 PAZ ETERNA – UMA PROPOSTA REALISTA

Inicia-se a obra, antes de adentrar nos artigos propriamente ditos, com uma sátira sobre o título, tendo em vista ser este em si de caráter ideal. Afirma o título ser oriundo de uma placa em uma pousada que remetia a um cemitério. Logo em seguida, sustenta ser sua obra um mecanismo concreto e responsável para que a referida expressão não remeta somente aos mortos, mas também aos vivos (ALVAREZ FILHO, 2005, p. 114).

É interessante perceber que Kant reconhece a natureza humana como conflituosa por essência, ou seja, contrária a natureza de uma paz eterna. Dessa forma, a paz só poderá ser garantida através de um contínuo esforço materializado pelo Direito.

Trata-se de pensar por que seria o Direito o meio para concretizar o que inicialmente poderia ser considerada uma proposta idealista? Para a elucidação desse problema, faz-se oportuno a análise de Barreto Lima e de Oliver Erbel que argumentam ser o Direito e, assim, a proposta de Kant uma produção essencialmente da ação do homem. “O direito permite a mediação político-social da realidade com a das exigências da razão” (ERBEL, 2004, p. 202)¹. Sustenta Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2005, p.18) “haverá de ser produto da criação humana – e não cairá do céu – além de possuir como base o direito, o que faz da teoria de Kant, conseqüentemente, uma teoria do Direito”.

Erbel traz, ainda, diversos elementos na mesma perspectiva, dentre os quais os principais são: o fato de não tratar a obra de uma análise moralista ou puramente idealista, mas sempre no Direito, não qualificando a imagem do homem ou de suas atitudes como

¹ No original: „Das Recht erlaubt die Vermittlung der politisch-gesellschaftlichen Wirklichkeit mit dem von der Vernunft Geforderten“. Todos os trechos, da referida obra, traduzidos neste trabalho são de minha responsabilidade

moralmente “boa” ou “má”. Percebe-se como a obra de Kant afasta-se da noção de “utopia”², trata-se de uma análise racional, não adentrando na questão ética propriamente dita. Outro argumento fundamental é a de que a obra não visaria, apenas, a paz, todavia a democracia e os direitos humanos, estando esses elementos como um conjunto no qual nenhum deles poderia ser modificado sem alterar a essência da proposta.

Por ser (a proposta de Kant) fundamentado em uma base material jurídica organizada, composta em artigos preliminares e definitivos, além de suplementos e anexos, não ignorando as dificuldades naturais que devem ser enfrentadas por todos os governos e sociedades, o projeto filosófico de Kant para paz eterna não é utópico, não é idealista, é real (ALVAREZ FILHO, 2005, p. 116).

A questão principal é o fato de a obra ser pautada na ação humana, na noção do homem como sujeito ativo da história. É neste sentido que a presente pesquisa visa analisar casos históricos que comprovem os ditos do Filósofo. A proposta de Kant é realista por basear-se na ação humana, através do direito e da experiência histórica, não da experiência do autor. Demonstrar-se-á como a história após sua vida comprovou muitos ditos do autor.

3 DOS ARTIGOS PRELIMINARES

A primeira parte da obra propriamente dita, trata-se de uma seleção de seis artigos preliminares. Estes artigos tratam de questões mais objetivas, baseando-se em questões pragmáticas de colaboração mútua entre as diversas nações, principalmente em questões concernentes às guerras. São formulações negativas e proibitivas para a convivência entre os diversos Estados.

² A palavra utopia tem origem grega e significa “não lugar”, ou seja, lugar que não existe. Termo utilizado por T. More na titulação de sua obra para mostrar uma nova concepção de cidade em contraposição à Inglaterra a sua época. Nesta obra a principal intenção de More não é constituir um modelo de programa social para a construção de uma nova Inglaterra, mas de apresentar princípios alternativos, busca-se discutir uma nova noção de ética, ao contrário do que propõe Kant

1º “Nenhum tratado de paz que tenha sido feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura deve ser válido³ .”

O primeiro artigo preliminar de Kant é uma crítica aos tratados de paz que, ao contrário de eliminar as causas do conflito ou garantir uma solução minimamente satisfatória aos Estados envolvidos, visam simplesmente uma “trégua”. Como garantir a paz pensando nela apenas como momento, como transição? O autor considera que de tal maneira só haveria um “cessar fogo” (Waffensillstand). A própria noção de paz, que significa o fim de todas as hostilidades, acrescido ainda ao sentido de eterno pressupõe que não haveria como se chegar à paz com um mero armistício.

Ressalta-se, aqui, por exemplo o Tratado de Versalhes, que uniu toda Alemanha para uma nova guerra devido à insatisfação quanto aquele tratado, nas palavras de Hobsbawn (1995, p. 43): “Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinava-se na condenação do Tratado como injusto e inaceitável”. O autor afirma ser obvio que uma das principais razões da segunda guerra fosse a insatisfação causada pelo Tratado.

Um tratado de paz deve garantir o fim das razões que levaram o conflito, deve por fim em motivos que sejam capazes de gerar novos conflitos, pois senão, estará destinado a apenas adiar conflitos futuros (NOUR, 2004, p. 30).

2º “Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui o efeito é o mesmo) poderá ser adquirido por outro Estado mediante herança, troca, compra ou doação. ⁴”

O Filósofo discorre sobre o Estado não ser patrimônio. O Estado, em sua visão, ter-se-ia de ser considerado como sociedade de homens e, assim, somente estes poderiam dele dispor. Este

3 No original: „Es soll kein Friedensschluss fur einen solchen gelten, der mit dem geheimen Vorbehalt des Stoffs zu einem kunftigen Kriege gemacht worden“.

4 No Original: „Es soll kein fur sich bestehender Staat(klein oder Gross, das gilte hier gleichviel) von einen anderen Staate durch Erbung, Kauf ouder Schenkung erworben werden konnen“.

iluminista diferenciava Soberano e Príncipe e considerava o povo como único detentor da soberania. Desta forma, somente o soberano poderia decidir sobre tais questões, afinal trata-se ao vender um estado, de desconsiderar toda sua essência cultural e moral enraizadas em sua história. O que Kant pretende neste artigo é justamente demonstrar como a soberania e a independência dos estados são requisitos essenciais para a manutenção da paz.

Apesar de atualmente ser bastante improvável a aquisição de um estado pelo outro nas formas supra mencionadas percebe-se que tal prática foi comum durante parte da história. Alude-se, por exemplo, ao caso de Carlos I de Habsburgo que herdou de seu pai: Países Baixos, Barbante e Luxemburgo, dentre outros. Recebeu ainda de seu avô materno, Fernando de Aragão: Espanha, Nápoles e Sicília (KOSHIBA, 2000, p. 257).

3º “Os exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer totalmente⁵ .”

No terceiro artigo da primeira seção da obra apresentada nesta pesquisa, apresenta-se uma crítica a prontidão dos exércitos dos diversos Estados e ao serviço militar obrigatório. Esses exércitos permanentes são, e serão, enquanto existirem uma constante ameaça aos outros Estados, tendo em vista sempre estarem prontos para a guerra. Aquele Estado que pretende paz deve abdicar dos exércitos permanentes o que não significa, por sua vez, que um Estado não deva ter exercito para se defender.

Kant diferencia os exércitos voluntários que seriam recrutados quando preciso e treinados periodicamente, mas não reservados exclusivamente para guerras. Trata-se de cidadãos que no caso da necessidade poderiam intervir.

Outro grande problema gerado pelos exércitos permanentes é que devido a sua incessante ameaça aos outros Estados geram-se corridas armamentistas com gastos absurdos, afirmando o autor haver, muitas vezes, mais gastos para manter esse exercito em

5 No original: “Stehende Heere(miles perpetus) sollen mit der Zeit ganz aufhoren”

período de paz do que com guerras não muito longas. “Uma guerra sempre avança a tecnologia mesmo sendo guerra santa, quente, morna ou fria. P’rá que exportar comida se as armas dão mais lucro na exportação?”⁶.

Ainda sobre a corrida armamentista, é imprescindível perceber a atualidade desse problema, no qual as máquinas de guerras tornam-se cada vez mais devastadoras. Destaca-se aqui o caso da bomba atômica lançada sobre Hiroshima no dia seis de agosto de 1945. A devastação foi tamanha que o acontecimento foi um dos maiores responsáveis pelo desencadeamento da guerra fria e pela maior corrida armamentista da história. Tem-se nos dias atuais a chamada bomba de hidrogênio que em um simples teste afundou uma ilha e é capaz de provocar uma explosão ainda maior que a bomba atômica.

Para Alvarez Filho (2005) a crítica deste terceiro artigo é, em especial, a Frederico II, o Grande, pois este dispunha de um exército permanente de quatro milhões de homens que representava mais da metade da população de 6 milhões de habitantes. Durante o tempo de paz mais de quatro quintos de todo orçamento do Estado servia para sustentar o exército. Em tempos de guerra, esse valor chegava a mais de noventa por cento de todos os rendimentos, todo destinado à guerra.

Kant, como um bom iluminista, não poderia deixar de estender sua crítica também à questão do homem, a questão do indivíduo. Dispor o ser humano para matar e ser morto é “transformá-lo em mero instrumento de guerra, é tratá-lo como máquina na mão do Estado” (KANT, 1983, p. 9).⁷ e tal não condiz com a natureza racional do homem.

4º “Não se devem emitir dividas publicas em relação com os assuntos de política exterior”⁸.

⁶ Faz-se valioso a lembrança da ironia proferida pelo poeta Renato Russo em sua musica “Senhor da Guerra”.

⁷ No original: “zu sein einen Gebrauch vou Menschen als blossen Machinen und Werkzeugen in der Hand eines anderen (des Staats)”.

⁸ No original: “Es solen keine Staatsschulden in Beziehung auf aussere Staatshandel gemacht warden”

Neste artigo o filósofo de Königsberg analisa a dificuldade e o tempo que se leva para constituir um tesouro nacional. Este, no entanto, se esgota em pouco tempo, nos momentos de guerra. Alude-se ao chamando crédito de guerra, no qual um estado fornece o crédito necessário para a guerra de outrem. Exemplos recentes demonstram a importância da análise de Kant, por exemplo no caso dos EUA, que sempre financiaram diversas guerras no oriente médio. Eis, naturalmente, um obstáculo para qualquer tipo de solução pacífica e, muitas vezes, obriga á outros Estados envolvidos no conflito a buscarem também países capazes de ceder crédito. Dentre inúmeros problemas que surgem consideram-se as dívidas externas que acabam por suprimir as necessidades da população ante a obrigação de pagar a dívida e seus juros absurdos, que em tempos de necessidade não são discutido de forma equânime.

Não se trata de criticar a contratação de empréstimos em si, desde que esses visem a melhoria de infra-estrutura, desenvolvimento de projetos sociais, melhorias nas condições de vida, etc. O grande obstáculo à paz é o acúmulo de riqueza para financiamento de guerras futuras.

Soraya Nour (2004) recorda também o caso da Inglaterra que fornecia recursos para a Prússia no enfrentamento contra a França e que significou para Kant o fim da própria Constituição inglesa por tentar destruir a Constituição francesa, que era, fundamentalmente, livre.

5º “Nenhum estado deve interferir na Constituição e no governo de outro Estado pelo uso da força. 9”

Busca-se, fundamentalmente, neste artigo compreender e garantir a soberania de cada povo. Como dito em artigos anteriores, o único soberano de cada Estado é seu povo e cada um tem direito de organizar-se como bem entende. Exemplos referentes a esse tipo de interferência existem vários: no caso da ditadura de Pinochet, no qual os EUA interviam na derrubada do Salvador

9 No original: “Kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines anderen Staats gewalttätig einmischen”.

Allende, a intervenção americana no Iraque, na tentativa de golpe na Venezuela, etc.

A exceção é para o caso de anarquia. Não se deve intervir em outro estado, apenas por não concordar com o regime vigente. Soraya Nour (2004) ressalta o caso da revolução francesa, na qual diversas potências, como a Prússia, tentaram interferir no seu progresso. Tão latentes quanto foram as tentativas de barrar as revoluções comunistas nos séculos seguintes, simplesmente por não concordarem com a nova forma de um povo, de um Estado, soberano organizar-se.

Não cabe aqui a possibilidade de Estados guerreando entre si e haver a intervenção de terceiro para resolver o conflito, pois o filósofo refere-se à intervenção em questões internas de cada país. A questão da soberania em possíveis intervenções de terceiros no sentido de garantir o fim de um conflito são bem mais complexas e não é obra desta pesquisa. Todavia, considera-se fundamental lembrar que atinentes a questões internacionais há uma necessidade de uma organização capaz de envolver diversas nações, como a ONU, sem adentrar aqui no mérito de sua força política ou igualdade representativa, para tratar de tais conflitos.

6º Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos, envenenadores, a ruptura da capitulação, a traição, etc”¹⁰ .

O último artigo preliminar é extremamente interessante, por que declara a guerra em si ilegítima, entretanto defende a necessidade de se manter as mínimas condições humanas quanto ao seu adversário. Condições essas para que exista a possibilidade de uma conciliação futura. A guerra representa o fim da política, representa o fim do Direito, pois certamente nela não há tribunal

10 No original: “Es soll sich kein Staat im Kriege mit einem anderen solche Feindseligkeiten erlauben, welche das wechselseitige Zutrauten em künftigen Frieden unmöglich machen müssen: als da sind, Anstellung der Meuchelmörder (percussores), Giftmischer (venefici), Breschung der Kapitulation, Anstiftung des Verrats (perduellio) in dem bekriegten Staat, etc”

capaz de julgar com mínima legitimidade e legalidade. Trata-se na guerra do Estado de natureza.

O autor acredita que deva existir o mínimo de respeito na guerra. Nos dias atuais é possível invocar a convenção de Genebra e outros tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Acordos internacionais que prevêm o mínimo de garantias para presos de guerra proibindo abusos. Delimitar o que seria o Direito dentro da guerra é uma árdua tarefa. A guerra representa o próprio Estado de natureza, ou seja a ausência de um Estado de Direito. No entanto, para o filósofo, que faleceu muito antes de qualquer convenção internacional relativa aos Direitos Humanos, a única lei possível no estado de guerra é aquela que possibilite limitar os conflitos e possibilite o fim do Estado de natureza para a instauração de um Estado jurídico.

Este artigo facilita perceber o quão alarmante são os conflitos entre EUA e países do Oriente Médio. Diante das diversas denúncias de tortura por parte de quem tem sido um dos grandes defensores dos direitos humanos, é de se pensar em quando alguma nação não terá mais rancor, mais motivos para continuar guerreando. Vislumbrar até mesmo um cessar fogo ou uma trégua no que atine as hostilidades de qualquer gênero torna-se distante.

Ultrapassar o mínimo de respeito à nação, à soberania e à dignidade humana em uma guerra só trará novos conflitos. A barbárie não será facilmente esquecida e servirá apenas de base para guerra futura. “Uma guerra de extermínio, na qual se pode produzir o desaparecimento de ambas as partes e, por conseguinte, também de todo o direito, só possibilitaria a paz perpétua sobre o grande cemitério do gênero humano” (KANT, 1983, p. 2000)¹¹.

4 DOS ARTIGOS DEFINITIVOS

Antes de entrar nos artigos definitivos, inicia-se com o

¹¹ No original: “ein Ausrottungskrieg, wo die Vertilgung beide Teile zugleich, und mit disser auch alles Rechts trefen kann, den ewigen Frieden nur auf dem grossen Kirchhofe de Menschengattungstatt finden lassen wurde.”

esclarecimento do que seria o Estado de paz e de que este só é possível existir no campo do Estado jurídico, no qual o Direito impere.

Não se deve confundir a ausência de hostilidades momentâneas com Estado de paz. O Estado de natureza não é necessariamente a todo o momento uma explosão de hostilidades como propunha Hobbes, todavia na ausência do Estado de Direito há a constante ameaça de todos contra todos, há o conflito em potencial. Deve-se instaurar, então, um Estado capaz de garantir a segurança nas relações internacionais, pois a ausência de leis causa uma constante ameaça entre os Estados. Kant, nesse sentido propõe um “Direito cosmopolita” (Weltbürgerrecht), ao invés do tradicional direito internacional (Volksrecht), como será apresentado mais adiante.

1º A Constituição civil de cada Estado deve ser republicana.

O republicanismo é estabelecido como condição primordial à paz perpétua. Esta, pois, tem como requisitos fundamentais: a liberdade de todos os membros da sociedade enquanto homens; a dependência de todos em relação à mesma legislação – enquanto súditos – e na igualdade – enquanto cidadãos. Sobre a igualdade, afirma ser este o motivo da Constituição republicana ser pura de origem, pois tem no homem, nos cidadãos, na população a fonte do Direito e do poder. A república, então, parece ser a opção mais coerente com os requisitos a cima expostos, tendo em vista ser o sistema de governo onde todos os indivíduos são cidadãos, são iguais perante a lei. A república é o sistema que permite a intervenção de todos os cidadãos na vida política de uma dada sociedade, existe a valorização do espaço público e é constituída a partir dos mesmos princípios que se colocaram como requisitos – a liberdade e a igualdade.

“Existe alguém que esta contando com você pr’a lutar em seu lugar já que nessa guerra não é ele quem vai morrer”¹². Tal verso

12 Renato Russo. Música – O Senhor da Guerra

escrito por Renato Russo séculos após a teoria de Kant demonstra sua maior preocupação: nas guerras quem sofre suas conseqüências é a população como um todo e, neste sentido, caberia a ela decidir pela guerra ou pela paz. A Constituição republicana é a única que garante a liberdade para que os cidadãos decidam. Em regra, quem decide pela guerra não é atingido por suas atrocidades, ao contrário, se beneficiam de seu posto, com banquetes, festas e, principalmente, com honrarias de guerras.

A análise de Jose Mauro Couto Alvarez Filho (2005) é bastante pertinente ao comparar a crítica kantiana com o que ocorre nos EUA, nos quais o chefe de Estado tem autonomia para deliberadamente enviar tropas armadas, para até 90 dias, a qualquer lugar do mundo sem a mínima consulta ao congresso ou a vontade do povo.

Neste artigo o filósofo descreve a democracia como um modo de governar despótico o que causa muitos leitores certa surpresa. Apesar de não querer adentrar nesta discussão por ser uma questão bem mais complexa do que aparenta, faz-se mister, ao menos, esclarecer alguns pontos. Em primeiro lugar, o contexto em que vivia Kant. Na sua época, a referência de modelo democrático era o da Grécia antiga, ou melhor, o de Atenas. Neste modelo apesar de todo povo participar, nem toda população o fazia, nem todas as pessoas que viviam naquele Estado eram consideradas cidadãos. Além disso, não havia nenhuma noção sobre separação de poderes, então os mesmos que legislavam também governavam e julgavam, o que para este árduo defensor de direitos iguais caracterizava-se como despótico (não afirmo aqui não haver funções políticas diferentes, mas que os poderes estavam centralizado em um determinado grupo social restrito, os cidadãos – homens, ateniense e maiores de idade).

Para Kant, a soberania pertence ao povo, a República é o modelo a ser seguido por ser capaz de respeitar a vontade de todos, não só de uma minoria, ou de uma maioria, mas representaria a totalidade das vontades, além de possuir em seu bojo a separação de poderes. Porquanto muitos autores classificam Kant como um republicano democrático, apesar de o mesmo criticar ferrenhamente

a democracia. Não há dúvida de sua contribuição para uma compreensão diferente de democracia. Todavia, ao afirmá-lo como “democrático” tem-se que ter, no mínimo, em vista que se está o analisando a partir de uma compreensão moderna do que seria a democracia. Caso contrário, qualquer análise estaria fadada a cometer um grave anacronismo histórico.

2º O direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres.

Propõe-se, neste artigo, uma federação de estados livres. Para este pensador iluminista está muito claro que não havendo qualquer regulamentação jurídica entre os Estados há o Estado de natureza. Retoma-se aqui a idéia de o estado de natureza não significar necessariamente guerras sem fim, mas a possibilidade delas devido à insegurança jurídica. A ausência de leis que regulem as relações internacionais legitima cada Estado a portar-se como bem entende já que não haveria limites. Kant ironiza ao imaginar um Estado falando (KANT, 1983, p.212): “não deve haver guerra alguma entre min e outro Estado, embora eu não reconheça nenhum poder legislativo supremo que possa assegurar o meu direito e ao qual eu garanta o seu¹³”.

A idéia do autor é constituir uma federação de Estados livres que fosse capaz de regulamentar pelo interesse coletivo. Os Estados têm de ser livres e autônomos na medida em que para o direito internacional pensar um Estado Mundial é inviável. Existe a necessidade de não suprimir a diversidade e as peculiaridades culturais de cada país. O autor defende neste intuito um *Volkerbund*, que se refere a uma liga de nações, uma federação de povos ao invés de um *Volkerstaat*, que seria um Estado dos povos. Kant entende que na ordem do direito Internacional deve haver o pluralismo jurídico e político, para respeitar a soberania de cada Estado, de cada povo e de suas respectivas legislações.

13 No original: “es soll kein Krieg zwischen mir und anderen Staaten sein, obgleich ich keine oberste gesetzgebende Gewalt erkenne, die mir mein, und de rich ihr Recht sichere”.

3º O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal. O ultimo artigo definitivo da obra apresentada trata de um “Weltburgerrecht”.

Este é traduzido por Artur Morão (1988) como um direito cosmopolita. Reafirma-se não tratar de um princípio filantrópico, todavia jurídico. Hospitalidade é o Direito de um estrangeiro não ser tratado com hostilidade em virtude de sua vinda de outro território.

Decorrente do direito à liberdade, todo cidadão, independente de sua origem, tem direito a visitar qualquer lugar. Discute-se um direito ao solo, o qual todos deveriam usufruir. Não existiria, nesse sentido, um direito adquirido, pois o direito ao solo não é um direito privado, mas sim, um direito originário, natural. Fala-se, portanto, em direito de visita, no qual todo cidadão pode visitar qualquer lugar da terra sem ser expulso ou tratado com resistência, não obstante um comportamento condizente com as condutas previstas na legislação local. O direito referido a hospitalidade significa a possibilidade de todo cidadão visitar qualquer Estado, desde que com fins pacíficos, sem ser tratado como inimigo.

Kant denuncia inúmeras invasões e processos de colonização visto não haver respeito à comunidade local. “Os colonizados” sofriam restrições nos países colonizados e nos colonizadores.

Sobre o direito cosmopolita, as palavras do autor tornam-se imprescindíveis na medida em que percebe que as conseqüências de um desrespeito ao Direito é relevante para todos os Estados e atinge indiretamente todos os cidadãos:

A violação do direito em um lugar da terra se sente em todos os outros, a idéia de um direito cosmopolita não é nenhuma fantástica e assustadora invenção do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito do Estado – como direito das gentes para um direito publico da humanidade em geral e, assim, então para a paz perpetua.¹⁴ (KANT, 1983, p. 216).

14 No original: “Die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an alle gefüllt wird: so ist die Idee eines Weltbürgerechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eines nowendige Ergänzung des ungeschriebenes Kodex, sowohl des Staats- als Volksrecht zum öffentlichen Menchenrechte überhaupt, um so zum ewigen Frieden.”

5 DO PRIMEIRO SUPLEMENTO - DA GARANTIA DA PAZ PERPÉTUA¹⁵

A garantia para uma paz douradora pode residir na própria natureza conflituosa do homem. Aparece aqui a noção kantiana de sociabilidade insociável¹⁶, ao afirmar: “a natureza, a grande artista, cujo curso mecânico faz por meio da discórdia entre os homens surgir harmonia, mesmo contra a sua vontade”¹⁷. (KANT, 1983, p. 217).

Kant entende que a natureza providenciou, por meio da guerra, a povoação do planeta, levou o homem a habitar as regiões mais inóspitas e obrigou o homem a relacionar-se de maneira mais ou menos legais (*gesetzliche Verhältnisse*). A natureza, neste sentido, faz para o seu próprio fim - da guerra o seu meio, considerando o ser humano uma espécie animal (*Tierklasse*). No entanto a questão é o que a natureza faz em relação a seu fim, que a razão impõe? Aqui entra a noção do dever moral, que será brevemente analisado no anexo referente à obra apresentada.

O que interessa neste contexto é o argumento utilizado por Kant, independente da questão moral do homem. O autor afirma que a convivência entre os homens é possibilitada principalmente por duas questões:

A primeira é o fato da necessidade de constituição de um Estado, no qual os vários seres racionais organizam-se para sua conservação. Surge aqui a noção de superação de um Estado de natureza¹⁸ onde a convivência e mesmo a sobrevivência são de extrema dificuldade. Desta forma, pois, o homem obriga-se a ser

15 No original: “Von der Garantie des Ewigen Friedens”

16 KANT, I.: Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, pag. 126

17 No original: “Künstlerin Natur (natura daedala rerum), aus deren mechanischen Lauf esichtbarlich Zweckmäßigkeit hervorleuchtet, durch die Zweitacht der Menschen Eintracht selbst wider ihren Willen emporkommen zu lassen”.

18 Como bem analisa Manfredo de Oliveira (1993, p. 176) a postura kantiana em relação a noção de contrato social é realista e inovadora em relação a outros autores da modernidade como Hobbes, Locke e Rousseau, pois ao contrario destes, ele não parte de um estado de natureza abstrato, mas de uma situação histórica, social e política.

um bom cidadão mesmo que por suas inclinações pessoais não seja moralmente uma pessoa boa.

A outra questão central é o comércio. Para ele a questão da necessidade de comércio que é incompatível com a guerra. “É o espírito do comércio que não pode coexistir com a guerra e mais cedo ou mais tarde se apodera de todos os povos. Isto, pois, entre todos os poderes (meios) submetidos ao Estado, o poder do dinheiro é o fiel, obrigando, não por motivos morais, que se faça a nobre paz (KANT, 1983, p. 226)¹⁹”. Esclarece sobre tal Barreto Lima:

Não podem as palavras de Kant envolvendo o comércio levarem a crer que a solução de uma paz perpétua estaria no estabelecimento do comércio cuja convivência com a guerra é impossível.[...]A possibilidade comercial possivelmente eliminadora da guerra explicitada neste adicional por Kant corresponde ao comércio para satisfação das necessidades dos homens em virtude de seu habitat natural. (LIMA, 2005, p. 16).

6 DO SEGUNDO SUPLEMENTO - ARTIGO SECRETO PARA PAZ PERPETUA²⁰

No que concerne ao conteúdo a idéia de um artigo secreto é uma contradição devido a necessidade da transparência já discutida nesse ensaio. Todavia, analisando-se sob seu aspecto subjetivo, que diz respeito, segundo o autor, a qualidade da pessoa.

Neste artigo analisa-se o papel dos filósofos perante os governos. Esta é, sem duvida, uma questão de muita polemica. que desde Platão aparece nos ensaio filosóficos. Para Platão, em sua obra a República (ANO), os filósofos deveriam ser aqueles que governam, por possuírem maiores capacidade de percepção e formulação em relação a sua realidade.

19 No original: “Es ist der Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann, und der früher oder später sich jedes Volk bemächtigt. Weil nämlich unter allen, der Staatsmacht untergeordneten, Mächten (Mitteln) die Geldmacht wohl die zuverlässigste sein möchte, so sehen sich die Staaten (freilich wohl nicht eben durch den Triebfedern der Moralität) gedrungen, den edeln Frieden zu befördern [...]”.

20 No original: “Geheimer artikel zum Ewigen Frieden”

Para Kant (1983, p. 218), todavia, a questão é bem diferente – “Não é de se esperar e nem de se desejar que os reis filosofem ou filósofos se tornem reis, pois a posse do poder inviabiliza indubitavelmente a livre atividade da razão²¹”. Devido a esse fato, o autor defende que o artigo seja secreto – para que não cresça a sua vaidade (do filósofo) e a certeza da superioridade por suas qualidade intelectuais (LIMA, 2005, p. 17). O autor apresenta uma preocupação em não distanciar os intelectuais de seu contexto político-social, há uma necessidade emergente dos filósofos manterem um diálogo constante com sua realidade, com o concreto. De certa forma aparece a idéia que mais tarde Marx completaria – a de que não basta os filósofos pensarem o mundo, este tem de ser transformado. Demonstrando-se, assim, mais uma vez este ensaio como não-idealista.

Por fim, faz-se valioso a análise de Bobbio (2000) no qual esclarece sobre o conteúdo desse artigo. Para ele Kant destaca a importância da liberdade cultural e intelectual como elemento capaz de proporcionar a paz pública. O princípio interno ao Estado formador da paz perpétua não suporta a ausência da atividade intelectual, mas deve afastar o filósofo da tentação de servir ao poder. Diferente postura acarretaria em avaliação parcial transformando a atividade da razão em mera propaganda de Estado.

7 APÊNDICE

O apêndice é dividido em duas partes: I – “Sobre a discrepância entre moral e política a respeito da paz perpetua²²”; II – “Da harmonia da política com a Moral segundo o conceito transcendental no Direito Público²³”. Este apêndice discute a questão moral inserida no contexto político e jurídico. No entanto, não é finalidade dessa pesquisa discutir a fundo este apêndice por duas questões: primeiro qualquer discussão sobre moral em Kant

21 No original: “Das aber Könige philosophiren, oder Philosophen Könige würden, ist nicht zu erwarten und nicht zu wunnen; weil der Besits der Gewalt das freie Urteil der Vernunft unvermeidlich verdirbt.”

22 No original: “Über die Misshelligkeit zwischen der Moral und der Politik, in Absicht auf den ewigen Frieden”.

23 No original: “Von der einhelligkeit der Politik mid der Moral nach dem transzendentalelen Begriffe des Öffentlichen Rechts”.

envolve uma complexidade filosófica e uma base de leitura de outras obras do mesmo autor que não seria possível discutir neste breve ensaio. Segundo esta pesquisa tem por função apresentar as principais contribuições dessa obra dentro de uma perspectiva realista independente da questão moral. De qualquer modo algumas considerações tornam-se bastante valiosas.

Kant questiona neste apêndice a possibilidade de se unir a moral e a política e critica a idéia de que ambas são incompatíveis na atuação da situação concreta. Para o autor, ambas devem coexistir como sendo teoria e prática. Argumenta-se que a prática sem teoria é vazia de conteúdo e se encerra como fim em si mesma. A política sem moral é mera arte de utilizar o governo dos homens em benefícios próprios.

O que há de mais curioso é perceber certa aproximação entre Kant e Maquiavel. que apesar de Kant questionar ele se aproxima de Maquiavel. A grande questão é não compreender a noção pragmática da política no seu sentido pejorativo decorrente de uma má interpretação de Maquiavel influenciada por uma visão religiosa. Para ambos o problema reside no moralismo político, no qual em cada circunstancia aplica-se um valor diferente. Infelizmente não tem como traçar um paralelo sobre os autores nesta pesquisa ,mas faz-se mister a análise aprofundada de Bingnotto (2001) que demonstra na obra de Maquiavel a noção de Ética em relação ao bem publico, até mesmo muito influenciado pelo contexto social do movimento humanista. A questão em Kant é que sendo os fins, de fato éticos, os meios que o conduziram também o serão. A moral em Kant não é algo que o homem desenvolve, não são normas que ele estabelece, mas cabe a ele encontra-las (OLIVEIRA, 1999, p. 141). Desse modo ele as encontrado o caminho que o conduzira para aquele determinado fim tem de ser concernente a essa noção, que não pode ser reduzida ou criada no caso concreto, mas que no mesmo se demonstra. Para ambos os autores, apesar de várias diferenças a Ética aparece como algo apriori.

Para Kant, os pressupostos jurídicos e políticos, que podem conduzir à paz perpétua têm em si o pressuposto ético e conclui

que “todas as máximas que necessitam de publicidade (para não fracassarem em seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política²⁴”.

8 CONCLUSÃO

A contribuição teórica de Kant nesta obra da possibilidade real de uma paz duradoura entre os Estados colaborou diretamente com a formulação da Liga das Nações, após primeira Guerra Mundial. No entanto a falta de capacidade de aplicar inúmeros artigos da propositura de Kant, inclusive pelo peso desmedido que determinados países desempenhavam e, por sua vez, seus interesses puramente particulares, resultaram na inaptidão daquela organização.

Após a segunda guerra criou-se a Organização das Nações Unidas que sem dúvida é bem mais representativa do que a Liga das Nações, todavia semelhantes problemas se observam. O peso político de determinados países, como os o do Conselho de Segurança dificultam uma compreensão coletiva das relações internacionais. A inércia da ONU quanto ao desrespeito de suas determinações, como no caso da guerra no Iraque, causa grande espanto, expondo sua limitação e sua distancia ao projeto proposto por Immanuel Kant.

A atualidade dessa obra é de causar grande espanto, principalmente considerado o avanço tecnológico e as conseqüências de uma nova guerra mundial. Levanta-se assim o questionamento acerca da inevitabilidade das guerras, nas palavras de Voltaire (2004, p. 266): “E o que é pior, é que a guerra é um flagelo inevitável. Se observarmos bem, todos os homens adoram o Deus Marte”. Acusar qualquer obra que vise uma paz duradoura de utópica ou idealista, mesmo sendo calcada na ação do homem corrobora com a citação supracitada.

A paz só será atingida com o esforço humano, não se trata,

24 No original: “Alle Maximen, die der Publizitat bedürfen (um ihrem Zweck nicht zu verfehlen), stamen mit Recht und Politik vereintig zusammen”.

aqui de afirmar ser a natureza do homem mal ou boa, no entanto os conflitos são inerentes às relações humanas, daí a necessidade do Direito. A paz, de fato, só poder ser alcançada através do contínuo esforço humano para o racional conter sua própria natureza. Kant neste intuito propõe uma série de artigos que possam viabilizar uma mudança estrutural nas relações internacionais.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel á nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

EBERL, Oliver. Realismus des Rechts – Kants Beitrag zum internationalen Frieden, in: **Blätter für deutsche und internationale Politik**, Heft 2/Februar 2004, Berlin, 2004, pp. 199-210.

ALVAREZ FILHO, Jose Mauro. **O esforço da paz internacional e o conflito no Iraque**. Monografia de Direito. Unifor, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos – o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel: Zum ewigen Frieden – **Ein philosophischer Entwurf, Immanuel Kant** – Werke in zehn Bänden, Bd. 9., hrs. von Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe 1983.

_____: **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Mourão, edições 70, Lisboa, 1988.

KOSHIBA, Luiz. **Historia: origens, estruturas e processos**. São Paulo: Atual, 2000.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Idealismo e Realismo: Desafio Constante de Realização das Utopias**. Mundo Jurídico.

Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

A NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM A NOMOESTÁTICA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE LEGAL NATURE OF THE RESOLUTIONS OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND ITS RELATIONSHIP WITH NOMOESTATIC AND CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Karine Araújo de Lima Bellaguarda

Especialista em Direito Constitucional

Ex-bolsista do CNPq

Advogada

E-mail: karinebellaguarda@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 NORMA JURÍDICA E ATOS NORMATIVOS; 2.1 CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO; 2.2 FUNDAMENTO DE VALIDADE; 2.3 TIPOS DE ATOS NORMATIVOS; 3 CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA: GENERALIDADE, ABSTRATITVIDADE E IMPESSOALIDADE; 3.1 AS PSEUDOCARACTERÍSTICAS; 3.2 GENERALIDADE, ABSTRATIVIDADE E IMPESSOALIDADE; 4 AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 4.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 4.2 A NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 LEGAL NORM AND REGULATORY ACTS; 2.1 EVALUATION CRITERIA; 2.2 BACKGROUND OF VALIDITY; 2.3 TYPES OF REGULATORY ACTS; 3 FEATURES THE LEGAL NORM: GENERALITY, ABSTRACTLY AND IMPERSONALITY; 3.1 THE “PSEUDOCAR-

ACTERÍSTICAS” 3.2 GENERALITY, ABSTRACT AND IMPERSONAL; 4 THE RESOLUTIONS OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE; 4.1 THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE; 4.2 LEGAL NATURE OF RESOLUTIONS; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: A importância do tema “A natureza jurídica das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e a sua relação com a Nomoeústica e o controle abstrato de constitucionalidade” configura-se na necessidade de aprofundar o conhecimento sobre os pontos relevantes acerca da natureza jurídica das referidas resoluções, a despeito de existirem controvérsias no sentido de que tais atos normativos usurpariam a competência do Poder Legislativo e não poderiam jamais ser equiparados à lei. Ao contrário disto, entende-se que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça possuem todas as características próprias da norma jurídica, sendo dotadas de generalidade, de abstratividade e de impessoalidade. Enquadram-se nas espécies de atos normativos primários capazes de inovar no ordenamento jurídico, retirando seu fundamento de validade diretamente na Constituição. A própria Constituição Federal de 1988 conferiu esta natureza às resoluções ao prevê-las no rol de competência do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 103-B e, implicitamente, equiparou-as aos decretos autônomos e aos regimentos internos dos Tribunais, que, embora não previstos em seu art. 59, também podem criar nova normatização. Assim, verificando-se que as resoluções possuem o caráter de primariedade da norma jurídica, entende-se que é possível às mesmas figurarem como objeto de controle concentrado de constitucionalidade, podendo ser conhecidas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Norma Jurídica. Ato normativo. Resoluções. Conselho Nacional de Justiça.

Abstract: The importance of the theme “The legal nature of the resolutions of the National Council of Justice and its relationship to Nomoestatic and abstract control of constitutionality” is in the need to deepen the knowledge of the relevant points about the legal nature of those resolutions, whereas there are controversies that such legislative acts usurped the powers of the legislative branch and could not ever be assimilated to the law. Unlike this, it is understood that the resolutions of the National Council of Justice have all the characteristics of legal norm and are endowed with most of abstractness and impersonality. They are included in the species of primary legislative acts, capable of innovating in the law, by withdrawing its valid ground directly in the Constitution. The very Federal Constitution of 1988 gave this nature to the resolutions when provided them in the role of competence of the National Council of Justice, in its art. 103-B and, implicitly, compared them with autonomous decrees and domestic regulations of courts, which, although not foreseen in its art. 59, can also create new norms. Thus, verifying that the resolutions have the character of primary of legal norm, means that they can appear as a object of concentrated control of constitutionality, and may be known

and judged directly by the Supreme Court.

Keywords: Legal norm, Legislative Act; Resolutions; National Council of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, o Conselho Nacional de Justiça foi instituído com o fito de exercer o controle da magistratura nacional, gerando controvérsias doutrinárias, políticas e jurisdicionais acerca de sua constitucionalidade, porquanto se aduzia que o mesmo violaria o princípio da separação e independência dos poderes, ofenderia o pacto federativo e, ainda, retiraria dos magistrados a autonomia de sua função jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF, decidiu pela constitucionalidade do referido Conselho, entendendo que, diferentemente da alegação de violação à separação e independência dos poderes, não seria ele órgão estranho, mas próprio do Poder Judiciário. Também decidiu que a sua competência para atuar, mediante a expedição de atos regulamentares e resoluções, teria sido determinada pela própria Constituição e, por esta razão, não estaria usurpando competência do Poder Legislativo. Outrossim, não haveria ofensa ao pacto federativo, porque, dos Tribunais estaduais, não se estaria retirando a autonomia constitucional para dispor sobre sua organização, mas mantendo-a, e, ao Conselho Nacional de Justiça, não se poderia atribuir o caráter de órgão federal, mas tão somente órgão de eficácia nacional, tal como o Poder Judiciário.

Por ocasião do início da atuação do referido Conselho, foram mitidas resoluções, dentre elas a que proibiu a prática do nepotismo no âmbito no Judiciário, que, assim como a sua instituição, fez surgir discussões doutrinárias e jurisprudenciais controvertidas acerca de sua legitimidade. Por ter as resoluções efeitos gerais e abstratos, prevalecendo para todos do Poder Judiciário indiscriminadamente,

questionava-se que, às mesmas, não seria possível a atribuição de caráter de lei, nem a ela ser equiparada, pois eram, meramente, administrativas e, ao Conselho Nacional de Justiça, não teria sido conferido caráter representativo pela Constituição.

No entanto, ao contrário deste entendimento, o Supremo Tribunal Federal, provocado através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-1/DF, decidiu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça não só possuíam força de lei, como também seriam legítimas para conferir efeitos gerais e abstratos às suas disposições, não significando, por outro lado, usurpação da competência do legislador ordinário. Seriam elas dotadas de primariedade, posto que retiravam seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Daí funda-se a importância do estudo acerca destes atos normativos, pois que, diante de tantas polêmicas nacionais estabelecidas, a ampliação do conhecimento sobre o tema torna-se estritamente necessária. Após o estudo da Nomoestática, verificar-se-á neste artigo científico, a natureza jurídica das referidas resoluções e as suas características essenciais que possibilitam o seu enquadramento ou submissão ao controle abstrato de constitucionalidade.

2 NORMA JURÍDICA E ATOS NORMATIVOS

2.1 Critérios de avaliação

A teoria do Direito, segundo Hans Kelsen, foi dividida sob dois aspectos de estudo: a Nomodinâmica e a Nomoestática (BOBBIO, 1994, p. 21). A primeira considera os problemas relativos ao ordenamento jurídico, às interpretações sistemáticas, teleológicas, antinômicas, autênticas, judiciais e doutrinárias e aos problemas que dentro dele se relacionam. A segunda, por outro lado, considera os critérios objetivos da norma jurídica, as acepções a ela relacionadas, a sua natureza, finalidade e características.

Os atos normativos são espécies do gênero da norma jurídica. A norma jurídica é toda e qualquer disposição constitucional e

infraconstitucional que vincula as hipóteses de incidência aos seus mandamentos e que geram tanto efeitos concretos como gerais. Segundo Norberto Bobbio, a norma jurídica pode ser estudada através de quatro critérios: material, subjetivo (sujeito que põe a norma) e formal (BOBBIO, 1994, p. 23-26). Este último classifica a norma como afirmativas ou negativas, categóricas ou hipotéticas; e gerais (abstratas) ou individuais (concretas) (BOBBIO, 1994, p. 23-26).

Primeiramente, o critério material enlaça a norma sob o aspecto do conteúdo, em que a regulamentação denota todas as ações possíveis do homem, ações estas que não são necessárias nem impossíveis.

Sobre o critério do “sujeito de que põe a norma”, Norberto Bobbio afirma que podem ser consideradas jurídicas aquelas que são postas pelo poder soberano. Tal poder é o conjunto de órgãos através do qual é posto o ordenamento jurídico, através do qual este é mantido e, efetivamente, aplicado. Estes órgãos, por sua vez, são definidos pelo próprio ordenamento jurídico, determinando a soberania em cada sociedade.

O critério formal, por sua vez – sendo este o critério de que o referido autor mais se ocupa no estudo sobre a norma jurídica –, diferentemente do material, cuida dos efeitos que a norma pode gerar através de seu conteúdo na regulamentação das relações jurídicas. A norma pode assumir diversas formas, dentre elas, primeiramente, a que se chama de afirmativas e negativas. Discorre o autor, ao explicar sobre estas classificações da norma, que a norma resulta, simplificada, em comandos e proibições, estando estes em confronto entre si, gerando a incompatibilidade, a disjunção, a alternativa e a implicação, dependendo da maneira em que se contrariam.

A norma também assume formas categóricas e hipotéticas. Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que “norma categórica’ é aquela que estabelece que uma determinada ação deve ser cumprida; ‘norma hipotética’ é aquela que estabelece que uma determinada ação deve ser cumprida quando se verifica uma certa condição” (BOBBIO, 2005, p. 187-188).

Finalmente, o autor atribui à norma as formas gerais e individuais. Gerais, quando a norma tiver como destinatário uma classe de membros e assim a norma regulará uma ação-tipo contínua, sendo dotada de abstratividade; individuais, quando sua proposição se destinar a um único indivíduo, preceituando ação-tipo singular, sendo chamada assim de concreta.

Ao ato normativo a que se propõe ser objeto de investigação científica pelos juristas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, atribui-se também tais critérios, porém se limitando à generalidade e à abstratividade de seus preceitos. Os atos normativos são quaisquer normas ou regras dispostas no ordenamento jurídico, que sejam expedidos, criados ou legitimados pelo poder ou por órgão competente, não visando à geração de efeitos concretos e individuais.

2.2 Fundamento de validade

Feitas tais importantes considerações, deságua-se o presente estudo em duas subdivisões dos atos normativos: primários e secundários. Sob este aspecto, o fundamento de validade se revela imprescindível para sua colocação dentro do ordenamento jurídico e para a sua avaliação como objeto em sede de controle objetivo de constitucionalidade.

Sobre o fundamento de validade, importa discorrer que o mesmo é sinônimo de juridicidade. Ressalta a existência ou não da norma para o Direito, substanciando-se no fenômeno da perfeita compatibilidade da norma inferior à norma superior, inclusive com o ápice do ordenamento jurídico positivo constitucional.

O fundamento de validade é um dos requisitos de existência para o mundo jurídico dentre os demais estabelecidos pela concepção kelseniana. Na esteira do pensamento de Hans Kelsen, Valmir Pontes Filho, afirma que a norma existe para o Direito quando:

- a) prescrever uma conduta ao homem que vive na sociedade; b) admitir, sempre, o descumprimento dessa prescrição, pela singela razão de que, pondo-se no mundo do dever-ser, e não naquele em que as coisas simplesmente são [...], jamais poderá afastar

a possibilidade de que alguém conduza de modo contrário ao dever-ser prescrito, ou seja, de maneira indesejada pela prescrição normativa [...]; c) estipular uma sanção (ou uma resposta institucionalizada, de cunho negativo) para a hipótese de descumprimento da prescrição normativa; e d) encontrar ela fundamento de validade em outra norma superior, igualmente jurídica, isto importando dizer que a validade, como sinônimo de juridicidade (ou de existência para o Direito) depende da aferição da compatibilidade da norma inferior com norma superior, até que se chegue, em tal esforço de compatibilização norma-a-norma, àquela que se põe no ápice do sistema jurídico: a Constituição; esta, portanto, finda por ser a regra fundamentante de todo o ordenamento jurídico. (PONTES FILHO, 2001, p. 31).

Funda-se, portanto, na norma superior, norma esta propiciadora de sua criação, possibilitando à regra posterior deter eficácia e validade.

2.3 Tipos de atos normativos

Assim posto, volta-se a analisar aos tipos de atos normativos. O Estado-legislador deteve duas vontades normativas: primária e derivada.

Eros Roberto Grau explica que a designação “normas primárias”, em contraposição às normas secundárias, pode assumir várias significações, podendo indicar tanto uma relação temporal, quanto uma relação funcional, quanto também uma relação hierárquica (GRAU, 2005, p. 239).

Os atos normativos primários são aqueles que retiram seu fundamento de validade da própria constituição. Denota-se primariedade, têm força própria, autônoma (GRAU, 2005, p. 239), porque se baseiam, diretamente, na norma originária do ordenamento jurídico, norma que funda todas as demais normas que surgem no sistema. Podem inovar no ordenamento, já que tiram sua legitimidade da vontade constitucional, podendo, por conta disto, serem objeto de controle de constitucionalidade pela Corte superior.

A lei, em sentido formal, é o “protótipo do ato normativo primário” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. Carlos Brito, 2006). Foi concebida como a pura forma deste ato normativo. Formal, porquanto é objeto do processo legislativo emanado pelo poder republicano que mais encarna o sentido de Estado Democrático de Direito, o Poder Legislativo, por conceber em sua composição a total representação popular. Lei, na sua própria razão de ser, ou seja, norma que estabelece mandamentos de conteúdo negativo ou positivo vinculantes a todos os seios da sociedade, garantindo a segurança da presença do Estado em todas as relações jurídicas.

Nesta esteira, assim como à lei, a Constituição Federal de 1988 também conferiu validade primária aos atos normativos do Senado Federal, já que continua a se tratar de Poder Legislativo. É possível àquele a criação de normas equiparadas à lei, normas com, propriamente, força de lei que são as resoluções, previstas no art. 155 da referida Constituição. Assim também conferiu para vários outros atos normativos, que serão analisados posteriormente, como a medida provisória, o decreto autônomo, os regimentos dos Tribunais e as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, objeto deste estudo.

Observa-se, por oportuno, que a vontade primária do legislador é, entretanto, diversa da vontade da constituição. Esta não é primária nem secundária, mas originária, “virginalmente fundante ou inaugural do ordenamento jurídico” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. Carlos Brito, 2006). É vontade emanada do poder constituinte originário, poder este soberano, independente e incondicional. À constituição é reservado o ápice da estrutura piramidal kelseniana e, por conta disto, atribui-se a ela magnitude, conferindo através dela, a todas as outras normas, validade e eficácia. De fato, sua vontade funda as demais vontades derivadas do legislador ordinário.

Já os atos normativos secundários decorrem da vontade derivada do legislador, posto que retiram seu fundamento de

validade de norma intercalar, ou seja, de norma primária que se funda na constituição. A lei ou norma já existente serve como base para o ato normativo que, posteriormente, foi posto no ordenamento jurídico.

Não pode o ato normativo secundário realizar inovações no sistema, posto que não lhe foi conferido pela vontade constitucional que, sobre ações-tipo ou sobre abstrações, dispusesse o ato normativo. Não detém capacidade de inserir norma geral e abstrata nova no ordenamento. Visa, essencialmente, suprir as lacunas da lei e a sua aplicação no caso concreto. Ou está a regulamentar ou a executar lei inconstitucional – e, neste caso, ensejaria o controle de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal – ou exorbita o poder regulamentar, havendo um conflito de legalidade entre o ato e a lei.

É passível de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio não admite esta última por derivação. Funda-se nas normas de caráter primário, estando restrito hierarquicamente por determinação legal, não podendo introduzir normatização nova. É mero instrumento jurídico pelo qual se pode executar e regular as políticas de organização social, não podendo ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

Exemplos de atos normativos secundários são as portarias e as resoluções de órgãos administrativos, que possuem apenas natureza jurídica de norma concreta, cujo objeto/natureza são ações singulares que não admitem continuidade, não se constituindo de plano temporal em aberto.

3 CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA: GENERALIDADE, ABSTRATIVIDADE E IMPESSOALIDADE

3.1 As pseudocaracterísticas

Aos atos normativos, além dos conceitos propriamente ditos pelos quais se distingue a fonte de seu fundamento de validade, há também que se observar suas características identificadoras, sem as quais aos mesmos não seria possível aplicar como objeto jurídico do controle concentrado de constitucionalidade.

A norma jurídica, seja ela lei ou ato normativo de cunho primário, tem como pseudocaracterísticas essenciais a generalidade, a abstratividade, a coatividade, a imperatividade e a permanência (VASCONCELOS, 2002, p. 133).

Arnaldo Vasconcelos considera que as características identificadoras e próprias da norma jurídica são a bilateralidade, a disjunção e a sanção, diferentemente daquelas primeiras, pois afirma que a norma que é bilateral, disjuntiva e sancionável assume, certamente, a forma de norma jurídica propriamente dita.

Acerca desta questão das características da norma, a doutrina é um tanto contraditória. Difícil é encontrar consenso entre os autores. Para alguns, como Noberto Bobbio, por exemplo, as características da norma, como bem explanado em sua obra “Studi per una Teoria Generale del Diritto”, foram consideradas segundo os critérios de justiça, validade e eficácia (VASCONCELOS, 2002, p. 148). Contudo, por ocasião da edição de sua obra “Teoria della norma giuridica”, o posicionamento do próprio autor muda, adotando este os referidos critérios como fatores de valoração da norma, afastando a concepção de que os mesmos seriam suas características (VASCONCELOS, 2002, p. 148).

Cabe aqui reconhecer ser coerente a inversão do entendimento de Noberto Bobbio, pois a validade, a justiça e a eficácia revelam-se muito mais em qualidades que decorrem das características da norma que propriamente as suas características em si, consagrando-se estas na concepção de Arnaldo Vasconcelos sobre as pseudocaracterísticas.

Vale dizer que a norma reveste-se também do caráter de impessoalidade – e aqui não se distinguindo critério de característica –, sem o qual os elementos de abstratividade e generalidade logo perderia o sentido de validade. Obviamente, seria impossível consolidar uma norma geral e abstrata, vinculando suas hipóteses de incidência a determinado indivíduo isoladamente, ou seja, tratando de forma pessoal. A impessoalidade, neste ponto, atravessa a ponte da abstratividade e da generalidade para validar os efeitos da norma jurídica.

3.2 Generalidade, abstratividade e impessoalidade

Para o enquadramento do ato normativo ao controle abstrato de constitucionalidade, importante explicar apenas três destas características que anteriormente foram mencionadas, quais sejam, a abstratividade, a generalidade e a impessoalidade. Isto porque a Corte Suprema só exerce controle sobre as normas que dispõem sobre situações desta monta, não havendo a possibilidade de, por meio de controle objetivo de constitucionalidade, proferir julgamento sobre norma cujo conteúdo seja casos concretos e de eficácia restrita.

A concepção da generalidade denota de origens greco-romanas. Papiniano já definia a norma como preceito comum – “Lex est commune praeceptum” (VASCONCELOS, 2002, p. 133) – e Aristóteles afirmava que “a lei dispõe sempre de modo geral, nada prescrevendo para casos particulares” (VASCONCELOS, 2002, p. 133).

Rousseau, já nos tempos modernos, revigorou a teoria político-jurídica da norma, enunciando-a através da vontade geral que a norma, por si só, expressa a vontade do legislador. Segundo ele, “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 uma ação particular” (VASCONCELOS, 2002, p. 133); conclui que funções que se remetem a objetos individuais jamais poderiam fazer parte da norma, do poder legislativo.

A norma jurídica, então, em uma de suas formas, tem caráter geral, não devendo dispor sobre situações individuais, a fim de que sua aplicação seja possibilitada a todos indiscriminadamente. Seu preceito deve se dirigir àqueles que, igualmente, se encontram em semelhantes situações, ou seja, se determinada norma contempla disposição sobre determinada profissão, a estes profissionais será aplicada a referida regra jurídica indiscriminadamente e não à toda a sociedade. Hans Kelsen complementa que a norma geral pode ser assim considerada, quando fixar conduta “[...] de uma pessoa individualmente designada, não apenas uma conduta

única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa pessoa estabelecida em geral” (KELSEN, 1986, p.11).

Admite Hans Kelsen que pode haver também normas de caráter individual, quando uma conduta única é individualmente obrigada, como no caso de uma decisão judicial que obriga o ladrão específico ir para cadeia, e assim explica:

O caráter individual ou geral de uma norma não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas em geral (KELSEN, 1986, p.11).

Noberto Bobbio explica que as normas podem ser singulares e universais. Singulares, quando se propõem a regular situação de determinado indivíduo. Universais, quando a proposição tem como sujeito uma classe de vários membros (BOBBIO, 2005, p. 178), como a classe de profissionais liberais por exemplo. Nesta perspectiva, o autor afirma que a norma é composta, impreterivelmente, de um sujeito (destinatário) e de um objeto (ação) e conclui que a norma será considerada geral, quando se valer de preceituações cujos destinatários sejam uma classe de pessoas.

Imiscui-se a generalidade da norma, entretanto, de relatividade em seu conceito mais restrito, posto que é restrita a determinado grupo de indivíduos que se unem por situações peculiares. Em razão desta relatividade de conceito, a doutrina, mais especificamente o autor Arnaldo Vasconcelos, já firmou o entendimento que há, nestes casos, individualização das normas, gerando, para os tempos atuais, verdadeira inaptidão do princípio da generalidade.

Afirma o doutrinador que tal fato se dá em razão da consagração do Estado Social na modernidade, restando a este utilizar-se de mecanismos de organização e funcionamento das estruturais sociais, políticas e jurídicas para o seu efetivo exercício. Motiva-se, em razão disto, a possibilidade de haver normas gerais que individualizem situações e pessoas, para que seja possível o

atendimento às suas finalidades essenciais do bem-estar social comum, próprio do Direito Social.

Afirma o antecitado autor que:

Tem-se observado que a teoria da generalidade perde terreno em nossos dias. Sob os mais diversos pretextos, negam-lhe a própria razão de ser, ou, quando menos, a funcionalidade, Paul Laband, Georg Jellinek e Carré de Malberg, dentre os publicistas; René Savatier, Louis Josserand e Georges Ripert, dentre os privatistas; adotam posição idêntica, no setor da Teoria Geral do Direito, Francesco Carnelutti, Hans Kelsen, Carlos Cossio, Norberto Bobbio e Machado Neto. (VASCONCELOS, 2002, p. 134-135)

Na análise do mérito da norma em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a generalidade é observada, ainda que a tendência seja sua individualização, no sentido de que, mesmo que haja validade atribuída pessoalmente a determinados indivíduos, a norma é considerada geral por seus efeitos, quais sejam, efeitos “erga omnes”, para todos. Para todos da mesma classe, para todos os profissionais liberais, para todos os membros do Poder Judiciário, por exemplo, não significando necessidade de eficácia para toda a sociedade.

Outro elemento jurídico imprescindível à norma é a abstratividade. Consubstancia-se esta na necessidade do ato normativo preceituar em tese. A vontade do legislador deve substanciar-se no texto legal, solidarizando abstratamente a todos, ligando permanentemente o prescritor e o descritor de seu dispositivo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. Carlos Brito, 2006).

Neste ponto, o autor Norberto Bobbio, consolidando o raciocínio anteriormente explanado, afirma que, como as normas possuem sujeito (destinatário) e objeto (ações), a abstratividade se configuraria quando a proposição normativa abranger uma ação-tipo ou uma classe de ações. Denota-se continuidade, diferentemente, das normas concretas – estas chamadas pelo autor de “ordens” – que regulam apenas uma ação singular, que se exaure

no tempo.

Arnaldo Vasconcelos, entretanto, explica que a abstratividade, assim como a generalidade, também vem sendo relativizada no ordenamento jurídico pós-moderno. Afirma que a abstratividade e a generalidade são características utilizadas pelo legislador do Estado Liberal, para garantir a idoneidade da norma, gerando a certeza do Direito, certeza esta efeito próprio do positivismo. Acredita que a tendência é a socialização do Direito, devendo ser afastadas as disposições individualistas do Estado Liberal em prevalência da “manifestação inequívoca de sociabilização, publicização e proletarização do direito” (VASCONCELOS, 2002, p.137). Aduz que a relativização da abstratividade decorre essencialmente da necessidade de retificação dos conceitos de liberdade e igualdade, em que na concepção deste último desfecha o tratamento dos desiguais de forma também desigual e, por esta razão, não haveria em que se falar em abstratividade.

A norma ser abstrata, significa que, na sua criação, foi posta sob vigência temporal indeterminada, predestinada a vincular seu liame de hipóteses de incidência aos seus mandamentos e a renová-lo de forma contínua.

E por fim, último elemento distintivo da norma ou ato normativo que aqui interessa, a impessoalidade. Revela-se a mesma na inexistência de previsão normativa que se destine a determinado indivíduo nominalmente. É critério personalístico, segundo o qual o legislador ordinário deve se valer, a fim de garantir a segurança jurídica do ordenamento jurídico, da ausência de ressalvas e de privilégios a determinados nomes ou pessoas. Significa a inexistência de indicação nominal ou patronímica de indivíduos que se encontram em situações peculiares. Constitui-se esta, portanto, do desfecho característico da norma jurídica, para que a esta seja possível a análise através do controle concentrado de constitucionalidade.

A norma, portanto, deve ser dotada de características de abstratividade, generalidade e impessoalidade para que seja objeto de apreciação direta pela corte superior. Detendo-as, a norma

jurídica diferencia-se das demais, distinguindo-se, por conseguinte, dos atos normativos capazes apenas de executar ou regulamentar norma primária, que podem apenas ser objeto de ilegalidade (ato contra lei), mas não de inconstitucionalidade.

4 AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

4.1 O Conselho Nacional de Justiça

Antes de adentrar-se sobre a natureza jurídica das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, reconhece-se ser imprescindível discorrer, inicialmente, sobre este, haja vista que é a partir dele que são aquelas emanadas assim como, foi a partir de sua criação, que se começou a discutir acerca da natureza normativa das referidas resoluções.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, com o fito de exercer, consoante, vulgarmente, consolidou-se, o controle externo do Poder Judiciário. Foi-lhe atribuída, em suma, dois comandos de atribuições: controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar e funcional dos magistrados.

Muito se debateu acerca da inconstitucionalidade do Conselho, sob o argumento principal de que a sua existência malferia o princípio da separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367 / DF, decidiu pela sua constitucionalidade, firmando o entendimento de que o Poder Judiciário deve, sim, ser independente, contudo deve ser submetido à fiscalização, para o bom atendimento ao interesse público e à liberdade da cidadania.

Na mesma esteira, decidiu que, desde a concepção clássica de Montesquieu sobre a separação de poderes, nunca restou consagrado que se deveria haver o isolamento total de um poder em relação a outro, mas, ao contrário, entendeu-se que, para a saudável manutenção do Estado republicano, seria inevitável o controle mútuo entre os

poderes, sem o qual cairiam por terra os argumentos da referida teoria que se embasavam no combate ao poder absoluto (“Ancien Regime”, nos tempos de Monstesquieu).

Em verdade, o Conselho não poderia ter sido criado em hora mais apropriada que com a Emenda Constitucional nº 45/04, haja vista a existência de uma tendência de forte consolidação de corporativismo dentro do Poder Judiciário, pois sem tal órgão a ninguém seria possível ter efetivo controle sobre os atos e atividades funcionais de seus membros. Dalmo de Abreu Dallari, já dizia que:

[...] é necessário estabelecer um sistema de controle. É oportuno lembrar aqui a atitude de Thomas Jefferson, que defendeu com firmeza a independência dos juízes e tribunais, mas admitiu que tinha medo do corporativismo dos magistrados, o que pode significar não só uma comunhão de interesses, mas também um relacionamento afetivo. (DALLARI, Ano 2, p. 33).

No mesmo passo, o autor concluiu:

Daí a conveniência de um órgão controlador, integrado, em sua maioria, por magistrados, mas também por profissionais de outras áreas jurídicas [...]. Não se pode esquecer que o Poder Judiciário exerce poder público, age em nome do povo, embora seus membros não sejam escolhidos por meio de eleição popular. Por isso é necessário um controle democrático de seu desempenho, que assegure a obediência às regras legais e a prevalência do interesse público, mantendo o requisito fundamental, que é a garantia da independência dos juízes. (DALLARI, Ano 2, p. 33).

Para o efetivo controle e fiscalização, sem que o corporativismo tomasse espaço para embaraçar os trabalhos do Conselho e estivesse garantido seu caráter pluralístico e democrático, foi-lhe possibilitado, na sua composição, existência de não apenas magistrados, mas também de advogados, membros do Ministério Público e de pessoas laicas, exteriores ao Poder Judiciário, como ficou estabelecido para dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Ao controle foi reconhecida tanta importância nacional que,

não haveria outro modo, senão caber ao Supremo Tribunal Federal julgar pela sua constitucionalidade. Recebeu da Constituição da República de 1988 “uma alta função política de aprimoramento de autogoverno do Judiciário”, em razão deste não deter, em suas estruturas burocráticas dispersadas, um órgão instituidor de fiscalização em âmbito nacional. Fazia-se necessário até mesmo para uniformizar, nacionalmente, a fiscalização das atividades administrativas e financeiras dos tribunais estaduais, afastando qualquer moléstia institucional que obscurecesse os procedimentos investigativos. José Eduardo Faria explica que:

[...] como o Judiciário tem diferentes braços especializados organizados em diferentes instâncias, é natural que cada um deles e cada uma delas sintasse tentado a definir seu próprio programa de ação, o que, obviamente, torna de fundamental importância a criação de um órgão representativo de todos os braços e instâncias capazes de atuar numa dimensão de política-domínio, responsabilizando-se pela uniformização dos diferentes programas “parcialmente contraditórios” e “parcialmente compatíveis” sob a forma de uma estratégia global da instituição. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. Carlos Brito, 2006).

Assim, tal como lhe foi conferido pelo legislador constituinte derivado, o Conselho Nacional de Justiça abarcou a capacidade de expedir atos regulamentares ou recomendar providências, consoante se depreende do art. 103-B, parágrafo 4º, inciso I da Constituição Federal de 1988, atos que, dentre eles, encontram-se as chamadas resoluções, objeto deste estudo.

Diante da previsão do dispositivo constitucional, o órgão exerce suas funções, expedindo enunciados administrativos, recomendações, resoluções e demais atos que sejam necessários para a efetiva consolidação do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, assim como para garantir a fiscalização ético-disciplinar dos magistrados.

4.2 A natureza jurídica das resoluções

À luz permanente desta idéia constitucional e após o estudo sobre as características e critérios de avaliação da norma jurídica, a

natureza jurídica da suas resoluções é, por sua vez, de atos normativos primários que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, podendo inovar no ordenamento jurídico com novas regras positivas ou negativas.

Assim como as resoluções do Senado Federal, em que foi a este conferido pela Constituição a possibilidade de editar atos normativos de igual hierarquia das leis, bem como aos regimentos dos Tribunais, que retiram a legitimidade de sua competência de legislar e de seu funcionamento do próprio texto constitucional, foram as resoluções do Conselho Nacional de Justiça dotadas de força de lei, podendo a esta serem equipadas por ser também dotadas de primariedade.

Isto porque a própria Constituição Federal conferiu ao Conselho Nacional de Justiça o poder de editá-las com o fim de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, não havendo nenhuma norma intercalar a qual tenha se utilizado como base para a concepção de tal competência. As resoluções são legitimadas pela própria norma originária, através da vontade do legislador derivado.

O art. 103-B, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre os atos normativos em que o Conselho Nacional de Justiça pode dispor:

Art. 103-B. [...]

§ 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as

providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Assim, as resoluções, ora em estudo, são dotadas das principais características da norma jurídica, estudadas nos itens anteriores, que possibilitam a apreciação direta pela Suprema Corte em sede de controle objetivo de constitucionalidade. São dotadas de abstratividade, generalidade e impessoalidade.

Generalidade, porquanto o ato normativo resolução se destina

a uma classe de pessoas, aí se diferenciando da norma individual, por não ter como destinatário indivíduo isolado. Destina-se aos membros do Poder Judiciário ou àqueles que compõem seus órgãos, juízes, desembargadores e ministros, cada qual em sua escala de lotação ou a eles, magistrados, conjunta e nacionalmente.

Abstratividade, porque a resolução preceitua em tese, ou seja, cria norma, ainda que de cunho administrativo, de caráter imperativo, prevendo uma ação-tipo ou ainda uma classe de ações, postas no tempo de maneira contínua. Aos seus destinatários cabe o cumprimento, sem embargo de questionamentos perante o órgão máximo do Poder Judiciário. Não se constitui, portanto, de ação singular que se exaure no tempo, não se perfazendo de norma concreta.

É impessoal, porquanto não regula ação que se destina a um determinado juiz ou membro por exemplo. “Não prevê indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. Carlos Brito, 2006), não estabelece indivíduo certo para sua aplicação e interpretação. Determina, de forma geral, ações que se destinam a uma classe de indivíduos como para todos os juízes, para todos os desembargadores, para todos os ministros ou para todos conjunta e indiscriminadamente. Não estabelece favoritismos ou perseguições de qualquer espécie. Consoante explica Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a impessoalidade, “o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia” (MELLO, 2006, p. 110).

A título de complementação, exemplos de comandos normativos determinados através de resolução do Conselho Nacional de Justiça que mais invocam as características da norma jurídica são: a Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, que dispõe sobre a proibição da prática do nepotismo dentro do Poder Judiciário; a Resolução nº 03, de 16 de agosto de 2005, que prevê a extinção das férias coletivas nos Tribunais (tendo sido revogado, posteriormente, seu artigo 2º pela Resolução nº 24 do mesmo Conselho); a Resolução nº 13, de 21 de março de 2006, que dispõe sobre o teto remuneratório constitucional e o subsídio mensal dos membros da magistratura. Tais atos normativos determinam preceitos que não se distanciam da

função do Conselho Nacional de Justiça e que são legitimados pela Constituição, expressando normas com força de lei que revelam seu caráter político-institucional.

A Resolução nº 07, por exemplo, ao dispor sobre a prática de nepotismo dentro do Poder Judiciário, abrange a todo este, sem qualquer distinção de Tribunal, Turma ou gabinete dos magistrados. Simplesmente, faz-se aplicável a todos indistintamente, valendo-se da prerrogativa da generalidade da norma.

Aduz em seu art. 1º que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”.

Observando tal dispositivo, confere-se que há preceituação abstrata, além de geral, porquanto determina um comando que se perpetua no tempo até que seja ele revogado por outra norma. Estabelece proposição que, em nenhuma hipótese, seja no passado, presente ou futuro, poderá haver contratação de cônjuge, companheiro ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, excetuados aqueles cargos de provimento efetivo ocupados através de concurso público.

Neste sentido, constata-se também a impessoalidade, visto que não destina a norma a magistrado determinado. Não se destina, por exemplo, ao vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A vedação à prática de nepotismo é estabelecida para todos os órgãos do Judiciário, devendo a todos os Tribunais e magistrados tomarem as providências para exclusão daqueles que se encontram no rol determinado pelo art. 2º da referida resolução.

Assim também, a Resolução nº 03 caracteriza-se de forma genérica, abstrata e impessoal, pois dispunha sobre as férias coletivas no âmbito dos Tribunais, proibindo a estes que seus membros ferassem em um único período. O art. 2º desta resolução foi revogado pela Resolução nº 24, voltando-se a serem possíveis férias coletivas no Poder Judiciário, contudo não torna impossível o estudo acerca deste dispositivo, haja vista que sua revogação só se deu em razão de interesses judiciários que não destoam seu caráter de anterior validade e das características da norma jurídica.

Resolve o referido art. 2º: “cientificar os Tribunais que serão inadmissíveis quaisquer justificativas relativas a período futuro, ficando definitivamente extintas as férias coletivas, nos termos ficados na Constituição”.

Tal dispositivo, primeiramente, referiu-se às justificativas dos Tribunais em manter as férias coletivas do período de julho de 2005, por tratar-se à época de transitoriedade. Em seguida, estabelece, objetivamente, a extinção das férias coletivas, considerando que, já anteriormente, foi determinado que os destinatários seriam os Tribunais de segundo grau.

Mais que qualquer outra norma referente nas resoluções do Conselho Nacional de Justiça, esta se consubstancia, por demais, as características de abstratividade, generalidade e impessoalidade do ato normativo primário.

E, por fim, a Resolução nº 13 – a qual não se poderia deixar de dispor – que determina a aplicação do teto remuneratório constitucional dentro do Poder Judiciário e do subsídio mensal de seus membros.

Dispõe os primeiros artigos da antecitada resolução:

Art. 1º No âmbito do Poder Judiciário da União, o valor do teto remuneratório, nos termos do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, combinado com o seu art. 93, inciso V, é o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal e corresponde a R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais).

Art. 2º Nos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, o teto remuneratório constitucional é o valor do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça, que não pode exceder a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Art. 3º O subsídio mensal dos Magistrados constitui-se exclusivamente de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, de qualquer origem.

Ainda que tais disposições, de certa maneira, configurem caráter transitório, haja vista a possibilidade de, posteriormente, vir a ser fixado novo teto, em razão da atualização financeira e atuarial realizada pelo governo, não desestabiliza o estudo de seus elementos.

O artigo 1º propõe o teto remuneratório no âmbito da União, aplicando-se a todos os membros do judiciário federal. É bem verdade que a resolução não prevê, expressamente, se o referido teto se aplica aos membros e aos servidores públicos ou tão somente aos membros do judiciário. Muito embora haja tal indagação, a resolução no seu título inicial, preâmbulo – se assim se pode denominar –, já anteriormente delimita a abrangência da sua eficácia para apenas os membros, magistrados do Poder Judiciário.

No segundo artigo, por sua vez, valendo-se da legitimidade político-institucional de âmbito nacional, dispõe também sobre o teto remuneratório estadual, determinando que nenhum magistrado poderá ter remuneração superior ao subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado ao teto constitucional dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ressalvado, em artigo posterior (art. 5º), o acúmulo com verbas indenizatórias.

Desta forma, pode-se vislumbrar as três características estudadas neste trabalho: generalidade, porquanto norma destinada a uma classe de pessoas, qual seja, aos membros do Poder Judiciário federal e estadual; abstratividade, porque preceitua teto remuneratório fixo de vinte e quatro mil e quinhentos reais e noventa vírgula vinte e cinco por cento do teto para magistrados estaduais; impessoalidade, por não favorecer nomes ou patrocinar interesses de determinado membros, estabelecendo teto para todos indiscriminadamente.

Novamente aqui se ressaltando a possibilidade de modificação posterior deste ato normativo a este trabalho, tendo em vista que se todas as normas fossem imutáveis, isso geraria moléstia normativa grave no ordenamento jurídico de caducidade do Direito, a eventual mutação não destitui as normas estudadas das suas características essenciais estudadas, a fim de serem analisadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5 CONCLUSÃO

A norma jurídica pode ser estudada a partir de vários critérios de avaliação. Dentre eles os critérios formal e o que diferencia a generalidade e a individualidade da norma são os primordiais para a análise da norma na submissão ao controle abstrato de constitucionalidade.

Os atos normativos são espécies desse gênero norma jurídica. Podem ser secundários e primários, e somente esses últimos é que retiram o seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. Por conta disso, possuem as características de generalidade, abstratividade e impessoalidade da norma jurídica.

As resoluções do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, levando em consideração os estudos da Nomoestática, têm natureza jurídica desses atos normativos primários que possuem no texto constitucional o seu fundamento de validade pelo qual se tornam válidas e eficazes. Desta forma, podem criar, modificar e revogar direitos e deveres, devendo haver observância apenas aos ditames constitucionais, gerando efeitos abstratos e gerais.

As resoluções equiparam-se à lei, à medida provisória, ao decreto legislativo, à resolução do Senado Federal e ao regimento interno dos Tribunais. Fundam-se basicamente nas normas do processo legislativo. Não ferem o princípio constitucional da legalidade e, tampouco, usurpam a competência do legislador ordinário, podendo assim ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade em caso de desobediência à Constituição Federal de 1988

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. rev. Bauru: Edipro, 2005;

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994;

DALLARI, Dalmo de Abreu. Juízes independentes, judiciário sob controle social. **Revista da Associação dos magistrados do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 8, Ano 2;

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005;

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006;

PONTES FILHO, Valmir. **Curso fundamental de direito constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADC 12-6** / DF. Relator Min. Carlos Britto. Voto Min. Carlos Britto. DJ 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 15 out. 2006;

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TERRENOS DE MARINHA: A IMPERATIVIDADE DE UMA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

NAVY LAND: THE IMPERATA OF A SOCIO- ENVIRONMENTAL FUNCTION

Daniel Araújo Valença

Mestre em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do
Rio Grande do Norte – UFRN
Bacharel em Direito pela UFRN
E-mail: danielvalenca1@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A PROPRIEDADE NO BRASIL; 3 OS TERRENOS DE MARINHA; 3.1 DISCIPLINA LEGAL DOS TERRENOS DE MARINHA NA ATUALIDADE; 3.2 OCUPAÇÃO PRECÁRIA; 3.3 AFORAMENTO; 3.4 NATUREZA DOS TERRENOS DE MARINHA E ACRESCIDOS; 4 A IMPORTÂNCIA ATUAL DOS TERRENOS DE MARINHA: A ORLA E A PRODUÇÃO DO ESPAÇO URBANO; 5 A IMPERATIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NOS TERRENOS DE MARINHA; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 PROPERTY IN BRAZIL; 3 LAND OF NAVY; 3.1 DISCIPLINE OF LEGAL LAND OF NAVY IN THE PRESENT; 3.2 PRECARIOUS OCCUPATION; 3.3 APHORISM; 3.4 NATURE OF LAND OF NAVY AND ADDED TO; 4 THE IMPORTANCE OF LAND IN CURRENT NAVY: THE ORLA AND PRODUCTION OF URBAN SPACE; 5 THE URGE THE SOCIAL FUNCTION OF LAND IN THE NAVY; 6 FINAL; 7 REFERENCES.

Resumo: A maioria dos países buscou proteger as faixas litorâneas de seu território. Alguns o fizeram no passado, visando a defesa do território e manutenção da soberania, outros mais recentemente, influenciados, também, pela necessária proteção ambiental a essa frágil extensão territorial. No Brasil, houve a criação dos terrenos de marinha, que se configuram em faixas de terras pertencentes à União, contíguas ao mar, estendendo-se ao longo da orla brasileira. Foram determinados

pela Coroa Portuguesa, no início da colonização, com o objetivo de assegurar a defesa do território e propiciar o desenvolvimento das atividades econômicas do sistema colonizador. No século XIX, provavelmente sob o ar das teorias liberais da época, que viriam a tornar absoluta a propriedade privada da terra no Brasil e vinculá-la ao sistema de compra-e-venda, gerando recursos para o Estado, admitiu-se a ocupação privada desenfreada em troca de pagamentos de taxas. Perdeu-se, dessa maneira, o objetivo de atender a interesses da coletividade. Atualmente, a propriedade de tais bens pela União está prevista na Constituição Federal de 1988. Devido a suas localizações, próximas a um bioma frágil e rico que é o mar e, por outro lado, áreas sobre as quais incidem pressões imobiliárias, revela-se fundamental que as terras existentes na faixa dos terrenos de marinha cumpram uma função socioambiental, impedindo-se que se tornem vazios urbanos com objetivos meramente de especulação imobiliária e destinando-se também para equipamentos públicos e áreas de preservação.

Palavras-Chave: Terrenos de marinha. Função socioambiental. Orla.

Abstract: Most countries tried to protect the coastal ranges of its territory. Some have done in the past, to defend the territory and maintain the sovereignty, others more recently, influenced also by the environmental protection required for such fragile territorial fraction. In Brazil, there was the creation of the sea land, which is set in bands of land belonging to the Union, adjacent to the sea, extending along the Brazilian coast. They were determined by the Portuguese Crown, in the beginning of colonization, with the objective of ensuring the territory defense and providing the development of economic activities of the colonizing system. In the nineteenth century, probably in the air of liberal theories of the time, that would make absolute the private ownership of land in Brazil and link it to the purchase-and-sale system, generating resources for the State, it was admitted the unbridled private occupation in exchange for payment of fees. It was lost, thus, the objective of meeting the community interests. Currently, the ownership of such properties by the Union is provided by the Federal Constitution of 1988. Due to its locations, close to a fragile and rich biome that is the sea and, on the other hand, areas receiving real estate pressures, it becomes essential that the areas in the strip of sea land meet a social-environmental function, being prevented from becoming urban empties with goals of merely property speculation and also being destined to public facilities and preservation areas.

Keywords: Sea Land. Socio-environmental Function. Coast.

1 INTRODUÇÃO

A maioria dos países buscou proteger as faixas litorâneas de seu território. Alguns o fizeram no passado, visando a defesa do território e manutenção da soberania, outros mais recentemente, influenciados, também, pela necessária proteção ambiental a essa

frágil fração territorial.

No Brasil, a Coroa Portuguesa instituiu os terrenos de marinha, que podem ser descritos, preliminarmente, como faixas de terras públicas dispostas ao longo da orla, sob influência das marés. Na época, sobressaíam os objetivos de defesa contra novos invasores e, ao mesmo tempo, favorecer o comércio exploratório.

Os terrenos de marinha foram sendo instituídos a partir de uma série de atos administrativos, sempre pairando certo descaso da Administração para com o trato de seus bens. Com o decorrer do tempo, tornaram-se alvo de ocupação por particulares e se transformaram apenas em bens dominicais com função arrecadatória. Em sua maioria, foram apropriados predominantemente de forma privada, e por segmentos dominantes da sociedade, a partir da omissão Estatal em garantir uma destinação pública a suas áreas.

Este estudo, entretanto, parte do pressuposto de que os terrenos de marinha apresentam uma função estratégica para o atendimento dos interesses da coletividade como um todo. Diante de uma estruturação urbana baseada na segregação sócio-espacial, revela-se necessário que tais bens não existam apenas para apropriação particular mediante contraprestação pecuniária ao Estado, mas que cumpram uma função socioambiental, assegurando a proteção à vida marinha e a apropriação coletiva das riquezas da orla.

2 A PROPRIEDADE NO BRASIL

Para a compreensão dos terrenos de marinha, faz-se necessário trazer à tona o regime de propriedade instituído no Brasil, no início com finalidades mercantis e, posteriormente, com a absolutização da propriedade privada para o desenvolvimento do incipiente sistema capitalista no país.

No Brasil, a colonização de exploração promovida pelos portugueses visava inserir a “terra descoberta” no circuito mercantilista, favorecendo o capital mercantil, essencialmente através do tráfico de escravos e da exportação de produtos primários.

O absolutismo português revelava, como traço marcante, não dissociar a soberania nacional de domínio da propriedade fundiária, buscando sempre preservar o controle da concessão de terras em seu território. Enquanto nos países europeus com burguesia nascente o direito público se separava do privado – justamente para possibilitar a expansão das relações capitalistas –, em Portugal:

A falta de fronteiras entre o público e o privado tem na sua origem a concentração fundiária em poder da Coroa e a derivação da monarquia agrária para a monarquia mercantil e colonial, sem que se dê a absolutização da propriedade (SMITH, 1990, p.98).

A Lei de Sesmarias portuguesa seguiu essa lógica e buscava reordenar a ocupação e a produção nas terras do Estado e da Igreja, após a peste de 1848-50, que despovoou e desestruturou a propriedade rural do país. Saliente-se que a concessão de terras estava condicionada à efetiva produção e ocupação da faixa territorial cedida pelo Estado, vendo-se extinta caso as obrigações estipuladas não fossem cumpridas.

Com a colonização, a instituição jurídica da sesmaria foi implantada na colônia, sob outros termos e objetivos, porém, conservando o princípio da não absolutização da propriedade privada – a propriedade era apenas cedida pela Coroa.

A concessão de grandes propriedades pelo Estado, portanto, mantinha a propriedade pública das terras e a exigência de produtividade, sendo que “a conjugação entre propriedade fundiária não absolutizada e o escravismo se dá dentro de uma condicionante, de que a terra não tem ‘valor’ porque o que tem ‘valor’ é o escravo” (SMITH, 1990, p.159). Nesse aspecto, a grande propriedade torna-se necessária porque é ela que possibilita a utilização cada vez em maior intensidade da mão-de-obra escrava, possibilitando a acumulação mercantil.

Em 1822, pouco antes da Independência, o regime da sesmaria finalmente se exaure no campo formal, apesar de, na prática, por muito tempo ter sido incontrollável pela Coroa, tendo ocorrido apossamentos de grandes glebas sem a anuência estatal.

Só o regimento das confirmações de sesmarias continuou vigindo.

De 1822 a 1850, o Brasil passou por um período em que os conflitos internos na sociedade e no Estado tiveram influência em diversos campos e, no tocante ao regime de propriedade, este se encontrava desregulamentado. Para SMITH (1990, p.170), “esse período corresponde à fase da grande apropriação de terras no Brasil, à estruturação efetiva do latifúndio com base no poder local, numa situação em que o Estado praticamente permanece ausente”.

Após décadas de discussão, o Conselho de Estado elabora o Projeto N° 94, em 1943, visando regulamentar o regime de propriedade no Brasil. Em 1950, transforma-se na Lei de Terras, sendo aprovada concomitantemente à Lei da Guarda Nacional do Império (19.09.1959) e à que extinguiu o tráfico de escravos (04.09.1950). Não coincidentemente, sua aprovação se deu em paralelo ao fortalecimento dos meios de repressão estatal e proibição do tráfico negreiro. A Lei de Terras surge para não apenas confirmar a apropriação privada de extensas terras até aquele momento, mas, essencialmente, para evitar que os não proprietários tivessem como acessar os meios de produção naquele momento.

Formou-se um bloco de liberais na defesa de uma intervenção estatal para barrar o futuro acesso a terra através do mecanismo da posse, ao mesmo tempo em que se garantia a manutenção das grandes apropriações ocorridas naquele momento de Estado quase inexistente nessa esfera. Essa flagrante contradição se substanciava na doutrina de WAKEFIELD, a qual partia do princípio de que deveria ser realizada uma colonização sistemática, pela qual os “sem-terra” e novos colonos advindos da Europa deveriam não acessar a terra para terem de vender sua força de trabalho e impulsionar o trabalho assalariado no país. HARVEY comenta que:

A política implementada nos países coloniais, como aquela de Wakefield, na Austrália, era de os recursos da propriedade privada e do Estado serem usados para excluir os trabalhadores do fácil acesso às terras sem donos, para preservar um conjunto de trabalhadores assalariados no interesse da exploração capitalista. Assim, nas colônias, a burguesia foi forçada a reconhecer o que procurava

esconder em seu país natal: o trabalho assalariado se baseia na separação forçosa do trabalhador do controle dos meios de produção (HARVEY, 2005, p.113)

Para não desestimular a vinda de tais colonos – dentro da perspectiva do “embranquecimento” populacional –, por outro lado, o preço da terra deveria ser suficiente para impedi-los de acessá-la, mas possibilitar tal fato num futuro não tão distante.

Nesse sentido, comenta SMITH:

Por um lado, a ação do Estado se coloca como forma estruturadora da Sociedade no país: autoritária, excludente e privilegiando os proprietários. Por outro lado, todavia, a ação do Estado não está autonomizada, como se inserida num projeto próprio. Encontra-se, antes, situada num contexto amplo que envolve tanto a dinâmica do capital mercantil quanto as relações que o capitalismo passava a pressionar do Exterior. (SMITH, 1990, p.350)

A doação de terras, a partir da doutrina de WAKEFIELD, era vista como oportunidade e forte tentação para o Governo favorecer a amigos e praticar favoritismos e negociatas oficiais em sua distribuição. A saída, de acordo com esta concepção, portanto, seria a venda das terras - única maneira para impedir tais privilégios - e a arrecadação correspondente, por outro lado, buscaria financiar a vinda de novos colonos europeus como mão de obra assalariada.

Dessa maneira, a propriedade se concretiza no Brasil a partir de um marco jurídico excludente estabelecido pelo poder Estatal: inicialmente, o regime de sesmarias e capitanias hereditárias, que excluía a população indígena e negra e, posteriormente, a Lei de Terras, que limitava o acesso à propriedade à compra e venda. Outro aspecto importante é que, gradativamente, a apropriação de terras se desvincula do condicionante da sua efetiva exploração que caracterizara as sesmarias.

Desenvolveu-se, então, uma lógica de supremacia dos interesses do proprietário – o qual poderia usar, gozar e dispor dos

bens como melhor lhe conviesse – na utilização da propriedade. As legislações posteriores – especialmente o Código Civil de 1916 – iriam aprofundar essa visão de propriedade como direito individual e ilimitado, representando um retrocesso histórico para o país.

3 OS TERRENOS DE MARINHA

No Brasil, a previsão legal dos terrenos de marinha data da colonização: era um imperativo estratégico da Coroa ter sob seu domínio as terras contíguas ao mar, devido, por um lado, à necessidade de defesa da costa, e, por outro, à dependência do litoral por parte das atividades econômicas da colonização exploratória de capital mercantil (BENTES, 1994, p. 67).

Em 1500, implantou-se o instituto jurídico das “lizeiras” (hoje os terrenos de marinha), definindo que as terras marginais da orla seriam de uso comum de todos. Em 1710, a Coroa editou a Ordem Régia, de 21 de outubro de 1710, considerada o primeiro documento oficial a chegar ao Brasil falando sobre a marinha, segundo a qual “toda a área colonial entregue a terceiros não incluiria as ‘lizeiras’ ou ‘marinas’, que tinham 33 metros e permaneciam sob a tutela direta do Rei para garantir o uso comum de todos” (SAULE JÚNIOR, 2006, p.34). Portanto, quando da concessão de sesmaria – que, reforce-se, mantinha a propriedade das terras por parte da Coroa -, automaticamente a área cedida a terceiros não incluía as faixas que futuramente se denominariam terrenos de marinha, as quais continuavam sendo bens de uso comum de todos, disponíveis para os usos supracitados.

A proteção legal a tais áreas foi alvo de inúmeras regulamentações visando delimitar claramente quais seriam essas faixas e impedir sua apropriação privada. A figura jurídica dos terrenos de marinha alcançou esse status por intermédio da prática administrativa, que se materializava através de Avisos, Ordens Régias, Cartas Régias, Decretos, Lei Orçamentária, dentre outros, causando uma verdadeira confusão legislativa, além de possibilitar a ocupação desenfreada de tais áreas por particulares. (ALMEIDA, 2008, p.54-55)

Somente em 1832, os terrenos de marinha foram caracterizados claramente em legislação. A lei orçamentária de 15 de novembro de 1831, determinou que o Ministro da Fazenda iria dispor sobre o que seriam considerados terrenos de marinha, para fins de aforamento e arrecadação de rendas, o que se deu através da Instrução do Ministério da Fazenda de nº 348 de 14 de novembro de 1832.

ALMEIDA ressalta que “daí por diante, os terrenos de marinha assumem o seu caráter de elemento gerador de renda, registrado em leis orçamentárias e a regulamentação de todos os casos que surgiram foi, toda ela, feita por meio de atos administrativos” (ALMEIDA, 2008, p.57). Neste momento da história brasileira, o Estado aparenta trasladar o debate liberal sobre a propriedade no país para o instituto dos terrenos de marinha, visualizando-os apenas como faixas de terras passíveis de ocupação privada mediante contraprestação de taxas.

Os problemas quanto a estes bens, entretanto, não cessaram, sendo que:

O tratamento casuístico que era dado aos terrenos, sobretudo naquelas normas administrativas que se manifestavam apenas pontualmente, quando já havia sido instalada uma edificação, ou invasão, nos terrenos de marinha, combinado à morosidade da estrutura administrativa, decorrente sobretudo da dubiedade em centralizar as decisões ao Ministro da Fazenda ou aos Concelhos Municipais, contribuiu para se instalar o caos legislativo e de competência e continuar aumentando a sua ocupação sem limites. (ALMEIDA, 2008, p.57)

Dessa maneira, os terrenos de marinha foram, de um lado, ocupados irregularmente e transferidos entre particulares, e, de outro, alvo de celeuma entre a União, estados e municípios sobre a titularidade dos mesmos. A Instrução nº 348, ao dispor para as Câmaras as rendas auferidas dos terrenos de marinha ocupados por particulares, fez com que estas se vissem enquanto proprietárias dos mesmos.

Apenas em 1905, o Supremo Tribunal pacificou a questão, ao decidir que os terrenos de marinha não se confundiam com terras devolutas nem próprios nacionais, caracterizando-os como uma outra espécie, chamada de bens nacionais, sobre as quais a União exercia um direito de soberania ou jurisdição territorial, impropriamente também chamado de domínio eminente. Com a decisão, os municípios e os estados se conformaram em não serem os detentores da titularidade destas áreas, passando a apoiar, no entanto, a ocupação ilegal e o não-pagamento do foro e do laudêmio devidos. Este fato se constitui em uma forte possibilidade de explicação do porquê de os terrenos de marinha encontrarem-se hoje bastante invadidos. (ALMEIDA, 2008, p.60)

Nesse contexto, os terrenos de marinha deixaram, aos poucos, de ser áreas de uso comum do povo, visando o cumprimento de funções públicas de interesse de toda a nação, e transformaram-se em faixas ocupadas por particulares, sob a conivência do Estado que, posteriormente, as atribuiu uma função meramente arrecadatória.

3.1 Disciplina legal dos Terrenos de Marinha na atualidade

A conceituação atual dos terrenos de marinha se encontra no Decreto-Lei nº 9.760/1946:

[....]

Art. 2º - São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a

influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 20, ao prever os bens da União, recepcionou este decreto-lei e incluiu, pela primeira vez, dentre eles, em seu inciso VII, os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Os terrenos de marinha se constituem naqueles que se encontram a até 33 metros da posição da linha do preamar-médio (LPM) de 1831, demarcação que compete à SPU segundo procedimento previsto no Decreto-Lei nº 9.760/46. Como se vê no desenho abaixo, a LPM se mostra ondular ao longo da orla, sendo que a faixa de terra que se estende do mar à linha representa a área de uso comum do povo, tendo de ser área para livre recreação e circulação de todos transeuntes. Já os acrescidos de marinha, constituem-se naqueles terrenos formados naturalmente ou artificialmente entre os terrenos de marinha e os mares, lagoas ou rios.



(SAULE JÚNIOR, 2006, p.33)

A demarcação da Linha da Preamar Médio (LPM) dos terrenos de marinha tem caráter declaratório. Assim, uma vez declarados como terrenos de marinha ou acrescidos, nenhum outro

registro anterior terá validade em relação aos bens da União. Todos os registros anteriores, portanto, são considerados nulos. (SAULE JÚNIOR, 2006, p 37). Quanto a seu uso privativo por particulares, o Decreto-Lei 9.760/46 disciplinou a ocupação precária e o aforamento, nos termos em que se verá a seguir.

3.2 Ocupação Precária

A Inscrição da Ocupação é um ato administrativo precário, resolúvel, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante (SAULE JÚNIOR, 2006, p 97). São ocupantes aqueles que não detêm título outorgado pela União, estando os mesmos obrigados a uma contraprestação anual (taxa de ocupação) pelo uso do bem público (Art. 127, Decreto-Lei nº 9760/46). Esta taxa é uma contraprestação e não um imposto, sendo pacífico na jurisprudência que não se configura bi-tributação a cobrança de IPTU e taxa de ocupação sobre o mesmo imóvel.

A taxa de ocupação é paga em dinheiro, e corresponde a 2% do valor atualizado do domínio pleno para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição tenha sido requerida à SPU até 30 de setembro de 1988, e a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias para ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida ex-offício a partir de 1º de outubro de 1988. O pagamento é devido desde o início da ocupação, mesmo que não haja inscrição, observado o prazo prescricional de cinco anos. (SAULE JÚNIOR, 2006, p.97)

Caso o possessor não tenha preenchido as condições para obter a sua inscrição, a União imitir-se-á sumariamente na posse do imóvel, sem prejuízo da cobrança das taxas, quando for o caso, devidas no valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, por ano ou fração (Art. 128, § 3º, Decreto-Lei 9760/46).

A inscrição e o pagamento da taxa de ocupação, por outro lado, não importam, em absoluto, no reconhecimento, pela União, de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou ao seu aforamento (Art. 131, Decreto-Lei 9760/46), sendo que:

Art. 132. A União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação, observados os prazos fixados no § 3º, do art. 89.

§ 1º As benfeitorias existentes no terreno somente serão indenizadas, pela importância arbitrada pelo S.P.U., se por este for julgada de boa fé a ocupação.

Por fim, ressalte-se que foram vedadas inscrições de ocupações que fossem realizadas após 15/2/1997 e que revelassem comprometimento a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ambiental, das necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, das reservas indígenas, das ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação, das reservadas para construção de hidrelétricas, ou congêneres, exceto em casos especificados em lei. (SAULE JÚNIOR, 2006, p.98)

3.3 Aforamento

Instituto extinto em termos de direito privado, sua modalidade no direito público continua em vigor: o aforamento é o ato por meio do qual a União atribui a terceiros o domínio útil de imóvel de sua propriedade, e, por definição legal, se dá quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública (Decreto-Lei nº 9670/46, Art. 64, § 2º). O terceiro, a quem se denomina “foreiro”, está obrigado ao pagamento de pensão anual denominada foro, equivalente a 0,6% do valor do terreno.

A Lei nº 9.636/98, que alterou parcialmente o decreto supracitado, por outro lado, determina que o não-pagamento do foro durante três anos consecutivos, ou quatro anos intercalados, importará a caducidade do aforamento.

Na forma da legislação federal específica, a transferência pode-se dar de forma gratuita ou onerosa e, neste último caso, mediante pagamento da importância equivalente a 83% do valor de avaliação do terreno para a União. Esta poderá conceder

aforamento quando entender que não há interesse público, econômico ou social em manter o imóvel em seu domínio, assim como quando for conveniente à preservação ambiental e à defesa nacional. (SAULE JÚNIOR, 2006, p.98)

O aforamento poderá ser extinto, caso o enfiteuta não cumpra com a contraprestação, como determina o Art. 103 do Decreto-Lei nº 9.670/46, com redação determinada pela Lei nº 11.481 de 2007:

I. Por inadimplemento de cláusula contratual;

II. Por acordo entre as partes;

III. Pela remissão do foro, nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinantes da aplicação do regime enfiteútico;

IV. Pelo abandono do imóvel, caracterizado pela ocupação, por mais de 5 (cinco) anos, sem contestação, de assentamentos informais de baixa renda, retornando o domínio útil à União; ou

V. Por interesse público, mediante prévia indenização.

O aforamento poderá ser revigorado, caso o foreiro cumpra com as obrigações que a União lhe impuser, entretanto, esta poderá negar a revigoração caso necessite da área do terreno para um serviço público (Art. 120, Decreto-Lei nº 9760/46).

3.4 Natureza dos Terrenos de Marinha e Acrescidos

Os bens públicos são aqueles bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, associações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei (Código Civil, art.98 e art. 41). No tocante à destinação, podem ser classificados em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominiais.

Os bens de uso comum do povo, tais como a praia marítima e os rios, são destinados ao uso coletivo e podem ser utilizados

indistintamente pelas pessoas, em igualdade de condições. Os bens de uso especial, tais como a hospitais, escolas e secretarias, são utilizados pela administração pública para a realização de suas atividades e consecução dos seus fins. A população, portanto, somente pode utilizá-lo na forma específica para a qual foi criado.

Por fim, há os bens dominiais, que são aqueles que pertencem ao Poder Público, mas não possuem uma destinação pública específica (afetação), como o são os de uso especial, e nem são utilizados indistintamente, como os de uso comum do povo. Podem ser usufruídos de diversas formas, desde que previstas em lei (SAULE, 2006, p. 20). Podem ser alvo de regularização fundiária, de políticas públicas de urbanização, etc. São, por exemplo, as terras públicas que abrigam um loteamento para conjunto habitacional popular ou um assentamento rural e os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Os bens públicos são, via de regra, inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis¹, sendo que:

[...] a diferença que há, de um lado entre os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial e, do outro lado, os bens dominicais, repousa na necessidade de prévia desafetação dos dois primeiros tipos de bens no caso de alienação, dispensada no último, porque os bens dominicais, justamente, não estão previamente ordenados ao atendimento de um fim público. (ROCHA, 2005, p.65)

De acordo com o Art. 11 do Código de Águas, os terrenos de marinha revelam-se como bens dominicais, não tendo, portanto, a princípio, destinação específica a serviço público algum.

Por muito tempo a doutrina posicionou-se de maneira conservadora tratando os bens dominiais como bens do Estado de direito privado que se constituíam apenas em fonte arrecadatória para o Estado. Esta visão, não apenas retira desses bens a

¹ Imprescritíveis porque o domínio de bem público não pode ser adquirido por usucapião, não ocorre a prescrição aquisitiva com o decurso do tempo como em caso de imóveis privados; impenhoráveis, pois os créditos contra a Fazenda Pública se satisfazem por meio de precatórios; e inalienáveis enquanto perdurar a afetação

responsabilidade estatal de assegurar que seus imóveis cumpram um objetivo que seja de interesse da coletividade, como exclui tais bens da incidência do princípio da função social da propriedade. Atualmente, a função financeira dos bens dominicais deve estar relegada a um segundo plano e subordinada ao cumprimento do interesse público primário coincidente com o interesse da coletividade (ROCHA, 2005, p.23) que, em nosso caso, realiza-se pela construção de cidades democráticas e sustentáveis.

Os terrenos de marinha, por outro lado, podem se configurar como bens de uso especial e de uso comum do povo, desde que a eles seja destinada uma finalidade – criação de área de lazer, posto de bombeiros salva-vidas, escolas, etc. A sua destinação, portanto, pode vir a ser voltada a toda a coletividade e não apenas a um uso privativo em troca de contraprestação pecuniária.

4 A IMPORTÂNCIA ATUAL DOS TERRENOS DE MARINHA: A ORLA E A PRODUÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Na atualidade, a razão de existir dos terrenos de marinha adquire um novo escopo: a orla, por um lado, é alvo de pressão imobiliária e disputa entre as classes sociais por localizações privilegiadas; de outro, constitui-se num patrimônio raro e frágil, “fazendo da gestão dos espaços litorâneos alvo da preocupação de organizações internacionais e regionais” (RUFINO, 2007, p.65).

O mar como valor cênico e paisagístico e a praia como espaço para o lazer foram incorporados ao repertório urbano da sociedade brasileira no início do século XX, refletindo influências européias e americanas, sendo que:

Possuir um imóvel ou passar as férias em frente ao mar vira sinônimo de status e por todas as cidades de porte – capital ou não – surgem bairros que foram construídos à semelhança de Copacabana. A via beira-mar transforma-se em pólo aglutinador da população e a praia assume a função urbana do parque, sendo utilizada como centro de lazer por um

público amplo. (MACEDO, 2007, p.50)

Ao analisar a produção do espaço urbano nas metrópoles de São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre, Belo Horizonte e Salvador, VILLAÇA defende que as terras situadas nas orlas detêm um enorme componente de preço de monopólio, levando em consideração que:

Para as metrópole brasileiras – e certamente também para as latino-americanas –, a força mais poderosa (mas não a única) agindo sobre a estruturação do espaço intra-urbano tem origem na luta de classes pela apropriação diferenciada das vantagens e desvantagens do espaço construído e na segregação dela resultante (VILLAÇA, 2001, p. 45).

Dessa forma, argumenta que o comando na estruturação do espaço está nas mãos das classes dominantes, a partir de um processo de segregação sócio-espacial na busca de localizações privilegiadas. A segregação se revela de diferentes maneiras, sendo de nacionalidades, étnicas ou de classes. Para ele, a última é:

[...] aquela que domina a estruturação das nossas metrópoles. Tal como aqui entendida, a segregação é um processo segundo o qual diferentes classes ou camadas sociais tendem a se concentrar cada vez mais em diferentes regiões gerais ou conjuntos de bairros da metrópole (VILLAÇA, 2001, p.142)

Esse modelo de produção do espaço urbano, recorrente no sistema capitalista e, ao longo dos anos, assimilado como algo “natural” pela sociedade, leva à apropriação por setores mais ricos do sítio natural e da estruturação urbana:

A urbanização ao longo das orlas nas metrópoles litorâneas, inclusive e especialmente a infra-estrutura de transportes, decorre de decisões que atendem a interesses intra-urbanos. Tais interesses são os das camadas de alta renda e seus agentes imobiliários. Não são as vias regionais de transportes que “puxam” (valorizam a terra e provocam a expansão urbana) a urbanização ao longo das praias de alto-mar: são os interesses intra-urbanos que trazem um sistema viário local e a urbanização. Nesses setores define-se uma área que atrai o interesse das

camadas de alta renda. Estas, pelo poder político que apresentam, pressionam o Estado, que investe nesses setores. (VILLAÇA, 2001, p. 107)

Essa estruturação, que não ocorre em todas as praias, mas naquelas escolhidas por estes setores – ficando as demais depreciadas, do ponto de vista ideológico², e destinadas às camadas populares –, ao mesmo tempo em que expulsa os moradores de baixa-renda que ali viviam, geralmente ergue “prédios enormes por toda a orla que tornam a vista da praia e da beleza natural um privilégio dos poucos que melhor conseguem tirar proveito da especulação imobiliária” (FREITAS, 2004, p.22). Na perspectiva ambiental, além da perda paisagística, em territórios com urbanização consolidada nesses moldes, geralmente, verifica-se uma incompatibilidade do processo de adensamento com a infra-estrutura disponível, ocasionando-se prejuízos a balneabilidade e mortandade de peixes. Saliente-se também a existência de diversos vazios urbanos, mesmo em orlas com urbanização consolidada, à espera de uma maior valorização imobiliária.

É bem verdade que os fenômenos supracitados ocorrem nas orlas brasileiras, que abrange uma territorialidade maior que os terrenos de marinha em seus acrescidos; mas também é certa a existência desses processos nos terrenos de marinha e seus acrescidos, áreas pertencentes ao Estado, ou seja, patrimônio da população brasileira.

5 A IMPERATIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NOS TERRENOS DE MARINHA

Com a pressão popular de movimentos sociais de luta pela moradia e reforma agrária, a Constituição Federal de 1988 revigorou e deu robustez ao princípio da função social da propriedade.

² De acordo com VILLAÇA, a dominação dos setores ricos se dá através dos elementos econômico, político e ideológico. Do ponto de vista econômico, porque há o controle da localização, possibilitando menores deslocamentos e orientando a produção imobiliária; na perspectiva política, há a concentração da produção de infra-estrutura por parte do Estado; e, em termos de ideologia, possibilita tornar “a cidade” aquela “parte da cidade” que é de interesse dos setores dominantes (VILLAÇA, 2001, 335-344).

CAVEDON afirma que:

[...] considerando-se que a Sociedade e as relações humanas a ela inerentes estão em constante dinamismo e evolução, os dispositivos legais que as regem necessitam ser renovados para que sejam coerentes com as aspirações sociais, e para que sejam aptos a dirimir os novos Conflitos. Assim, a Propriedade passa por uma releitura, adquirindo uma Função Social a fim de contemplar os interesses coletivos e garantir a promoção do Bem Comum. Esta Função Social determina que o proprietário, além de um poder sobre a Propriedade, tem um dever correspondente para com toda a Sociedade de usar esta Propriedade de forma a lhe dar a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais. (CAVEDON, 2003)

ROCHA retrata que o cumprimento da função social também vem sendo estendido para a propriedade pública, inclusive para os bens dominicais. Para ele, o Estado, enquanto proprietário de bens:

[...] está investido de poderes inerentes a esta relação jurídica que, no entanto, é fortemente marcada e influenciada pelos fins públicos a que deve obrigatoriamente atender, o que resulta num regime jurídico diferenciado, se comparado com a propriedade particular. (ROCHA, 2005, p.23)

A União, que através da Secretaria do Patrimônio da União, vinculada ao Ministério do Planejamento, administra seus bens, superou a visão meramente arrecadatória e assimilou o princípio da função socioambiental da propriedade, essencialmente a partir da mudança governamental ocorrida em 2003. a missão do órgão foi revista, revelando-se sob a perspectiva de “conhecer, zelar e garantir que cada imóvel da União cumpra sua função socioambiental em harmonia com a função arrecadadora, em apoio aos programas estratégicos para a Nação” (SAULE JÚNIOR, 2006, p.46). Dessa maneira, há uma alteração histórica nos princípios que regem as ações da União quanto à gerência de seus bens, sendo que tais princípios há tempos já se encontravam positivados e, inclusive, defendidos internamente por alguns setores mais progressistas do órgão.

Nesse sentido, a propriedade urbana pública, conforme manual oficial expedido por aquele órgão, cumpre a sua função social quando o seu uso e destinação (SAULE JÚNIOR, 2006, p. 43):

- a. Respeita o direito às cidades sustentáveis, que compreende o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer;
- b. Respeita os planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano definidos pela população e associações representativas dos vários segmentos da comunidade por meio dos instrumentos da gestão democrática da cidade;
- c. Não resulta na sua utilização inadequada gerando usos incompatíveis e inconvenientes;
- d. Não ocasiona parcelamento do solo, edificação ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infra-estrutura urbana;
- e. Não gera instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- f. Elimina a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- g. Não resulta na deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e degradação ambiental;
- h. Resulta na proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
- i. Resulta na regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

O Estado brasileiro, portanto, deve zelar para que as propriedades situadas dentro das faixas dos terrenos de marinha e seus acrescidos estejam atendendo a estes requisitos. Além dos fatores supracitados, compreendemos que terras públicas não podem configurar vazios urbanos – com vistas a especulação imobiliária por seus ocupantes –; nem restringir ou dificultar o acesso à praia. Deve a SPU, ademais, proporcionar o direito à moradia de setores populares, através da regularização fundiária pelos instrumentos urbanísticos disponíveis CUEM, CDRU, dentre outros; agir para que as áreas onde os ocupantes que até hoje não impuseram uma função às terras da União, sejam destinadas a equipamentos públicos de lazer, cultura, apoio a comunidades de pescadores, ou mesmo adquiram uma função de proteção ambiental, de acordo com as necessidades locais elaboradas pela população.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe neste trabalho, o Estado brasileiro proporcionou uma lógica de mercantilização da terra que não corresponde aos atuais objetivos da Nação. A ação Estatal nunca visou assegurar o direito ao acesso a terra e à moradia; mas, sim, de início, povoar e fazer progredir a colonização exploratória e, num momento subsequente, garantir a liberação de mão de obra para o incipiente sistema capitalista brasileiro. Esse processo favoreceu surgimento de uma série de adversidades sociais às quais o mesmo Estado ainda não conseguiu reverter. Seus bens, que poderiam contribuir para fazer frente a esse processo, seguiram uma lógica predominantemente arrecadatória.

A previsão legal de domínio do Estado sobre determinadas áreas, especificamente os terrenos de marinha e seus acrescidos, representa uma oportunidade para que haja uma intervenção na busca da construção de cidades sustentáveis. Nesse sentido, RUFINO defende que:

Em virtude de fatores sobretudo históricos, extensas porções dos respectivos litorais constituem uma propriedade pública não sujeita à apropriação por particulares, mesmo que se permita a esses algum direito ou faculdade de uso e aproveitamento. Em

conseqüência, a apropriação pelo Estado de espaços litorâneos a proteger seria grandemente facilitada, pelo fato de já pertencerem ao país, como objeto de propriedade pública, extensas porções da orla marítima [...]. Os terrenos de marinha poderiam ser afetados ao uso comum de todos os habitantes, isto é, ao domínio público, ao invés de ser concedidos a particulares, a título de ocupação privativa. [...] (RUFINO, 2004, p.79)

Como já afirmamos, a inscrição de ocupação é um ato administrativo precário, resolúvel, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante (SAULE JÚNIOR, 2006, p 97). Combater os vazios urbanos e a segregação sócio-espacial; a poluição ambiental e o adensamento sem a infra-estrutura correspondente e assegurar que os terrenos de marinha e seus acrescidos facilitem uma maior oferta de equipamentos públicos e áreas de uso comum do povo – estes devem ser os objetivos almejados por movimentos sociais, academia, sociedade e pelo Estado. Eles estão bem mais próximos dos objetivos fundamentais da República, insculpidos no Art. 3º da Constituição Federal, do que a mera finalidade arrecadatória a partir da utilização privada de tais bens.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Mauro de Lima O' de. **Terrenos de Marinha: Proteção Ambiental e as Cidades**. Belém: Paka-Tatu, 2008.

BENTES, DULCE. **Patrimônio Público, Gestão do Território e Direito ao Meio Ambiente**: Os bens da União e dos Estados na implantação hoteleira e turística no litoral leste do Rio Grande do Norte (1930/ 1990). 2001. 241 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de São Paulo - São Paulo, 2001.

BRASIL. Decreto nº 24.643/34, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Coleção das Leis do Brasil**, 1934, V, 4, p. 679. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>. Acesso em: 13 maio. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.760/46, de 05 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 06 de setembro de 1946, p. 12500. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del9760.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.636/98, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 18 de maio de 1998, p. 2. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/19636.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

BRASIL. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 11 de janeiro de 2002, p. 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2009.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. 190 p.

FREITAS, Almeida Passos de. **Zona Costeira e Meio Ambiente: aspectos jurídicos**. 2004. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná –Curitiba, 2004.

HARVEY, David. **A Produção Capitalista no Espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

MACEDO, Sílvio Soares. Paisagem, litoral e formas de urbanização. In: BRASIL, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Projeto Orla: **Subsídios para um Projeto de Gestão**. Brasília, 2004. p.45-64.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade Pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RUFINO, Gilberto D'Ávila. **Patrimônio Costeiro e seus fundamentos jurídicos**. In: BRASIL, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Projeto Orla: Subsídios para um Projeto de Gestão. Brasília, 2004. p.65-86.

SAULE JÚNIOR, Nélon et alii. **Manual de Regularização Fundiária em Terras da União**. Organização de Nélon Saule Júnior e Mariana Levy Piza Fontes. São Paulo: Instituto Pólis; Brasília; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2006.120p.

SMITH, Roberto. **Propriedade da Terra e Transição** – estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

OS DÉFICITS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO OPÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MINORIA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

THE DEFICITS OF THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY : THE CIVIL DISOBEDIENCE AS AN OPTION FOR CONCRETIZATION OF THE MINORITY RIGHTS IN DEMOCRATIC PROCESS

Daniel Bustamante Chagas

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú
E-mail: danielbustamante@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A NORMA JURÍDICA INJUSTA; 2.1 A LEI INJUSTA; 2.2 A LIBERDADE; 3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA; 3.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE RESISTÊNCIA; 3.2 O DIREITO DE RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL; 3.2.1 O PROBLEMA CONSTITUCIONAL DA RESISTÊNCIA; 3.2.2 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA RESISTÊNCIA; 4 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL; 4.1 A JUSTIFICAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL; 4.2 O PRINCÍPIO DA MAIORIA; 4.3 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 4.4 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION ; 2 UNJUST JURIDICAL FORM; 2.1 UNJUST LAW; 2.2 FREEDOM; 3 THE RIGHT OF RESISTANCE; 3.1 EVOLUTION OF THE CONCEPT OF RIGHT OF RESISTANCE; 3.2 THE CONSTITUTIONAL RIGHT OF RESISTANCE; 3.2.1 THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL RESISTANCE; 3.2.2 CONSTITUTIONAL LIMITS OF RESISTANCE; 4 CIVIL DISOBEDIENCE; 4.1

JUSTIFICATION FOR THE CIVIL DISOBEDIENCE;
4.2 PRINCIPLE OF MAJORITY; 4.3 THE CIVIL DIS-
OBEDIENCE AS A FUNDAMENTAL RIGHT; 4.4 THE
CIVIL DISOBEDIENCE IN THE DEMOCRATIC PRO-
CESS; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O objetivo deste estudo consiste em analisar os déficits da democracia representativa na atualidade, com o foco principal na desobediência civil como opção para concretização dos direitos da minoria dentro do processo democrático. No processo da elaboração das leis, existe a possibilidade da feitura de leis injustas, fazendo com que uma minoria, prejudicada, sinta-se preterida da abrangência da justiça. A desobediência civil, como espécie do gênero direito de resistência, apesar de não estar expressa na Constituição Federal, teria um caráter de direito fundamental, já que visa à proteção de direitos de ordem primária como a vida e a dignidade humana. A divinização do princípio da maioria dentro da democracia impõe à minoria um caráter de quase marginalidade, contraposto somente com medidas que visem a imprimir ao processo democrático a vontade da minoria. Analisou-se a desobediência civil como opção para este problema. Adotou-se uma pesquisa cuja finalidade é a pesquisa pura, do tipo bibliográfica e de caráter exploratória. Apresentamos o presente estudo separado em três capítulos. Iniciamos verificando como se dá a composição da lei injusta, observando após, o instituto do direito de resistência, e concluindo com a análise da desobediência civil enquanto direito fundamental.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Democracia. Direito de Resistência. Desobediência Civil. Justiça.

Abstract: The objective of this study consists in analyzing deficits of the representative democracy in the present time, with the main focus in the civil disobedience as an option for concretization of the minority rights inside the democratic process. In the process of elaboration of laws, there is the possibility of developing unjust laws, creating a minority which, harmed, feels neglected by justice. The civil disobedience, as species of the right of resistance genre, although not expressed in the Federal Constitution, would have a character of fundamental right, since it aims at the protection of primal order rights as the life and the dignity of a human being. The divinization of the majority principle inside the democracy imposes to the minority a characteristic of almost marginality, only opposed with measures aiming to press the will of the minority in the democratic process. It has been analyzed that civil disobedience is an option for this problem. A research whose purpose is pure research, of the bibliographical type and exploratory character was adopted. We present this study separated in three chapters. We initiate verifying how an unjust law can be created, and then we observe the institute of the resistance right and, concluding, the analysis of civil disobedience as fundamental right.

Keywords: Constitutional law. Democracy. Right of Resistance. Civil Disobedience. Justice.

1 INTRODUÇÃO

A origem do poder na democracia repousa na vontade do Povo. Em 1863, dando continuidade a uma jornada histórica, numa tentativa de definição sobre o conceito, assim sintetizou Lincoln (apud PAUPÉRIO, 1997, p. 24): “a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Contudo, modernamente o conceito de democracia tornou-se de difícil conceituação e de interpretação ambígua. A própria UNESCO, em 1947, na sua 2ª sessão da Conferência Geral, no México, em uma pesquisa de amplitude internacional, tentou estabelecer o conceito, sem sucesso, no entanto, devido à variedade de práticas políticas mundiais.

A vontade popular, que nortearia a democracia, seria expressa pela lei. A lei seria a única fonte de Direito, ou ao menos aquela que determina a validade e a vigência das demais.

Essa vontade da coletividade, que é expressada pelo parlamento, através da lei, na verdade, demonstra-se muito mais como vontade da maioria, do que de toda a coletividade. A vontade da maioria, na democracia, é elevada à critério de verdade. “A lei, o parlamento e a maioria representam, deste modo, uma verdadeira trilogia sagrada [...]” (OTERO, 2001, p.170).

É verdade que a democracia tornou-se um meio eficaz de garantir os direitos fundamentais. Contudo, a imposição a toda a sociedade da vontade de uma minoria (parlamento), supostamente decidindo em nome da vontade da maioria (vontade popular), mostra-se atentatório do próprio princípio democrático, elevando-se a vontade da maioria a critério de verdade, como aponta Otero (2001, p.171).

O Estado, ao elaborar as leis de conduta, organiza sanções jurídicas para conter o abuso do poder pelo próprio governante. Temos que nem sempre estas sanções são suficientes para conter a injustiça dos governantes ou da própria lei.

Quando uma lei é contrária ao bem comum, à tranqüilidade da ordem, volta-se contra sua própria finalidade, sendo atentatória dos princípios superiores do direito natural, e apesar de legalmente formulada, possui uma legalidade espúria, por isso mesmo, será injusta.

A Desobediência Civil é uma das formas de expressão do Direito de Resistência, sendo esta uma espécie de Direito de Exceção que, embora tenha cunho jurídico, não necessita de leis para garanti-lo, uma vez que se trata de um meio de garantir outros direitos básicos. Ela tem lugar quando as instituições públicas não estão cumprindo seu fiel papel e quando não existem outros remédios legais possíveis que garantam o exercício de direitos naturais, como a vida, a liberdade e a integridade física.

Aqui repousa o fundamento do direito de resistência garantido ao indivíduo governado, que pode ir desde a oposição às leis injustas, passando pela resistência à opressão, e chegando até o extremo de uma revolução.

“A democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.” (SILVA, 1999, p.130).

2 A NORMA JURÍDICA INJUSTA

O ideal de justiça acompanha o Direito desde sua criação. No surgir do primeiro código, observa-se que o objetivo geral da lei é a implantação de um sentimento de justiça na sociedade.

Afirmar que no ordenamento jurídico possam existir normas jurídicas injustas não seria uma afirmativa que chocaria o cidadão. O problema resta no fato de que a crítica à questão das leis injustas pressupõe um critério para julgamento delas como tal.

Para a maioria dos autores, o cerne da questão da lei injusta é a incompatibilidade da lei com a regra moral.

2.1 A Lei Injusta

Admitir que as leis humanas possam ser injustas não é tarefa das mais simples. Fazer isso é admitir que nosso sistema legislativo é falho. Talvez por isso, muitos juristas evitam o problema de definir a lei injusta. Outros, porém, enfrentam o desafio, alguns com sucesso, outros nem tanto.

O Estado Democrático de Direito possui seu alicerce na validade da lei. Otero (2001, p.170) aponta a validade do Estado Democrático de Direito apoiada no culto formal à lei, não vinculando a sua validade ao conteúdo desta, mas à maneira que ela fora elaborada. O positivismo, portanto, faz com que se inadmita a possibilidade de uma lei injusta.

À norma não pode ser atribuída a função da verificação da justiça. Ela traz somente regras de conduta. A necessidade de existência do aplicador do direito é fundamental, uma vez que ele é o responsável pela conexão entre a vontade social, representada pela norma, e o caso concreto, precisando, para isso, ter, como pano de fundo, a justiça.

Como explica a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, o direito é uma conseqüência da valoração social de um fato, ou seja, o direito surge de uma necessidade da sociedade de incentivar, coibir, ou regular determinado acontecimento social. Portanto, o direito é um instrumento que visa a viabilizar a convivência social de forma agradável, e tem como alicerce, a justiça. O fim objetivado pelo direito é a justiça. Portanto, esta deve ser o balizador inicial do aplicador do direito, estando a técnica em segundo plano, uma vez que ela não é suficiente para garantir a aplicação da justiça ao direito.

Não falamos aqui de uma defesa ao livre desrespeito à lei. O que não se deseja é que o juiz seja um escravo da lei, pois se o juiz for um mero aplicador da lei, poderá passar a semear a injustiça.

O compromisso do juiz é com a concretização da justiça, sendo posicionamento do próprio ordenamento jurídico, quando consagra que, ao interpretar, o juiz deve atender às exigências do bem comum.

Thoreau (2007, p.26), em seu clássico A Desobediência Civil, discorrendo sobre a injustiça, conclui: se a injustiça for algo inerente à máquina do governo, então nada há de ser feito. Contudo, se essa

natureza da injustiça nos exigir agir injustamente, “então proponho que violemos a lei”.

2.2 A Liberdade

Uma discussão que importa para o tema da desobediência civil é a discussão acerca da liberdade. Costumamos associar a liberdade às conquistas do governo constitucional, como igualdade perante a lei, liberdade de reunião etc. Conforme observa Hannah Arendt, essas conquistas fazem parte da conquista da libertação, e não da liberdade, “não constituem, absolutamente, o verdadeiro conteúdo da liberdade, a qual significa participação nas coisas públicas ou admissão ao mundo político”. (1988 apud GARCIA, 2004, p. 241).

A liberdade de exercer a vida política como cidadão pressupõe convicção ou convencimento, afastando-se completamente da servidão voluntária, que pressupõe alienação.

Por que obedecer? É a questão que Celso Lafer coloca como cerne na análise do tema da liberdade quando inserida no ambiente político.

[...] questão central da política é a questão da obediência e da coerção. Por que devo (eu, ou qualquer pessoa) obedecer a alguém? Por que não devo viver como me agrada? Preciso obedecer? Se eu desobedecer, poderei ser coagido? Por quem e até que ponto e em nome de quê e em favor de quê? (GARCIA, 2004, p. 242).

A questão da autoridade é a origem da coerção e está intimamente ligada à questão da liberdade. A ordem política repousa nesses dois princípios, opostos e conexos, que se vêem em constante disputa dialética. A movimentação desigual de qualquer um deles pode acarretar o desequilíbrio das forças políticas. Se o desequilíbrio for favorável à liberdade, pode levar à anarquia, se for favorável à autoridade, podemos ter o totalitarismo.

Temos, portanto, que a coerção e a liberdade, apesar de opostas, são necessárias para o governo, pois é o equilíbrio dessas forças que garante a manutenção do Estado Democrático.

A autoridade visa a obter a obediência. A lei aparece como um produto racional da autoridade, imbuída da coerção governamental. A elaboração das leis é um processo indutivo, no qual o legislador se guia por suas próprias convicções, supondo estar imprimindo o interesse da sociedade. Na interpretação das leis, para não ocorrer um colapso do sistema jurídico e social, pressupomos que a lei é legítima.

Nos séculos XVII, XVIII e XIX, o objetivo das leis não era o de garantir direitos aos indivíduos, mas o de garantir a proteção à propriedade. No século XX, quando ocorreu uma exposição direta das pessoas, sem qualquer proteção pessoal, as pressões empurraram a lei à proteção dos indivíduos e de sua liberdade pessoal.

A lei é tida então como um mandamento ao qual todos devem obediência, independentemente de seu consentimento ou acordos mútuos. Essa interpretação legal deriva do absolutismo, e teria seu fundamento no Direito Romano. Contudo, Montesquieu aponta que a interpretação ocidental dada às leis não é romana, e sim hebraica, fundamentada nos mandamentos divinos do Decálogo.

A Revolução Francesa mostrou a necessidade de se localizar essa fonte transcendente da lei, essa divindade.

Hobbes trouxe o entendimento de que somente ao soberano era legítimo o poder legiferante, e que somente à lei cabe a interpretação do justo e do injusto. Ao súdito restaria a prática de todos os atos que a lei não proibisse, pois a lei, em hipótese alguma, poderá ser injusta. Substituiu-se a vontade do monarca, que era tida como vontade de Deus, e por isso mesmo como inquestionável, pela vontade da lei, aplicando-lhe a maquiagem de vontade geral.

3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Ao analisar o direito de resistência objetivamos conhecer os fundamentos de sua institucionalização. A resistência, que possui um caráter fortemente político, não pode alijar-se de seu caráter também jurídico. “A resistência sai do mundo dos fatos empíricos para o resguardo do Estado e torna-se um ‘bem’ protegido

juridicamente, e não mais mera retórica política”. (BUZANELLO, 2005, p. 84).

Não basta, contudo, a simples aceitação jurídica ao direito de resistência, pois uma questão se coloca frente a isso: como pode o Estado garantir direitos contra si mesmo? Duas forças principiológicas apresentam-se à frente da discussão: liberdade versus poder.

“A nova ordem estatal de racionalização do poder político pela Constituição assinala, [...] a passagem do estado de natureza à sociedade política. Essas idéias têm em comum a necessidade de limitação e o controle dos abusos de poder do próprio Estado.” (BUZANELLO, 2005, p. 84).

3.1 Evolução do Conceito de Direito de Resistência

A doutrina tem assegurado o direito de resistência do cidadão quando o Estado invade de maneira ilegítima a sua liberdade individual, ou seja, não existiria um direito de resistência próprio, mas uma resistência passiva, derivada do direito de liberdade. Já quando ocorre a resistência ativa, tende-se a afirmar que a reação do cidadão não será, em nenhuma hipótese, legítima.

Para alguns autores de peso como Tocqueville, John Stuart Mill, Benjamin Constant, a proteção social contra as arbitrariedades do Poder, repousa mais fortemente no equilíbrio entre o poder político e as forças sociais, que na garantia ao direito de resistência.

Com o evento da Revolução Francesa, e todo o clima revolucionário da época, vimos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a colocação no texto do direito de resistência violenta contra governos injustos. Mas, em “épocas normais”, com governos colocados de forma institucional, conforme a legislação vigente, observamos que o direito de resistência é desprestigiado. Os governos não conseguem admitir a hipótese de serem substituídos por meio de uma revolução. Ainda há aqueles governos que foram colocados através da revolução, mas acreditam que a última revolução legítima, foi aquela que lhes deu o poder. Em virtude disso, temos que quase na totalidade, é suprimido dos

textos constitucionais o direito de resistência.

Todo direito posto imprime não só a faculdade de fazer ou de ter, mas, também, estabelece o poder de exigir respeito a esta faculdade. Como o Governo é a entidade responsável por garantir o cumprimento das normas jurídicas, seria inadmissível a existência de um direito que versasse contra o próprio governo. Mesmo que um Governo trouxesse consignado em suas normas esse direito, é difícil de imaginar que ele admita que esteja cometendo alguma injustiça, opressão ou abuso.

Barthélemy e Duez (apud GARCIA, 2004, p. 170) colocam que não existe um direito natural de resistência, pois se trata de uma teoria política e não jurídica. O que ocorre é a existência de fatos de resistência, que sob determinada ótica, podem parecer legítimos. E ainda que os governantes, à frente dos Governos, pratiquem atos às vezes inoportunos ou injustos. Mesmo estando dentro da legalidade jurídica, apresentar-se-ia aqui um momento de suspensão da supremacia constitucional.

Algumas questões nos são colocadas como, por exemplo: admitir-se-á a resistência ativa ou passiva nesses casos? Como será legitimada a resistência? Quais são os seus limites? Como garantir que, de forma exagerada, ela não atinja níveis que leve à anarquia?

Apesar de toda essa controvérsia, alguns grandes juristas orientam que se consigne no texto constitucional o direito de resistência.

3.2 O Direito de Resistência Constitucional

Verificamos que a tendência dos textos constitucionais modernos é pelo não acolhimento do direito de resistência. Vemos que estes textos caminham no sentido exatamente contrário: aumentam o poder do Estado para reprimir movimentos de resistência que possam ferir sua hegemonia no poder.

No passado, já tivemos o direito de resistência na constituição, os estudiosos apontam dois motivos para que isso não ocorra mais: primeiro observa-se que nos governos modernos prevalece a

Democracia Constitucional, regido pelo princípio de que o governo é constituído pelo povo e para o povo, através da representatividade. Frente a isso, apontam que se tornaria uma incongruência admitir que num regime democrático pudesse existir lugar, ou oportunidade para que a opressão florescesse. Constitucionalmente, a opressão não conseguiria persistir após as sucessivas delegações de competência inerentes à democracia, fazendo com que o Poder se baseie na vontade unânime do povo.

O segundo motivo apontaria o fato de que modernamente passa-se a refutar a atitude individual do cidadão frente ao coletivo, essa resistência individual seria uma ameaça à sociedade:

As ideologias modernas começaram a não admitir a resistência como atitude de reserva do cidadão tanto em relação ao Poder quanto em relação ao grupo: para elas, existe apenas uma tirania, a das ameaças que vêm na recusa dos sacrifícios individuais, aos valores que representam. 'O adversário do regime é um opressor, ou melhor, um criminoso'. (BURDEAU apud GARCIA, 2004, p. 168).

O sistema constitucional brasileiro condensa-se normativamente para a defesa dos valores fundamentais que já foram incorporados pelo patrimônio dos direitos humanos. Torna-se balizador para a efetivação do direito, que a aplicação desses valores seja eficaz, sob o risco da constituição ser despida de efetividade.

O direito de resistência é configurado como um direito atípico, que foge do ordenamento jurídico, pois não necessita da outorga estatal para existir. Trata-se de um direito fundamental que não possui registro na Constituição.

Segundo Bobbio, o direito de resistência operaria de forma similar a um direito de defesa, estando a serviço das normas primárias, cujo foco esta na vida, na dignidade humana e na propriedade.

A Constituição já traz em si o aporte necessário para fazer valer o direito de resistência. Nossa Carta Magna, portanto, assegura

tanto material quanto formalmente o direito de resistência. Senão vejamos, sob o aspecto formal, apresentam-se os direitos políticos e civis, consignados na Constituição, e sob o aspecto material temos os direitos materialmente constitucionais, como os princípios implícitos.

A Constituição declara a existência de “outros” direitos e garantias além daqueles elencados em suas linhas. Observamos o art. 5º, § 2º, CF, no qual “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”.

Além desta possibilidade de resistência implícita na Constituição, esta reconhece explicitamente algumas espécies de resistência como: a objeção de consciência (art. 5º, VIII, c/c art. 143, §1º, CF); a greve política (art. 9º, CF); o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF). A mera positivação dessas modalidades de resistência não exclui a operacionalização de outras não elencadas, como a desobediência civil por exemplo.

A estrutura apresentada pelo texto constitucional demonstra a essência das normas constitucionais. Os princípios constitucionais formam o sustentáculo legal que objetiva a garantia do Estado democrático de direito, e o fim maior deste Estado que seria o ideal de justiça social e material.

É imperioso observar que a Constituição apresenta não só a possibilidade, mas orienta no sentido de que sejam adotados “outros” direitos e garantias fundamentais. Buzanello aponta que este comando constitucional integraliza novos direitos em três perspectivas: quanto ao regime político; por decorrência dos princípios constitucionais; e por fim, oriundos dos tratados internacionais. (2005, p. 208).

Esses direitos e garantias fundamentais, extraídos da interpretação constitucional, ou seja, que não estão explícitos na Constituição, não possuem hierarquia quanto àqueles expressos, não podendo, portanto, haver distinções entre eles e os expressos.

Esse novo rol de garantias fundamentais exige para sua interpretação a aplicação da hermenêutica jurídica, a partir de elementos formais extraídos da própria Constituição em confronto com os princípios gerais do direito. É essa abertura constitucional que permite a existência do direito de resistência geral, ausente do ordenamento, coexistindo em paz com o direito de resistência material.

Frente a essa abertura constitucional verificada, salutar é que o direito constitucional permaneça aberto às mudanças da realidade social, da verdade e da justiça, pois dessa forma, consubstanciará a primazia dos direitos fundamentais do homem, reconhecendo no direito de resistência uma barricada do cidadão frente aos abusos do Estado.

3.2.1 O Problema Constitucional da Resistência

O direito de resistência se insere no rol das garantias individuais e coletivas, servindo à proteção da liberdade, da democracia e das transformações sociais. Locke afirmou que tanto os governados como os governantes estão sujeitos ao direito, somente estando obrigados enquanto ambos cumprirem seu papel no contrato social.

A constituição e a sociedade não são a mesma coisa, e não provém da mesma fonte, contudo, a maneira que uma se desenvolve afeta o desenvolvimento da outra. O sistema jurídico, corolário da vontade política do Estado, demanda cooperação da sociedade civil. Ou seja, “não basta à constituição compreender a racionalização da estrutura da organização do Estado, se não atentar para a constituição real, que são as forças políticas que operam no interior da sociedade, definindo a efetividade constitucional.” (BUZANELLO, 2005, p. 171). Não havendo esta articulação da sociedade com o Estado, há um isolamento estatal, que derrocará numa oligarquia.

O Estado constitucional estabeleceu para si regras para solução de seus conflitos. Essa garantia contra os abusos do poder apóiam-se em dois institutos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal ao direito.

Ao analisar a norma para efetivar sua aplicação, o aplicador do direito confronta-se com a possibilidade de uma norma ser injusta. Deve, portanto, confrontá-la frente aos princípios gerais do direito.

A alocação do direito de resistência no texto constitucional pode trazer uma resposta à sociedade na medida em que reconheça o acionamento automático deste quando se frustrarem os mecanismos internos de controle do Estado. Esse mecanismo, como mecanismo de autodefesa da sociedade, aumentaria o grau de legitimidade do próprio sistema jurídico.

“Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais”. (BONAVIDES, 2005, p. 262).

3.2.2 Limites Constitucionais da Resistência

No direito, como um todo, a regra é da necessidade de limites para o direito, então a Constituição, o direito de resistência, e até os direitos e garantias fundamentais devem possuir limites de atuação. Os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites nos demais direitos que são igualmente consagrados no texto constitucional. Havendo, portanto, conflito entre esses direitos, deve-se utilizar do princípio da harmonização para coordenar e combinar os bens jurídicos tutelados, buscando sempre a harmonia constitucional, e objetivando sua finalidade social.

Apesar do direito de resistência não estar consignado no texto constitucional, podemos inferir seus limites constitucionais, pois se assim não o fosse, o seu exercício inviabilizaria o exercício de outros direitos fundamentais permanentemente.

O exercício do direito de resistência é revestido de forma jurídica, contudo, apresenta um caráter eminentemente político.

A formação do Estado pressupõe um dever jurídico de obediência, por parte dos cidadãos. Entretanto, quando o Estado ultrapassa âmbito de sua autoridade pública, operando contra o

direito, surge a autorização ao cidadão de resistir à essa violência aos seus direitos, não se opondo ao Estado, mas à injusta pretensão de seus órgãos.

É certo que a resistência não pode ser totalmente abrangida pelo texto constitucional, garantindo todas as modalidades de resistência, pois seria contraditório, sob o ponto de vista da própria sobrevivência do Estado, como por exemplo, o direito à revolução, mas garante algumas modalidades de resistência de menor intensidade.

Buzanello (2005) aponta que a Constituição deve prever as tentativas de modificação antijurídicas, denominados como crimes constitucionais. Essas tentativas têm como objetivo a mudança do poder político-jurídico. Quando provenientes da cúpula do poder é chamada de Golpe de Estado, quando da sociedade civil, é denominada Ação Revolucionária.

Os limites, portanto, do direito de resistência se apresentam inseridos na carta Magna, como a preservação dos valores democráticos, do Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais, assim como o enfrentamento das ações criminosas tipificadas nos crimes de responsabilidade, no desrespeito aos poderes estatais entre si, na improbidade administrativa e no enfrentamento das ações consideradas como crimes constitucionais.

4 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A desobediência civil surge com uma das formas de materialização do direito de resistência. Ela rejeita uma parte do ordenamento jurídico, exigindo a reforma ou revogação de um ato considerado oficial.

Nela, vemos que a sociedade, vendo-se privada dos meios legais estabelecidos, leva a cabo a desobediência como meio para se manifestar contra um ato ou tentar efetivar um direito. Ou seja, quando os canais normais para impugnação de um ato lesivo não funcionam mais, quer seja pela ineficiência deles frente ao poder

estatal, quer seja pela total inexistência dos mesmos, surge a desobediência civil com uma forma de tentar garantir a participação de uma parte da população que não se sente contemplada pelo poder estabelecido.

A desobediência civil orienta-se com o objetivo de minar as estruturas de legitimação do poder público ou de uma lei específica. É um ato de manifestação pública, que visa atingir os grupos do poder, utilizando da publicidade para expô-los à sociedade. Para isso, tendem a criar grupos de tensão sociais, caracterizados pelo alto teor de consciência política.

4.1 A Justificação da Desobediência Civil

Em nossas complexas estruturas sociais, o dogma rousseauiano da generalidade das leis, elaboradas por todos os cidadãos, simplesmente cai por terra. A lei passou a ser um meio técnico de organização coletiva, e pode não só não fazer referência à justiça, como tornar-se um meio de perversão do ordenamento jurídico. A sua legalidade formal teria o papel de imprimir ao seu conteúdo a mesma legalidade, mesmo que seja um conteúdo injusto.

Torna-se nítida a necessidade de se estabelecer, juridicamente, um sistema de defesa contra a lei injusta, que permita tornar efetiva essa defesa por outras vias. Régis Fernandes de Oliveira coloca a necessidade da manutenção da desobediência civil, frente às leis:

Há leis tão absurdas, casuísticas e desprovidas de sentido que fatalmente não são obedecidas. [...] Passa a ser importante a manutenção da desobediência. Daí a denominada desobediência civil, que significa uma desqualificação do detentor do poder. Não se aceitam mais ordens expedidas por que falta legitimidade ao governante. As ordens passam a ser descumpridas com a aquiescência de toda a comunidade. (apud GARCIA, 2004, p. 248).

Miguel Reale faz referência à possibilidade de elaboração de leis que fugiriam da ética jurídica:

Infelizmente pode haver as [normas] nascidas puramente do arbítrio ou de valores aparente que só o legislador reconhece. Entretanto, não deixam de ser jurídicas, porque possuem vigência. Daí um problema [...]: o da obediência ou não às leis destituídas de fundamento ético e a sua positividade. (1953 apud GARCIA, 2004, p. 248-249).

Ocorre no seio da sociedade uma crise de legitimidade dos procedimentos de defesa da ordem político-jurídica. Nesse contexto se justifica juridicamente a desobediência civil como conseqüência da defesa da Constituição frente a materialidade do direito constitucional.

Hannah Arendt coloca que para que haja um bom andamento da sociedade se faz necessária a obediência às leis, pois elas garantem a estabilidade necessária à convivência humana. Contudo, mediante a exposta incapacidade dos governos em manter-se funcionando de forma adequada, colocando em dúvida a sua legitimidade, tornam-se necessárias e legítimas as formas de resistência.

A Teoria da Justiça de Rawls afirma a existência de uma obrigação natural de obediência às leis de um Estado democrático, bem ordenado e com um grau de justiça e moralidade aproximando-se da justiça material. Frente a este Estado, a desobediência civil tornar-se-ia desnecessária, ela somente seria admitida quando houvesse o descumprimento do contrato social pelo Estado.

Para Rawls, a única modalidade de direito de resistência admitida seria a desobediência civil, e mesmo esta modalidade, segundo expõe o autor, equivaler-se-ia à resistência passiva, ou seja, admitida somente quando o Estado invadissem de forma ilegítima a esfera da liberdade individual do cidadão.

Ocorre, de a desobediência civil fundar-se em preceitos positivo-constitucionais e em princípios jusnaturalistas. Observamos como fundamento da desobediência civil os princípios da ética e da justiça, a preservação da liberdade individual e o direito de legítima defesa social. Ela coloca em questão somente uma parte do ordenamento jurídico.

O principal argumento da desobediência civil é de ordem moral, ou seja, a obediência às leis dependeria de seu conteúdo justo.

Do agente desobediente só se pode esperar a argumentação a respeito de um direito melhor e de uma justificação constitucional que indique o aperfeiçoamento das instituições políticas. Em virtude de tudo isso, a desobediência civil, enquanto construção teórico-prática, apresenta caráter institucional, e nunca individual. (BUZANELLO, 2002, p. 152).

A desobediência civil enseja uma mudança no sistema político, quer objetive a alteração de uma lei somente quer vislumbre as estruturas do poder. Ela tem uma justificação moral fundamentada numa legitimidade real, que mantém harmonia com os princípios da justiça, “que se converte numa forma controlada de desordem e numa definitiva forma democrática de protesto”. (BUZANELLO, 2002, p. 149).

Deste modo, mesmo que seja uma lei formalmente constitucional a consagrar normas iníquas resultantes da vontade majoritária da sociedade, enquanto normas atentatórias da dignidade humana e dos direitos intangíveis e inalienáveis de cada ser humano vivo e concreto, a verdade é que estaremos sempre diante de normas constitucionais inconstitucionais: normas relativamente às quais ninguém em consciência deve qualquer obediência, antes delas podendo extrair-se um dever geral de desobediência. (OTERO, 2001, p. 174-175).

4.2 O Princípio da Maioria

A ligação da democracia com os direitos fundamentais materializa-se, formal e juridicamente, na elaboração das leis. O procedimento legislativo apresentaria como fundamento justificador a vontade geral da coletividade, personificada no parlamento. Todavia, essa vontade geral da coletividade, é na verdade a vontade da maioria. “A lei, o parlamento e a maioria representam, deste modo, uma verdadeira trilogia sagrada”. (OTERO, 2001, p. 170).

O princípio da maioria como expressão da vontade popular, legitimaria a onipotência de um modelo de sociedade política que se baseia unicamente na lei. A lei como fundamento da verdade, em situações extremadas, poderia atentar contra a própria democracia.

“Deste modo, elevando-se a vontade da maioria a critério de verdade, a obediência à lei injusta na democracia torna-se um valor tão absoluto como a obediência à vontade do tirano, também esta identificada com a verdade”. (OTERO, 2001, p. 171).

Ora, a votação em um parlamento, por mais que expresse a vontade da maioria da sociedade, mesmo que seja uma decisão por unanimidade, jamais poderá transformar o ilegítimo em legítimo, o injusto em justo.

[A] divinização do princípio maioritário, elevado à categoria de fonte de verdade expressa na lei, acaba por fazer sucumbir às suas próprias mãos a democracia, assistindo-se à instauração de um totalitarismo democraticamente legitimado: a democracia converter-se-á então numa palavra vazia, originando um modelo paradoxal de democracia antidemocrática. (OTERO, 2001, p. 172).

Um dos principais alvos de ataque da desobediência civil é este conflito de direitos das minorias frente às majorias. A relação entre estes grupos costuma ter alguns conflitos de interesses que são por diversas vezes bastante antagônicos.

A fundamentação da justiça na democracia moderna materializa-se no governo da maioria sobre as minorias. Thoreau aponta como uma justificativa para esse domínio da maioria o uso da força:

Não poderá existir um governo em que a consciência, e não a maioria, decida virtualmente o que é certo e o que é errado? Um governo em que as majorias decidam apenas aquelas questões às quais se apliquem as regras de conveniência? Deve o cidadão, sequer por um momento, ou minimamente, renunciar à sua consciência em favor do legislador? (THOREAU, 2007, p. 10).

4.3 A Desobediência Civil como Direito Fundamental

Hannah Arendt coloca com muita propriedade um problema crucial para a desobediência civil: se muitos concordam que ela é de fundamental importância para a concretização dos direitos do homem e, que ela potencialmente deve desempenhar um papel cada vez mais importante nas democracias modernas, a questão legal da desobediência civil é da maior importância. “A solução disto poderia determinar se as instituições da liberdade são ou não bastante flexíveis para sobreviverem ao violento ataque da mudança sem guerra civil nem revolução”. (ARENDR apud GARCIA, 2004, p. 271).

Arendt coloca ainda que seria um evento de monta extraordinária, se conseguíssemos colocar a desobediência civil num nicho constitucional. Este evento teria equivalência à importância da descoberta, há quase duzentos anos, da *constitutio libertatis*.

O próprio governo representativo está em crise hoje; em parte porque perdeu, com o decorrer do tempo, todas as praxes que permitiam a real participação dos cidadãos, e em parte porque atualmente sofre gravemente da mesma doença que o sistema de partidos: burocratização e tendência do bipartidarismo (sistema norte-americano), em não representar ninguém exceto as máquinas dos partidos. (ARENDR apud GARCIA, 2004, p. 273).

A ação política da cidadania consubstancia o sentido da liberdade inerente a todo homem. Esse sentido vem sendo afetado pelo aspecto totalitarista das sociedades contemporâneas, que de forma expressa ou velada, exterioriza-se sob a justificativa de convivência pacífica, objetivando a propagação do consumismo, a nivelção cultural e a uniformização da sociedade pelos controladores da mídia.

Diante disso, os ordenamentos jurídicos que acompanham a dinâmica social acabarão por serem infectados com essas características, fazendo com que a ordem constitucional seja produto dessa espécie de razão deturpada da sociedade.

Por outro lado, observamos a representação política sofrendo um processo paulatino de descaracterização, distanciamento e perda de legitimidade.

Tudo isso acarreta em um cidadão cada vez mais órfão das instituições que deveriam protegê-lo, fazendo com que a sociedade se interrogue sobre a possibilidade de novas formas de efetiva participação do “indivíduo-cidadão” no exercício do poder pelo Estado.

No parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, temos 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.”

A sua interpretação demonstra que neste parágrafo estão inseridas as “prerrogativas, atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos” (BUENO apud GARCIA, 2004, p. 273-274).

Verificamos nesta passagem constitucional certa dificuldade em identificar quais seriam os direitos e garantias implícitos. Impomos agora, um enfrentamento diante das normas principiológicas da Constituição.

O art. 1º da Constituição traz inquestionável defesa do princípio democrático e do princípio da cidadania como princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Em seu parágrafo único rege que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos desta Constituição” (grifo nosso). Observe que o texto constitucional faz referência ao exercício do poder pelo povo na forma direta.

Tomando-se uma análise, na qual norteamos os direitos e garantias que a Constituição pretende consagrar, e tendo como foco o objetivo constitucional de que eles sejam geradores de

direitos, e não meras figuras retóricas de cunho teórico e filosófico, torna-se evidente que o direito à desobediência civil figura como direito fundamental do cidadão de intervir no processo político da atividade do Estado.

4.4 A Desobediência Civil no Processo Democrático

Inexiste hoje uma teoria da democracia, o que observamos é a existência de várias teorias da democracia. Essas várias teorias vão desde a teoria pluralista de democracia, passando pela concepção liberal até as chamadas teorias normativas de democracia.

Apesar dessas diversas concepções acerca do tema, a democracia possui um núcleo que independente da teoria, reconhece-se como o princípio democrático, irreduzível, sendo inconfundível a todos que tenham se preocupado com este tema.

Bobbio questiona sobre o consenso na democracia, para ele “para que exista uma democracia, basta o consenso da maioria, [e] o consenso da maioria implica que exista uma minoria de dissidentes”. (2004, p. 58).

Indaga o que fazer com esses dissidentes, já que é impossível a existência de um consenso unânime. Na democracia o dissenso não só é desestimulado, mas toma um caráter quase de proibição. O consenso é organizado, manipulado, manobrado e, portanto, fictício, é o consenso de quem é obrigado a ser livre. O consenso seria simplesmente a aceitação passiva do comando do mais forte. Para Bobbio, apenas numa sociedade pluralista o dissenso é possível, e mais, é necessário.

A democracia possui como característica básica o caráter participativo, observando-se o princípio da autodeterminação dos povos. Da mesma forma a desobediência civil possui uma natureza participativa, na qual o cidadão insere-se no poder.

A desobediência civil insere-se entre as conexões necessárias à concretização do princípio democrático almejado pela Constituição. Aquela aparece como instrumento ativo para garantir a participação do cidadão no exercício do poder, tornando-se, portanto, um

instrumento a favor da democracia.

Atualmente observa-se que os canais de participação democrática são insuficientes para suprir o déficit de legitimidade do órgão encarregado da defesa da Constituição. Imperativo, portanto a implantação de mecanismos e procedimentos que visem garantir a participação dos cidadãos e de grupos da sociedade civil na defesa da Constituição.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, foi permitido que conhecêssemos mais profundamente não só a desobediência civil, mas o contexto no qual ela se insere jurídica e socialmente. Verificamos a importância de ela ser inserida no rol das garantias fundamentais, mas, principalmente verificamos a existência do direito à desobediência civil mesmo sem a sua normatização.

Propusemo-nos também, analisar o fenômeno da lei injusta. Verificamos que o direito não pode ser considerado somente sob a ótica da lei, esta tem que ser analisada, mas o direito não pode ficar adstrito a ela. O direito, como sistema normativo, visa estabelecer regras para a sociedade, garantindo a segurança da vida social. Visa à segurança e ao bem comum. A justiça surge como um valor, a nortear a produção e aplicação das normas.

A criação do direito visou abolir a consagração da força na sociedade, os dois são antagônicos, contrários, onde existe um não pode haver o outro. O Estado Democrático de Direito rege-se pelo princípio da proteção ao mais fraco, ao hipossuficiente. “Quando cessa a força do direito, começa o direito da força”.

Se elevarmos a norma a uma classe transcendente à sociedade, e não reconhecermos que o direito se integra com a sociedade, sob o aspecto social e axiológico estaremos retirando dela a ferramenta usada para garantir a justiça ao direito.

“A opressão não é inerente a nenhuma forma de governo,

mas ao próprio Poder”. (PAUPÉRIO, 1978 apud GARCIA, 2004, p. 167).

O desenvolvimento teórico e histórico da desobediência civil, permitiu que esta espécie de resistência tomasse forma e corpo de opção viável aos cidadãos. A atitude dos cidadãos ao desobedecerem às leis indesejáveis passou a ser uma prática repetida que vem progressivamente instrumentalizando a sociedade civil na construção de um Estado democrático e participativo.

Diante das mazelas sociais, os meios de comunicação e os grandes grupos de poder buscam imprimir à sociedade uma uniformização do indivíduo, colocando o consumismo e a nivelção cultural como objetivos para a sociedade. Esses grupos, que objetivam um golpe no poder do povo, vêm utilizando um meio para legalizar o golpe através de alterações nas constituições dos países.

Essas alterações acabam acarretando em um cidadão cada vez mais órfão das instituições que deveriam protegê-lo, fazendo com que a sociedade se interrogue sobre a possibilidade de novas formas de efetiva participação do “indivíduo-cidadão” no exercício do poder pelo Estado.

A desobediência civil, portanto, aparece como tentativa de afirmar a sociedade civil frente ao Estado, como forma de concretizar a democracia participativa.

A maioria não decide o que está certo ou errado. Mas a consciência sim. Então, por que os cidadãos entregariam suas consciências pelo parecer de uma maioria?

Nós nunca, nunca, deveremos nos curvar diante da tirania de uma maioria.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Trad. Marco Aurélio Nogueira. **O futuro da Democracia**. 9. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Teoria constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. Trad. Ruy Jungmann. **Um prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FARIAS, Paulo José Leite. Direito de Resistência: Uma ação social organizada para efetivação dos direitos fundamentais In: **Universo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=704>>. Acesso em: 26 mar. 2008.

FILOMENO, José. **A construção democrática**. Fortaleza: UFC Casa de José de Alencar, 1998.

GARCIA, Maria. Desobediência Civil: **Direito fundamental**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MAFFETTONE, Sebastiano (org.), VECA, Salvatore (org.). Trad. Karina Jannini. **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OTERO, Paulo. A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. **A influência do totalitarismo na democracia do século XXI**. Cascais: Principia, 2001.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria democrática da resistência**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Teoria democrática do Estado**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

RAWLS, John. Trad. Miguel Angel Rodilla. **Justiça como equidade: materiais para uma teoria de la justicia**. Madrid: Tecnos, 1986.

_____. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO JUNIOR, João. Pessoa, **Estado & Direito**. Campinas: Copola, 1994.

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

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e Direito de Resistência Política**. 2000. 139 f. Dissertação (mestrando em Direito) – Curso de Direito, UFC, Fortaleza, 1999.

THOREAU, Henry. Trad. Sergio Karam. **Desobediência civil**. Porto Alegre: L &PM, 2007.

AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

AFFIRMATIVE ACTION: INSTRUMENTS REALIZATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Vanessa Batista Oliveira Lima

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Especialista em processo civil pela Faculdade Farias Brito Advogada

E-mail: vanessa.oliveira.lima@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PASSAGEM DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3 BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL; 5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS; 6 AÇÕES AFIRMATIVAS: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 PASS TO THE STATE SOCIAL DEMOCRATIC STATE OF RIGHT; 3 BRIEF INTRODUCTION TO THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS; 4 EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY: EQUAL TO FORMAL EQUALITY MATERIAL; 5 THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY: YOUR INTERFACE WITH THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND AFFIRMATIVE

ACTION; 6 AFFIRMATIVE ACTION;
EFFECTIVE MECHANISMS OF CITIZENSHIP; 7
CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: As ações afirmativas são formas de políticas públicas que objetivam transcender as ações do Estado na promoção do bem-estar e da cidadania para garantir igualdade de oportunidades e tratamento entre as pessoas. No Brasil, esta convicção encontra seu fundamento no princípio geral de igualdade que, como se sabe, não diz respeito apenas à exigência de igual aplicação da lei pelos órgãos do Estado, mas compreende, também, o princípio da igualdade de fato. Os incisos III e IV do art. 3º da Constituição, todo o capítulo dos direitos sociais e muitas outras normas constitucionais são expressão direta desse princípio, genericamente referido como direito à igualdade material. No Estado Social é mais evidente a necessidade de criação de ações afirmativas para que o conceito de cidadania não seja mera retórica e cada brasileiro possa exercer sua cidadania de forma plena.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ações Afirmativas. Cidadania.

Abstract: The affirmative action are forms of public policies that aim to transcend the actions of the state in promoting welfare and citizenship to ensure equal opportunities and treatment between people. In Brazil, this is his conviction to the general principle of equality, as is known, not only about the requirement of equal law enforcement bodies of the state, but includes also the principle of equality in fact. The sections III and IV of art. 3 of the Constitution, the whole chapter of social rights and many other constitutional requirements are direct expression of that principle, generally referred to as the right to substantive equality. In the welfare state is more evident the need for creation of affirmative actions for the concept of citizenship is not mere rhetoric and every Brazilian can exercise their citizenship in full, through mechanisms aimed at achieving a substantive equality, namely, affirmative action.

Keywords: Democratic State of Law. Principle of Human Dignity. Affirmative Actions. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito discutir a necessidade da criação de mecanismos de efetivação da cidadania, pois apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser repleto de normas que estabelecem direitos e garantem uma igualdade formal é notório a desigualdade social e econômica entre os brasileiros. Num Estado Social, cuja maior preocupação é tentar minimizar o contraste entre os indivíduos, é cada vez mais necessária a promoção de políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção

dos direitos de indivíduos. Utilizando-se desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. No primeiro tópico será feita uma exposição acerca de entendimentos doutrinários acerca da passagem do estado social ao estado democrático de direito. No segundo tópico será feita uma breve introdução à teoria dos direitos fundamentais. Em seguida será exposta, de forma sucinta, a evolução do princípio da igualdade da igualdade formal à igualdade material. O quarto tópico tratará acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua interface com o princípio da igualdade e ações afirmativas. Por último será objeto de estudo as ações afirmativas como mecanismos de efetivação da cidadania.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho tem objetivo principal analisar a atuação do Estado Social na tentativa de eliminação da igualdade material com a criação de mecanismos que permitam o exercício pleno da cidadania. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias.

2 PASSAGEM DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Social começa a ser delineado após a Constituição alemã de Weimar (1919). Como principal consequência do surgimento desta nova forma de Estado tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, com alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores. Na lição de Carvalho Netto (1999,p.480):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direito de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de

1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.

Tendo como ponto de partida o Preâmbulo da Constituição Federal, podemos verificar uma ideologia do estado social a respeito do qual pondera Sérgio Luiz Souza Araújo (1999, p.6-7):

“O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a inspiração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdades. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as bases e reais condições de sua efetivação. A ideologia constitucional impõe que a prosperidade coletiva tenha clara primazia em relação aos direitos de índole individualista”.

Sobre o conceito de Estado Social adverte Vital Moreira (1987, p. 90) que “Certamente poucos conceitos são objecto de menos concordância do que o conceito de Estado Social, e poucos qualificativos se aplicam a realidades tao díspares como esse.” Prossegue o autor que a polissemia do conceito resulta desde logo do termo “social”, que povoa densamente as páginas da literatura econômica social e política. Referido autor (1987, p. 90) elenca algumas idéias ligadas ao Estado Social:

Em primeiro lugar o Estado como poder acima das classes e dos conflitos de interesses, deve não só realizara a “paz social” como, principalmente, garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais (e culturais), quer criando e propiciando as condições, em que eles possam obte-los pelo seu trabalho quer, não sendo isso possível, substituindo-lhes, prestando ele próprio os necessários meios de efectivação daquele objetivo.

Para Vital Moreira (1987) o “Estado social é fundamentalmente um fornecedor de prestações de assistência”, ao mesmo “é imposta uma actividade de igualização de possibilidades de acesso ao bem-estar social.” Embora estejam expressamente previsto na nossa Lei Maior os direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, direitos estes que compõem o mínimo existencial que por sua vez tem íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana verifica-se que o verdadeiro problema da nossa época consiste em criar mecanismos para garantir a efetividade dos direitos sociais básicos previstos nos textos legislativos. Para Ingo W. Sarlet (1999, 0.113) o princípio do Estado Social garante as condições existenciais mínimas:

A importância do princípio do Estado Social manifesta-se, portanto, principalmente na sua combinação com outros valores constitucionais essenciais consagrados pela Lei Fundamental, notadamente com o princípio da isonomia (art. 3º, inc. I), a garantia das condições existenciais mínimas (aqui, como já referido, em combinação com os arts. 1º, inc. I e 2º, inc. I), bem como com a concepção já referida atribuída à garantia fundamental da propriedade, impregnada do conteúdo de justiça social inerente ao princípio do Estado Social e Democrático de Direito.

A professora Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 10) leciona que:

A transição entre o Estado Liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, facere, praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.

Acrescenta a autora (2008, p.11) que para atingir os objetivos fundamentais do Brasil, dispostos no art. 3º da Constituição Federal “(aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF-88), o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social.” É justamente aí que o Estado Social de direito transforma-se em Estado democrático de direito. Mario Lucio Quintão Soares (2000, p. 132) adverte que:

A moderna dogmática de direitos fundamentais, como a teoria do Estado Social, implicam a possibilidade de o Estado obrigar-se a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados, como ainda a possibilidade do eventual titular dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Para Streck (2000, p.88) a adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantia coletivas. Continua o jurista que “Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca de bem-estar social, fórmula geradora de welfare state neocapitalista no pós-Segunda Guerra mundial.” Maria Paula Dallari Bucci também enfrentou o tema:

[...] O dado novo a caracterizar o Estado Social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

Segundo Eros Roberto Grau a própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado (seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador).

Para Bonavides (2003b, p. 156-157) o Estado social é o mais indicado para realizar a paz social:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primordialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.

A expressão “Estado Democrático de Direito” foi incluída em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil. Alguns autores entendem que tal expressão “Estado Democrático de Direito” é redundante, porque Estado de Direito seria o mesmo que Estado Democrático. A democracia representativa é uma das decorrências diretas do Estado de Direito. Para José Afonso da Silva (2009, p.143):

a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

Segundo Streck e Morais (2000, p. 89), surge um novo conceito, “na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos mas sob um conteúdo próprio”, onde estejam presentes, segundo os autores, “as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”. Arremata os autores, quanto ao Estado Democrático de Direito, nos seguintes termos (2000, p. 90):

O Estado Democrático de Direito, tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo,

como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e pois, também sobre a ordem jurídica.* (grifos no original)

3 BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos, de forma resumida, como sendo garantias para equilibrar as relações entre cidadãos e Estado, bem como entre cidadãos. Em primeiro lugar, Alexy (2007) adverte que é necessário, antes de tudo, que tais direitos sejam passíveis de proteção pelo Direito; a segunda exigência é que o interesse ou a sua carência seja tão fundamental que a necessidade de sua proteção se deixem fundamentar pelo Direito.

Para uma conceituação sob o ponto de vista formal, seguimos a lição de Alexy (2007, p. 62), para quem direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente. Os direitos fundamentais originam-se dos direitos do homem, que segundo a Teoria do Professor Alexy, distinguem-se dos outros direitos pela combinação de cinco marcas: universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. São antes de tudo, direitos humanos que pertencem ao homem em geral, que na verdade nem precisariam ser positivados, mas que pela sua importância foram normatizados e no nosso Direito tem status constitucional.

Segundo Marcelo Lima Guerra (2003 p.83), os direitos fundamentais, como categoria jurídica dotada de contornos próprios, nasceram no constitucionalismo do século XX. Para o referido autor:

boa parte dos valores e exigências que têm como conteúdo são há muito reivindicados pelo humanismo e incorporados à cultura jurídica. O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos o direitos fundamentais o novum que os identifica como uma categoria jurídica específica.

Segundo os juristas Juraci Mourão Lopes Filho e Carlos César Sousa Cintra (2003) “ao lado da primeira geração dos direitos fundamentais de conteúdo individualista, fruto das conquistas liberais, surgiu uma segunda geração com pautas de valores concernentes a institutos e instituições.” Prosseguem os referidos juristas que “Posteriormente vieram os direitos fundamentais de terceira geração que, tomando em consideração o valor “solidariedade”, extrapolaram o âmbito individualista inspirador dos direitos de primeira e ainda impregnado nos de segunda geração.”

Uma teoria dos direitos fundamentais é multidimensional e sua cientificidade não se circunscreve a um campo próprio do conhecimento. Ele vai do público ao privado e do subjetivo ao objetivo. O desiderato dessa teoria é, em última instância, possibilitar mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. Já advertira Norberto Bobbio (1992, p. 25) que:

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Para Daniel Sarmento (2003, p. 375) “os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha

dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas que sobreparam ao mundo real.” Para o autor na verdade “são realidades históricas que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade da pessoa humana.” Arremata o autor (2003, p. 390) que: “Os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo.”

Com vistas a proteger tais direitos e assegurar-lhes efetividade, restou estabelecido na Carta Magna a sua aplicabilidade imediata, bem como a limitação material ao poder de reforma da Constituição, consignado no inciso IV do §4º do art. 60, doutrinariamente denominado de cláusulas pétreas

4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL

O direito deve servir como um instrumento tanto para impedir a formação de desigualdades quanto para promover a igualdade, pois uma sociedade verdadeiramente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece verdadeiras oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana.

Sobre o princípio da igualdade Bobbio ensina que: “Decerto, uma das máximas políticas mais carregadas de significado emotivo é a que proclama a igualdade de todos os homens.” O que se tem buscado nos sistemas juridicamente concebidos é sempre a idéia de possibilitar para todos os cidadãos mecanismos que lhes tragam a igualdade na conquista de direitos e distribuição de deveres. A própria Revolução Francesa, que teve como bordão a igualdade, buscou no espírito revolucionário a equiparação de direitos sociais, econômicos e jurídicos.

Nas palavras do Prof. José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p. 90), tem-se a dimensão do princípio em relação aos Direitos Fundamentais:

O princípio da igualdade jurídica é, como vimos, o alicerce dos direitos individuais, que os transforma de direitos de privilegiados em direitos de todos os seres humanos; entretanto, a igualdade jurídica não fundamenta só os direitos individuais, mas todos os direitos humanos.

O princípio da igualdade aparece no texto constitucional brasileiro de forma expressa, está prescrito no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Esse princípio veda o tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas sob o mesmo pressuposto fático, bem como o tratamento isonômico às pessoas que se encontram sob pressupostos de fatos diferentes. Mas num país com forte injustiça social e distribuição de renda ao marcadamente desigual é necessário que o Estado crie mecanismo de modo que as desigualdades sejam, pelo menos, diminuídas. É necessária a implementação de políticas públicas que tenham como objetivo transformar a igualdade formal, prevista em vários ordenamentos jurídicos do mundo numa realidade material. Transpor a fronteira do formal, do deontico, para a realidade é possível basta cada um assumir suas responsabilidades, e nesta tarefa a incumbência do Estado é dar o primeiro passo rumo a efetivação dos direitos fundamentais, com a ampliação do conceito do princípio da igualdade do plano formal para o material, quer seja através de políticas públicas efetivas, ações afirmativas para minimizar as disparidades existentes em determinadas minorias, quer seja através da conscientização da importância da cidadania. Na consagrada lição de Rui Barbosa (1997, P. 62):

“A regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Para Celso Antonio Bandeira de MELLO o princípio da igualdade constitucional tem um outro prisma: tratar desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Se isto for feito, estaremos observando o princípio da igualdade. Portanto, naquilo

que há uma desigualdade entre partes, seja biológica, seja social, é preciso restabelecer o ponto de equilíbrio. Nas palavras daquele mestre naquilo que não há desigualdade, não se pode desequilibrar a balança dos justos.

A respeito da matéria destacam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1980, p. 17) que:

[...] fundamental para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que pareça, conhecer quando é válida a desigualdade. Se soubermos quando podemos discriminar, conheceremos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Isso significa legitimidade que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório. Isso determinará a observância ou inobservância do preceito da igualdade.

Parafraseando Canotilho, força é reconhecer que o princípio da igualdade não proíbe, mas antes pressupõe, que a lei estabeleça distinções de situações, desde que haja fundamento material e objetivo para tal discriminação. Registre, a propósito, a lição do insigne jurista português: “O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critério de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificadamente no número do art. 13”. Portanto legítima é a criação de ações afirmativas que à primeira vista parecem favorecer aleatoriamente alguns segmentos da sociedade, mas que na realidade pretendem o contrário, ou seja, minimizar as desigualdades, oferecendo mais oportunidades a quem não as teve.

Como bem acentuou Anacleto de Oliveira Faria (1973, p. 268) faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, “para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se

não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio”.

5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. O professor Telles Júnior (2003, p. 145-154) sobre o assunto discorre que:

Neste sentido, o direito pós positivo releu a perspectiva de “dignidade humana”, buscando uma interpretação além do que é instituído pelas regras normativas, passando a se relacionar de forma direta com relação a vontade e com os princípios.

A dignidade humana, apesar de ter sido um conceito que foi absorvido pela leitura dogmática dos positivistas que a comparava como resultado natural do seguimento positivo da lei, não está efetivamente restrita à lei ou aos preceitos normativos. No pós positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta.

Vale ressaltar em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais (Ávila, 2005, p. 75).

Na esteira do pensamento de Humberto Ávila (2005, p. 76)

a dignidade está relacionada tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido bucólico, entretanto, o empenho para consentir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Para a professora Ana Paula Barcellos (2008, p. 235) a dignidade da pessoa humana é hoje considerada o pressuposto filosófico de qualquer regime democrático. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.

Sobre a interface entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona o professor Marcelo Lima GUERRA (2008, p. 27) :

No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva asseguaração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estipêndio de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.

Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 194):

Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais sociais.

O poder Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito, reconheceu categoricamente que è o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade

estatal.

Segundo Rubens Miranda de Carvalho (2005, p. 903) “a dignidade, como idéia, não é suficiente como garantia, de modo que pudesse ficar fora do texto constitucional”. Veja-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres (2005, p. 888) sobre o princípio em comento:

Da dignidade da pessoa humana exsurtem assim os direitos fundamentais que os sociais e econômicos, tanto os direitos da liberdade quanto os da justiça. A natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade da pessoa humana se irradie por toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico.

Resta claro que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituindo-se num valor supremo do ordenamento jurídico, representando um ponto de partida para todos os demais princípios, bem como para os direitos fundamentais do homem.

6 AÇÕES AFIRMATIVAS: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

A cidadania é consagrada no sistema jurídico pátrio como fundamento do Estado Democrático de Direito, como prevê o art. 1º, I da Constituição Federal, pode ser concebida com várias significações em que todos esses desdobramentos de conteúdo estão garantidos constitucionalmente. Em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar. Para que os direitos sociais possam ter efetiva implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e cumprimento das correspondentes políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetivação de tais direitos. Tais como a criação de ações afirmativas.

Segundo Rocha (1996, p. 92), existe a necessidade de serem implementadas todas as condutas elencadas no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, para que se perfaçam os objetivos

fundamentais da República brasileira, precipuamente a base para adoção das ações afirmativas:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. [...] Mas como mudar, então, tudo que se tem e que se sedimentou na história política, social e econômica nacional? Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.

As ações afirmativas têm sido criadas como resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior numa tentativa de minorar as desigualdades tão crescentes no país. Ou seja, elas são expressão do compromisso público de atuação do Estado numa determinada área.

Inicialmente cabe lembrar que as ações afirmativas são mecanismos de tentativa de eliminar a discriminação. Lembrando que discriminação segundo Piovesan (2007, p. 221) ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes, e diferentes, em situações iguais. Segundo a mesma, as ações afirmativas são poderosos instrumentos de inclusão social. Vejamos o que Piovesan aduz sobre ações afirmativas:

“Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos. As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social.”

As controvérsias sobre as ações afirmativas são muitas e se iniciam na identificação do próprio significado do termo. Trata-se de um significante que pode designar um conjunto de iniciativas ou políticas adotadas, impostas ou incentivadas pelo Estado, a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana.

Esses direitos *prima facie* exigem realização a mais ampla possível. Entretanto, são admitidos graus diferentes de cumprimento. Para a definição dos mesmos deverão ser avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Esse grau pode ser zero (inexistência de direito social definitivo), mediano (por exemplo, conceder medicamentos para algumas situações e negar para outras) ou máximo (o pedido é aceito na íntegra). A exigência da avaliação dessas possibilidades é chamada de reserva do possível.

É importante destacar que a ação afirmativa tem por objetivo não apenas coibir a discriminação atual, mas, sobretudo, excluir os efeitos culturais e comportamentais da discriminação de ontem. É dizer, visa a ação afirmativa a eliminar também o passivo histórico. Os desafios que são impostos pela necessidade de que o Estado promova a igualdade material permitem considerar as políticas públicas em vigor, traduzidas nas seguintes iniciativas: diretrizes para a elaboração de uma política nacional de integração; definição de regras de acessibilidade no âmbito dos espaços público e privado; e, o que mais nos importa aqui, estabelecimento de ações afirmativas.

Sobre as ações afirmativas, vejamos o que diz o ministro Marco Aurélio:

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. Há de se fomentar o acesso à educação; urge um programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. E o Poder Público, desde

já, independentemente de qualquer diploma legal, deve dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar os que têm sido discriminados, mais especificamente de quotas de reserva no mercado de trabalho.

A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação. Para a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”

No mesmo sentido é a posição dos Professores Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck (2004), que asseveram que é garantido o esteio constitucional às políticas de ações afirmativas, pois, hodiernamente, o princípio da igualdade assume uma função bem diferente daquela concebida nos séculos XVII e XVIII, de uma garantia negativa para uma garantia positiva – sempre, do Estado para o cidadão –, vejamos:

[...] não há dúvida de que a Constituição de 1988 acolheu a transformação do princípio da igualdade, ou seja, a passagem de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito dinâmico e positivo. Assim, o princípio constitucional da igualdade não representa mais um dever social negativo a um conceito dinâmico e positivo. Assim, o princípio constitucional da igualdade não representa mais um dever negativo, mas sim uma obrigação positiva, cuja expressão democrática mais atualizada é a ação afirmativa.

Sobre o assunto assim dispõe Sérgio Fernando Moro (2001, p.101):

Tratando agora apenas das normas de direito fundamental, deve-se reconhecer que, apesar dos pontos em comum, existem sensíveis diferenças entre as atividades necessárias para desenvolver e

efetivar direito a prestação estatal, sendo que já foi visto, inclusive, que este se submete à reserva do possível, barreira não presente no primeiro caso.

Para Joaquim B. Barbosa Gomes, ações afirmativas são tentativas de concretização da igualdade substancial ou material. Vejamos o que o mesmo aduz sobre o tema:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Flávia Piovesan (2007, p. 226) enumera cinco dilemas que marcam o debate público a respeito das ações afirmativas. 1) Igualdade formal versus igualdade material. 2) antagonismo políticas universalistas versus políticas focadas. 3) A terceira crítica apresentada concerne aos beneficiários das políticas afirmativas, considerando os critérios classe social e raça-etnia. (Branco pobre X afro-descendente de classe média). 4) Quarto dilema refere-se ao argumento de que as ações afirmativas gerariam a “racialização” da sociedade brasileira, com a separação crescente entre brancos e afro-descendentes, acirrando as hostilidades raciais. 5) O quinto dilema refere-se às cotas para afro-descendentes em universidades arguindo que a autonomia universitária e à meritocracia estariam ameaçadas pela imposição de cotas.

Conforme lição de Guimarães (1997, p.233) as ações afirmativas estão ligadas às sociedades democráticas, que tenham no mérito individual e na igualdade de oportunidades seus principais valores. Desse modo, prossegue o autor, as ações afirmativas surgem como um formato de aprimoramento jurídico de uma sociedade cujas normas e valores são pautados pelo princípio da igualdade de oportunidades na competição entre indivíduos livres, justificando-se a desigualdade de tratamento no acesso aos bens e aos meios

apenas como forma de restituir tal igualdade, devendo, por isso, tal ação ter caráter temporário, dentro de um âmbito e escopo restrito.

Importante salientar que o debate público das ações afirmativas tem ensejado por parte de alguns argumentação de constituírem as mesmas uma violação de direitos e por outros serem elas uma possibilidade jurídica, ou mesmo um direito. Mas não há como negar que as mesmas representam um importante instrumento de efetivação da cidadania, pois esta só se exerce tendo seus direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Ocorre que não basta uma previsão formal de tais direitos e numa sociedade, como a brasileira, repleta de desigualdades, é necessária a criação de políticas públicas e ações afirmativas que tentem minimizar tanta disparidade entre aqueles que a Lei considera iguais.

7 CONCLUSÃO

Para que seja possível o exercício pleno da cidadania pelo povo brasileiro é necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana de cada um seja respeitado. É fundamental uma existência digna, isto é, que cada indivíduo tenha seus direitos fundamentais efetivados, condição sine qua non para o pleno exercício da cidadania. Mas diante do atual cenário econômico-social é sabido que para a maioria dos brasileiros, sequer um mínimo existencial tem sido garantido visto a desigualdade social. Como mecanismo de efetivação da cidadania surgem as ações afirmativas que tentam minimizar discriminação histórica, nos diversos setores da sociedade.

A desigualdade social reinante no Brasil contribui, de forma direta, para perpetuar uma situação de assimetria de poder em que os pobres, negros, índios, mulheres não conseguem competir em bases iguais, neste cenário surgem as ações afirmativas como instrumentos de efetivação da cidadania para estes segmentos historicamente discriminados e que não dispõem de condições materiais idênticas a daqueles que detém o poder econômico, político e social.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 166p.

ARAUJO, Sergio Luiz Souza. O preâmbulo da constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 36, n.143, jul/set., 1999, pp. 6-7

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. Oração dos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 32, apud MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Campus, 1992, p.25.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133, jan./mar, 1997. 76

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

CARVAHO. Rubens Miranda de. **Dignidade humana, o superprincípio constitucional**. VELLOSO, Carlos Mário da

Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. Princípios constitucionais fundamentais. **Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. (Coords.) São Paulo: Lex Editora, 2005. (p.903 – p. 903-908)

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, mai./1999.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de março de 2.008.

_____. RECK, Melina Breckenfeld. **Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas**. Disponível em < http://www.unibrasil.com.br/aside/revista_on_line/artigo%2001.pdf> Acesso em 24/02/08.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília/DF: Senado, 2001.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. Ed. Rev. dos Tribunais, 1973.

FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Dispensa e Licitações**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1980.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípios constitucionais de igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de processo 2008 RePro 164 ano 33 out-2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, A. S. A. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997

LAFER. Celso, **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, , 1988, Companhia de Letras),

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000..

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marco Aurélio. **A igualdade e as ações afirmativas**. Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Artigo publicado no Correio Braziliense, 20.12.2001, página 5.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4ª edição. Lisboa: Caminho, 1987.

MOURÃO FILHO, Juraci; CINTRA, Carlos César Sousa. In. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. MACHADO. Hugo de Brito. Fortaleza: Editora Dialética e Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003

PIOVESAN, Flávia Ações afirmativas no Brasil: **Desafios e**

perspectivas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (org.) Leituras Complementares de Constitucional. Direitos fundamentais. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – **O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista Trimestral de Direito Público. nº 15. São Paulo: Malheiros. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso:** algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista brasileira de direito constitucional: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 4, p. 245, jul.-dez. de 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 149.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico.** São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (p.885-894) In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Princípios constitucionais fundamentais.** Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. (Coords.) São Paulo: Lex Editora, 2005.

ANTERIORIDADE CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA COMO REGRA OU PRINCÍPIO A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

ANTERIORIDADE CONSTITUCIONAL TRIBUTARIA AS RULE OR PRINCIPLE IN ACCORDANCE WITH THE ROBERT ALEXY'S THEORY

Francisco Alberto Leite Sampaio

Auditor de Tributos da Secretaria de Finanças de Fortaleza,
atuando como julgador de primeira instância no Contencioso
Administrativo Tributário do Município
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza – UNIFOR
E-mail:albertosampaio@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 TEORIAS SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS; 2.1 DIVERSAS CONCEPÇÕES: BREVES COMENTÁRIOS; 2.2 ROBERT ALEXY; 3 ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA: CONCEITO; 4 ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA: REGRA OU PRINCÍPIO?; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THEORIES ABOUT PRINCIPLES AND RULES; 2.1 MISCELLANEOUS CONCEPTIONS: BRIEF COMMENTS; 2.2 ROBERT ALEXY; 3 PREVIOUSLY TAXED: CONCEPT; 4 PREVIOUSLY TAXED: RULE OR PRINCIPLE?; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: A relevância do tema “Anterioridade constitucional tributária como regra ou princípio a partir da teoria Robert Alexy” deve-se, em um, à importância desta conclusão (anterioridade como regra ou princípio) quando da aplicação da norma no caso concreto; em dois, ao fato de que a tributação é fonte indispensável de recursos financeiros, necessários para o fiel cumprimento por parte dos entes federados, das suas obrigações definidas constitucionalmente. Essa arrecadação, no entanto, não se pode dá de forma a desprezitar as determinações, também, constitucionais em defesa dos administrados, consubstanciadas nas “limitações ao

poder de tributar”, entre as quais está a anterioridade tributária. O que se pretende com este trabalho, de início, é expor, brevemente, algumas teorias sobre o caráter de regra ou princípio de uma norma para, ato contínuo, apresentar a concepção sobre a qual se buscará a identificação da anterioridade como princípio ou regra, a de Robert Alexy. Em seguida, procede-se a uma apresentação de forma conceitual do instituto da anterioridade tributária. Por fim, busca-se a caracterização do instituto como regra ou princípio, a partir da teoria de Robert Alexy.

Palavras-Chave: Hermenêutica constitucional. Anterioridade constitucional tributária. Robert Alexy. Princípio. Regra.

Abstract: The importance of the subject “Anterioridade constitucional tributaria as rule or principle in accordance with the Robert Alexy’s theory” is related, firstly, to the importance of this conclusion (anterioridade as rule or principle) when the norms are applied to the real case; secondly, to the fact of that the taxation is an indispensable source of financial resources, necessary for the faithful fulfillment by the State, of its constitutional responsibility. This collection, however, cannot disrespect the determination, also, constitutional to protect the people that pay taxes, the anterioridade tributaria, among the “limitations to the power to tax”. Intended with this article to show, briefly, some theories on the rule or principle character of a norm, and then, to present the theory of Robert Alexy to identify the anterioridade tributaria as principle or rule. So, it is proceeded a presentation from conceptual form of the institute of the anterioridade tributaria, and, finally, it identifies the institute as rule or principle, in accordance with the Robert Alexy’s theory.

Keywords: Constitutional hermeneutics. Prior constitutional Tax. Robert Alexy. Principle. Rule.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da matéria tributária ganha importância por abranger todos os administrados de um Estado Democrático de Direito, seja através do pagamento de tributos, seja através do benefício da aplicação dos recursos provenientes destes tributos em investimentos, especialmente, em setores de infra-estrutura básica como educação, transporte, saúde, segurança, dentre outros.

A necessidade de arrecadação por parte dos entes federados, indispensável à realização das suas obrigações constitucionalmente previstas, no entanto, não se pode dá de forma a afrontar a, também constitucional, garantia de segurança em relação aos sujeitos passivos, consubstanciada através das limitações ao poder de

tributar. O presente estudo foi dedicado a uma limitação específica, a anterioridade tributária, de forma a identificá-la como princípio ou regra, partindo dos ensinamentos de Robert Alexy. O estudo ganha relevo em função do papel do instituto aqui sob estudo quando da aplicação no caso concreto.

Visando a um caráter mais didático, dividiu-se o estudo em três etapas, de forma a tornar a sua leitura mais inteligível e mais útil ao leitor. No primeiro capítulo procuram-se apresentar diversas teorias acerca de regras e princípios. Trazem-se à baila concepções que vão da diferenciação quantitativa à qualitativa entre regras e princípios, enfocando-se de maneira especial, como objetivo maior deste trabalho, a tese de Robert Alexy.

O capítulo dois é dedicado a um breve comentário sobre as características essenciais das anterioridades tributárias de exercício e nonagesimal, esta incluída pela Emenda Constitucional nº 42, de 31 de dezembro de 2003, e aqui denominada de especial, somente com o objetivo de diferenciação daquela para custeio da seguridade social, observando-se contribuições doutrinárias e jurisprudenciais.

No capítulo terceiro, desenvolve-se, de início, uma visão geral sobre a posição de alguns doutrinadores pátrios sobre o caráter de regra ou princípio da anterioridade, com o objetivo tão somente didático, para, em seguida, proceder à análise do instituto, especificamente, a partir do entendimento de Robert Alexy.

2 TEORIAS SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Visando o presente trabalho a um breve estudo sobre a caracterização da anterioridade tributária como regra ou princípio a partir da teoria de Robert Alexy, faz-se indispensável, inicialmente, uma noção acerca dos principais pontos da teoria defendida pelo autor. Dedicam-se este capítulo, pois, a um exame sintético sobre o tema.

Embora a diferenciação entre regras e princípios não seja matéria nova¹, o assunto ganha relevo na medida em que, hodiernamente,

¹ Virgílio Afonso da Silva (2003) destaca que já em 1941, Walter Wilburg, e, em 1951, Josef Esser tratavam sobre o tema

com o pós-positivismo², muito se discute sobre a natureza de alguns institutos jurídicos, seja os identificando como regra, seja como princípio, o que tem influência significativa quando da sua aplicação. A anterioridade tributária não está fora de tais discussões.

Antes de uma exposição acerca do pensamento do autor alemão, apresentam-se, de forma sucinta e somente com fim didático, concepções³ de outros doutrinadores, dividindo-se de acordo com a distinção quantitativa e qualitativa entre regras e princípios.

2.1 Diversas concepções: breves comentários

Para a distinção quantitativa, ou de grau, levada a efeito, por exemplo, por Norberto Bobbio (1999), a diferenciação ocorre em razão do maior grau de generalidade e abstração dos princípios frente às regras, servindo estas para concretizar os princípios, tendo, pois, caráter mais instrumental e menos fundamental. Com base nesta teoria, vislumbram-se os princípios como normas fundamentais perante o sistema, possuidores, pois, de um grande valor hermenêutico.

De outro lado, estão as teses que diferenciam os princípios das regras de forma qualitativa. Segundo os seguidores dessa corrente, a distinção se dá em razão da composição estrutural dos princípios, e a imperatividade da ordem jurídica não se encerra na previsão explícita das regras jurídicas, mas se prolongando aos valores consubstanciados nos princípios.

Podem-se citar como defensores desta concepção, entre outros: Josef Esser⁴ (apud Humberto Ávila, 2003), considerado um dos precursores desta tese; Karl Larenz (1997), para quem os princípios se apresentam como pensamentos diretivos⁵ de uma regulação jurídica existente ou possível; que ainda não são regras

2 Merece estudo a apresentação sobre princípios feita por Paulo Bonavides (2003) no seu Curso de Direito Constitucional, em que discorre o autor sobre a característica normativa dos princípios. O doutrinador dá uma visão de princípios a partir das correntes jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas

3 Riccardo Guastini (2005) apresenta conceitos sobre princípios, onde se pode identificar a qual teoria pertence cada um deles.

4 Para o jurista alemão princípios são normas que não contêm diretamente ordens, mas estabelecem fundamentos ou instruções para que um determinado mandamento, ou uma determinada regra, seja aplicado

5 No sentido de indicar a direção da regra a ser aplicada, como um primeiro passo que direciona outros passos para se chegar à regra.

suscetíveis de aplicação, pois lhes falta a conexão entre hipótese de incidência e conseqüência jurídica (caráter formal de proposição jurídica), isto é, Larenz percebe os princípios como uma etapa entre as normas jurídicas e os valores, e estes seriam concepções de justiça dominantes na sociedade, servindo de guia à atividade hermenêutica; Claus-Wilhelm Canaris (2002), o qual afirma que os princípios apresentam um conteúdo valorativo, que se materializam por meio das regras, e sendo entendido como normas que fundamentam todo o ordenamento jurídico, além de obterem o seu sentido por meio de um processo dialético de complementação e limitação, na interação com outras normas. Pode-se definir o sistema, a partir de Canaris, como uma ordem valorativa ou finalística de princípios gerais de Direito, cujo elemento de adequação valorativa se dirige mais à caracterização de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Também como representante da segunda corrente, isto é, da tese da separação qualitativa entre regras e princípios (que afirma a distinção como de caráter lógico), embora buscando proceder a esta distinção por meio do modo de operação e aplicação das regras e dos princípios, está Ronald Dworkin ⁶ (2002). Para ele o ordenamento jurídico é baseado em regras, princípios e diretrizes. As primeiras são aplicáveis ao modo tudo ou nada, ou seja, se a hipótese de incidência da regra ocorrer, ou a regra é válida e será aplicada, ou não é válida e, via de conseqüência, em nada contribui para a decisão; os princípios contêm fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos advindos de outros princípios; as diretrizes estabelecem objetivos a serem atingidos, em geral referentes a questões econômicas, políticas ou sociais. Em eventual colisão entre princípios, aquele com peso (ou importância) relativo maior se sobrepõe ao outro, sem, no entanto, perder a sua validade, permanecendo, pois, a possibilidade de sua aplicação em uma outra situação fática. No caso de conflito entre

⁶ A concepção dworkiniana tem como base a estreita relação entre Direito e moral, repudiando a separação pregada pelo positivismo e tendo em Herbert Hart (1996) – segundo o qual, relativamente à separação entre Direito e moral, as disposições normativas não encontram seu pressuposto de validade em uma filosofia política ou em um discurso moral, mas em outras disposições normativas válidas, de acordo com uma norma hierarquicamente superior – o ponto de referência das suas críticas. A contraposição de Dworkin ao pensamento positivista de Hart se refere também ao modelo de Direito enquanto sistema de regras, à idéia de discricionariedade judicial e da impossibilidade de resposta certa única para todos os casos, defendendo a unicidade de solução justa em especial para os chamados casos difíceis.

regras, ou antinomia própria, por não apresentarem uma dimensão de peso, característica dos princípios, da aplicação de uma decorre necessariamente a invalidação das demais a ela contrapostas e será resolvido a partir de critérios obtidos no próprio ordenamento jurídico, como critério hierárquico (*Lex superior derogat inferiori*), cronológico (*Lex posterior derogat priori*) ou da especialidade (*Lex specialis derogat generali*).

Dworkin apresenta uma distinção⁷ entre princípios e diretrizes políticas, segundo a qual enquanto princípio é um padrão que visa à justiça, à equidade, ao devido processo legal ou à outra dimensão de moralidade; as políticas buscam determinar um objetivo a ser atingido, em regra, relativo à melhoria de aspectos econômicos, sociais ou políticos de uma comunidade, com o intuito de promover ou manter uma situação considerada desejável.

Importa mencionar que se vislumbram aqui as regras e os princípios como espécies de normas, em conformidade com o pensamento de Alexy (1997a). Conceção apresentada entre nós, dentre outros, por Grau (1990), segundo o qual se tem a norma jurídica como gênero, da qual são espécies os princípios e as regras jurídicas. Carvalho (2000, p. 10), por sua vez, entende que as normas jurídicas “[...] estão sempre, e invariavelmente, na implicitude dos textos positivados”.

2.2 Robert Alexy

O autor alemão partindo de críticas ao positivismo jurídico ajudou a construir uma nova forma de “enxergar” o direito. Juntamente com doutrinadores como Perelman, Habermas, Dworkin⁸, dentre outros, proporcionou o surgimento do chamado pós-positivismo.

⁷ Dworkin se utiliza da distinção para buscar superar a tradição positivista que afirma a existência de um espaço discricionário ao aplicador do Direito diante da ausência de regra anteriormente positivada, isto é, estaria o magistrado autorizado pelo sistema jurídico a criar e aplicar um direito retroativamente ao caso concreto. Para tanto, o autor americano propõe os direitos como fruto da história e da moralidade, fazendo uso da metáfora do juiz Hércules e, em seguida, da metáfora do romance em cadeia.

⁸ Percebe-se uma influência do autor estadunidense na distinção entre regras e princípios de Alexy, embora aponte estas diferenças entre a sua teoria e a de Dworkin, quando trata os princípios como “mandados de otimização”; por não proceder à distinção entre princípios e políticas (presente em Dworkin) e por atribuir às regras também um caráter *prima facie*.

Pertencente ao que se pode denominar segunda fase da teoria dos princípios, mais preocupada em identificar critérios para melhor fundamentar a aplicação destes, Alexy já percebia as normas⁹ jurídicas como regras e princípios, assentando a sua teoria dos direitos fundamentais¹⁰ especialmente nesta divisão estrutural. Para Alexy (1997a, p. 83)

[...] tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Destaque-se que, em não conseguindo o modelo de sistema jurídico dividido em regras e princípios satisfazer o déficit de racionalidade do discurso jurídico, Alexy (1997b) acrescenta um terceiro elemento, qual seja a argumentação jurídica¹¹ (procedimentos de aplicação de regras e princípios), estruturando, assim, um modelo de sistema jurídico em três níveis: regras, princípios e procedimentos (regras de argumentação jurídica)¹². Assim se poderiam responder racionalmente os casos difíceis (hard cases) e refutar o decisionismo e a discricionariedade do positivismo jurídico.

Segundo o jurista europeu, as regras são normas que possuem determinações definitivas no âmbito da possibilidade fática e jurídica, exigindo seu cumprimento na exata medida de suas disposições, sujeitando-se a um exercício de validade: se existem possibilidades jurídicas, condições de existência e aplicação, são válidas; se inexistem, são inválidas, conforme menciona Sampaio (1998).

Os princípios, diversamente, são normas jurídicas de onde se

9 Marcelo Campos Galuppo (1998) lembra que Alexy toma como referência de norma o seu conceito "semântico" presente já em Kelsen (1987), de modo que compreende ser a norma o significado extraído de um enunciado.

10 Alexy observa que, em geral, as normas de direitos fundamentais são chamadas de princípios.

11 Veja-se, ainda, sobre o tema Robert Alexy (2001) e a sua Teoria da Argumentação Jurídica.

12 Princípios e regras não regulam por si mesmos sua aplicação, representando apenas dois dos pilares do sistema jurídico, ao qual, para se obter um modelo completo, deve-se agregar um outro pilar, o procedimento de aplicação das regras e princípios. Portanto, os níveis das regras e dos princípios têm de ser completados por um terceiro, o dos procedimentos.

estabelecem mandados de otimização aplicáveis em vários graus, a depender dos condicionamentos¹³ normativos¹⁴ e fáticos¹⁵. Esses mandados de otimização determinam que algo seja cumprido na maior medida fática e juridicamente possível.

As normas principiológicas não veiculam determinações definitivas, como as regras, mas disposições *prima facie*, que podem ser derogadas por outros princípios em caso de colisão; as regras instituem obrigações absolutas, que não podem ser superadas por outras regras, devendo ser cumpridas, como se frisou, na sua exata medida. Percebe-se, aqui, a utilização por Alexy da teoria hermenêutica tradicional, com a possibilidade de se efetuar a subsunção na aplicação de regras, sendo, no entanto, inadequado o uso de tal método na aplicação dos princípios, razão porque o autor busca outros métodos hermenêuticos.

Na teoria aqui em estudo, havendo colisão entre princípios¹⁶, estabelece-se a solução a partir da ponderação entre as normas principiológicas colidentes, quando uma delas recebe a prevalência, no caso concreto, ou seja, a decisão será dada a partir daquele princípio a que se determinou maior peso, sem que isso signifique a invalidação da outra norma, visto que, em outra situação, a distribuição dos pesos pode dar-se de forma diversa.

A concretização de um princípio depende da relação entre ele e outros princípios que constituem o ordenamento jurídico e das relações de colisão que se formam a partir do caso concreto. A solução dos choques entre princípios depende, como se asseverou, da relação de prevalência que se forma a partir das circunstâncias do caso concreto. O caso prático apresenta parâmetros para que se chegue à precedência de um princípio sobre outros, de forma a determinar a não aplicação daqueles que se apresentem, naquele caso, com

13 Utilizando-se da expressão aplicada por Canotilho (1992, p. 173).

14 A aplicação dos princípios depende dos princípios e regras a eles colidentes.

15 O conteúdo dos princípios só é estabelecido diante do caso concreto.

16 Pode-se indicar como exemplo de aplicação prática da teoria de Alexy pelo Supremo Tribunal Federal o HC 82.424-RS que examinou um suposto conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, envolvendo a acusação de prática de racismo durante a publicação de livros anti-semitas. A utilização da ponderação foi explicitada nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Destaque-se que ali não se afirmou que a dignidade da pessoa humana (a não discriminação) seria superior hierarquicamente à liberdade de expressão. Logo, um princípio ou outro pode ser ponderado por meio de sua aplicação gradual no caso concreto.

menor peso. Não se há de falar em invalidação de um princípio em decorrência da sua preterição na solução de um problema prático. O que de fato se dá é tão somente o seu afastamento naquela situação específica, podendo ele, em outras circunstâncias, preponderar.

A mencionada ponderação diz respeito ao princípio da proporcionalidade¹⁷, entendida a partir dos seus subprincípios: adequação (verificação da adequabilidade dos meios jurídicos empregados para a obtenção de um determinado fim), necessidade (que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do direito fundamental protegido por um princípio ou por outro e que não possa ser substituída por outra tão eficaz quanto, porém menos gravosa) e proporcionalidade em sentido estrito (indica se o meio utilizado é proporcional ao fim almejado).

Em caso de antinomia entre regras¹⁸, deve-se proceder no sentido de reconhecer a invalidade de uma delas ou introduzir uma exceção à regra, para por termo à antinomia, isto é, uma das regras será desconsiderada pela decisão e retirada do ordenamento jurídico, pois será sempre inválida, salvo se for possível estabelecer uma cláusula de exceção. No caso de se fazer necessário a exclusão de uma das regras, deve-se utilizar um dos critérios de solução: hierárquico, cronológico ou da especialidade, embora seja possível proceder observando-se a importância das regras em conflito.

A distinção entre princípios e regras, pois, na visão de Alexy, pode ser resumida, essencialmente, em dois pontos, utilizando-se da lição de Ávila (2003): (a) diferença quanto à colisão: princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; (b) diferença quanto à obrigação que instituem: as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

17 Sobre o tema, veja-se, entre nós, Barros (2003).

18 Como exemplo o autor cita o caso da existência de uma lei estadual que proíbe o funcionamento de estabelecimentos comerciais após as 13h e de outra, federal, que permite o funcionamento até 19h. O Tribunal Constitucional alemão solucionou a controvérsia apoiando-se na hierarquia das normas, de forma a pronunciar-se pela validade da legislação federal.

No tocante à diferença quanto à colisão entre princípios, Alexy (1998) afirma a necessidade de construção de regras de prevalência, enquanto para o caso de antinomias entre regras, procura adicionar à perspectiva de Dworkin (questão da validade) cláusulas de exceção que resolvam a antinomia. Deve-se entender que tais cláusulas podem estar contidas no ordenamento jurídico ou serem incluídas pelo aplicador, com base, por exemplo, em princípios.

Relativamente à instituição de obrigação, os princípios carecem de um exame das possibilidades fáticas para sua aplicação, ligando a lei da colisão (sistema de condições de precedências, ou solução da tensão entre mandados de otimização com base na relação de precedência condicionada) aos subprincípios¹⁹ da adequação e da necessidade; em relação às possibilidades normativas, Alexy (1998) apresenta a lei da ponderação, segundo a qual quanto maior o prejuízo relativo ao cumprimento e observância de um princípio, maior será a importância para o adimplemento do outro.

O autor alemão reconhece a possibilidade de contestações ao conceito de princípios jurídicos como mandamentos de otimização. Um, refere-se à possível existência de colisões de princípios cuja solução se dê pela declaração de invalidade de um dos princípios, como ocorre no conflito entre regras. O autor admite esta possibilidade, no entanto, tão somente no caso de princípios de extrema debilidade, que não prevalecem a quaisquer outros em nenhuma situação prática²⁰. Dois, refere-se à existência de princípios absolutos, isto é, fortes e capazes de preponderar em qualquer caso de colisão. Deve-se reconhecer, entretanto, que a existência de princípios absolutos choca-se com o próprio conceito de princípios defendido por Alexy, pois que, primeiro, os princípios absolutos não conheceriam limites jurídicos, mas tão somente fáticos; segundo, a idéia de princípios absolutos não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, que exige estarem os princípios limitados por questões fáticas e jurídicas²¹.

19 Tais subprincípios estão, juntamente com a proporcionalidade em sentido estrito, entre aqueles que “compõem” o princípio da proporcionalidade.

20 Sobre o tema, Alexy (1998) menciona princípios que se colocam em contradição com todo o ordenamento jurídico, como o princípio da discriminação racial, devendo ser declarados inválidos desde seu primeiro choque com outros princípios, situação que não configura uma verdadeira colisão de princípios jurídicos. Os casos de colisões entre princípios ocorrem no interior do ordenamento jurídico, pela contradição entre princípios válidos.

21 Em defesa da inexistência de princípios absolutos, Alexy (1998) afirma que nem o princípio da dignida-

3 ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA: CONCEITO

A anterioridade tributária de exercício, prevista no art. 150, III, “b” da Constituição Federal de 1988, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro²² em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

A Carta Política vigente estabelece também as exceções quanto à observação da anterioridade de exercício, isto é, quais tributos podem ser cobrados no mesmo exercício financeiro em que se tenha publicado a lei que os instituiu ou aumentou, justificando-se, em geral, pelo caráter urgente ou extrafiscal²³ do tributo. Expressa o parágrafo primeiro do aludido art. 150 que a vedação não se aplica aos empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; imposto de importação; imposto de exportação; IPI; IOF; o denominado imposto de guerra; a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (art. 177, §4º, I, “b”, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001), hipótese considerada inconstitucional por autores que defendem a anterioridade de exercício como cláusula pétrea²⁴ (v.g. Paulsen, 2006); e as alíquotas, definidas mediante deliberação dos Estados

de da pessoa humana precede em todos os casos, embora não se possa negar a existência de uma série de condições sob as quais ele, com um alto grau de certeza, prepondera sobre os demais, até porque quase não existem razões jurídico-constitucionais que sustentem uma relação de preferência em seu desfavor. Para o autor a norma da dignidade da pessoa humana comporta uma feição dupla, de princípio e de regra, onde como regra, devido a sua abertura semântica, apresenta-se como absoluta, não necessitando, pois, limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante.

22 O exercício financeiro, de acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320/1964, coincide com o ano civil.

23 Nogueira (1995, p. 184-185) leciona: “Esta intervenção, no controle da economia, é realizada pelo Estado, sobretudo por meio de seu poder impositivo. É, pois, no campo da Receita, que o Estado transforma e moderniza seus métodos de ingerência. O imposto deixa de ser conceituado como exclusivamente destinado a cobrir as necessidades financeiras do Estado. [...] É também, conforme o caso e o poder tributante, utilizado como instrumento de intervenção e regulamentação de atividades. É o fenômeno que hoje se agiganta com a natureza extrafiscal do imposto”.

24 O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou positivamente quanto ao reconhecimento da anterioridade de exercício como direito fundamental e cláusula pétrea, como se observa na decisão proferida na ADI 939-DF/Rel. Min. Sydney Sanches, Julgamento 15 dez. 1993. Órgão Julgador Pleno. DJ 18 mar. 1994, p. 5165.

e Distrito Federal, do ICMS referentes a combustíveis e lubrificantes definidos em Lei Complementar²⁵ (sobre os quais o imposto incidirá uma única vez), qualquer que seja a sua finalidade (art. 155, §4º, IV, “c”, parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 33/2001).

Sobre a anterioridade, Sacha Calmon (1999, p.186) ensina:

[...] o princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.

Mesmo que a lei que institua ou aumente tributo prescreva a sua entrada em vigor na data da sua publicação, como comumente acontece, a sua eficácia fica postergada para o exercício financeiro seguinte, isto é, antes do início do exercício seguinte, ainda que vigente, a referida lei não será eficaz, e, portanto, não poderá produzir efeitos. Neste sentido leciona Rabello Filho (2002, p. 111): “O que a Carta Fundamental proíbe, a todas as luzes, é que a lei instituidora ou majoradora de tributos ganhe eficácia no mesmo exercício financeiro em que editada”. Ressalte-se que a publicação da lei é complementar ao processo legislativo, determinando a entrada da norma no ordenamento jurídico, e enquanto tal não se verifica não pode produzir efeitos. A publicação é fundamental para o instituto em estudo, vez que faz ele referência especificamente à publicação (Paulsen, 2006).

Não se confundem a anterioridade de exercício e a anualidade²⁶, pois o que esta determina é que nenhum tributo pode ser cobrado no exercício financeiro sem que haja previsão para tanto no orçamento respectivo²⁷, ou, de forma mais clara,

25 O art. 4º da Emenda Constitucional nº 33, de 12 de dezembro de 2001 estabelece: “art. 4º - Enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o art. 155, §2º, XII, h da Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos do §2º, XII, g do mesmo artigo, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria”.

26 Prevista no art. 141, §34 da Constituição Federal de 1946, foi revogada pela Emenda Constitucional nº 18/1965, e reincorporada ao ordenamento através do art. 150, §28 da Carta Política de 1967, sendo, mais uma vez, abolida pela Emenda Constitucional nº 1/1969.

27 José Afonso da Silva (2002) usa o nome de princípio da anualidade, embora reconheça que não se faça mais necessária a prévia autorização orçamentária, mas o respeito à anterioridade da lei instituidora

determina a necessidade de um consentimento anual, por meio da lei orçamentária, para cobrança de tributo, conforme as despesas do Estado em cada exercício financeiro. Embora se possa reconhecer a exclusão da anualidade do ordenamento jurídico pátrio desde a Emenda Constitucional nº 1/1969, há quem defenda a sua permanência, porém com outro enfoque, na Carta Maior atual²⁸.

Não se confundem, também, o instituto em estudo e a irretroatividade, pois esta determina que a lei não poderá incidir sobre fatos geradores ocorridos antes da sua vigência, isto é, a norma não poderá atingir fatos consumados, em nada relacionando-se com o exercício financeiro, característico da anterioridade.

Ao longo dos anos, porém, o instituto em tela enfraquecia-se, em virtude das modificações tributárias “ao apagar das luzes” dos exercícios financeiros, como a majoração de tributos através de leis editadas em 31 de dezembro, e que, com o respaldo legal do princípio da anterioridade de exercício, podiam ser cobrados já a partir de 1º de janeiro, exercício financeiro seguinte. A jurisprudência pátria²⁹ posicionava-se pelo reconhecimento de tal procedimento estatal como constitucional, como não poderia deixar de ser, visto que amparado pela anterioridade em estudo.

Uma importante contribuição no sentido de, senão resolver, pelo menos amenizar a discrepância acima referida quanto à anterioridade de exercício, foi trazida pela Emenda Constitucional nº 42, de 31 de dezembro de 2003, que incluiu a alínea “c” ao inciso III do art. 150 da Constituição Federal de 1988. Trata-se da anterioridade nonagesimal, que não se confunde com a prevista no art. 195, §6º da mesma Carta Política, esta aplicável, especificamente, às contribuições para custeio da seguridade social; aquela, aplicável aos tributos em geral, com as exceções expressamente previstas.

Segundo o “novo” dispositivo, os tributos somente podem ser

ou majoradora de um tributo ao exercício financeiro em que será cobrado.

28 Veja-se Misabel Abreu Machado Derzi, em nota de atualização da obra “Limitações constitucionais ao poder de tributar” de Baleeiro (1997, p. 48); ainda, Martins (1989), fundamentando o seu pensamento no art. 167 da Constituição Federal.

29 Como exemplo veja-se decisão do STF proferida pela 1ª Turma no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 254.654-5, relator Ministro Moreira Alves, publicada no Diário da Justiça de 31 de março de 2000.

cobrados depois de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, determinando a concomitante observância da anterioridade de exercício, isto é, os institutos (anterioridades de exercício e nonagesimal) devem ser, em geral, aplicados simultaneamente.

A referida Emenda Constitucional que incluiu a anterioridade nonagesimal, ou, chame-se de especial, apenas para diferenciá-la daquela prevista no art. 195, §6º da CF/88, previu também exceções à sua aplicação: impostos de importação; de exportação; de renda; sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; extraordinários de guerra; empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência; e a fixação da base de cálculo dos impostos sobre veículos automotores e sobre a propriedade territorial urbana.

Comunga-se com a tese daqueles que vêem no instituto em estudo um direito fundamental, ainda que fora do elenco estabelecido pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas em consonância com o parágrafo segundo do mencionado artigo, adotando-se a posição de autores, como Sarlet³⁰ (2007), que sustentam a existência de direitos fundamentais dispersos pela Carta Política. Importa ressaltar a já mencionada decisão proferida pelo STF na ADI 939-DF, no sentido de corroborar com o pensamento aqui exposto, em que reconheceu a anterioridade tributária de exercício como direito fundamental do contribuinte e como cláusula pétreia. Embora a decisão tenha-se referido especificamente à anterioridade de exercício, poder-se-ia estendê-la à anterioridade especial, em virtude da semelhança entre ambos os institutos.

Em algumas situações o presente estudo irá referir-se, somente para fins didáticos, à anterioridade tributária de exercício. Esta, porém, tem a mesma estrutura de aplicação daquela que aqui

30 O autor (2007, p. 91) define como direitos fundamentais “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)”.

se denominou especial (a anterioridade nonagesimal aplicável aos tributos em geral, não destinados ao custeio da seguridade social), logo o que se desenvolve sobre a anterioridade de exercício é aplicável, também, à especial.

4 ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA: REGRA OU PRINCÍPIO?

Visa este capítulo a identificar a anterioridade constitucional tributária como regra ou princípio, tomando por base a concepção de Robert Alexy. Antes, porém, destacam-se algumas posições doutrinárias sobre o tema, em função da sua relevância didática.

Em artigo contrapondo as críticas procedidas por Humberto Ávila (2003) às teorias de Dworkin e Alexy sobre a distinção entre regras e princípios³¹, Silva (2003, p. 613), que denomina as concepções que consideram os princípios como “mandamentos nucleares”³² ou “disposições fundamentais” de tradicionais, afirma, ao expor uma comparação entre o conceito de princípio destas teorias e de Alexy, que

Essa diferença entre os conceitos de princípio tem conseqüências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas conseqüências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado

31 Destaque-se que as críticas ali formuladas abrangem outros autores que estudam o tema, como Larenz, Esser e Canaris.

32 Veja-se Mello (1993, p. 408), para quem, em linha com o pensamento de Canaris, os princípios são mandamentos nucleares, o alicerce do sistema jurídico. Somente com o auxílio deles seria possível ao intérprete alcançar uma visão unitária do ordenamento jurídico. Para ele seria mais grave a violação de um princípio do que a de uma regra, pois aquela implicaria ofensa não a um mandamento específico, mas ao sistema como um todo.

de regra. Assim, falar em princípio do nulla poena sine lege, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios.

Reconhece, pois, o doutrinador pátrio que, a partir dos critérios estabelecidos pelo autor alemão, a anterioridade tributária, mesmo em se considerando o instituto como norma fundamental, é caracterizada com regra, em função da sua estrutura normativa, isto é, não expressa a norma direitos (do contribuinte) e deveres (do ente tributante) *prima facie*, mas direitos e deveres absolutos.

No mesmo diapasão, Luciano Amaro (2004) afirma que a lei que deve submeter-se à anterioridade tributária ou foi ou não editada até o último dia do exercício financeiro³³, decorrendo tal conclusão da simples verificação cronológica. Percebe o autor que se trata a anterioridade tributária de uma norma de aplicação absoluta, logo uma regra, não um princípio, a partir do pensamento de Alexy, embora Amaro não mencione expressamente o autor europeu.

Importa destacar a tese defendida por alguns doutrinadores quando vislumbram na anterioridade tributária o caráter principiológico. Citem-se como exemplo, Carrazza (2002), adepto da teoria de Josef Esser; Torres (1999), que ao discorrer sobre uma ordem de concretização do direito – partindo dos valores, passando pelos princípios e subprincípios e realizando-se nas regras – destaca a anterioridade como exemplo de princípio tributário; e, ainda, Machado (2001).

Outra posição que interessa trazer à baila é a adotada por Ávila (2003), quando o autor procede a críticas contra algumas teorias referentes a princípios e regras e ressalta que somente se pode classificar uma norma como uma espécie ou outra após a construção efetuada pelo intérprete. Segundo o autor (2003, p. 34), a previsão constitucional da anterioridade tributária de exercício, aqui podendo, por analogia, ser estendida à anterioridade especial, pode ser entendida como regra se, quando da sua aplicação, identificá-la o

³³ Embora o exemplo do autor faça referência especificamente à anterioridade de exercício, pode-se analogicamente estendê-la à especial, considerando, neste caso, os noventa dias.

intérprete “como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro da cobrança”³⁴ ; ou pode ser aplicada como princípio, caso o aplicador identifique no instituto “a finalidade de realizar o valor previsibilidade”, no sentido de proibir a majoração tributária sem que o sujeito passivo tenha conhecimento do conteúdo das previsões legais a que estará obrigado.

Analisando-se a partir da concepção de Robert Alexy, pode-se identificar a anterioridade tributária como regra. Eis a razão, adotando, com o objetivo de tornarem claras as exposições, a lição de Ávilla (2003) quanto à divisão em dois tipos de diferenciação mencionadas pelo autor europeu.

De acordo com a diferença apresentada por Alexy relativa à obrigação que instituem ³⁵, a obrigação imposta pela anterioridade tributária é absoluta, isto é, se houver uma norma que institua ou aumento tributo em um exercício financeiro, esta só poderá ter eficácia no exercício seguinte (e depois de decorridos noventa dias), e qualquer norma que descumpra tal preceito será, para o exercício seguinte, inaplicável. Não se está, pois, diante de uma obrigação *prima facie*, mas absoluta, caracterizando-se o instituto como regra.

Pegue-se um exemplo: se uma lei for publicada em 31 de dezembro de 2007, em respeito à previsão do instituto em estudo, somente será aplicável a partir de 1º de abril de 2008, respeitando o exercício seguinte (anterioridade de exercício) e o prazo de noventa dias (anterioridade especial). Em se considerando a referida lei como publicada em 2 de janeiro de 2008, não poderá ela ter eficácia no ano de 2008, pois, mesmo que o tributo ali mencionado pudesse ser cobrado noventa dias após a publicação da norma, o que respeitaria a anterioridade especial, não poderia ele (o tributo) ser cobrando no próprio exercício 2008, vez que a anterioridade de exercício exige que tal cobrança somente se dê no exercício seguinte, no caso, em 2009. Logo, diante da taxatividade do acima exposto, percebe-se o instituto como regra.

34 Ou, para abranger a anterioridade especial, como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro e, pelo menos, noventa dias antes da cobrança do tributo.

35 Relembre-se: as regras determinam obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Veja-se, agora, a partir da diferença alexiana quanto à colisão³⁶. Considere-se um conflito entre normas que determinem o aumento ou a criação de tributos. Parta-se de exemplos: 1. Se uma norma aumentou um tributo, e outra, suponha-se no mesmo exercício financeiro, majorou o mesmo tributo (imagine-se, com aplicação de alíquota diferente da primeira), deve-se observar o critério (cronológico, da especialidade, etc.) que determinará a validade de uma das normas em choque, e, ao mesmo tempo, considerar a invalidade da outra; 2. Se, no entanto, a segunda norma somente foi publicada no exercício seguinte, de início somente a primeira será aplicável no exercício seguinte, sendo, pois, a segunda inválida (para o exercício imediatamente seguinte), salvo se se tratar de um tributo elencado entre as exceções à anterioridade tributária, caso em que a segunda poderá ser aplicada. Perceba-se que na segunda hipótese não se fala em invalidar a primeira norma, mas em aplicar de imediato a segunda, vez que acobertada pelas exceções constitucionalmente previstas.

Eis, outra vez, o instituto como regra, em ambos os casos. No primeiro exemplo do parágrafo anterior, diante do conflito normativo, tem-se a necessidade de aplicação de alguns dos critérios (por exemplo, cronológico, hierárquico ou da especialidade) conhecidos para considerar válida apenas uma das regras, e inválida a outra, de forma a retirar esta do ordenamento. No segundo exemplo, em outra antinomia entre regras, tem-se a aplicação de uma “regra” de exceção, isto é, a norma publicada em segundo lugar, já no exercício financeiro seguinte, poderá ter aplicabilidade, desde que o tributo por ela tratado esteja entre as exceções elencadas no parágrafo primeiro do art. 150 da Constituição Federal, ou seja, tributos dos quais não se exijam a observância da anterioridade de exercício.

No tocante à colisão entre princípios, não se identifica a que princípio poderia a anterioridade tributária, enquanto princípio, entrar em choque, pois como se percebe as suas determinações ou são aplicáveis ou não. A menos que se considere um estado de exceção, isto é, quando, por exemplo, o Poder Público determinasse a majoração de tributo a ser cobrado no mesmo exercício (e/ou em

³⁶ Repita-se, as regras têm o conflito solucionado com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia, enquanto princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente.

prazo inferior a noventa dias) da publicação da lei que procede a tal aumento, fato em que entraria a anterioridade tributária em colisão, dentre outros, com o princípio da segurança jurídica³⁷. Neste momento, o aplicador do Direito deve fazer uso da ponderação no intuito de identificar, no caso concreto e considerando os condicionamentos fáticos e jurídicos, a norma a ser aplicada. Neste caso, e somente nele, vislumbra-se, a partir da concepção alexiana, a anterioridade tributária como princípio.

5 CONCLUSÃO

As diversas espécies tributárias, em regra, visam a fomentar financeiramente os entes públicos, permitindo-lhes o atendimento dos princípios constitucionais básicos, como o direito à vida, à segurança, à educação, dentre tantos outros, materializando-os através de uma ação capaz de trazer dignidade e cidadania a todos os seus administrados. A arrecadação dos tributos por parte destes entes federados deve respeitar, porém, as determinações previstas na Constituição Federal de 1988, em especial as denominadas limitações ao poder de tributar, onde são definidas prescrições cujo não atendimento vicia o ato da administração de inconstitucionalidade.

Dentre as limitações elencadas pela Carta Política vigente, procedeu-se ao estudo no presente trabalho da anterioridade tributária, abrangendo a de exercício e a, aqui denominada, especial, incluída pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

As limitações em estudo determinam que o ente público somente possa cobrar um tributo no exercício financeiro seguinte àquele em que foi publicada a lei que o instituir ou majorar (anterioridade de exercício) e após decorridos noventa dias da publicação desta mesma lei (anterioridade especial). As duas anterioridades devem ser respeitadas, em geral, de forma concomitante, salvo os casos constitucionalmente previstos.

37 Carrazza (2002) afirma que a anterioridade tributária se constitui em corolário lógico do princípio da segurança jurídica, uma vez que tem como objetivo evitar surpresas para o administrado através da instituição ou majoração de tributos.

Consciente da importância do estudo acerca do caráter principiológico ou, mais claramente, da identificação de uma norma como princípio ou regra, buscaram-se as teorias doutrinárias sobre o tema de forma a possibilitar a caracterização do instituto em estudo como regra ou princípio.

Dentre as diversas teorias sobre a distinção entre princípios e regras, pode-se conhecer, de forma sucinta, a concepção cuja distinção tem caráter quantitativo, em que a caracterização em um ou outro tipo se dá em razão do grau de generalidade e abstração; além da tese de distinção qualitativa, destacando as posições de autores como Esser (os princípios são fundamentos para aplicação das regras, enquanto estas possuem a estrutura de hipótese e consequência); Larenz (os princípios apresentam-se como pensamentos diretivos); Canaris (os princípios possuem um conteúdo valorativo, materializado pelas regras) e Dworkin (as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, enquanto os princípios contêm fundamentos a serem utilizados em conjunto com fundamentos provindos de outros princípios; em caso de antinomia entre regras, deve-se aplicar uma delas e reconhecer a invalidade da outra, e, no caso de colisão entre princípios, aquele que, no caso concreto, possuir maior peso relativo será aplicado, sem que perca o outro a sua validade).

A teoria de Robert Alexy, por sua vez, foco central do trabalho, expressa que as regras constituem-se em determinações definitivas, exigindo-se o seu cumprimento na exata medida das suas prescrições; enquanto os princípios estabelecem mandados de otimização, que determinam que algo seja realizado na maior medida fática e jurídica possível, estabelecendo deveres *prima facie*, que podem não ser aplicados, por derogados por outro princípio colidente, no caso concreto. Na ocorrência de antinomia entre regras, afirma Alexy que uma delas deverá ser reconhecida como inválida, ou se deve utilizar uma regra de exceção, de forma a excluir a antinomia; em eventual colisão de princípios, deve-se proceder a uma ponderação, a partir do caso concreto, por meio do princípio da proporcionalidade, de forma a identificar a norma principiológica prevalecente, sem que a outra seja declarada inválida.

Como se viu, a caracterização da anterioridade tributária como regra ou princípio não é pacífica na doutrina. Alguns autores a consideram como regra: para Virgílio Afonso da Silva muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, a partir da distinção proposta por Alexy, chamado de regra, como o “princípio” da anterioridade, que só faz sentido como tal para as teorias tradicionais; e Luciano Amaro, o qual afirma que a lei que deve submeter-se à anterioridade ou foi ou não editada até o último dia do exercício financeiro, decorrendo a conclusão tão somente da verificação cronológica. Outras percebem o instituto como princípio, como Roque Carraza, utilizando-se da teoria de Esser; Ricardo Lobo Torres, que ao discorrer sobre uma ordem de concretização do direito – partindo dos valores, passando pelos princípios e subprincípios e realizando-se nas regras – destaca a anterioridade como exemplo de princípio tributário; e Hugo de Brito Machado. Para Humberto Ávila, a anterioridade tributária será regra se, quando da sua aplicação, identificá-la o intérprete apenas como uma exigência de publicação da lei no exercício financeiro anterior ao da cobrança; e será princípio caso o aplicador identifique no instituto o objetivo de proibir a majoração tributária sem que o sujeito passivo tenha conhecimento do conteúdo das previsões legais a que estará obrigado (proteção do valor previsibilidade).

Observando-se a anterioridade constitucional tributária de acordo com a concepção de Alexy, pode-se percebê-la, de forma geral, como regra. Primeiro, porque a obrigação imposta pelo instituto é absoluta, isto é, se uma norma institui ou aumenta tributo em um exercício financeiro, somente poderá ter eficácia no exercício seguinte e depois de decorridos noventa dias da publicação, sendo inaplicável qualquer norma que descumpra tais preceitos. Segundo, porque não se pode identificar princípio que entre em colisão com o instituto, exceto em caso de estado de exceção, por exemplo, se o Poder Público determinasse o aumento de tributos no mesmo exercício (e/ou em prazo inferior a noventa dias) da publicação da lei que o tiver majorado, fato em que entraria a anterioridade tributária em conflito, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica. Somente neste caso, vislumbra-se, a partir da teoria alexiana, a anterioridade tributária como princípio.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997b.

_____. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1998.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 05 de outubro de 1988, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.325-5**, Pleno, Brasília, DF, 23 set. 2004, Diário da Justiça, 6 out. 2006, p. 32.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424**, Pleno, Brasília, DF, 17 set. 2003, Diário da Justiça, 19 set. 2004, p. 17.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental n. 254.654-5**, 1a. Turma, Brasília, DF, 14 mar. 2000, Diário da Justiça, 31 mar. 2000, p. 51.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939**, Pleno, Brasília, DF, 15 dez. 1993, Diário da Justiça, 18 mar. 1994, p. 5165.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição 1988: sistema tributário**. 8. ed. São Paulo: Forense, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. In **Revista da faculdade mineira de direito**, Belo Horizonte. 2. sem/1998, v. 1, n. 2.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,

1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário da constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

PAULSEN, Leandro. Direito tributário: **Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto. **O princípio da anterioridade da lei tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 1, jan/jun 2003, p. 607-630.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO
DE SERVIÇOS EM OPERAÇÕES DE PAZ
NO EXTERIOR: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A NOVA HIPÓTESE DE DISPENSA
DE LICITAÇÃO ADVINDA PELA LEI
11.783/2008**

**ACQUISITION OF GOODS AND
EMPLOYMENT SERVICES IN PEACE
OPERATIONS ABROAD: BRIEF COMMENTS
ON THE NEW POSSIBILITY OF EXEMPTION
FROM BIDDING ARISING BY LAW
11783/2008**

Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho

Especialista em Direito e Processo Constitucionais

Especialista em Direito e Processo Administrativos

Especialista em Direito Processual Penal, pela Universidade de
Fortaleza – UNIFOR

Bacharel em Direito, pela UNIFOR

Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos
Advogados do Brasil - OAB/CE

Sócio-Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo –
ICDA

Advogado

E-mail: marco.praxedes@oi.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CARACTERÍSTICAS DA NOVA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO; A) AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS, B) FORÇAS ARMADAS EM MISSÃO DE PAZ NO EXTERIOR, C) JUSTIFICAÇÃO, D) RATIFICAÇÃO; 3 DIFERENÇAS ENTRE AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA MISSÃO DE PAZ NO EXTERIOR E OUTRAS HIPÓTESES DE DISPENSA

DE LICITAÇÃO; 3.1 COMPRA DE PRODUTOS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA O ABASTECIMENTO DE OPERAÇÕES MILITARES (XVIII); 3.2 AQUISIÇÃO DE BENS PARA PADRONIZAÇÃO DE MATERIAIS (XIX); 3.3 OUTRAS POSSIBILIDADES; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CHARACTERISTICS OF NEW HIPOTESIS OF EXEMPTION FROM BIDDING; A) ACQUISITION OF PROPERTY AND CONTRACTING SERVICES; B) ARMED FORCES IN PEACE MISSION ABROAD; C) JUSTIFICATION; D) RATIFICATION; 3 DIFFERENCES BETWEEN THE ACQUISITION OF PROPERTY AND HIRING OF SERVICES FOR PEACE MISSION ABROAD AND OTHER HIPOTESIS OF EXEMPTION FOR BIDDING; 3.1 PURCHASE OF PRODUCTS AND SERVICES FOR THE SUPPLY OF MILITARY OPERATIONS (XVIII); 3.2 ACQUISITION OF PROPERTY FOR STANDARDIZATION (XIX); 3.3 OTHER POSSIBILITIES; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: A moderna compreensão de soberania traduzida pelo fenômeno da globalização e a nova relação de interdependência entre as nações fez com que o Estado brasileiro estreitasse suas relações com inúmeros países e assumisse uma posição de liderança político-econômica dentro da América Latina. Tal protagonismo trouxe a necessidade do Brasil estar sempre presente na solução de problemas regionais, inclusive liderando missões de paz em nome da Organização das Nações Unidas – ONU à países assolados por problemas sociais, como a fome e guerras civis. Atento a este cenário de política externa, foi publicada a Lei nº 11.783/2008 inserindo ao art. 24 da Lei nº 8.666/93 uma nova hipótese de dispensa de licitação deixando ao gestor público a opção de não realizar o procedimento administrativo no intuito de afastar formalidades exageradas na aquisição de produtos e prestação de serviços. Com isso se espera dar mais condições físicas e materiais aos contingentes militares brasileiros a permanecer fora de seu país nos representando aos olhos do mundo.

Palavras-chave: Dispensa de licitação. Bens e serviços. Forças armadas. Missão de paz.

Abstract: The modern understanding of sovereignty reflected by the phenomenon of globalization and the new relationship of interdependence between nations has made the brazilian state its close relations with many countries and assume a position of political and economic leadership in Latin America. This role has

brought the need for Brazil to be always present in the solution of regional problems, including leading the peace mission on behalf of the United Nations – UN to countries struck by social problems such as famine and civil wars. Aware of this scenario of foreign policy, was published in Law n° 11.783/2008 entering the art. 24 of Law n° 8.666/93 a new hypothesis for exemption of public bidding to the manager leaving the option of not carrying out the administrative procedure in order to avoid excessive formalities in the purchase of products and services. This is expected to give more physical and material to the brazilian military contingent to stay out of representing his country in the eyes of the world.

Keywords: Waiving the bidding. Property and services. Armed forces. Mission of peace.

1 INTRODUÇÃO

Quando o Estado resolve contratar serviços, realizar obras, comprar produtos ou alienar bens, deverá fazê-lo, obrigatoriamente, nos moldes da Lei n° 8.666/93, denominada de Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos. Esta espécie normativa exige que o Poder Público realize uma seleção entre os particulares interessados a fim de alcançar a proposta mais vantajosa e que atenda as finalidades estatais.

Este procedimento administrativo é uma determinação constitucional e existe em razão dos gestores públicos manusearem dinheiro coletivo, arrecadados através das diversas espécies de tributos existentes em nossa legislação e distribuídos entre os órgãos estatais de acordo com as suas necessidades particulares. Desta forma, fica claro que os administradores públicos estão muito mais limitados na realização de seus atos se comparados com os dos particulares na condução de suas empresas privadas, não possuindo a mesma liberdade e agilidade destes.

No intuito de amenizar tais desigualdades, tentando aproximar a esfera pública da privada, a própria Lei n° 8.666/93 prevê alguns benefícios. O principal deles é, sem dúvida alguma, a faculdade do Estado em efetuar compras governamentais sem precisar realizar licitação. Tais hipóteses, denominadas de dispensa de licitação, são consideradas exceções à regra geral do dever de licitar, fornecendo mais agilidade aos gerenciadores públicos na administração do interesse coletivo, melhorando a qualidade do serviço ofertado à população.

Com a evolução da sociedade e a mudança paulatina das necessidades coletivas, novas hipóteses de dispensa de licitação foram sendo acrescentadas ao texto originário da Lei nº 8.666/93. A mais recente delas veio com a Lei nº 11.783, de 17 de setembro de 2008, trazendo a vigésima nona possibilidade de ter a seleção pública afastada pela Administração Estatal.

Eis a nova regra:

Art. 24. [...]

XXIX. Estará dispensada a licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

A recém criada norma consiste na possibilidade de não ser realizada licitação para aquisição de bens e/ou contratação de serviços que tiverem a finalidade exclusiva de atender aos militares brasileiros que estão no exterior em missão de paz.

2 CARACTERÍSTICAS DA NOVA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Percebe-se que a mais nova hipótese de dispensa de licitação regulamenta uma situação bastante específica e peculiar, sendo necessária uma análise individualizada de suas características para sua efetiva aplicação. Examinando o texto legal chegamos a quatro elementos essenciais: a) aquisição de bens e contratação de serviços; b) Forças Armadas em missão de paz no exterior; c) justificção; d) ratificação.

A) Aquisição de bens e contratação de serviços

Está o gestor público dispensado de realizar licitação quando o ato administrativo tiver como objetivo tão somente duas condutas: a compra de bens e/ou a contratação de serviços. Nota-se que o novel dispositivo abarcou exclusivamente esta dupla de

possibilidades, deixando propositadamente de fora as demais hipóteses expressamente permitidas no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 e art. 1º da Lei nº 8.666/93, a exemplo da realização de obras.

Infere-se que o texto normativo comporta uma interpretação declarativa, ou seja, a letra da lei corresponde exatamente àquilo que o legislador quis dizer, afastando, desta forma, toda e qualquer possibilidade de uma interpretação extensiva, no intuito de ampliar o sentido de sua aplicação.

Com a nova redação também nos é permitido afirmar que haverá um campo muito amplo para ser explorado pela Administração Pública no que diz respeito aos tipos de bens a serem adquiridos e as espécies de serviços a serem prestados. Em outras palavras, pelo fato de não haver qualquer limite qualitativo em relação ao teor dos bens e serviços, a margem para a aquisição e a prestação dos mesmos será grande o bastante para abranger uma variedade enorme dos mesmos oferecidos no mercado.

Todavia, a presença de uma maior discricionariedade do gestor público na escolha dos bens e serviços não pode ser encarada como uma ausência de requisitos formais para a regular execução do ato administrativo. Não podemos nos esquecer que mesmo havendo dispensa de licitação haverá a necessidade da obediência a inúmeras regras procedimentais previstas tanto no próprio dispositivo, a exemplo da justificação e ratificação, quanto ao longo da Lei nº 8.666/93.

B) Forças Armadas em missão de paz no exterior

Já faz algum tempo que o Estado brasileiro adota como uma de suas linhas de política externa o envio de ajuda humanitária através de tropas nacionais à países cuja suas populações estejam ameaçadas pela fome e guerras civis. Tais operações são fruto de uma estratégia de política pública de manter o Brasil em uma posição de liderança e protagonismo dentro da América Latina, reforçando a sua importância no cenário mundial, principalmente frente a instituições como a Organização das Nações Unidas – ONU,

aonde o governo atual vem buscando incansavelmente um assento permanente no seu Conselho de Segurança.

Podemos citar a título de exemplo a recente presença do contingente militar brasileiro em países que adotaram a língua portuguesa como idioma oficial, como o Timor-Leste (Ásia) e o Haiti (América Central), aonde o governo nacional vem colaborando com missões de paz.

Percebendo a crescente atividade política neste sentido, a nova possibilidade de dispensa de licitação veio no sentido de melhorar as condições destes militares que estão em operações de paz fora de seu país. Tais tropas necessitam de um apoio material bastante eficiente e ágil no intuito de bem executarem suas funções, pois se assim não fosse a missão estaria predeterminada ao fracasso, além de acarretar prejuízos irreparáveis do país no cenário internacional. Com a possibilidade da Administração Pública em dispensar o procedimento licitatório haverá uma maior celeridade na aquisição de produtos e realização de serviços contribuindo para o melhor desempenho da missão.

Vale chamar atenção para o fato de que inúmeros são os motivos que levam os militares a se ausentarem do Brasil, como por exemplo, a realização de treinamentos de sobrevivência em regiões hostis, a participação em cursos de reciclagem, intercâmbio entre as forças nacionais de diferentes culturas, dentre outros. Nestas hipóteses não haverá a possibilidade da licitação ser dispensada, pois o novo dispositivo foi bastante claro ao definir que, somente quando o contingente militar estiver em missão de paz haverá o afastamento da licitação. Portanto, não é qualquer missão no exterior que haverá o enquadramento legal, mas tão somente quando os militares estiverem com a missão especial de levar paz à países necessitados.

A lei também não especificou quais regiões poderiam ser objeto da missão de paz, referindo-se apenas a expressão genérica exterior. Infere-se que: a) não poderá ser aplicado o dispositivo para missões dentro do território nacional, a exemplo dos Jogos Pan-Americanos em 2007, realizado no Rio de Janeiro, onde as

Forças Armadas reforçaram o esquema de segurança, atuando em parceria com a polícia militar carioca; b) qualquer que seja o país, fazendo fronteira ou não com o Brasil, pertencente ao continente americano ou não, haverá a discricionariedade por parte do gestor público brasileiro em se dispensar a licitação.

Quando o dispositivo fez referência a Forças Armadas ele envolve somente os membros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares. As polícias militares e os corpos de bombeiros militares são considerados forças de auxiliares, atuando como um contingente de reserva do Exército; já a Força Nacional de Segurança Pública, que reúne policiais militares e bombeiros militares dos Estados-Membros, funciona como um órgão de auxílio federal às forças de segurança locais.

Desta forma, como estamos tratando particularmente de departamentos federais, podemos afirmar que tal hipótese de dispensa de licitação é de competência exclusiva da União, sendo o único titular que possui aptidão para determiná-la.

As missões de paz são estabelecidas exclusivamente pelo Presidente da República no exercício da suas funções de chefe de Estado. Logo, a designação de um contingente militar brasileiro para cumprir a função de levar a paz a outras nações em ações humanitária deve ser precedida necessariamente da determinação do Presidente da República.

Importa lembrar ainda que nenhuma nação ou organização internacional tem o poder de constranger qualquer país, inclusive o Estado brasileiro, a efetuar atividades de tamanha proporção no cenário mundial. A participação dos países em missões de paz é um ato discricionário e unilateral do Chefe de Estado e dependerá de seus interesses regionais frente ao contexto internacional. Tal afirmativa se justifica na medida em que inexiste neste ramo do direito um poder soberano que esteja acima de todas as nações, uma autoridade que seja superior aos demais países, ao ponto de constranger as mesmas a se subordinarem a uma decisão de política internacional. Portanto, como os países se relacionam de

forma horizontal, encontrando-se todos em um mesmo patamar, se faz necessária a anuência voluntária de cada um deles ao propósito de levar a paz aos países em necessidade.

Forçar uma nação a realizar missões humanitárias implicaria ferir seu poder de mando, sua autoridade suprema, sua soberania, negando a existência do próprio Estado. Embora possamos afirmar que vivemos atualmente com uma moderna concepção de soberania, no sentido de que a mesma possa ser compartilhada e delegada às comunidades supranacionais de nações, a exemplo da União Européia, é inadmissível uma atividade coercitiva neste sentido.

Surge aqui uma indagação: qual seria o destino dos bens adquiridos através da dispensa de licitação após o fim da missão de paz no exterior? Seria possível aproveitá-los em solo brasileiro, incorporando-os aos de uso habitual das Forças Armadas? A resposta é positiva. Com o fim da ajuda humanitária no exterior e o retorno do contingente militar brasileiro, toda a estrutura física que os cercava e os apoiava deverá também ser trazida de volta, inclusive os bens adquiridos com a utilização da dispensa do procedimento licitatório.

Ora, deixar de utilizar bens que foram adquiridas com dinheiro público pelo simples fato do seu destino principal – que era servir de apoio aos militares no exterior – ter se esvaecido, fere o princípio da razoabilidade. O importante neste questionamento é saber se ao tempo da aquisição dos bens se eles realmente foram destinados ao contingente militar no exterior em missão de paz, situação em que tornará o procedimento regular.

C) Justificação

O novo dispositivo legal exige ainda dois requisitos essenciais para a formalização da dispensa de licitação: a justificação e a ratificação. Esses elementos deverão estar sempre presentes nos procedimentos administrativos desta natureza, componentes obrigatórios para a sua regularidade.

Quanto ao primeiro, se o caso for de compra de produtos, será indispensável justificar tanto o preço do mesmo, quanto a escolha da empresa fornecedora do bem; já se a hipótese for de execução de serviços, a lei determina a justificação do preço do ofício, como também da escolha do seu executor.

Portanto, no procedimento administrativo preparatório para consolidar a dispensa de licitação, não basta apenas serem apontadas as duas características anteriormente estudadas, ou seja, afirmar que se trata de compra de produtos e/ou contratação de serviços envolvendo as Forças Armadas em missão de paz no exterior, ainda se faz necessário a devida explicação dos motivos que levaram a escolha de determinado produto e fornecedor, como também a preferência pela empresa responsável pela execução dos serviços contratados.

Caso haja a necessidade de aquisição de produtos e contratação de serviços dotados de um valor bastante elevado, por serem essencial para a regular execução da missão de paz, será perfeitamente possível sua compra e convenção desde que seja devidamente justificada, mostrando sua indispensabilidade. Isto ocorre pela condição peculiar e delicada que se encontram os militares, devendo o nosso Estado se preocupar não só com a manutenção de seus nacionais no exterior, mas também com a própria reputação da nação brasileira zelando pela missão desempenhada. Em suma, a Administração Pública poderá dar preferência à qualidade dos produtos adquiridos e serviços prestados, afastando assim mercadorias de conteúdos suspeitos e serviços com resultados duvidosos.

D) Ratificação

O segundo requisito necessário para a formalização da nova hipótese de dispensa de licitação é a ratificação, encerrando as suas características essenciais.

A lei determina a ratificação de todo o trâmite interno pelo Comandante das Forças Armadas, ou seja, é necessária a palavra final da autoridade máxima a fim de homologar a regularidade

desta fase inicial, finalizando esta etapa e autorizando a próxima, que é a não realização do certame e a contratação direta do serviço e/ou a compra direta do produto.

Percebe-se claramente que o legislador introduziu esta medida com a finalidade de estipular um maior controle dos atos internos praticados. Em uma posição hierarquicamente superior o comandante assume uma função de fiscal, controlando as ações executadas por seus subordinados, zelando pela regularidade de todo o procedimento administrativo.

Entende-se por Comandante o cargo de administração superior dotado de poder de decisão, o posto de chefia de cada uma das três instituições militares: o que lidera o Exército, o que comanda a Marinha e o que conduz a Aeronáutica. Se a missão de paz for exclusiva de apenas uma delas, haverá somente a necessidade da ratificação do Comandante da instituição que assumiu tal encargo; já se o ofício pertencer a duas ou mais, será imprescindível a ratificação do Comandante da instituição de onde partiu a necessidade da realização da compra e/ou serviço.

Por fim, vale lembrar que os cargos de Comandante das Forças Armadas são privativos de brasileiros natos, além de ser competência privativa do Presidente da República as suas respectivas nomeações através de decreto.

3 DIFERENÇAS ENTRE AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA MISSÃO DE PAZ NO EXTERIOR E OUTRAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Bastante oportuno traçarmos alguns paralelos entre a nova possibilidade de dispensa de licitação que versa sobre aquisição de bens e contratação de serviços para missões de paz no exterior (XXIX) e duas outras hipóteses também previstas no art. 24, da Lei nº 8.666/93. Esta preocupação tem por objetivo evitar confusões entre as mesmas, individualizando cada uma delas, já que tais dispositivos legais também tratam da dispensa de licitação envolvendo a ação das Forças Armadas tanto em solo brasileiro

quanto no exterior.

Abordaremos mais detalhadamente as diferenças entre a nova hipótese e a que trata dos casos de aquisição de bens e contratação de serviços para abastecimento de operações militares (XVIII) e a que versa sobre a aquisição de bens para padronização de materiais (XIX). Posteriormente faremos rápidas considerações sobre outras possibilidades de dispensa que direta ou indiretamente possam ter alguma proximidade com o tema principal ora em estudo.

3.1 Compra de produtos e prestação de serviços para o abastecimento de operações militares (XVIII)

O ponto em comum entre elas é que ambas tratam tanto da aquisição de bens, quanto da contratação de serviços para as Forças Armadas. As diferenças são várias, dentre as principais podemos anotar:

A) o objetivo da primeira é bem mais específico, pois atende ao contingente militar que está atuando exclusivamente em missão de paz no exterior, já a segunda visa satisfazer os militares em operações de qualquer natureza quando houver necessidade de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou adestramento, quando a exiguidade dos prazos puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações;

B) na primeira não há um valor máximo para a realização das compras e serviços, não existe um limite quantitativo até aonde o gestor público possa utilizar sua discricionariedade, na segunda há um teto pecuniário, estando a aquisição dos bens e a contratação de serviços vinculados ao montante de R\$ 80.000,00, não podendo este valor ser ultrapassado;

C) enquanto na primeira é exigido como requisitos formais tanto a justificação do preço e do fornecedor, quanto a ratificação

do procedimento administrativo pelo Comandante das Forças Armadas, na segunda não há nenhuma previsão de tais formalidades específicas, ficando este dispositivo vinculado apenas as exigências genéricas da Lei nº 8.666/93.

3.2 Aquisição de bens para padronização de materiais (XIX)

O ponto em comum entre elas é que ambas tratam de aquisição de materiais pelas Forças Armadas. As diferenças são inúmeras, dentre as principais podemos apontar:

A) o objetivo da primeira é dar suporte as missões da paz realizadas no exterior, ao passo que a segunda tem por fundamento a mera padronização da estrutura logística;

B) na primeira não há limites legais para as compras governamentais, podendo a Administração Pública adquirir quaisquer bens, já na segunda a própria norma traz como exceção a compra de materiais de uso pessoal e administrativo;

C) a primeira abarca tanto a possibilidade de aquisição de materiais quanto de contratação de serviços, diferentemente da segunda que tutela tão somente a possibilidade de compras de bens;

D) quanto a primeira nos parece que o legislador acertou em dar-lhe uma roupagem de dispensa de licitação, todavia, na segunda há uma discussão doutrinária, Marçal Justen Filho (2009, p. 322) defende a desnecessidade do dispositivo, pois acredita se tratar de um caso de inexigibilidade de licitação, Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 290) e Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 324) apontam no sentido do dispositivo ser realmente de dispensa de licitação, Carlos Ari Sundfeld (1995, p. 47) ensina que não se trata de dispensa nem de inexigibilidade de licitação, sendo necessário haver a seleção pública.

3.3 Outras possibilidades

Cabem ainda algumas rápidas e singelas considerações sobre outras possibilidades de dispensa de licitação que possuem alguma relação com a nova modalidade, vejamos as principais:

A) no caso de guerra (III) a ação das Forças Armadas no exterior será de combate, situação totalmente inversa da nova modalidade que tem por finalidade missões de paz, portanto, embora as razões que motivam o contingente militar nacional a se retirar de seu país e manter relações com outras nações sejam diametralmente opostas, cabe a dispensa em ambos os casos;

B) na hipótese de comprometimento da segurança nacional (IX), situação que envolve o relacionamento entre o Estado brasileiro e a comunidade internacional, percebe-se que essa é genérica em relação à nova modalidade de dispensa, ou seja, enquanto na primeira a licitação pode ser afastada por todo e qualquer acontecimento que possa de alguma forma comprometer os interesses do Brasil no cenário mundial, a segunda é bastante específica, atuando exclusivamente no apoio material aos militares que estão atuando em missões humanitárias no exterior;

C) na situação dos bens e serviços que envolvem cumulativamente a alta complexidade tecnológica e a defesa nacional (XXVIII) vale a pena destacar as formalidades necessárias para o seu fornecimento, haja vista que o moderno conceito de segurança nacional já foi estudado no item anterior: na primeira só poderá ocorrer a dispensa se existir um parecer da comissão especialmente designada para o caso, já na segunda há a necessidade de justificação do preço e do fornecedor dos produtos como também do preço e do executor dos serviços prestados; enquanto na primeira há a participação da autoridade máxima do órgão, tendo por função indicar a comissão que elaborará o parecer, na segunda a autoridade suprema das Forças Armadas também possui um envolvimento atuante, devendo o Comandante ratificar todo o procedimento administrativo.

4 CONCLUSÃO

A nova modalidade de dispensa de licitação, advinda com a Lei nº 11.783, de 17 de setembro de 2008, veio atualizar e adaptar a norma nacional ao atual quadro de política externa assumido pelo Estado brasileiro, demonstrando que internamente o legislador está sensível a situação delicada vivida pelo contingente militar ao desempenhar ajuda humanitária em outros países, e externamente estamos interessados em participar do novo cenário mundial, através dos constantes diálogos com as mais diferentes nações.

Não há dúvida que a medida também procura resgatar o prestígio das Forças Armadas no panorama internacional, apresentando-as como instituições aptas a desempenharem missões complexas, como a de trazer paz à países em situação de penúria. Diante das funções extras exercidas pelas três forças além das previstas constitucionalmente, infere-se que modernamente está se formando um novo conceito de defesa nacional, ampliando seu campo de atuação. Aliado a isso, concorre também a tradição que o Brasil muito bem construiu ao longo de inúmeros governos de se apresentar como uma nação de excelente política de cooperação, característica muito bem apreciada no mundo globalizado.

Mesmo sabendo que a razão maior de todas essas medidas seja a busca pelo assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, agiu bem o legislador, pois além da inovação ter sido bastante oportuna, diante da necessidade de um tratamento diferenciado para estes profissionais, tornando mais célere o procedimento da compra de produtos e prestação de serviços, a medida veio em um momento muito apropriado, reforçando os inúmeros índices que vem mostrando o bom desempenho brasileiro nos mais diversos setores, mesmo diante da crise econômica mundial, além de reforçar o conceito de soberania nacional.

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. São Paulo: Atlas, 2007.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

REFLEXIONS ABOUT BRAZILIANS LAW ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Paulo Roberto Clementino Queiroz

Bacharel em Direito pela UNIFOR

Especialista em Administração Pública pela FIC

Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará

Advogado

E-mail: przen@ig.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 NOTA HISTÓRICA; 3 CONCEITO E POSITIVAÇÃO; 4 PRINCÍPIOS; 5 SUJEITO PASSIVO; 6 SUJEITO ATIVO; 7 TRÊS GRUPOS DE ATOS DE IMPROBIDADE; 7.1 ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO; 7.2 ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO; 7.3 ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 8 SANÇÕES; 9 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO; 10 PROCESSO JUDICIAL; 11 CONCLUSÃO; 12 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 HISTORICAL NOTE; 3 CONCEPT AND POSITIVE CONCEPT; 4 PRINCIPLES; 5 PASSIVE SUBJECT; 6 ACTIVE SUBJECT; 7 THREE GROUPS OF ACTS OF MISCONDUCT; 7.1 ACTS IMPORTING ILLICIT ENRICHMENT; 7.2 ACTS WHICH CAUSE INJURY TO THE PUBLIC TREASURY; 7.3 ACTS WHICH VIOLATE THE PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION; 8 SANCTIONS; 9 ADMINISTRATIVE PROCEDURE; 10 JUDICIAL PROCEEDINGS; 11 CONCLUSION, 12 REFERENCES.

Resumo: A construção do conceito de estado e a delimitação de seus poderes ensejaram o surgimento de normas para coibir atos de improbidade administrativa, aqui compreendida, em termos amplos, como a indevida utilização da coisa pública em proveito privado. A percepção de que sua prática é rejeitada pela população vai apenas até o limite em que esta mesma população não se beneficia ilicitamente com a coisa pública. O desconhecimento da lógica da improbidade, refletida no desconhecimento das normas que a regulam pode apontar a relevância de um estudo algo minudente, embora não exaustivo, de sua positivação. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva apresentar e discutir alguns aspectos sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro, especificamente nos termos da lei n.º 8.429/92, no que tange aos elementos que compõem seu conceito e trâmite processual. Para tanto, a partir de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a livros, legislação e jornais impressos ou publicados na rede mundial de computadores (internet) buscou-se discorrer sobre essa legislação específica que tutela a moralidade pública, analisando-a também numa perspectiva crítica que possibilite confrontar a estrutura formal da norma e seu alcance social.

Palavras-chave: Improbidade. Atos. Sanções. Processo. Agente Público.

Abstract: The creation of the definition of State and the restriction of its powers brought new rules to restrain acts of administrative improbity, which is, in general terms, the use of public resources for private purposes. The public rejection of this practice is limited as the same public illegally benefits from public resources. The lack of knowledge about administrative improbity's logic, which reflect the ignorance about the laws that rule it, points to the importance of a careful study, although not exhaustive, of its regulation. In that context, this article intends to present and discuss some of the aspects about administrative improbity in the brazilian law, specifically the terms of the law n.º 8.429/92, in what concerns definitions and procedures. For that matter, using an bibliographical research in books, newspapers and websites, intends to discuss the specific legislation of the subject, which concerns the public morality, adding a critic perspective, in a way that permits a confrontation between the law's formal structure and its social realization.

Keywords: Improbity. Acts. Punishment. Procedure. Public Agents.

1 INTRODUÇÃO

O No Brasil, em 1992, foi sancionada a Lei n.º 8.429, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, estabelecendo procedimento judicial e administrativo para a sua apuração. Essa norma específica é reflexo do anseio popular em combater a corrupção arraigada na administração pública brasileira e reconhecida na mais generalizada

utilização da coisa pública em proveito privado.

Posta a norma, no entanto, seu desconhecimento redundava em desprezível falsete: o clamor popular pelo fim da corrupção nos mais altos escalões da República é o mesmo que ainda se queda silente em comunhão promíscua com as múltiplas e corriqueiras formas de utilização da coisa pública como se fosse privada.

As “pequenas” e “viciadas” práticas do cotidiano da administração pública, individualmente consideradas, certamente se valeriam do princípio da insignificância para escapar a qualquer responsabilização. Contudo, em conjunto, tais práticas não só corroem diuturnamente o patrimônio coletivo, como ensejam um hábito, uma esfera de aparente normalidade a envolver a perene dilapidação daquele. A sensação de que tirar proveito (mesmo indevido) é normal quando o benefício não é escandaloso deságua na inevitável e generalizada impunidade.

Indispensável, portanto, analisar tecnicamente a norma, verificando possibilidades de sua aplicação no dia-a-dia e o alcance, em sua plenitude, da eficácia social a que se destina.

2 NOTA HISTÓRICA

Durante a formação do conceito ocidental de Estado, bem como da delimitação de seus poderes, foi constante a necessidade de se evitar a utilização da máquina pública em proveito pessoal. Digna de nota, por exemplo¹, a disputa entre as dinastias de Borgonha e Avis na Portugal do final do séc. XIV, geradora de uma revolução essencial ao estabelecimento da independência lusitana (então ameaçada pelo reino de Castela), bem como para sua famosa expansão marítima no séc. XVI.

De um lado a nobreza e o clero estavam interessados na anexação de Portugal pelo reino de Castela para manter seu poder político remanescente da dinastia de Borgonha; de outro, a

¹ A nítida ilustração da utilização da coisa pública como moeda de troca em negociatas políticas na gênese do Estado moderno português e, posteriormente, do Estado brasileiro justifica o comentário deste único episódio, em detrimento de uma completa evolução histórica do tema.

população simples, a burguesia e a pequena nobreza defendendo a independência portuguesa, liderados pela nascente dinastia de Avis.

Como estratégia para congregar aliados, “o mestre de Avis garantia suas alianças doando concessões comerciais à grande burguesia, terras aos seus partidários na nobreza e cargos públicos aos letrados e juristas que o apoiavam” (CÁCERES, 1994, p. 7).

Com a vitória da dinastia de Avis, nobres, que antes desfrutavam de imunidade fiscal, passaram a pagar impostos como todos e continuavam ocupando a cúpula militar e administrativa, na condição de funcionários do Estado. Tais nobres, na nova administração portuguesa, “transformaram-se em funcionários públicos, pois o serviço público era agora a única fonte que tinham para obter riquezas, poder, glória e honras” (CÁCERES, 1994, p. 7).

Esse fato histórico ofereceu uma nova feição ao serviço público português e foi contemporâneo do nascimento das Constituições e da transição do eixo econômico feudal para o comercial expansionista. No ensejo da expansão marítima do séc. XVI, foi iniciada a colonização brasileira e com ela a continuidade deste verdadeiro arquétipo de administração corrompida por interesses pessoais².

3 CONCEITO E POSITIVAÇÃO

Probo pode ser definido, em sentido amplo, como “de caráter íntegro; justo; reto; honrado” (FERREIRA, 1943, p. 990). Improbidade, portanto, pode ser compreendida como falta de caráter, de integridade, de justiça, retidão ou honradez. Pode-se definir improbidade administrativa como a distorção do fim último da administração (bem comum) em direção a fins particulares, individuais; é o aproveitamento da estrutura que o poder público

² Como exemplo da reprodução desse modelo viciado na história do Brasil, basta lembrar que, dentre os vários fatores geradores da crise política que culminou com a abdicação do imperador D. Pedro I, em 7/4/1831, estava a atuação de um grupo informal composto, dentre outros, pela amante, Marquesa de Santos, e pelo guarda-costas de D. Pedro, incumbidos principalmente de favorecer os amigos do Império com a estrutura pública.

dispõe para atender o coletivo em proveito individualizado.

Eis, portanto, a corruptela, corrupção, distorção do ímprobo: utiliza o esforço de todos em proveito próprio; amplia sua liberdade à custa da limitação das liberdades alheias pela administração pública.

Percebe-se como é democrática a envergadura desse conceito, uma vez que pode ser aplicado ao grande empresário que assedia o fiscal de tributos para não ser multado como também se observa quando o servidor de uma prefeitura do interior do Estado usa o carro do órgão em que trabalha para buscar os filhos na escola. Ambos se utilizam da estrutura pública como se fosse sua. Popularmente designativa de qualquer ato de corrupção, em âmbito de direito administrativo brasileiro, a improbidade pode ser conceituada como qualquer desrespeito ao princípio constitucional da moralidade administrativa³.

Em termos positivos, o art. 15, V, da Constituição Federal de 1988, determina a improbidade como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos⁴. O art. 37, caput, elenca a moralidade como princípio a ser observado pela administração pública e o § 4º do mesmo artigo chama de improbidade a lesão ao princípio da moralidade administrativa. O art. 85, V, estabelece como crime de responsabilidade do presidente da República a lesão à probidade administrativa⁵.

Em 2 de junho de 1992 foi sancionada a Lei n.º 8.429, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional,

3 Existe na doutrina um debate acerca da diferença conceitual entre moralidade e probidade, definindo-se a probidade como espécie de moralidade ou mesmo como moralidade qualificada. Contudo, tal discussão não merece atenção neste ensejo.

4 Anteriormente previsto apenas pela CF/1967 (art.148, II) e pela CF/1969 (art.151, II), nesta última considerada ainda a vida pregressa do candidato, no tocante a condições de elegibilidade.

5 Salvo a Constituição Imperial de 1824, pela qual a pessoa do imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma (art. 99), todas as constituições brasileiras previram a lesão à probidade administrativa como crime de responsabilidade do presidente da República: CF/1891 (art.54, 6º); CF/1934 (art. 57, f); CF/1937 (art.85, d); CF/1946 (art. 89, V); CF/1967 (art.84,V) e CF/1969 (art.82, V).

popularmente conhecida como lei de improbidade administrativa ou LIA.

Em âmbito eleitoral, a Lei n.º 9.504/97⁶, arts. 73 e 75, elenca um rol de condutas vedadas aos agentes públicos, servidores ou não, tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais. O art. 73, §7º desta norma, prevê expressamente que as condutas enumeradas em seu caput caracterizam atos de improbidade administrativa previstos pelo art. 11, I, da Lei 8.429/92.

4 PRINCÍPIOS

O art. 4º da Lei n.º 8.429/92 dispõe que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

À exceção do princípio da eficiência, inserto no texto constitucional pela emenda n.º 19/1998, o legislador ordinário repetiu os mesmos princípios previstos pelo art. 37, caput, da Constituição Federal.

A administração pública brasileira existe sob o império da estrita legalidade, ou seja, somente é possível fazer ou deixar de fazer o que determinado por lei. Essa lei, saliente-se, deve ser entendida de forma ampla, ou seja, como norma ou ordenamento jurídico. Por outra, a administração pública deve seguir, acima de tudo, a Constituição Federal e toda a gama de valores e princípios por ela ameadados.

Além disso, o conceito de legalidade não se deve restringir à forma legal. Assim o fosse, seria razoável asseverar, como José Afonso da Silva, que a “lei pode ser obedecida moralmente ou imoralmente” (2002, p. 648). Entretanto, como ensinou Arnaldo Vasconcelos, “repele-se, por temerária ao regime democrático, toda teoria que conceba a norma jurídica como mera forma desprovida

⁶ Apenas as leis n.º 3.164/57 e 3.502/58 podem ser apontadas como legislação infraconstitucional específica e sistemática sobre o assunto antes da atual lei n.º 8.429/92.

de conteúdo” (2006, p. 26).

Ou seja, guardadas as devidas proporções, a moralidade é conteúdo intrínseco a qualquer norma jurídica que disponha sobre a administração pública, na medida em que, sem esse essencial valor, a correlação de fato e norma perde sentido na seara do direito público. Ainda assim, ou mesmo por reconhecer a importância desse conceito, optou o legislador por, para além da legalidade⁷, proteger, expressamente, a moralidade administrativa⁸.

Assim é que o direito positivo absorve fundamental aspecto jusnaturalista e tenta estabelecer contornos mínimos de enquadramento às situações em que não se observe a moralidade. Por conseguinte, para atuar em respeito à moral administrativa “não basta ao agente cumprir a lei na friez de sua letra. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético” (ALEXANDRINO, 2006, p. 120).

No esteio desse conceito de moral administrativa, pelo princípio da impessoalidade, os administrados devem ser tratados igualmente quando se encontrem em igual situação jurídica. Trata-se de verdadeira aplicação do princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF/88), que, como ensina Bandeira de Mello (1998, p. 23), visa a duplo objetivo: “propiciar garantia individual contra perseguições” e “tolher favoritismos”.

Se a observância da isonomia visa impedir perseguições e tolher favoritismos, ela está sendo, naturalmente, impessoal, na medida em que adota como critério de ação não o cidadão demandante, mas o serviço demandado. A maior expressão prática

7 O estabelecimento da legalidade aqui como princípio revela, portanto, preocupação do legislador que vai além da simples formalidade. Estabelece-se pelo princípio da legalidade a necessidade de respeito a valores eleitos pelos representantes do povo como mais caros e necessários à defesa da moralidade, da ética e da credibilidade do Estado, a respeito do que comenta Pedro T. Nevado-Batalla Moreno: “Cuadro de compromisos legales cuyo cumplimiento hacen restar hasta su práctica desaparición los argumentos sobre la necesidad de códigos éticos o de conducta específicos. Y es que, cuando se reflexiona em torno a la ausencia de principios y valores éticos em la administración y por tantos em su personal, cuyo resultado es la erosión de la legitimidad y confianza de los ciudadanos, em no pocas ocasiones se esta errando em el planteamiento inicial ya que la falta de confianza y por tanto la merma de legitimidad traz su causa em un descuidado tratamiento y aplicación de la legalidad vigente frente al personal público” (2004, p.123).

8 Convém destacar, ademais, que a “denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação de atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio” (ALEXANDRINO, 2006, p. 119-120).

do desrespeito a tal princípio é o vulgarmente conhecido “jeitinho brasileiro,” suficiente para superar qualquer obrigação legal a todos imposta indistintamente em favor de amizade, parentesco ou propinas.

Finalmente, indispensável para verificação da legalidade, moralidade e impessoalidade dos atos administrativos, que os mesmos sejam públicos, razão pela qual o caput do art. 37 da CF/88 estabelece a publicidade como princípio norteador da administração pública. Contudo, melhor seria se, ao invés da publicidade, a norma estabelecesse a transparência como princípio, entendida esta não como a simples divulgação de dados, mas como uma publicidade clara e compreensível pelo cidadão comum.

A publicação de um cabedal numérico referente a determinada licitação, v.g., só fantasiosamente atende a finalidade da norma; os termos da dita licitação foram formalmente publicados, mas passam longe da efetiva compreensão pública. Por fim, o art. 4º da Lei n.º 8.429/92 determina que estes quatro princípios, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devem ser estritamente observados pelos agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia.

5 SUJEITO PASSIVO

Uma vez que o sujeito ativo da improbidade é definido a partir do sujeito passivo, comecemos por este a análise dos elementos caracterizadores da improbidade administrativa. O ato de improbidade administrativa pode ser praticado contra a administração direta, indireta (até mesmo entidades de classe constituídas como autarquia) ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de território, de empresa incorporada ao patrimônio público, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra.

Nesse último caso, contudo, se a participação pública for inferior a 50% (cinquenta por cento), a sanção patrimonial será

limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Podem ser sujeitos passivos de improbidade, ademais, os sindicatos, “pelo simples fato de serem os destinatários finais dos recursos angariados com as denominadas ‘contribuições sindicais’” (GARCIA, 2006, p. 201), por sua natureza de benefício fiscal.

Da mesma forma, organizações sociais regidas pela Lei n.º 9.637/98, organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs e serviços sociais autônomos, por se tratarem de entidades “em relação às quais o Estado exerce função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para criação e custeio” (DI PIETRO, 2004, p.706).

Por fim, podem constituir-se como sujeitos passivos de improbidade administrativa os partidos políticos, vez que beneficiários do fundo partidário. A norma não poderia ser mais abrangente nesse aspecto, posto que qualquer manuseio de verbas públicas é suficiente para o enquadramento como sujeito passivo.

6 SUJEITO ATIVO

A Lei n.º 8.429/92 é bastante ampla também ao delimitar os prováveis agentes ou praticantes da improbidade administrativa. Seu art. 1º determina que os atos de improbidade podem ser praticados por qualquer agente público (sujeito ativo próprio), servidor ou não, conceituando, logo em seguida, agente público como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função.

Até mesmo quem não se enquadre nesse vasto conceito de agente público pode ser penalizado pela norma, ou seja, o terceiro que, não sendo agente público, induz, concorre ou se beneficia direta ou indiretamente do ato de improbidade administrativa (sujeito ativo impróprio), nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.429/92.

Há possibilidade de se aplicar a LIA também ao agente de

fato, ou seja, ao agente que não tenha ingressado no serviço público de forma regular. Trata-se de situação excepcional em que se deve verificar o vínculo existente entre o agente e o sujeito passivo, de modo que se constate a anuência deste no exercício das funções realizadas por aquele. Quando não verificada essa anuência, o agente responde apenas pelo crime de usurpação de função (art. 328 do Código Penal).

Quanto à possibilidade de se aplicar a lei de improbidade a advogados e juízes arbitrais⁹, deve-se apontar que, apesar de ambos exercerem atividade de interesse público, a ausência de qualquer vínculo com a administração impede sua submissão a essa norma. Por outro lado, aplica-se a LIA aos notários e registradores regidos pela pelo art. 236 da CF/88 e pela Lei n.º 8.935/94, delegatários das serventias do registro público, posto que evidente o vínculo mantido com o poder público.

A caracterização de pessoa jurídica como sujeito ativo só é admissível na modalidade imprópria, ou seja, como terceiro que induz, concorre ou se beneficia. Em tais casos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a entidade for utilizada como instrumento para a prática do ilícito.

Em 2006, importante debate surgiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da reclamação n.º 2.138¹⁰, sobre a aplicação da Lei n.º 8.429/92 aos agentes políticos. Impende salientar que são “agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os chefes dos poderes Executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de Estado, além de senadores, deputados e vereadores” (DI PIETRO, 2004, p.

9 O art. 17 da Lei 9307/96 equipara os juízes arbitrais a funcionários públicos apenas para efeito da legislação penal, sem qualquer menção às condutas da Lei de Improbidade.

10 A Reclamação n.º 2.138, julgada em 13/06/2007, foi proposta pela Advocacia-Geral da União contra decisão do juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que condenara Ronaldo Sardemberg, Ministro de Ciência e Tecnologia do governo Fernando Henrique Cardoso, por uso indevido de aeronave da Força Aérea Brasileira em viagem de férias a Fernando de Noronha. Assentou-se o entendimento de que “O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n.º 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei n.º 1.079/1950).”

433).

Por seis votos contra cinco, entenderam os ministros do STF que a lei de improbidade administrativa não se aplica a agentes políticos, vez que os mesmos devem submeter-se ao regime especial da Lei n.º 1.079/50 (crime de responsabilidade).

7 TRÊS GRUPOS DE ATOS DE IMPROBIDADE

A LIA apresenta três grupos de atos que configuram improbidade administrativa, a saber, atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

As condutas especificadas nesses artigos são exemplificativas (*numerus apertus*). Assim, quaisquer atos que importem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da administração podem ser considerados como de improbidade administrativa, mesmo quando não descritos nos incisos dos artigos em questão.

7.1 Atos que importam enriquecimento ilícito

São definidos pelo art. 9º da Lei n.º 8.429/92 como ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em qualquer das entidades que podem ser sujeito passivo.

Para configurar o enriquecimento ilícito não é necessário que exista prejuízo ao erário, ou seja, o “patrimônio da administração, apenas secundariamente, poderá interessar, uma vez que o enriquecimento ilícito nem sempre implica golpeamento às finanças públicas” (COSTA, 2005, p. 97), na medida em que pode ser auferido em desfavor de terceiro. Ademais, essencial para configurar tal ilícito é a presença do dolo como elemento subjetivo, não se admitindo a modalidade culposa.

As várias condutas elencadas nos incisos exemplificam

basicamente a percepção de dinheiro, bens, valores para que o agente público aja ou se omita com relação a fins lícitos ou ilícitos (incisos I, II, III, V, VI, IX, X) e utilizar bem público em interesse próprio (incisos IV, XI, XII). Os incisos VI e VIII representam uma preocupação do legislador em tipificar indícios de atos de improbidade.

Dentre esses exemplos apontados pela norma, interessante destacar o inciso VII, qual seja, “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. Ou seja, a simples aquisição de bem incompatível com a evolução patrimonial do adquirente já é suficiente para enquadrá-lo na conduta de improbidade administrativa¹¹.

Não é sem razão que se exige do servidor público, com fundamento no art. 13 dessa lei, declaração anual de bens, condicionando mesmo a apresentação desta declaração à posse e exercício do agente público. O §3º do referido artigo estabelece a pena de demissão a bem do serviço público ao servidor que se recusar apresentar anualmente declaração de bens ou prestá-la falsa. Trata-se de forma legal e legítima, portanto, de verificar a evolução patrimonial e mesmo a probidade dos servidores.

Mas não é só aos grandes desfalques que se aplica a tipificação em comento, ou seja, não apenas contas em “paraísos fiscais” para desvio de verbas públicas evidenciam conduta do ímprobo porque também é desonesto, por exemplo, o servidor que abastece sua residência com material de limpeza proveniente do almoxarifado do órgão público em que trabalha.

7.2 Atos que causam prejuízo ao erário

O art. 10 define como atos que causam prejuízo ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda

¹¹ Vide, por exemplo, AgRg na MC 13.353/RJ, julgado pelo STJ, em que se constatou: “Fundado indício de enriquecimento ilícito: valor depositado em conta na Suíça, em muito excedente dos rendimentos líquidos do servidor público, segundo demonstrado pelo laudo pericial”.

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades apontadas acima como sujeitos passivos. Preliminarmente, é importante lembrar que “erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o” (GARCIA, 2006, p. 265).

Assim, o conceito de erário limita-se apenas aos bens de natureza econômico-financeira, enquanto que patrimônio público concentra além dos interesses econômico-financeiros os de natureza moral, estética, histórica, turística, ambiental e artística, na forma do art. 1º, Lei n.º 4.717/65.

Os quinze incisos do art. 10 da LIA tipificam condutas que tratam da aquisição de bens pela administração pública por preço superior ao de mercado ou na perda de bens da administração por meios ilícitos por meio de operações com preços inferiores aos de mercado ou mesmo doações, repasses, subtrações desses bens. Tais condutas podem ser diretas e expressas ou mesmo indiretas e sutis.

A fraude à licitação (inciso VIII), por exemplo, demonstra a tentativa de se burlar a lei dilapidando o patrimônio público pelo particular. Por vezes, tais tentativas se utilizam de verdadeiros engenhos, como é o caso da compra de materiais com fracionamento de notas fiscais objetivando não atingir a faixa de valores dentro da qual se obriga a licitar ¹².

Destaque-se que, nessa modalidade de improbidade, os incisos não prevêm o enriquecimento do agente público, mas de terceiros com a facilitação deste. O foco do artigo está na perda de valores pela administração e no enriquecimento de terceiros. Verifica-se, quanto ao agente público, apenas sua conduta facilitadora, independentemente dos motivos que o levaram a incorrer em improbidade. Caso haja enriquecimento do agente, aplica-se o art. 9º, por ser o de sanções mais graves.

¹² Analisando caso de compra de materiais com fracionamento de notas fiscais, Resp 685.325/PR, apontou o STJ o desrespeito direto a diversos princípios da administração pública: “restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.”

A percepção da improbidade é flagrante quando o servidor usa a coisa pública como se fosse coisa própria; quando ao invés de portar-se como um gestor ou gerente de patrimônio coletivo, dispõe da estrutura estatal a seu bel prazer, agraciando, favorecendo discricionariamente alguém. Não se pode omitir a aplicação de multa, v.g., por irrisória que seja, sem respaldo legal, por mero compadecimento ou falsa magnanimidade.

7.3 Atos que atentam contra os princípios da administração pública

Definido pelo art. 11, o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública pode ser qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Fiel ao conceito da probidade, o legislador ressalta a honestidade e lealdade, além dos já normatizados valores da legalidade e imparcialidade (como extensão da impessoalidade). Os sete incisos deste artigo detalham, exemplificativamente, condutas que podem não importar em enriquecimento do agente público ou de terceiros, mas que violam importantes valores da administração pública, como o sigilo de atos oficiais, a publicidade dos atos oficiais, a licitude de concurso público, a obrigatoriedade de prestação de contas.

Ou seja, tais atos podem até mesmo resultar em enriquecimento do agente público ou de terceiro, mas o objetivo da norma não é tipificar tais resultados, mas proteger os princípios administrativos mencionados. Sobre esse aspecto, interessante a perspectiva apresentada por Fazio Junior:

Assim, todo ato de improbidade administrativa atenta contra os princípios da Administração Pública. Se produzir enriquecimento ilícito do agente público, incide o art. 9º; se não beneficiar patrimonialmente o agente público, mas causar lesão ao erário, vale o art. 10. Se não produzir nenhum daqueles efeitos, então sim, configurada está a conduta característica do art. 11 (2000, p.174).

Como mencionado anteriormente, é possível a utilização de medidas acautelatórias, como a indisponibilidade dos bens, seqüestro, investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no interior ou afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função.

À guisa de exemplo, em março de 2007, “pela primeira vez no país, uma ação judicial bloqueia papéis de uma transação no mercado de capitais por suspeita de vazamento de informações¹³”. Trata-se do caso da compra do grupo Ipiranga pelas empresas Petrobras, Braskem e Ultra que, segundo a Comissão de Valores Mobiliários, apresentou indícios de favorecimento pelo vazamento de informações privilegiadas (insider trading).

Em decisão liminar proferida em 21/03/2007, apesar de não se obstruir a venda da empresa, impediu-se que dois investidores recebessem o valor de R\$ 4 milhões obtidos com a venda das ações. Para apuração desse caso foi proposta ação civil pública atualmente em trâmite na 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em segredo de justiça.

8 SANÇÕES

O art. 37, § 4º, da CF/88 já apresentava genericamente como sanções à improbidade administrativa a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário sem prejuízo da ação penal cabível. A Lei n.º 8.429/92 apenas detalhou sua aplicação, ressaltando-se a obrigação de se levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. O art. 12 da LIA as enumera:

- perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

- ressarcimento integral do dano, quando houver;

¹³ Justiça bloqueia venda de ações do grupo Ipiranga. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/53934,1>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

- perda da função pública após trânsito em julgado da sentença condenatória;

- suspensão dos direitos políticos, após trânsito em julgado da sentença condenatória de oito a dez anos nos casos que importem enriquecimento ilícito; de cinco a oito anos nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de três a cinco anos nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

- pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial nos casos que importem enriquecimento ilícito; de até duas vezes o valor do dano nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

- proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos nos casos que importem enriquecimento ilícito; de cinco anos nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de três anos nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Observe-se apenas que a aplicação destas sanções especificamente aos casos de improbidade do art. 9º independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Também não é pressuposto para aplicação das sanções a aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21).

O rigor destas sanções já seria suficiente para coibir qualquer desvio. Não obstante, entre o ser e o dever-ser jurídico há extensa lacuna referente à aplicação da norma. A despeito das crônicas limitações da ação fiscalizadora do Estado, o legislador pecou principalmente ao reduzir o rol de legitimados a propor ação específica para apuração da improbidade, como será comentado adiante.

9 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A investigação administrativa para verificação de prática de improbidade, nos termos do art. 14, pode ser iniciada por representação apresentada por qualquer pessoa, sendo, contudo, vedada denúncia anônima, sob pena de rejeição da representação. Trata-se de verdadeiro direito inerente a qualquer cidadão e que “poderia ser exercido mesmo que não previsto nessa lei, já que assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIV, a, da Constituição” (DI PIETRO, 2004, p. 717).

A apresentação de representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente constitui crime punível com detenção de seis a dez meses e multa, além do pagamento de indenização por danos materiais, morais ou à imagem (art. 19).

Quando não pretender se identificar, entretanto, qualquer pessoa pode ainda, ao invés de representar à autoridade administrativa, apresentar informações ao ministério público, cabendo a este apresentar representação nos termos do art. 22.

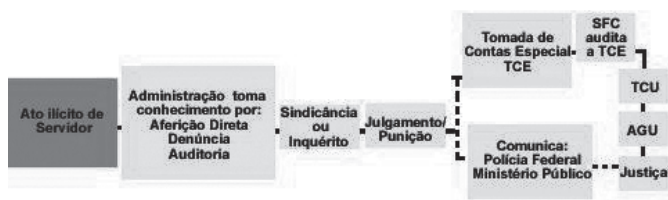
Quanto ao trâmite do procedimento administrativo, uma vez atendidos os requisitos formais da representação, determinar-se-á imediata apuração dos fatos a ser realizada por comissão processante específica, sendo informados o ministério público e o Tribunal de Contas, que poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar esse trâmite.

No decorrer da apuração, havendo indícios fundados de responsabilidade, necessário se faz que a comissão processante represente ao ministério público ou à procuradoria do órgão para que se requeira judicialmente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro investigado. Se necessário, o pedido de decretação desse seqüestro pode incluir investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo investigado até mesmo no exterior (art. 16, § 2º).

No que tange à responsabilização do agente público

propriamente dito, o procedimento adotado pela LIA é muito similar ao padrão estabelecido pela Lei 8.112/92 e que influenciou boa parte das normas apuradoras de infrações disciplinares, assegurando-se sempre garantias à mais ampla defesa do servidor.

Adiante, fluxograma simplificado de procedimento administrativo no âmbito de atuação da corregedoria-geral da União, iniciado a partir de representação, auditoria ou aferição direta e que pode resultar na constatação de improbidade administrativa:



10 PROCESSO JUDICIAL

A lei de improbidade não foi expressa quanto à ação cabível judicialmente para apuração do ilícito. Contudo, o art. 1º da Lei n.º 7.347/95, ao proteger qualquer interesse difuso ou coletivo com base no art. 129, III, da CF/88, tornou a ação civil pública instrumento ideal para este desiderato, sem prejuízos de ações penais específicas (concessão, prevaricação, corrupção ativa e passiva etc.).

Ao compatibilizar as leis n.º 8.429/92 e lei n.º 7.347/85, pertinente acentuar que a “Lei da Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (MORAES, 2004, p. 351). Ou seja, os aspectos materiais da improbidade são regulados pela lei n.º 8.429/92 e os processuais, salvo raras exceções, pela lei n.º 7.347/85.

Assim, nos termos do art. 17 da Lei de Improbidade, a ação principal seguirá o rito ordinário e deve ser proposta no prazo de trinta dias da efetivação de medida cautelar (indisponibilidade dos bens; seqüestro; investigação, exame e bloqueio de bens,

contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no interior ou afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função). A partir da propositura da ação, é vedada a transação, acordo ou conciliação (art. 17, §1º).

A ação pode ser proposta somente pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada – sujeito passivo (art. 17, caput). Quando o autor for aquele, esta poderá atuar como litisconsorte. Quando proposta pela pessoa jurídica, o Ministério público deve atuar como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Apesar de ser ação civil pública, esse rol de legitimados foi determinado pela LIA, ou seja, associações, partidos políticos ou sindicatos não a podem propor. Quando se compara referida restrição com a legitimação conferida a tais entidades na ação popular e na própria ação civil, impressiona a verdadeira má-fé do legislador, conhecedor do real poder da norma em detrimento das limitações do poder público aplicá-la, ou seja, estabeleceu-se a norma materialmente poderosa, mas com limitação processual suficiente para tolher o efetivo alcance desse poder moralizador.

Verdadeiro embuste quando se aprova uma lei, mas impede-se o seu mais amplo uso. O ministério público conta com estrutura reconhecidamente deficitária em relação à demanda, a ponto de indevidamente fundamentar sua inação ao princípio da inércia, inerente ao Judiciário, mas incompatível com a missão do parquet.

O sujeito passivo, por sua vez, nem sempre está livre da perniciosa influência do ímprobo contra quem deveria demandar, razão pela qual a exclusão de associações, partidos políticos e sindicatos do pólo ativo da ação específica fulmina o pleno alcance dos benefícios materiais estabelecidos pela norma. Paradoxal definir tão amplamente os sujeitos ativo e passivo da improbidade quando tão poucos a podem reclamar. Preciosa a verificação de Martins Júnior, para quem:

Foi infeliz a opção legislativa brasileira, que se aparta da moderna tendência processual civil de outorgar legitimidade ativa ampla em casos de interesses meta-individuais, incentivando a participação popular organizada através dos denominados

corpos intermediários. Sem embargo, podem aforar ação civil pública para a defesa da moralidade administrativa (arts. 1º, IV, e 5º da Lei Federal n.7.347/85) (2001, p.309)

O prazo prescricional para propositura das ações destinadas às sanções por improbidade é de até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (art. 23).

11 CONCLUSÃO

O estudo da Lei n.º 8429/92, a lei de improbidade administrativa (LIA), leva à conclusão de que, por sua própria aprovação, lentamente se opera uma mudança de paradigma na sociedade brasileira. A previsão constitucional da tipificação da improbidade administrativa, não sem razão, constitui-se marco na tentativa da preservação da moralidade no trato com a coisa pública. Qualquer afronta a essa moralidade torna-se passível de severas sanções (perda de bens ou valores; ressarcimento do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; proibição de contratar com o poder público).

Os agentes públicos, em sua mais ampla conceituação, na condição de sujeitos ativos da improbidade administrativa, bem como o terceiro beneficiário, são responsabilizados por suas condutas. A prática de tais desvios, ademais, não se restringe ao âmbito da administração direta (como sujeito passivo), mas também da indireta ou de quaisquer entidades, mesmo privadas, que sejam permeadas por verba pública, diretamente ou ainda que por meros subsídios.

A apuração do ato de improbidade, visando aplicação de sanções também previstas pela LIA, pode ocorrer em âmbito administrativo (controle interno) e judicial, legitimados ativamente, por covardia do legislador, apenas o ministério público e a pessoa jurídica, sujeito passivo do ato.

A Lei 8.429/92 concentrou assim direito material e processual, previu condutas e sanções. Tornou-se meritória por disciplinar de maneira sistemática o ato de improbidade administrativa. Como qualquer lei, posta no mundo jurídico, sofre alterações em seu entendimento, mas se aperfeiçoa sempre pela dialética entre a permissividade dos que ainda confundem público e privado e a necessidade social de aplicação justa do Estado em favor do coletivo.

O estudo dessa positivação da improbidade administrativa, voltado ao debate dos seus elementos caracterizadores, é imprescindível para se alcançar a plenitude de sua eficácia social. A sociedade precisa conhecer as entranhas da norma, explorar seu potencial e compreender que não somente os grandes desvios e as mais espalhafatosas fraudes que pululam os noticiários são objeto de justa crítica.

Ainda hoje, quando não ignorados os pequenos vícios, tais corruptelas são mesmo estimuladas e aplaudidas, numa deplorável inversão de valores que confunde a desonestidade que vitima a todos com esperteza individual sem maiores conseqüências. O grande mal não está no pequeno erro, mas no erro em si, independente de sua monta, quando errar torna-se um hábito.

Essa percepção pode não ocorrer tão veloz. Há quase duas décadas da aprovação da lei de improbidade, seu conceitos ainda são amadurecidos por uma população que aprende a se organizar. Como um grande impacto social de sua aprovação, a LIA tem ensejado a arregimentação de cidadãos em entidades na luta contra a corrupção. A imprensa nacional também se reeduca e tem fiscalizado e cobrado a probidade dos gestores públicos. Amadurecimento tão lento quanto profundos e deturpados são os hábitos que se pretende corrigir.

A superação desses venenosos hábitos pode ser encontrada nas palavras de Bertold Brech (2001, p. 113): “Sintam-se perplexos ante o cotidiano. Tratem de achar um remédio para o abuso. Mas não se esqueçam de que o abuso é sempre a regra.”

Enquanto essa regra de abuso estiver legitimada pelas

aparentemente insignificantes corruptelas de locupletamento, será a coisa pública alvo natural da dilapidação praticada pelos operadores da estrutura comum, como meros reflexos catalisados de seus pares.

É indispensável, portanto, compreender que também os pequenos atos, os pequenos desvios, devem ser encarados com reprovação. Somente da perfeição moral individual do representado surgirá a consciência plena para reclamar a probidade do representante e para que, de fato, como uma nova regra, a coisa pública esteja completa e exclusivamente voltada para o bem de todos.

12 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRECHT, Bertold. **Teatro completo 6**. 4^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1994.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. 3^a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa**. 9^a ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1943.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla. Cumplimiento de la legalidad em la nueva cultura de Gestión Pública: propuestas y realidades en la lucha contra la corrupción. **In La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinarios**. Coordinadores: Nicolás Rodríguez Garcíá / Eduardo A. Farián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Justiça bloqueia venda de ações do Grupo Ipiranga. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/53934,1>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

Medidas corretivas-apuração de irregularidades. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publi_04/corregedoria/Combate3.htm>. Acesso em: 12 jun. 2008.

O ICMS E A GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS

THE ICMS AND THE FISCAL WAR BETWEEN THE STATES

Rodrigo Guilherme Ramalho

Procurador do Município de Fortaleza

Especialista em Direito Tributário

Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE

Advogado

E-mail: rodrigo.ramalho@yahoo.com.br

Regina Stella Carneiro Gondim

Procuradora do Município de Fortaleza

Especializanda em Direito Tributário

Advogada

Nonacilda Feitoza Moreira

Advogada

Especializanda em Direito Tributário

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OS INCENTIVOS FISCAIS VIA ICMS; 3 A GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS; 4 O CASO FUNDAP; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 TAX INCENTIVES VIA ICMS; 3 TAX WAR BETWEEN THE STATES; 4 THE FUNDAP CASE; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Em razão de seu caráter circulatório e não-cumulativo, delineador de uma inclinação nitidamente federal, o ICMS, imposto de competência estadual e distrital, responsável por uma das fontes de maior arrecadação nacional, tem engendrado a famigerada guerra fiscal entre os Estados. Sob o pretexto de atrair investimentos privados e contribuir para o desenvolvimento econômico local, os Estados têm concedido incentivos fiscais sem consulta ao CONFAZ, à margem da legislação constitucional e infraconstitucional, gerando um desvirtuamento de suas funções. Em contrapartida, os Estados prejudicados têm, sem competência para tal,

editado normas no intuito de não receber os créditos oriundos de outros Estados, relevando a infringência ao pacto federativo, bem como a insegurança jurídica de seus contribuintes. Em razão de toda esta problemática, pretendeu-se aferir, neste trabalho, tais práticas governamentais à luz de nossa ordem jurídica vigente, retratando o atual contexto econômico e jurídico do País. Concluímos que, até a ultimação das guerras fiscais mediante a efetivação de reformas imprescindíveis no regime de tributação do ICMS, resta aos Estados lesados por tais práticas recorrer ao Poder Judiciário no intuito de ver declarada a inconstitucionalidade de eventuais normas estaduais editadas sem a anuência do CONFAZ.

Palavras-chave: Guerra fiscal. ICMS. Incentivos fiscais. CONFAZ. FUNDAP.

Abstract: In reason of its circulatory and non-cumulative character, delineator of a clearly federal inclination, the ICMS, tax of state and district competence, responsible for one of the fonts of higher national tax collecting, has engendered the renowned fiscal war between the States. Under the pretext to attract private investments and to contribute to the local economic development, the States have conceived fiscal incentives without consulting CONFAZ, in the edge of the constitutional and infra-constitutional legislation, generating a depreciation of its functions. In contrast, the prejudiced States have, without competence to, edited norms in the intention not to receive the credits derived of others States, revealing the infrigence to the federative pact, as well the juridical insecurity of its contributors. In reason of all this problematic, it was intended to standardize, in this work, such governmental practices to the light of our valid juridical order, retracting the actual economic and juridical context of the Country. We conclude that, until the termination of the fiscal wars by means of the activation of indispensable reforms in the taxation regime of the ICMS, remain to the damaged States for such practices appeal to the Judicial Power in the intention to see declared the unconstitutionality of eventual state norms edited without the approval of CONFAZ.

Keywords: Fiscal war. ICMS. Fiscal incentives. CONFAZ. FUNDAP.

1 INTRODUÇÃO

O Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços-ICMS, de competência dos Estados e do Distrito Federal, consiste em imposto circulatório e não-cumulativo que, em virtude de sua nítida inclinação federal, responsável por grande parte da arrecadação nacional, tem engendrado a famigerada e vergastada guerra fiscal entre os Estados.

No afã de promover o desenvolvimento econômico local,

atraindo investimentos privados e recrudescendo a arrecadação tributária, alguns Estados têm concedido incentivos fiscais de uma forma desordenada, infringindo, muitas vezes, a legislação constitucional e infraconstitucional de nosso País.

Em retaliação a tais manobras fiscais, no intuito de amenizar seus efeitos, alguns Estados têm proibido o aproveitamento do crédito de ICMS em operações efetuadas com incentivos exorbitantes pelos adquirentes de mercadorias e serviços. Apóiam estas medidas na proteção da economia local enquanto esperam as decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O presente trabalho tenta, pois, em breves linhas, analisar tais práticas governamentais à luz de nossa ordem jurídica vigente, retratando o contexto econômico e jurídico no qual o País se encontra.

2 OS INCENTIVOS FISCAIS VIA ICMS

A Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, dedicou inúmeros incisos e alíneas ao ICMS, com o fito de entregar para o legislador ordinário todas as diretrizes deste imposto, destinando a este o trabalho apenas de instituí-lo e dispor sobre seus aspectos adicionais e de cunho acessório.

Um tema que tem gerado dificuldades quanto ao seu verdadeiro alcance, provocando inúmeras interpretações, posto que vaga e abrangente a acepção dos seus vocábulos, diz respeito ao conceito dos incentivos e benefícios fiscais concernentes ao ICMS, disposto na Lex Fundamental, artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”. Segundo referido preceito constitucional:

Art. 155, §2º, XII. Cabe à lei complementar:

[...]

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;

[...]

Ante a análise do citado dispositivo constitucional, alguns sustentam que tais incentivos fiscais compreendem, tão-somente, aqueles concedidos dentro do campo tributário ou fiscal; já para uma segunda corrente, os incentivos previstos no preceito constitucional abrangem os fiscais e os financeiros.

Ora, vimos, portanto, que a primeira corrente analisou o termo “incentivo fiscal” literalmente e apenas em seu sentido originário, para aferir, daí, que qualquer benefício concedido após o recolhimento do tributo não se subsumiria ao art. 155 da Carta Magna, posto que pertenceria à ordem financeira.

Olvida-se, contudo, o contexto em que o famigerado termo está inserido, ou seja, no âmbito do ICMS, cujo estudo implica a análise de seus princípios, principalmente o Princípio da Federação.

Em matéria de ICMS, a previsão constitucional obedece aos critérios previstos em lei complementar, mais precisamente a Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, que dispõe sobre convênios para concessão de isenções, ou quaisquer outros incentivos ou favores fiscais.

Admitir que apenas os incentivos fiscais de natureza tributária devam subsumir-se às determinações da referida lei complementar é negar o contexto federativo do ICMS, posto que o mesmo é espécie tributária que envolve toda a Federação. A circulação de mercadorias é atividade de cunho nacional, havendo verdadeiro entrelaçamento de operações.

Analisando, agora, o segundo entendimento, chegamos claramente à conclusão de que os incentivos tributários ou financeiros concedidos pelos Estados, concernentes a relações jurídico-tributárias relativas ao ICMS, serão considerados como incentivos fiscais, submetendo-se aos rigores que a legislação constitucional e infraconstitucional estabelecer.

Esses incentivos só podem ser outorgados por meio de convênios celebrados no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, órgão com representantes de cada Estado e do Distrito

Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

Notório que o convênio não é lei, nem o CONFAZ é órgão legislativo. Aquele somente passa a valer como direito interno dos Estados e do Distrito Federal depois da ratificação feita por meio de Decreto Legislativo baixado pela respectiva Assembléia Legislativa, nos Estados, e, da Câmara Legislativa, no Distrito Federal.

3 A GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS

A guerra fiscal consiste basicamente em incentivos fiscais concedidos de forma desordenada, atraindo investimentos privados para os Estados. Há uma clara manipulação dos recursos públicos, predominante na lei da oferta e da procura do Direito Privado. As empresas instalam-se em locais que ofertam melhores condições, consubstanciando-se uma verdadeira negociação de incentivos e isenções.

Estas exonerações e incentivos, concedidos com prazos cada vez mais largos, têm dois objetivos básicos: primeiramente o desenvolvimento econômico local, atraindo novas empresas, além de incentivar e expandir as que estão instaladas; e em segundo plano, o aumento desmedido da arrecadação tributária.

Apesar da relevância e da necessidade de haver incentivos e isenções no âmbito estadual, a sua concessão requer regras rígidas, para mais uma vez um instituto não ter suas metas desvirtuadas pela materialização errada por quem aplica. Um incentivo concedido de forma extrapolada de um Estado, prejudicando os outros entes federativos, subtraindo-lhes recursos e deixando os outros com déficits, afronta o pacto federativo, o princípio da isonomia e da ordem econômica.

Os Estados, alegando suas carências econômicas e sua premente necessidade de desenvolvimento a todo custo, tentam, à margem das normas constitucionais, enfrentar eventuais desigualdades, num embate voraz de concessões exorbitantes e desleais com o pacto federativo. Esta correção errônea de redistribuição e desigualdades não cabe aos Estados, e sim a União.

Se esta não é eficiente em seu papel, há caminhos legais de cobrança e pressão. A autonomia dos Estados não é absoluta e ilimitada, haja vista que é a vontade nacional que deve preponderar.

Observa Fernandes (2002, p. 363) que:

Os Estados-membros da Federação não gozam de soberania, isto é, daquele poder de autodeterminação plena, não condicionada a qualquer outro poder externo ou interno. A soberania passa a ser apanágio exclusivo do Estado federal – e esta é a primeira nota distintiva em relação à Confederação. Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União.

A intervenção estatal no domínio econômico provoca acirradas disputas interestaduais, e a utilização do ICMS tem gerado os conflitos fiscais. Destaca Fernandes (2002, p. 364) que:

A guerra fiscal, nesse sentido, encarna uma exacerbação da autonomia e pode levar à desagregação da federação, rompendo com a indissolubilidade de seus membros, o que viola explicitamente o art. 1º da Constituição que veda comportamentos que impliquem a criação de facções e Estados soberanos.

Não é por ausência de norma que as guerras fiscais se perpetuam. Os artigos 151, I; 155, § 2º, XII, alínea “g” e 174 da Constituição Federal, v. g., consagram o princípio federativo.

Além disso, a Lei Complementar nº 24/75 estabelece regras sobre a edição de convênios para a concessão de isenções e benefícios na área do ICMS. Em seu art. 1º, relata que a revogação ou concessão de isenções serão antecipadamente fixadas em acordos firmados entre os Estados e o Distrito Federal. O art. 2º expressa que estes convênios “serão celebrados em reuniões para as

quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal”; e a próxima fase está contida no art. 4º, onde serão ratificados ou não por decreto dos respectivos Poderes Executivos (sendo digno de nota ressaltar, aqui, que o entendimento da doutrina majoritária é no sentido de que tal ratificação só poderá perfazer-se com a aprovação de decreto legislativo pelas Assembléias Estaduais, em respeito ao princípio da legalidade). Os convênios são os instrumentos legais para a celebração dos pactos, posto que elaborados pelo CONFAZ.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ratificado a indispensabilidade dos convênios, senão vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS. FARINHA DE TRIGO E MISTURA PRÉ- PREPARADA DE FARINHA DE TRIGO. DECRETO 43.891/2004 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 146, III; 150, § 6º, e 155, II, § 2º, e XII, g, todos da Constituição. A concessão de benefício fiscal às operações com farinha de trigo e mistura pré-preparada de farinha de trigo, nos termos do art. 422, § 3º, do Capítulo LIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/MG, introduzido pelo Decreto 43.891/2004, não viola a proibição de outorga de tratamento diferenciado a bens e mercadorias, em função da origem ou destino, à medida que for aplicado indistintamente às operações com mercadorias provenientes do estado de Minas Gerais e às mercadorias provenientes dos demais estados. **Também não se reconhece a alegada violação da reserva de convênio interestadual para autorização da outorga de benefício fiscal, porquanto a norma em exame tem amparo no Convênio Confaz ICMS 128/1994.** Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida tão-somente em relação ao artigo 422, § 3º, do RICMS-MG/2002, e, na parte conhecida, julgada improcedente. (ADI 3410/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J 22/11/2006) (grifo nosso)

Recentemente, a Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, introduziu no nosso

ordenamento mais uma restrição para os entes federados, prevendo, em seu art. 14, as condições para as renúncias de receitas tributárias mediante os benefícios fiscais. Em suma, os benefícios não podem ser concedidos sem que haja uma previsão orçamentária.

Mesmo com toda a legislação vigente, os Estados permanecem transgredindo as normas e, para diminuir os efeitos da guerra fiscal, têm feito justiça com as próprias mãos. Alguns Estados como São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, dentre outros, sentindo-se prejudicados diante das concessões irregulares de outros Estados, proíbem os adquirentes de mercadorias e serviços ao aproveitamento do crédito de ICMS em operações efetuadas com incentivos exorbitantes. Apóiam estas medidas na proteção da economia local enquanto esperam as decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Estas práticas, no entanto, desobedecem a ordem jurídica. A pretexto de proteger a economia local em face da morosidade judicial, o Estado não pode aplicar sanções, nem legislar de modo a exorbitar o limite da sua competência.

O STF tem apreciado as ADI's e as julgado procedentes, conforme o caso apresentado:

EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a denominada “guerra fiscal”, repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. **Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, §2º, XII, g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF.** A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual.

Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida. (ADI-MC 3936/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. J 19/09/2007) (grifo nosso)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 6.004, DE 14 DE ABRIL DE 1998, DO ESTADO DE ALAGOAS. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS PARA O SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, contraria o disposto no mencionado dispositivo constitucional. Ação julgada procedente.** (ADI 2458/AL. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 23/04/2003. DJ 16/05/2003) (grifo nosso)

Resta ao Estado que se sentir lesado recorrer ao Poder Judiciário, com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade de determinada norma estadual que não tenha anuência do CONFAZ. Este é o caminho legal a ser seguido, e não se utilizar de subterfúgios para ver seus direitos reconhecidos, como o que vem ocorrendo no Estado de São Paulo, que baixou o Comunicado CAT n° 36, de 29.07.2004, versando sobre a impossibilidade de aproveitamento de créditos do ICMS, provenientes de operações interestaduais amparadas por benefícios fiscais não autorizados por convênios na forma da Lei Complementar n° 24/75.

As empresas paulistas que utilizam os fornecedores e outras praças ficaram impedidas de abater o ICMS pago na etapa anterior à cadeia, quando há incentivo fiscal no Estado de origem. Em decorrência disso o mercado paulista iniciou o processo de recusa dos produtos de outros Estados, dentre eles Distrito Federal e Goiás.

Os Estados pleitearam administrativamente a suspensão do CAT e caso não desse resultado levariam a lide ao CONFAZ e, em última instância, à Justiça. Casos como este ocorrem freqüentemente no País. Trata-se de uma sucessão de erros, pois o Estado de São Paulo não poderia penalizar seus contribuintes, impossibilitando-os de aproveitar o crédito de ICMS destacado no documento fiscal de aquisição de mercadorias ou prestação de serviços. Deveria, isso sim, recorrer ao STF contra os benefícios concedidos por outro Estado. A edição do CAT é uma saída prejudicial e afetou a todos.

É necessária a edição de normas que penalizem os Estados transgressores das normas constitucionais, a fim de aniquilar de vez este mal que é a guerra fiscal, além da conscientização dos Estados de que vivemos em uma Federação e não em Estados isolados.

4 O CASO FUNDAP

Com o intuito de ilustrar o tema, facilitando sua elucidação, relataremos aqui o caso do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP, criado no Estado do Espírito Santo pela Lei nº 2.508/70 (que, por sua vez, foi alterada pela Lei nº 2.592/71), e regulamentado pelo Decreto nº 163-N, de 15 de julho de 1971.

Consoante o art. 1º, alínea “a” do susomencionado decreto estadual, um dos objetivos do FUNDAP consiste em “ampliar a renda do setor terciário do Estado, através do incremento e diversificação do intercâmbio comercial com o exterior”. Tal desiderato tem como substrato a aplicação dos recursos que constituem o FUNDAP, mediante contrato de financiamento com o Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A – BANDES.

Um dos principais benefícios concedidos pelo FUNDAP constitui-se na postergação do recolhimento do ICMS para o momento de saída das mercadorias, no que concerne às operações de importação.

Dito de outra forma: a empresa fundapeana deixa de recolher o ICMS quando da entrada da mercadoria importada

para recolhê-lo na saída. Trata-se, pois, de mero diferimento do pagamento do tributo estadual.

Além disso, é concedido à referida empresa o financiamento de até 8% (oito por cento) do valor líquido da saída das mercadorias do estabelecimento importador, que poderá ser amortizado em até vinte anos, com juros de 1% (um por cento) ao ano e sem correção monetária.

Para auferir tais benefícios, é necessário que a empresa esteja habilitada no BANDES, esteja sediada no Estado do Espírito Santo, exerça atividades exclusivas de comércio exterior e esteja sujeita ao pagamento de ICMS no referido Estado.

Em contrapartida, a empresa fundapeana fica obrigada a investir parte do financiamento obtido em projetos industriais, de educação, de saúde, de construção, de transporte, de turismo, de florestamento e reflorestamento, dentre outros – todos desenvolvidos no âmbito do Estado capixaba.

Alguns tributaristas albergam a tese de que o benefício fundapeano teria cunho financeiro, e, por isso, não haveria necessidade de autorização de convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nem de observância do art. 155, §2º, XII, “g” de nossa Carta Magna, restando legítimo o diploma legal que o fundamenta. Não nos parece, entretantes, que este seja o entendimento mais acertado.

Ora, não obstante referido benefício ser obtido junto a um banco oficial, e ainda que os recursos do FUNDAP possuam dotação orçamentária própria, ainda assim não se pode negar sua natureza eminentemente tributária (fiscal), dada a sua imbricação com uma relação jurídico-tributária. Ou seja, toda a estrutura do FUNDAP alicerça-se na relação de tributação do ICMS, sem a qual nenhum benefício seria concedido.

Dessarte, os incentivos fundapeanos têm caráter tributário, ou fiscal, pois só são concedidos em virtude da existência de uma relação jurídico-tributária atinente ao ICMS. Não é outro, aliás, o

entendimento do jurista Lunardelli (2006, p. 57), segundo o qual:

[...] não nos é permitido olvidar que tais benefícios financeiros estão, em última análise, condicionados à referida qualidade de ser contribuinte do ICMS.

Em outras palavras, o critério de identificação para a deflagração do benefício financeiro não pertence ao campo financeiro mesmo, mas sim ao tributário, mais especificamente, frise-se, o de ser contribuinte desse imposto estadual.

[...]

Os incentivos assim, embora instrumentalizados por contratos celebrados com instituições financeiras, devem ser classificados como tributários ou fiscais, pois baseados apenas e tão somente na propriedade de o beneficiário ser contribuinte do ICMS.

E arremata Lunardelli (2006, p. 58) asseverando que:

Os incentivos outorgados pelos Estados, seja qual for o instrumento jurídico que lhes dê suporte, mas que estejam vinculados a propriedades pertencentes ao ICMS, deverão ser qualificados como incentivos fiscais, submetendo-se aos rigores e forma que a legislação constitucional e infraconstitucional estabelece.

Resta patente, pois, a transgressão do sistema do FUNDAP ao art. 155, §2º, XII, “g” de nossa Lex Fundamentalis.

Por outro lado, ainda que o sistema do FUNDAP instituisse benefícios financeiros, e não fiscais, o que se admite apenas ad argumentandum tantum, persistiria a necessidade de autorização de convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Estabelece o art. 2º, §2º da LC nº 24/75:

§2º. A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de 4/5 (quatro quintos), pelo menos, dos

representantes presentes.

Outrossim, preceitua o art. 8º do mesmo diploma legal:

Art. 8º. A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Ademais, não se admite nem mesmo a mera conjectura acerca da não recepção, pela Constituição Federal, do susomencionado dispositivo legal em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS. Esse entendimento, externado por alguns, é totalmente descabido. Isso porque, a pretexto de se cingir aos ditames constitucionais (concernentes ao princípio da não-cumulatividade do ICMS), estar-se-ia justificando a inobservância do art. 155, §2º, XII, “g” da Carta Magna, o que é um absurdo sem precedentes.

Em verdade, a exigência de celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, para fins de concessão de benefícios fiscais ou financeiros, não infringe, mas confirma o caráter não-cumulativo do ICMS. É o que se depreende da lição de Aliomar Baleeiro (1997, p. 98), quando aduz que:

Essa invenção brasileira, a dos convênios interestaduais, resulta do princípio da não-cumulatividade do ICMS e da necessidade, em um Estado Federal, de se evitarem as regras díspares, unilateralmente adotadas (concessivas de benefícios, incentivos e isenções), prejudiciais aos interesses de uns, falseadoras da livre concorrência e da competitividade comercial e, sobretudo, desagregadoras da harmonia político-econômica nacional.

Outrossim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já manifestou posicionamento no sentido da recepção da Lei

Complementar nº 24/75 por nossa Carta Magna, senão vejamos:

[...] ICMS. “GUERRA FISCAL”. BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO. Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual nº 20.326/94. C. F., art. 155, §2º, XII, g.

I – Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, §2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a **Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88**, e sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade.

II – Precedentes do STF

III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(STF, Plenário, un., ADI 1.179/SP, rel. Min. Carlos Velloso, J 13/11/2002, DJ 19/12/2002) (grifo nosso)

Dessarte, os incentivos fiscais (ou financeiros) concedidos mediante o FUNDAP, ou através de qualquer outro ato unilateral ou convênio interestadual sem a anuência do CONFAZ não encontram fundamento legal nem constitucional que os ampare, razão pela qual poderão ocasionar a impossibilidade da tomada do crédito na operação subsequente pelo contribuinte. O que os Estados prejudicados podem e devem fazer é pleitear, junto ao Supremo Tribunal Federal a sustação de tais benefícios e a declaração de inconstitucionalidade dos vergastados atos legislativos.

5 CONCLUSÃO

Os incentivos tributários ou financeiros concedidos pelos Estados, concernentes a relações jurídico-tributárias relativas ao ICMS, como é o caso do FUNDAP, serão consideradas como incentivos fiscais, submetendo-se aos rigores que a legislação constitucional e infraconstitucional estabelecer.

Portanto, as conhecidas “guerras fiscais” oriundas de

concessões de incentivos unilaterais por entes estatais, traduzem-se, sem sobra de dúvidas, em atos eivados de inconstitucionalidade, podendo ser pleiteada, perante nossa Corte Suprema, a sua devida declaração.

Todavia, devido à morosidade cada vez mais acentuada dos julgamentos definitivos das referidas ações, os Estados prejudicados vêm cometendo irregularidades contra seus próprios contribuintes, no intuito de atrair pólos industriais para seus territórios.

Tais procedimentos prejudicam não só os contribuintes, como o próprio País, inobservando-se o princípio federativo e o aspecto espacial do fato gerador da relação tributária, não se admitindo que o contribuinte situado no Estado de destino tenha que arcar com o ônus tributário do contribuinte do Estado de origem.

Ocorre que, em virtude de toda a problemática exposta, urge que reformas sejam efetivadas no regime de tributação do ICMS, para pôr fim à prática das ditas “guerras fiscais”. Ao invés de tributar na origem, seria tributado no Estado de destino, sem distinção de alíquotas interestaduais.

No entanto, nada nos garante que desaparecerão os problemas, ou que não surgirão outras vítimas do novo regime, pois poderão aparecer novas práticas e até normas que burlarão princípios e normas tributárias e que vigorarão até que outras lhes substituam, ou sejam declaradas inconstitucionais.

O único meio, no momento, portanto, de pôr termo aos problemas oriundos desta “guerra fiscal”, é a aplicação dos remédios previstos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24/75, não podendo deixar de ser atendida, de imediato, medida para

sustação dos benefícios, pleiteada por Estado prejudicado.

6 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975**. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] de 09 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp24.htm. Acesso em 15 abr. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3410/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J 22/11/2006. DJ 08/06/2007.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI-MC 3936/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. J 19/09/2007. DJ 09/11/2007.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI2458/AL. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. J 23/04/2003. DJ 16/05/2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI1.179/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J 13/11/2002. DJ 19/12/2002.

ESPÍRITO SANTO. **Decreto nº 163-N, de 15 de julho de 1971**. Aprova o Regulamento do Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias. Disponível em: <http://www.sedes.es.gov.br/LegislaçãoFundap/DECRETO163N.pdf>. Acesso em 15 abr. 2009.

FERNANDES, Mônica Tonneto. **O ICMS e a guerra fiscal**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, v. 6, t. 8, p. 361-370, 2002.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. **O ICMS e os Incentivos Fiscais**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 14, p. 54-58, nov. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARONE, José Runen. **O Perfil**

Jurídico da Guerra Fiscal e das Variações das Relações Jurídicas dos Estímulos de ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 134, p. 48-58, nov. 2006.

MATTOS, Aroldo Gomes de. **A Natureza e o Alcance dos Convênios em Matéria do ICMS.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 79, p. 7-18, abr. 2002.

SÃO PAULO [Estado]. Comunicado CAT n° 36, de 29 de julho de 2004. Esclarece sobre a impossibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes de operações ou prestações amparadas por benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n° 24, de 7-1-1975. Publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 30 de julho de 2004. Disponível em: http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll/legislação_tributaria/comunicados_cat/ccat362004.htm. Acesso em 15 abr. 2009.

A REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU ANTE A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO IMÓVEL

THE REVIEW OF IPTU LAUNCHING IN FACE OF THE FATIDICAL CIRCUMSTANCES ALTERATION OF THE REALTY

Rodrigo Guilherme Ramalho

Procurador do Município de Fortaleza
Especialista em Direito Tributário e membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE
Advogado

E-mail: rodrigo.ramalho@yahoo.com.br

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”. Rudolf von Ihering

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A NATUREZA JURÍDICA DO LANÇAMENTO; 3 A LEGITIMIDADE DA REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU; 4 A LEGALIDADE DA REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU; 5 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUAS IMPLICAÇÕES; 6 A REVISÃO DE LANÇAMENTO ANTE O PAGAMENTO DO TRIBUTO; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 A LEGAL NATURE OF THE RELEASE; 3 THE LEGITIMACY OF REVIEW IPTU LAUNCHING; 4 THE LEGALITY OF REVISION OF THE IPTU LAUNCH; 5 THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTION CAPACITY AND ITS IMPLICATIONS; 6 THE REVIEW OF LAUNCH BEFORE THE PAYMENT OF TRIBUTE; 7 CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: O presente trabalho decorre de uma celeuma judicial que se instaurou no Município de Fortaleza ante a alteração do Código Tributário Municipal que possibilitou a revisão de ofício do lançamento do IPTU no caso de imóveis

construídos no decorrer do exercício, quando, então, o fato gerador da parte construída considerar-se-á ocorrido na data da concessão do “habite-se” ou de sua efetiva ocupação, se anterior. Pretendeu-se, pois, em breve digressão, aferir a legitimidade e legalidade da revisão do lançamento do IPTU incidente sobre a parte construída dos imóveis, dada a superveniência da construção no decorrer do mesmo exercício em que já tenha sido efetivado o pagamento quanto à área não edificada. A fim de procedermos a uma análise mais percutiente, observamos a questão em tela à lume de nossa Carta Magna, do Codex Tributário Nacional e do entendimento doutrinário e jurisprudencial mais abalizado. Tal cotejo oportunizou-nos concluir que o único óbice legal à observância do vergastado procedimento fiscal consubstancia-se no esgotamento do prazo decadencial do direito de lançar.

Palavras-chave: Revisão de lançamento do IPTU. Fato gerador. Edificação. Pagamento.

Abstract: The current work elapses of a judicial noise that was initiated in the city of Fortaleza in face of the alteration of the Municipal Tributary Code which allowed the officio review of the IPTU launching in the event of realties constructed in the course of the exercise, when, then, the generating fact of the constructed part will be considered occurred in the date of the concession of “inhabit it” or of its effective occupation, if previous. It was intended, therefore, in brief digression, standardize the legitimacy and legality of the IPTU launching review incidental to the constructed part of the realties, given the supervenience of the construction in the course of the same exercise in which has already been effected the payment concerning the non-edified area. In order to proceed to a more percussive analysis, we observe the matter on screen to the light of our Magna Carta, of the National Tributary Codex and of the doctrinal and jurisprudencial understanding more distinguished. Such comparison gave us the opportunity to conclude that the only legal obstacle to the observance of the flogged fiscal procedure joins itself in the exhaustion of the decadencial term of the right to launch.

Keywords: IPTU launching review. Generating fact. Edifice. Payment.

1 INTRODUÇÃO

O lançamento do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, como é cediço, é realizado de ofício. Desta feita, os Municípios, investidos da competência que lhes foi atribuída pela Lex Fundamentalís (art. 156, I), procedem anualmente ao lançamento do tributo, notificando os respectivos contribuintes para o seu pagamento, consoante o cadastro imobiliário de que dispõem.

A fim de que se cumprisse com mais exatidão tal desiderato,

foi criado o instituto da revisão do lançamento, insculpido no Código Tributário Nacional, art. 149, com espeque no art. 146, III, “b” de nossa Carta Magna.

Nesse diapasão, o objetivo deste trabalho é examinar a legitimidade e legalidade de inovações legislativas municipais que autorizam a revisão de ofício do lançamento do IPTU incidente sobre a parte construída dos imóveis durante o mesmo exercício em que já tenha sido efetivado o pagamento quanto à área não edificada.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO LANÇAMENTO

Como é cediço, o lançamento não cria direito, dado o seu caráter declaratório. Destarte, o referido instituto consiste em procedimento administrativo declaratório da obrigação tributária principal e constitutivo, tão-somente, do crédito tributário correspondente.

Desta feita, verificando-se a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, surge para o Estado o direito ao crédito tributário, e para a autoridade administrativa o dever indeclinável de proceder ao respectivo lançamento.

Segundo o que preleciona Amílcar de Araújo Falcão (1997, p. 07), o fato gerador pode ser conceituado sob o enfoque de três requisitos essenciais, quais sejam: “resultar de previsão em lei; constituir um fato e não um ato negocial ou um negócio jurídico para o Direito Tributário; representar o pressuposto de fato para o nascimento da obrigação tributária principal”. E ainda com base nos ensinamentos do tributarista baiano:

É a circunstância mesma de ter a obrigação tributária por energia e momento genéticos a ocorrência do fato gerador, que explica o fato de o lançamento, como é próprio dos atos declaratórios, ter efeito retrooperante quanto à pesquisa e determinação dos elementos com base nos quais será fixado o an, o si e o quantum debeat.

Eis em resumo alguns índices concludentes da

eficácia declaratória do lançamento:

- a) as valorações qualitativas por ele realizadas têm em vista o momento do fato gerador e não o do lançamento;
- b) as valorações quantitativas têm em vista igualmente aquele momento;
- c) a vinculação do sujeito passivo principal (contribuinte) ao fato gerador se determina no instante do surgimento deste e, pois, as suas condições pessoais, encargos de família e demais circunstâncias relevantes para a tributação; [...]. (FALCÃO, 1997, p. 55-56).

Depreende-se daí que, constatando-se alterações de cunho qualitativo ou quantitativo supervenientes à realização do lançamento, de forma a recrudescer a valoração da obrigação tributária principal originariamente aferida, dentro do mesmo exercício financeiro, impõe-se à autoridade administrativa a revisão do procedimento fiscal, a fim de que referida obrigação corresponda à nova realidade estabelecida.

Dito de outra forma: se houver alterações circunstanciais supervenientes de ordem qualitativa ou quantitativa, dentro de um mesmo exercício de referência (no que concerne aos fatos geradores continuados, como é o caso do IPTU), que comprometam a veracidade do lançamento já realizado, em face do fato gerador originariamente aferido, a autoridade administrativa deverá proceder à revisão do procedimento fiscal, com vistas a declarar com exatidão a obrigação tributária principal devida ao Município.

3 A LEGITIMIDADE DA REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU

Com o intuito de ilustrar a problemática que ora tentaremos elucidar, facilitando, inclusive, sua visualização, relataremos aqui o caso do Código Tributário Municipal de Fortaleza (Lei nº 4.144/72), o qual sofreu recente alteração em seu art. 103, como será adiante comentado.

O artigo 146, inciso III, letras “a” e “b” da Constituição Federal estabelece o seguinte:

Art. 146 – Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; [...]

Assim, cabe à lei complementar, dentre outras atribuições, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, fixar a definição dos tributos, estabelecer os fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, bem como dispor sobre a obrigação e o lançamento tributários.

Pois bem, a revisão de ofício do lançamento do IPTU, no âmbito do Município de Fortaleza, encontra-se fulcrada na Lei Complementar nº 27, de 27.12.2005, que acrescentou o §3º ao art. 103 da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário de Fortaleza), o qual estabelece:

Art. 103, §3º. Considera-se ocorrido o fato gerador em primeiro de janeiro de cada ano, **ressalvados os imóveis que tenham sido construídos durante o exercício, quando será considerado ocorrido o fato gerador da parte construída na data da concessão do ‘habite-se’ ou de sua efetiva ocupação, se anterior.** (grifo nosso)

É de se notar que o IPTU incide não apenas sobre o bem imóvel por natureza, mas também sobre os imóveis por acessão física, consoante o disposto no art. 32 do CTN. Sendo assim, resta justa e legítima a exigência, por parte da municipalidade, do tributo

incidente sobre a edificação ocorrida no decorrer de determinado exercício.

Se o IPTU abrange a terra e a edificação, cobrar tão-somente o tributo incidente sobre a terra, quando, sobre esta, há uma edificação concluída, constituiria enriquecimento ilícito por parte de empresas de construção civil, v.g., bem como afronta ao princípio da legalidade, da isonomia tributária, da capacidade contributiva; enfim, do interesse público. Outrossim, segundo o que estabelece o art. 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; [...]

Ora, o art. 103, §3º da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário de Fortaleza) refere exatamente a hipótese em que, tendo sido implementadas as circunstâncias materiais necessárias à ocorrência do fato gerador do IPTU, consistente na edificação, torna-se possível ao Município cobrar o tributo concernente à parte construída na data da concessão do “habite-se” ou de sua efetiva ocupação, se anterior.

Não se pode admitir que, em virtude do lançamento do IPTU ser feito de ofício (quando da notificação do contribuinte, no primeiro mês do exercício a ser cobrado), o Município (e toda a população fortalezense) tenha que arcar com prejuízos decorrentes de alterações fáticas observadas nos imóveis objeto do tributo, no decorrer do exercício.

Desta feita, dada a impossibilidade de se prever o futuro, resta patente a legitimidade do art. 103, §3º da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário do Município de Fortaleza), que considera ocorrido o fato gerador do IPTU quando haja construção de imóvel no decorrer do exercício financeiro. Assim, o lançamento em tela corresponderá ao fato gerador da parte construída.

4 A LEGALIDADE DA REVISÃO DO LANÇAMENTO DE IPTU

Poder-se-ia alegar o não enquadramento do caso em tela em quaisquer das hipóteses de revisão de lançamento previstas taxativamente pelo art. 149 do CTN. Ora, não nos parece que a questão em baila discrepe da revisão de ofício autorizada pelo CTN, uma vez que tal instituto opera quando constata-se erro na feitura do lançamento e não esteja ainda extinto pela decadência o direito de lançar, consoante ensinança de Hugo de Brito Machado (2007, p. 206).

No caso em liça, há erro na feitura do lançamento por não ter sido prevista, por óbvio, a construção quando do lançamento originário. Em verdade, a autoridade administrativa municipal procede à revisão de ofício, com base na Lei Complementar nº 27/2005, quando há edificação no decorrer do exercício, mas, desta vez, tão-somente no que concerne à área construída do imóvel. Isso acontece, como já dantes dito, com fulcro no art. 116, I do CTN, em virtude de alterações fáticas imprevisíveis no âmbito da Administração Pública.

Além disso, ao contrário do que poder-se-ia conjeturar, o fundamento para a revisão do lançamento de ofício, aqui, não decorre de suposta alteração da classificação do imóvel. Não se trata de mudança de critério jurídico, mas sim de mudança nas circunstâncias fáticas.

O Fisco, em verdade, não alterou qualquer critério jurídico em princípio adotado. O que ocorreu foi a mudança das circunstâncias fáticas, concernentes à construção de imóvel no terreno alvo de tributação, que permitiu a materialização da hipótese de incidência da norma, concernente à propriedade, domínio útil ou posse de bem imóvel por acessão física, consubstanciando o respectivo fato gerador.

Desta feita, a revisão do lançamento, no caso vertente, subsume-se em pelo menos duas das hipóteses previstas pelo art. 149 do CTN, senão vejamos:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I – quando a lei assim o determine;

[...]

VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

[...]

Ora, consoante se depreende do inciso I do art. 149, a regulação da matéria por mera lei ordinária municipal seria suficiente para atestar a legitimidade da revisão do lançamento. O jurista Sakakihara (2004, p. 635), aliás, refere exatamente este ensinamento:

Embora o CTN estabeleça as normas gerais aplicáveis ao lançamento, é à lei ordinária de cada pessoa política que caberá disciplinar internamente o instituto, definindo a modalidade que será adotada em relação a cada tributo (se de ofício, ou com base em declaração, ou, ainda, por homologação) e os casos em que será possível a revisão do lançamento efetuado.

Bastaria, pois, uma lei ordinária municipal que assegurasse ao Fisco toda a atividade de verificação da ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo, cálculo e notificação para que se pudesse efetuar o respectivo pagamento. E, in casu, o Município de Fortaleza foi além, editando a Lei Complementar nº 27/2005 a fim de cancelar o procedimento fiscal.

Por outro lado, o inciso VIII do art. 149 também legitima a exigência da complementação da cobrança sobre a parte construída do imóvel, dada a superveniência da construção no decorrer do exercício. Ou seja, implementa-se um fato novo pertinente à verificação do fato gerador, que, por óbvio, não era conhecido pela Administração Pública ao tempo do lançamento primitivo.

5 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUAS IMPLICAÇÕES

Cogitarmos a não incidência do tributo sobre as edificações construídas no decorrer do exercício constituiria um despautério, uma repugnante injustiça. Isso porque equivaleria dizer que sobre o proprietário de imóvel edificado no mês de fevereiro, por exemplo, não recairia o IPTU da parte construída durante todo aquele exercício, mas do proprietário do imóvel edificado um mês antes, seria cobrado o tributo referente a todo o ano em referência. Ou seja, o breve lapso temporal de 30 dias desfavoreceria este proprietário em relação àquele, em virtude da cobrança de IPTU referente à edificação.

Destarte, ainda que o CTN e a lei complementar municipal não dirimissem a questão em testilha, o que se admite apenas ad argumentandum tantum, não poderíamos olvidar um dos princípios basilares do sistema tributário nacional, corolário lógico do princípio da isonomia, qual seja, o princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva, segundo João Marcelo Rocha (2007, p. 81), tem como fundamento de validade a “solidariedade social, onde os que manifestam riqueza, possuindo, pois, aptidão para contribuir, devem colaborar financeiramente para o bem de todos, buscado pelo Estado”.

Para melhor aquilatar o alcance de tal princípio, remeter-nos-emos à ensinança de Marco Aurélio Greco (1998), que nos oportuniza esse cotejo ao relatar a evolução desse instituto, perpassando por dois momentos distintos.

No primeiro, o princípio da capacidade contributiva adquire uma acepção negativa, de modo que não poderia haver tributação quando não se identificasse a capacidade contributiva. Só se poderia reputar existente a capacidade contributiva quando fosse aferida alguma riqueza acima do mínimo vital. Tratava-se, pois, de proteger o interesse do contribuinte em face do Fisco.

Ainda com base nos ensinamentos de Marco Aurélio Greco (1998), a discussão teria evoluído, acolhendo-se uma segunda feição, consistente na acepção positiva do princípio da capacidade

contributiva, segundo a qual, a lei tributária teria de alcançar a capacidade contributiva até onde ela fosse detectada.

Desta feita, nesse segundo momento, sobrepõe-se ao princípio da capacidade contributiva uma nova aceção, deixando de funcionar como um limite à tributação, conforme pensado outrora, para consubstanciar-se em amparo aos interesses do Fisco. Trocando em miúdos: o princípio da capacidade contributiva adquiriu uma nova roupagem em sua evolução histórica, consoante Marco Aurélio Greco, podendo ser traduzido na assertiva segundo a qual, consoante a sua capacidade contributiva, ninguém pode eximir-se de contribuir com as despesas públicas.

Outrossim, Marco Aurélio Greco (2004, p. 155) explana o pensamento que norteava o princípio da capacidade contributiva num primeiro momento, professando que:

Um dos pilares de apoio do modelo adotado na primeira fase é o culto à lacuna. Em geral, o contribuinte busca demonstrar que seu caso é diferente e não está previsto na lei, que a matéria regulada pela lei não coincide com o que fez [...] Há um sentido para afirmar que a elisão ocorre quando há lacuna. O conceito de lacuna, em última análise, parte da idéia de plenitude da disciplina que emana do ordenamento positivo [...] Diante disso, afirma-se que, na medida em que o Direito Tributário posto indica fatos geradores (contratos, operações etc.), se for possível identificar um vazio, uma hipótese não prevista na lei, o contribuinte pode agir dentro dele, sem que a lei tributária o alcance.

No intuito de apreender com mais acuidade o novo aspecto absorvido pelo princípio da capacidade contributiva num segundo momento, torna-se imperioso remeter-nos à noção de completude do ordenamento jurídico, trazida pelo jurista italiano Norberto Bobbio (1995, p. 135), segundo a qual:

[...] normalmente, num ordenamento jurídico não existe somente um conjunto de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva que as acompanha, mas também um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral como a segunda, e podemos chamar de norma

geral inclusiva. [...] Frente a uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado. [...] a aplicação de uma norma ou outra depende do resultado da indagação sobre se o caso não-regulamentado é ou não semelhante ao regulamentado.

Depreende-se da lição de Norberto Bobbio (1995) que o problema das lacunas do ordenamento jurídico não pode ser dirimido tão-somente sob a ótica da norma geral exclusiva. Nesse diapasão, torna-se imprescindível a previsão de uma norma geral inclusiva que solucione o problema das lacunas de maneira oposta.

Marco Aurélio Greco (2004, p. 161), reportando-se aos ensinamentos do pensador italiano, assevera:

Ocorre que a norma geral inclusiva (que estabelece que, embora não previsto especificamente, o caso deve ser considerado dentro da incidência) é o denominado princípio da capacidade contributiva. Vale dizer, apesar de não estar expressamente previsto o caso, mas por manifestar capacidade contributiva tributada pela lei, então, estará alcançado pela incidência tributária.

Deduz-se, daí, no que concerne ao Direito Tributário, o seguinte: ao passo que a norma geral exclusiva constitui um desdobramento do princípio da legalidade, a norma geral inclusiva consubstancia-se no próprio princípio da capacidade contributiva, em sua acepção mais moderna.

Portanto, simplesmente por apego ao debate, se a lei complementar municipal fosse deveras lacunosa, o que não é o caso, ainda assim seria possível invocar a norma geral inclusiva, a qual legitima a revisão do lançamento de IPTU nos casos em que há construção de imóvel no decorrer do exercício.

Como já dantes aduzido, se o IPTU incide sobre a terra e a edificação, proceder à cobrança do tributo tão-somente sobre a terra, quando sobre esta, há uma edificação concluída, constitui uma

afronta ao princípio da capacidade contributiva, e, por conseguinte, à própria Constituição Federal, que o alicerça em seu art. 145, §1º.

Ora, devemos considerar que, a partir do momento em que há uma edificação concluída, a tributação há de incidir sobre a parte construída proporcionalmente aos meses remanescentes do exercício em referência. Trata-se de mera ilação, corolário lógico do dever indeclinável da autoridade administrativa de proceder ao lançamento, sendo mesmo despicienda a confecção de lei complementar municipal autorizativa, ante a norma geral inclusiva proposta por Norberto Bobbio (1995).

Atendo-se ao fato de que os contribuintes desejosos de eximir-se da tributação, além de revelarem-se possuidores de riqueza, muitas vezes são empresas de construção civil de grande porte, não admitir a revisão de lançamento in casu constitui patente transgressão não só ao princípio da capacidade contributiva, mas também ao princípio da legalidade, da isonomia tributária e ao próprio interesse público.

Além disso, não oportunizar a revisão de ofício no caso em comento, como já dantes dito, implica enriquecimento ilícito de alguns contribuintes, em detrimento da grande maioria que aporta os recursos financeiros indispensáveis ao bom funcionamento e desenvolvimento da máquina estatal.

6 A REVISÃO DE LANÇAMENTO ANTE O PAGAMENTO DO TRIBUTO

Por outro lado, poder-se-ia perquirir a possibilidade de revisão de lançamento após o pagamento do tributo em face do art. 156, I e do art. 149, par. único, ambos do Código Tributário Nacional. Vejamos o que dispõem referidas redações:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

[...]

Art. 149, par. único. A revisão do lançamento só

pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Ora, somente uma leitura assaz desatenta e superficial do Codex Tributário poderia conjecturar a imbricação do art. 149, par. único com a hipótese prevista no art. 156, I. Não há conformidade de tal entendimento com qualquer interpretação lógico-sistemática, nem com o conteúdo finalístico do art. 149, par. único do CTN. A correta inteligência da norma legal susomencionada é apontada pelo ensinamento de autores de escol, como Hugo de Brito Machado (2007), bem como Leandro Paulsen (2007, p. 962), segundo o qual:

A regra do parágrafo único visa a proteger o contribuinte contra revisões do lançamento que venham a lhe onerar mediante elevação do montante do crédito tributário. **Estabelece, assim, que o Fisco tem o prazo decadencial para constituir o seu crédito, seja originariamente, seja mediante revisão de lançamento anterior.** O prazo corre contra o Fisco. (grifo nosso)

Deve-se aquilatar, pois, o efetivo alcance da norma retrocitada, para o fim de compreender que o legislador, quando de sua confecção, preocupou-se em impedir a possibilidade de revisão ad eternum do crédito tributário por parte da Fazenda Pública. Não é outra, aliás, a interpretação apreendida na lição de Sakakihara (2004, p. 637):

[...] Assim, estabelece o parágrafo único deste art. 149 que a revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não estiver extinto o direito da Fazenda Pública.

Que direito? A resposta é dada pelo art. 173, que cuida da extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário. **Como o crédito tributário é constituído pelo lançamento, pode-se dizer que a revisão deste somente será possível enquanto não estiver extinto o direito de efetuar-lo, isto é, enquanto não se operar a decadência, em razão do decurso do prazo previsto no art. 173.** (grifo nosso)

Referido posicionamento coaduna-se, inclusive, com o entendimento de outro jurista cearense, Schubert de Farias Machado (2006, p. 78), que, referindo-se ao famigerado par. único do art. 149 do CTN, aduz o seguinte:

O Código estabelece que a revisão somente pode ocorrer dentro do mesmo prazo estabelecido para a realização do lançamento revisto. **Não existe, portanto, um direito autônomo de revisão, mas é o próprio direito de a Fazenda lançar o tributo que se renova em determinadas circunstâncias.** Por isso, o direito de rever o lançamento está sujeito ao mesmo regime jurídico do lançamento revisto. (grifo nosso)

Outrossim, corroborando a mesma linha de raciocínio, Aliomar Baleeiro (2007, p. 826) observa que:

O parágrafo único do art. 149 dispõe que a revisão do lançamento somente pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. Sendo assim, o lançamento ou sua revisão de ofício, enfim, o direito de formalizar o crédito sujeita-se ao prazo de cinco anos, estipulado no art. 173. A pena é de caducidade. Conta-se o prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I).

Ampliar o alcance do art. 149, par. único do CTN para abranger modalidades outras de extinção de crédito tributário que não tão-somente a decadência, conforme pacificado pela doutrina mais abalizada, implica a supressão, do ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da revisão de ofício do lançamento, consubstanciando-se num absurdo sem precedentes.

Não há que se falar, pois, em extinção do crédito tributário em função do pagamento, uma vez que o direito do Fisco de proceder à revisão do lançamento decorre do surgimento de fato não conhecido na ocasião do lançamento originário. Sendo assim, se somente após o lançamento originário, por meio de recadastramento feito pelo Município, constata-se uma construção no terreno, surge para a municipalidade o direito de exigir a complementação da cobrança.

Destarte, ainda que tenha havido pagamento integral do IPTU, a revisão de ofício do lançamento será cabível em razão do art. 149, VIII do CTN, que legitima a exigência da complementação da cobrança sobre a parte construída do imóvel, senão vejamos:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

[...]

Aliás, o entendimento ora esposado coaduna-se com o posicionamento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. ERRO DE FATO. LANÇAMENTO ORIGINÁRIO QUE NÃO CONSIDEROU EDIFICAÇÃO NO IMÓVEL. REVISÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ART. 149, VIII, CTN. VULNERAÇÃO DO ART. 144 DO CTN RECONHECIDA.

- a). Recurso especial de autoria do Município de São Bernardo do Campo pretendendo a reforma de acórdão oriundo do TJSP que assumiu o entendimento de que 'se o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação (art. 144 do CTN) e se, quando do fato gerador não havia no imóvel qualquer tipo de construção (fl. 16), não é devida qualquer cobrança a esse título, em face de construção verificada posteriormente no imóvel. Quando do lançamento já se havia verificado todos os elementos necessários à sua verificação, fato que torna indevida qualquer modificação posterior.'
- b). O entendimento externado pela Corte de origem não revela a melhor exegese a ser emprestada ao conteúdo do art. 144 do CTN, que não deve ter interpretação isolada das demais regras do ordenamento jurídico, em especial do Código Tributário Nacional. A par desse dispositivo legal, e

de relevante aplicação ao caso concreto, existe o art. 149 do CTN, que disciplina os casos de revisão de ofício pelo ente tributante.

- c). O art. 149, VIII, do CTN contempla hipótese de revisão de ofício se ocorre fato não conhecido ou não provado na ocasião do lançamento originário. **No caso concreto, verifica-se que houve a quitação integral do IPTU pelo contribuinte e, somente depois, por meio de recadastramento e revisão efetivados pela municipalidade, observou-se uma construção no terreno, que gerou a complementação da cobrança.**
- d). [...]
- e). Recurso especial conhecido e provido para que tenha continuidade a execução fiscal. (REsp 1025862/SP. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. J 20/05/2008. DJ 04/08/2008). (grifo nosso).

Assim, se houver edificação no decorrer do exercício, a Fazenda não só poderá como deverá constituir um novo crédito, desde que não tenha se esgotado o prazo decadencial do direito de lançar. Mas, desta vez, tão-somente no que concerne à área construída do imóvel. Isso acontece, como já dantes dito, em virtude de alterações fáticas imprevisíveis no âmbito da Administração Pública.

7 CONCLUSÃO

Entendemos ser legítima e legal a revisão de ofício do lançamento do IPTU incidente sobre a parte construída dos imóveis, dada a superveniência da construção no decorrer do mesmo exercício em que já tenha sido efetivado o pagamento quanto à área não edificada.

Ademais, não oportunizar a revisão de ofício no caso em comento (tão-somente no que concerne à área construída do imóvel, esclareça-se!), como já dantes dito, implica enriquecimento ilícito de alguns contribuintes, em detrimento da grande maioria que aporta os recursos financeiros indispensáveis ao bom funcionamento e desenvolvimento da máquina estatal.

O único óbice legal à observância de referido procedimento fiscal consubstancia-se no esgotamento do prazo decadencial do direito de lançar.

Afora a decadência, a revisão do lançamento do IPTU, in casu, impõe-se, em face de alterações fáticas imprevisíveis no âmbito da Administração Pública, sob pena de transgressão ao princípio da legalidade, da isonomia tributária, da capacidade contributiva, bem como ao próprio interesse público.

6 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1025862/SP. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. J 20/05/2008. Diário de Justiça, Brasília, 04 ago. 2008.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FORTALEZA (Município). **Lei nº 4.144**, de 27 de dezembro de 1972 (atualizada até a Lei Complementar nº 59, de 30 de dezembro de 2008). Institui o Código Tributário do Município de Fortaleza. Disponível em: <http://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/legislacao/gerados/leis/Leinº4.144_AtualizadaatéLCnº59.pdf>. Acesso em 03 abr. 2009.

_____. **Lei Complementar nº 27**, de 27 de dezembro de 2005. Altera a Legislação Tributária Municipal e estabelece as regras para o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) de 2006. Disponível em:http://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/legislacao/gerados/leis/LC_N27_2005.pdf. Acesso em 03 abr. 2009.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Schubert de Farias. Lançamento por homologação e decadência. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 131, p. 68-83, ago. 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

SAKAKIHARA, Zuudi. Comentários aos arts. 139 a 164. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). Código Tributário Nacional Comentado. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 613-665.

EMPATE FICTO NAS LICITAÇÕES

FICTO TIE IN QUOTES

Nathalie de Paula Carvalho

Especialista em Direito e Processo Constitucional pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR
Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela
Universidade Vale do Acaraú
Advogada
E-mail: nathaliedireito@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 POR QUE LEI COMPLEMENTAR ?; 3 INOVAÇÕES DA LC 123/06; 4 O EMPATE FICTO; 5 A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS: PERFIL JURÍDICO; 6 AS COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 WHY SUPPLEMENTAL LAW ?; 3 INNOVATIONS WITH LC 123/06; 4 THE DRAW FICT; 5 THE QUESTION OF COOPERATIVES: THE LEGAL PROFILE; 6THE COOPERATIVES IN PUBLIC BIDS; 7 CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discutir as modificações introduzidas pela Lei Complementar 123/06, trazendo um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte no que tange ao acesso aos mercados (licitações públicas), em especial as disposições concernentes ao empate ficto. Também será analisada a extensão dessas disposições às cooperativas, na forma do art. 34 da Lei 11.488/07, verificando a relação entre o perfil jurídico dessas entidades e os objetivos das inovações legislativas.

Palavras-chave: Empate ficto. Licitações.

Abstract: This paper aims to discuss the changes introduced by Complementary Law 123/06, bringing a different treatment for micro and small companies in terms of market access (public tenders), in particular the provisions concerning ficto tie. You will also assess the extent of such provisions to cooperatives in the form of art. 34 of Law 11488/07, noting the relationship between the profile of legal entities

and the objectives of the legislative innovations.

Keywords: Ficto tie. Quotes.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar No 123, de 14 de dezembro de 2006, regulamentada pelo Decreto No 6.207/07, reformulou o cenário legislativo das microempresas e empresas de pequeno porte, revogando expressamente, no seu art. 89, a Lei 9.841/99, que tratava do antigo estatuto das ME's e EPP's. Essa modificação deveu-se ao objetivo de fomentar cada vez mais a participação dessas empresas de regime especial no mercado competitivo, com facilidades e benefícios que se justificam pelo caráter econômico das alterações.

A maioria dos dispositivos da LC 123/06 são de natureza tributária, mas não somente, pois existem disposições sobre Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Administrativo. Uma das principais inovações desse diploma legal, objeto deste estudo, foi permitir que as pequenas empresas, destituídas de porte relevante, conseguissem concorrer e vencer licitações promovidas pela Administração Pública, em condições de paridade com grandes e renomados licitantes.

A problemática deste estudo é saber quais os objetivos e conseqüências que a LC 123/06 representará para a Administração Pública, analisando a extensão das dificuldades geradas por essa nova sistemática, o aumento de encargos tanto das atividades relacionadas às licitações como dos acompanhamentos, fiscalização e controle da execução dos contratos administrativos, com enfoque na possibilidade do empate ficto.

2 POR QUE LEI COMPLEMENTAR?

A opção pelo diploma normativo em comento se deu por conta dos aspectos tributários, que, na forma do art. 146, III, b da Constituição Federal, exige lei complementar para o tratamento de matéria tributária. O art. 170, IX do texto constitucional, por sua

vez, afirma que a ordem econômica será norteada pelo princípio do tratamento favorecido para pequenas empresas, o que não implica devam ser implementadas por lei complementar, pelo menos nesse tocante.

Quanto às disposições referentes ao direito empresarial, trabalhista, administrativo, que não exigem lei complementar, podem ser alteradas por lei ordinária. Assim, a LC 123/06 é uma lei complementar que contém normas ordinárias. Nessa esteira de raciocínio, o art. 86 da LC 123/06 afirma que as matérias tratadas nesta lei que não sejam reservadas constitucionalmente à lei complementar podem ser alteradas por meio de lei ordinária.

O que se quer destacar é que as normas sobre licitação contidas na LC 123/06 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência sobre a aplicação da Lei 8.666/93 advém da máxima de que lei posterior revoga a anterior, e não por ser uma lei complementar, haja vista que não existe hierarquia entre lei complementar e ordinária, o que há, na verdade, é uma reserva de matérias, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal. A opção por regular tudo em um mesmo diploma normativo se deu por questões de ordem prática, valendo a análise do conteúdo da norma para delimitar que tipo de diploma normativo é adequado.

3 INOVAÇÕES DA LC 123/06

Um aspecto preliminar que deve ser mencionado é que a LC 123/06 somente se aplica às licitações da Lei 8.666/93 e 10.520/02, não se estendendo à concessão de serviço público de que trata a Lei 8.967/95. Previu ainda três inovações em favor das microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações públicas.

A primeira consiste na possibilidade de correção de defeitos quanto à regularidade fiscal, isto é, a ausência das certidões de situação fiscal não impede a abertura dos envelopes de propostas comerciais (art. 42 e 43 da LC 123/06). Vale citar, somente à guisa de comparação, o caso da Recuperação Judicial e comprovação de regularidade fiscal, que de acordo com o art. 47 da Lei 11.101/05, nasceu com a finalidade de superação de dificuldades

econômico-financeiras das empresas, tendo por escopo resguardar a manutenção da fonte produtora de empregos e os interesses dos credores, valorizando a função social e o estímulo à atividade econômica.

Ocorre que o art. 191-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar 118/05, considera como condição sine qua non para a concessão de recuperação a apresentação das certidões de regularidade fiscal. Duas leis do mesmo dia e ano (09 de fevereiro de 2005), com previsões diametralmente opostas. Como compatibilizar os dois institutos, já que as empresas que se encontram em tal situação quase sempre são devedoras do Fisco? A orientação mais adequada é a que considera inconstitucional o art. 191-A do CTN, uma vez que o art. 47 da Lei 11.101/05, apesar de estar previsto em uma lei ordinária, adquire um caráter constitucionalizante quando analisado em conjunto com os dispositivos dos arts. 6º e 170, ambos da Constituição Federal e a função social da empresa. A previsão do CTN, embora em lei complementar, não se coaduna com a intenção do legislador, que foi de dar uma chance à superação das empresas que se encontram em situação de crise financeira, quase sempre com pendências fiscais.

A segunda é a previsão do chamado empate ficto, objeto central desta pesquisa, previsto no art. 44, § 1º da LC 123/06, o qual será detalhado mais adiante. A terceira inovação consiste na possibilidade de realização de licitações diferenciadas (arts. 45 a 49 da LC 123/06) somente para ME's e EPP's e de que seja obrigatória a subcontratação das pequenas empresas por parte do licitante vencedor ou o parcelamento do objeto licitado, sendo que uma parcela do mesmo seja objeto de licitação exclusivamente realizado para ME's e EPP's.

Esse tratamento diferenciado pode levar a uma deturpação da finalidade legislativa, uma vez que poderá ocorrer uma proliferação de ME's e EPP's com o objetivo de fraudar licitações, aproveitando-se dessas maiores facilidades, o que envolverá a perspectiva da simulação da existência de empresas constituídas exclusivamente

visando tais benefícios, frustrando a expectativa legislativa nesse ponto, culminando com a vitória de um licitante que somente mantém a característica de ME ou EPP de forma aparente.

4 O EMPATE FICTO

Através de uma ficção legal, a LC 123/06, nas disposições sobre o acesso ao mercado, a partir do art. 44, traz inovações no tratamento das ME's e EPP's nas licitações. Na forma do caput do citado artigo, será assegurada como critério de desempate a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, como forma de estimular a participação desses tipos empresariais e fomentar suas atividades.

No § 1º do art. 44 da LC 123/06 e art. 5º, § 1º e 2º do Decreto 6.207/07, encontra-se a previsão do empate ficto ou simulado, que ocorre quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à mais bem classificada, quando for alguma das modalidades licitatórias da Lei 8.666/93. Nos casos de pregão, o percentual estabelecido cai para 5% superior ao melhor preço, na forma do art. 44, § 2º da LC 123/06.

Na verdade, se trata de um critério de desempate que estabelece a preferência na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte que não incorram nas vedações constantes no art. 3º, § 4º da LC 123/06, que estabelece a não inclusão no regime diferenciado de empresas nas seguintes situações: cujo capital participe outra pessoa jurídica; seja filial, sucursal ou agência de pessoa jurídica com sede no exterior; de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado; cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa que não seja beneficiada pelo regime especial da LC 123/06; sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos; constituída sob a forma de cooperativas (este tópico será analisado detidamente mais adiante); participe do capital de outra pessoa jurídica; exerça atividades de banco comercial, de investimento, desenvolvimento, caixa econômica, sociedade

de créditos, financiamento; resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido nos 5 últimos anos-calendário anteriores; constituída sob a forma de sociedades por ações.

Afastadas as situações acima descritas, as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que suas propostas de preço sejam iguais ou superiores a 10% em relação à proposta mais bem classificada nas modalidades da Lei 8.666/93 ou em 5% nos casos de pregão presencial ou eletrônico, serão consideradas em situação de empate com as empresas de maior porte, tendo ainda assegurada a preferência no contrato.

Uma observação que deve ser feita é que não haverá esse tratamento diferenciado quando do certame licitatório só participarem essas categorias empresariais favorecidas, sendo incabível esse direito de preferência entra as próprias beneficiárias.

Essa novidade trazida pelo novo estatuto das pequenas empresas tem por escopo viabilizar uma participação cada vez mais expressiva nos certames licitatórios, possibilitando a competição com grandes empresas e tendo chances de vencer ao final. Dessa forma, está ocorrendo um estímulo aos empresários que adotam essa modalidade de organização empresarial a investir nas suas atividades e entrar para o mercado de forma mais expressiva.

5 A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS: PERFIL JURÍDICO

Inicialmente, cumpre-se abordar o tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro dá às cooperativas: o art. 5º, XVIII da Constituição Federal prevê que a criação dessas entidades independe de autorização estatal; o art. 146, III, c CF prevê que lei complementar estabeleça normas gerais em matérias tributárias incidentes sobre o ato cooperativo; o art. 174, §§ 2º e 3º CF traz a previsão de que lei estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismos, não se esquecendo da atividade garimpeira em cooperativas; o art. 187 CF determina que a política agrícola, levando-se em conta especialmente cooperativismo; o art. 192, caput CF estipula que o sistema financeiro nacional, objetivando

promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, acolhe as cooperativas de crédito. Deve ser registrado que a Lei 5.764/71 estatui a Política Nacional do Cooperativismo.

Uma cooperativa pode ser definida como uma sociedade de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil, não sujeita à falência, constituída para prestar serviços aos associados ou cooperativados que se distinguem das demais sociedades de natureza econômica pelo fato de não ocorrer a distribuição dos lucros, mas sim os resultados provenientes de suas operações.

O art. 1093 do Código Civil, funcionando com norma geral, ressalva a disciplina das sociedades cooperativas para leis especiais, em que se insere a Lei 5.764/71. O seu objeto pode ser qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, não se devendo olvidar a disposição do art. 86 da Lei 5.764/71, que não veda a possibilidade de prestação de serviços a terceiros, desde que prestados diretamente pelos cooperados de modo a atender os objetivos para os quais a cooperativa foi constituída.

De acordo com o citado art. 1094 CC, as características das cooperativas são as seguintes: variabilidade, ou dispensa do capital social; concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Na forma do art. 1095 CC, na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada, quando o sócio

responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações; ou ilimitada, quando o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Regem-se as cooperativas supletivamente pelas normas das sociedades simples, constantes nos arts. 997 a 1038 CC.

O crescimento das cooperativas no cenário normativo brasileiro se deu com a Lei 8949/94, por conta do acréscimo do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, asseverando que qualquer que seja o ramo da atividade da sociedade cooperativa não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços. A promessa de redução de custos às terceirizadoras se tornou uma alternativa viável no tocante à eficiência dessas organizações, abrangendo ainda a seara das licitações públicas.

Ocorre que a prática revelou uma deturpação da finalidade das cooperativas: foram constituídas sob a aparência na forma da lei vigente, mas com características de verdadeiras sociedades empresárias, buscando sempre o lucro, trabalhos executados mediante subordinação jurídica em relação ao tomador e fornecedor dos serviços, não havendo a distribuição adequada do apurado com as operações. A essa constatação se deu o nome de psdeucooperativismo.

6 AS COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Na forma da Lei 11. 488/07, art. 34, depreende-se que as disposições concernentes ao empate ficto do art. 44, § 1º da LC 123/06, são extensíveis às cooperativas, dentre outros dispositivos. Com esse regime diferenciado, para ser possível a participação das cooperativas nas licitações, faz-se necessária a presença de três fatores: a exigência de documentação especial referente à habilitação jurídica, com o fito de demonstrar a constituição a sua regular, na forma da Lei 5.764/71; deve ocorrer a equalização das propostas, tendo em vista o respeito à isonomia entre os licitantes; ser configurado um acréscimo de 15% à proposta da cooperativa, em face da contribuição previdenciária diferenciada, na forma da Lei 8.212/91.

As cooperativas que auferirem receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) terão direito aos seguintes benefícios: acesso aos contratos administrativos mediante tratamento diferenciado no tocante à comprovação de regularidade fiscal; verificação do empate ficto nas licitações; simplificação das relações de trabalho; ação fiscalizadora de caráter orientador; possibilidade de contratar compras, bens e serviços para o mercado nacional e internacional mediante consórcio; possuir estímulo ao crédito e capitalização; utilizar-se de regras diferenciadas sobre o protesto de títulos e ainda têm direito ao acesso aos juizados especiais cíveis, bem como os institutos da mediação, conciliação prévia e arbitragem para a solução dos conflitos daí advindos.

Questão interessante seria saber como se dá quando estiverem em disputa e empatadas, em uma mesma licitação, cooperativas, ME's e EPP's. Nesse caso, o critério de desempate entre elas se dará pelos preços reais que cotarem, sem o intervalo do empate ficto ou qualquer preferência. Também não haverá incidência dessas disposições quando somente as categorias diferenciadas (ME's, EPP's e cooperativas) participarem do certame, uma vez ser descabido o direito de preferência entre as próprias beneficiárias.

Outra indagação que surge da LC 123/06 é a seguinte: será que as microempresas e empresas de pequeno porte terão condições de disputar preço com as cooperativas que a elas se nivelem no que diz respeito à renda anual, posto que as últimas já estão desoneradas dos encargos trabalhistas e possuem ônus previdenciários reduzidos? A lei não traz resposta pronta para esse questionamento, somente a prática demonstrará como será resolvida referida discrepância, mas, em caso negativo, serão consideradas frustradas pela Lei 11.488/07 as finalidades da LC 123/06.

7 CONCLUSÃO

A complexidade de interesses sociais demanda a imperiosa preexistência de um ordenamento jurídico que sirva de sustentáculo para tais relações, pois o Estado não é constituído apenas da congruência de vários indivíduos de um certo local, e sim de uma universalidade.

As alterações trazidas pela Lei Complementar 123/06, aliadas aos ditames da Lei 11.488/07, principalmente no tocante às cooperativas, tiveram por objetivo principal viabilizar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nos certames licitatórios, possibilitando a competição com grandes empresas e fomentando a economia.

O tratamento diferenciado trazido por esses diplomas normativos tem por escopo incluir nos sistemas de acesso aos mercados, valendo ressaltar a importância da legislação como instrumento de imposição dos tributos ao contribuinte, sendo vista também como instrumento disciplinador da otimização das receitas auferidas pelo ente tributante, sem olvidar a disciplina das despesas como meio de balizar a atuação estatal.

6 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As novas preferências em favor das pequenas empresas nas licitações**. Disponível em: www.justenfilho.com.br. Acesso em: 23/07/2008.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAMEDE, Gladston. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. NOHARA, Irene Patrícia. MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários**

ao estatuto nacional da microempresa e empresa de pequeno porte. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Notas sobre a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas.** Disponível em: www.jmleventos.com.br. Acesso em: 23/07/2008.

_____. DOTTI, Marines Restelatto. **As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.** Disponível em www.escola.agu.gov.br/revista. Acesso em: 23/07/2008.

SANTANA, Jair Eduardo. GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:** reflexos práticos da LC 123/06. São Paulo: Fórum, 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte.** São Paulo: Juruá Editora, 2008.

CONHECIMENTO JURÍDICO: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

JURIDICAL KNOWLEDGE: CHALLENGES AND POSSIBILITIES

Gustavo Tavares Cavalcanti

Professor da Universidade de Fortaleza - UNIFOR,
Coordenador da Especialização em Direito e Processo
Constitucionais da UNIFOR
Mestre em Direito Constitucional da UNIFOR
Advogado
E-mail:gustavoliberato@unifor.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 UM DELINEAMENTO SOBRE O CONHECIMENTO JURÍDICO CLÁSSICO; 3 A CRISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO E A PERSPECTIVA KELSENIANA; 4 O CONHECIMENTO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES; 5 CONCLUSÕES; 6 BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 A DESIGN OF THE CLASSIC LEGAL KNOWLEDGE; 3 THE CRISIS OF KNOWLEDGE AND LEGAL PERSPECTIVE KELSEN. 4 LEGAL KNOWLEDGE AND THE ACTUAL PERSPECTIVE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES; 5 OPINION; 6 BIBLIOGRAPHY.

Resumo: Este artigo procura apresentar um desenvolvimento da perspectiva atual acerca do Conhecimento Jurídico como um relevante capital social a partir da sua compreensão clássica até o debate contemporâneo sobre os limites da Ciência Jurídica. Partindo de uma breve exposição sobre o Conhecimento Jurídico clássico, analisar-se-á a contribuição kelseniana na demarcação de seu objeto e investigar-se-á um possível passo posterior a ser desenvolvido na atualidade com o fito de se viabilizar uma (re)construção do Estado de Direito no Brasil.

Palavras-chave: Epistemologia Jurídica. Hermenêutica Jurídica. Interdisciplinaridade.

Abstract: This article tries to present a development of the current perspective

about the Juridical Knowledge as a relevant social resource starting from its classical understanding to the contemporary debate on the limits of the Juridical Science. Starting from a brief exposition on the classical Juridical Knowledge, the kelsenian contribution will be analysed in the demarcation of its object and a possible subsequent step will be investigated to be, at the present time, developed with the aim of making possible a (re)construction of the rule of law in Brazil.

Keywords: Juridical Epistemology. Juridical Hermeneutics. Interdisciplinarity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cinge-se à análise do conhecimento jurídico pelo prisma da educação como um verdadeiro capital social, bem como de seu contexto atual e, dentro deste, de seus principais desafios e possibilidades. Para abordá-lo, muito mais do que perpetuar uma mera vinculação às categorias clássicas do pensamento jurídico – muito embora elas se mostrem, não raro, ferramentas bastante úteis – procurar-se-á demarcar o que a atualidade do fenômeno jurídico vem exigindo dos estudiosos do Direito e que, por vezes, não tem sido devidamente percebido por profissionais e estudantes de todo o país, o que tem levado a uma crise de percepção sobre qual o papel do Direito no meio social.

Assim, nos pontos seguintes procurar-se-á, em breves linhas, traçar uma noção sobre o que se pode entender por “conhecimento jurídico clássico”, para em seguida evidenciar o processo histórico da constatação de suas limitações e, assim, delimitar o quadro geral em que se pode recomeçar a falar de uma ciência do Direito, destacando seus desafios atuais e suas possibilidades. Por fim, observar-se-á o papel deste conhecimento jurídico renovado em face da (re)construção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

2 UM DELINEAMENTO SOBRE O CONHECIMENTO JURÍDICO CLÁSSICO

Para os fins deste escrito tomar-se-á a expressão conhecimento jurídico clássico a partir da formação do Estado Liberal de Direito. No quadro da formação histórica deste, depara-se o estudioso com o ressurgimento de idéias da antiguidade clássica, dentre as quais a da Escola do Direito Natural. Ocorre que este Direito Natural

apresenta-se, em fins do século XVII e durante os séculos seguintes de forma um tanto diversa daquela que possuía na antiguidade greco-romana e, particularmente, no medievo. De início, perceba-se que agora se trata de um Direito Natural laico, derivado da razão humana e não mais da divindade, o qual se relaciona com os pressupostos do Estado de Natureza e do Contrato Social (Nader, 1999, p. 132) redundando no reconhecimento de certos direitos inatos e inalienáveis. Como exemplo pode-se recordar a marcante afirmativa de LOCKE (1998, p. 495) acerca da transição do homem do Estado de Natureza para o Estado de Sociedade:

Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*. (grifos do original)

Observe-se que LOCKE tenta apontar uma justificativa racional para a formação da sociedade moderna e, de revés, demarca estes direitos naturais que servem de pontos de convergência da aliança a ser estabelecida para a construção da sociedade civil: direito à vida, à liberdade e à propriedade privada. Observe-se, por igual que aí se apresentam as características deste “Direito Natural moderno”: laicidade e racionalismo em sua base, Estado de Natureza e Contrato Social como pressupostos e direitos naturais inatos e inalienáveis como premissas de todo o direito a ser produzido por esta sociedade civil ou política.

O exemplo do pensamento lockeano é apenas uma forma de ilustrar a base ideológica que se apresentará como substrato teórico das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII – e que se aprofundará, catalisada pela revolução industrial, em começos do século XIX.

De fato, o racionalismo de fins do século XVIII e início do século XIX, ainda impregnado pelos pressupostos jusnaturalistas, trouxe consigo uma crença praticamente cega nas potencialidades

da “recta ratio” para revelar o Direito Natural ao “Legislador” à medida que este se houvesse com a vontade geral: apresentava-se, assim, a Escola da Exegese na França. Seus efeitos sobre o pensamento jurídico são bem conhecidos dos hermeneutas em geral e são claramente expostos por FALCÃO (1997, p. 156-157) ao assinalar:

O alcance social da interpretação também cede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta à obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu. É a lei onisciente. Onicompreensiva. Onipresente. Onipotente. Diante dela, até o sentido se torna raquítico. Prostram-se as inteligências. Derribam-se as curiosidades. Estreita-se o Direito.

Mesmo preso a cadeias similares, o pensamento jurídico alemão, na Escola Dogmática, contou com ares mais abertos, não tanto pela ideologia do método (pois partilhava-se o ideal exegético), mas pela peculiaridade dos objetos a serem estudados. MAGALHÃES (1989, p. 18) procura enfatizar essa relação ao observar que “A Escola da Exegese na França e a Dogmática na Alemanha tinham em comum a idolatria dos códigos e das leis”.

Ocorre que os alemães, na Dogmática, cingiam-se a textos do Direito Romano que haveriam sido “recepcionados” pela sua trajetória histórica, o que já denota uma diferença de objeto de estudo: na França, o parâmetro era o Código Civil de Napoleão, norma positivada em 1804 e que refletia toda a ideologia do Direito Natural de fundo racionalista, decalcado da “recta ratio” respaldado pelas características da plenitude, da atemporalidade e da universalidade, além de intransigentemente defendido por uma concepção estanque de separação de poderes que enfatizava a referência de MONTESQUIEU (1996, p. 169, 172 e 175) ao Juiz como um ente nulo, inanimado, que simplesmente é “a boca que pronuncia as palavras da lei”; na Alemanha, por sua vez, encontrava-se um objeto mais fluido, arredio à metodologia passiva dos franceses da Exegese e que demandava uma abordagem mais abrangente: tratava-se do Direito Romano.

Com efeito, não se poderia jamais pretender que as considerações sobre o Direito Romano recepcionado pelo direito alemão guardassem inteira consonância à metodologia da Exegese. Mais de dois mil anos de história sobre alguns institutos cobravam seu preço. É neste quadro que um jovem SAVIGNY (1779-1861) (2001, p 2-8), apesar de filiado à Dogmática e vinculado a um duplo reducionismo que pregava a redução de todo o fenômeno jurídico ao direito positivo e deste à lei que recepcionasse os “princípios do direito romano”, vai destacar-se pela habilidade em colocar em perspectiva a necessidade de se compreender a “ciência da legislação” como uma ciência histórica e filosófica (sistemática). Ao assim proceder, SAVIGNY percebe que a legislação se passa no tempo, não apenas do Estado, mas também do povo (sociedade) e dentro de um quadro político-econômico determinado, contudo cambiável no tempo. Constata, então, que o aspecto histórico-evolutivo da interpretação do Direito se mostra inarredável, e que diversamente do que pregavam a Exegese e a Dogmática, não é a lei que cria o direito, mas o direito que cria a lei, ou, como diz LARENZ (1997, p. 13): “Esta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que SAVIGNY passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o «espírito do povo» – o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit*”. Frise-se que tal posicionamento já destoa por completo da compreensão do Direito Natural de fundo racionalista que embasava a Escola da Exegese.

Essa afirmação denota o papel da “comum convicção jurídica do povo” (o espírito do povo) como causa de nascimento do direito em geral, causa não arbitrária ou individual, mas coletiva e decorrente dos institutos jurídicos que se evidenciam “[...] en los actos simbólicos que representan la esencia de las relaciones jurídicas a fuerza de imágenes y en las cuales los genuinos Derechos de los Pueblos se expresan las más de las veces con más claridad y hondura que en las leyes” (Savigny, 1949, p. 36-37). Assim, SAVIGNY (1949, p. 36) assinala que o Direito que vive na consciência do povo (na comum convicção jurídica de um povo individualmente considerado) não se apresenta sob a forma de uma regra abstrata, senão que pela contemplação concreta dos institutos jurídicos em seu contexto orgânico, fazendo-se com que, se é necessário dar-se

conta da regra em sua forma lógica, a mesma haja de ser destacada daquela concepção global da realidade por meio de um processo artificial. Este processo artificial demandaria uma intuição parcial da realidade, ponto este de grande subjetividade e que despertará acerbas críticas pela base insegura que oferece: tem-se, então, a crítica de PUCHTA.

GEORG FRIEDRICH PUCHTA (1798-1846) inicia sua carreira como um adepto do historicismo, particularmente como um discípulo de SAVIGNY, vindo, posteriormente, a exprimir sua divergência quanto ao largo subjetivismo da intuição sabiniana acerca da “comum convicção jurídica do povo”. De fato, vendo a idéia de sistema como sendo a única maneira possível de se alcançar a segurança da verdade, PUCHTA tratará de construir um sistema que se mostre objetivamente válido, demonstrável, dotado de racionalidade intrínseca e, assim, seguro de sua cientificidade (LARENZ, 1997, p. 21). Por certo isso implicará uma reformulação das bases do pensamento de seus antecessores, mas, doutra banda, deflagrará uma nova era do racionalismo lógico. Como lembra LARENZ (1997, p. 23): “Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma «pirâmide de conceitos», decidindo assim a sua evolução no sentido de uma «Jurisprudência dos conceitos formal»”.

Reduzindo o conhecimento jurídico a uma pirâmide conceitual encadeada por meio de nexos lógico-dedutivos, PUCHTA, ainda que não percebesse, sacrificava o nexos orgânico dos institutos jurídicos de SAVIGNY a um logicismo desmedido, completamente vinculado, subsuntivamente, à figura de um “Conceito Supremo” cujo conteúdo ele jamais logrou explicar definitivamente – nem mesmo quando sustentou que esse conteúdo adviria da Filosofia do Direito, uma vez que findava por socorrer-se da metafísica que procurara, de início, afastar (LARENZ, 1997, p. 23-26).

Este estado de coisas, se por um lado vai encantar, com suas demonstrações lógicas, uma larga parcela do pensamento jurídico por longo tempo, por outro lado vai despertar as mais diversas críticas quanto ao descompasso da Ciência do Direito

face à realidade social. Tal crítica é muito bem representada no pensamento de JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN em uma conferência datada de 1847 e intitulada “El Carácter A-Científico de la llamada Ciencia del Derecho”. Tratando dos vícios que acometiam a “Ciência” do Direito de sua época, KIRCHMANN (1949, p. 259) assinala o seu imobilismo perante a realidade social como uma de suas mais claras falhas:

La primera de ellas consiste en que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el Derecho. Es demasiado cómodo quedarse en el antiguo edificio, bien instalado y bien conocido, en lugar de tener que abandonarlo año por año y haber de establecerse y de orientarse de nuevo. Y si la ciencia cede al progreso, mantiene, sin embargo, su inclinación predilecta de forzar las instituciones de la actualidad en las bien conocidas categorías de instituciones fenecidas.

Como observa LARENZ (1997, pp. 55-56), tem-se em KIRCHMANN uma crítica severa à Jurisprudência dos conceitos de PUCHTA – e do jovem RUDOLF VON JHERING, ainda que este não a adotasse de maneira ortodoxa – a qual, de fato, primava pela ligação às categorias conceituais por demais conhecidas e desgastadas, formando um constrangimento às demandas da realidade social:

De facto, uma ciência do Direito que via o seu maior contributo na compreensão historicamente fiel das fontes jurídicas romanas ainda estimadas como válidas para a actualidade e na sua inserção num sistema de conceitos logicamente inquestionável (e que, nesse aspecto, muito fizera de excelente) mal podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era coloca perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória (LARENZ, 1997, p. 56).

Percebendo o peso das críticas crescentes à Jurisprudência dos Conceitos e passando por um significativo processo de revisão de posições, RUDOLF VON JHERING, agora bem mais amadurecido, percebe que se faz necessária uma releitura do conhecimento jurídico de modo a conectá-lo novamente à realidade social. Se

num primeiro momento ele se posta na base das críticas destrutivas (eminentemente negativas), posteriormente vai lançar-se à construção de uma nova perspectiva para o conhecimento jurídico e a Ciência do Direito, trazendo-os para o plano do positivismo sociológico (LARENZ, 1997, p. 57).

Com vistas a essa reconexão do conhecimento jurídico e da Ciência do Direito à realidade social, JHERING observará que o Direito é desprovido de um fim em si mesmo, mas, outrossim, será um instrumento relevantíssimo para a realização de um ou mais fins relevantes para uma sociedade determinada. Tal finalidade do Direito recai sobre o “asseguramento das condições vitais da sociedade” (2002, p. 294). Destarte, sustenta ele que inexista norma jurídica que não tenha sido criada com vistas a uma dada finalidade social para o atendimento de uma necessidade prática por esta mesma sociedade percebida. A riqueza de seu pensamento exprime-se na idéia que este jusfilósofo apresenta para as “condições vitais da sociedade”. Com efeito, diz ele: “Por condições vitais entendo, portanto, não somente as da existência física, mas todos aqueles bens e gozos que, conforme o modo de pensar do sujeito, emprestam à vida seu verdadeiro valor. [...] A questão das condições vitais, quer do indivíduo, quer da sociedade, é uma questão de formação nacional e individual” (JHERING, 2002, p. 294-295). Nesta linha, como salienta LARENZ (1997, p. 62): “Só o que uma certa sociedade humana vê como útil e vitalmente relevante para o seu *bem-estar* é que decide da sua própria e historicamente mutável «exigência de felicidade»” (grifos do original). Dá-se, assim, uma significativa *relativização* das pautas *jurídicas e morais* (LARENZ, 1997, p. 62, grifos do original).

Lançadas as bases dessa concepção teleológica do Direito (e da “Jurisprudência Pragmática” que dela decorre) o conhecimento jurídico vê-se apresentado à necessidade de trabalhar com uma metodologia nova: a metodologia das ciências sociais sob as bases do positivismo sociológico. Esse movimento rumo às considerações da fenomenologia social trata de prefaciar o grande debate sobre a Função Social do Direito e o papel da Jurisprudência – aqui tomada em sua dupla acepção de atuação jurisdicional e de Ciência do Direito.

Neste quadro de idéias surgirão os movimentos que serão reconduzidos à Escola do Direito Livre como vertente moderada (Livre Indagação Científica) ou extremada (Direito Justo), ora procurando utilizar os fatores da realidade social como instrumentos de contextualização e complementação do direito positivo, ora exacerbando essa influência a ponto de se defender, inclusive, a interpretação “contra legem” como forma de se realizar o Direito Livre.

No que toca à primeira hipótese aventada como desdobramento da Escola do Direito Livre, encontram-se as divisas da Livre Pesquisa do Direito, da Livre Investigação Científica, da Livre Indagação, etc. Por todas elas, vale a lembrança do vigoroso pensamento de FRANÇOIS GÉNY apresentado, pela primeira vez, em 1899 no seu “Méthode d’Interpretation et Sources en Droit Privé Positif”.

Destarte, primeiramente buscar-se-ia a solução para o caso concreto nos textos positivos, aos quais deveriam ser aplicados os métodos hermenêuticos disponíveis (literal, sistemático, histórico-evolutivo, lógico, teleológico, etc.). Uma vez persistindo a carência de solução, passar-se-ia ao costume. Em último caso, guardada esta gradação, o magistrado seria investido, por um momento, dos poderes criativos atribuídos às assembléias, devendo observar, entretanto, o procedimento seguro da livre investigação científica. Sobre esta livre investigação, GÉNY assinala: “Por eso el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: *libre investigación científica*; *investigación libre*, toda vez que aquí se sustrae a la acción própria de una autoridad positiva; *investigación científica*, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar” (1925, p. 524, grifos do original).

Em cada fase analisada encontram-se fontes do Direito para GÉNY. Na primeira, têm-se as normas positivadas, às quais se aplica (como não poderia deixar de ser) o rico instrumental hermenêutico. Em seguida, tem-se o costume, o Direito Consuetudinário. Enfim, chega-se ao momento de maior discricão do magistrado, quando deverá ter por fontes orientadoras a Autoridade e a Tradição. A

Autoridade nada mais é do que o conjunto das opiniões e soluções dadas por pessoas ou corporações competentes, cuja coerência sirva de paradigma para a decisão judicial. Assim são a Jurisprudência e a Doutrina. Sobre a Tradição, como diz este autor: “Y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da a la vez el prestigio y la veneración de un origen remoto, se convierte en una Tradición. Entre Tradición y Autoridad propriamente dicha (moderna) no existe, salvo circunstancias particulares, una diferencia de naturaleza, sino solamente de duración; [...]” (1925, p. 444, grifo do original).

Analisando a metodologia adotada pela vertente moderada da Escola do Direito Livre, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA MAGALHÃES a apresenta da seguinte forma:

Como o juiz não pode deixar de julgar num caso concreto, quando as fontes acima descritas são ainda insuficientes para formar o seu convencimento, mergulhará ele na tarefa de livre investigação científica: ‘Investigação livre, uma vez que se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, ao mesmo tempo, porque só encontrará bases sólidas, nos elementos objetivos que somente a ciência lhe pode revelar’. E estes elementos objetivos a que Gény aludia eram a natureza das coisas, a razão, a consciência e a analogia. A livre investigação científica a que se referia Gény, não indicava uma liberdade absoluta ao intérprete - cingia-se ela àqueles elementos objetivos revelados pela ciência. A natureza das coisas assenta sobre a noção de equilíbrio que deve estar presente nas relações sociais, razão pela qual se há de penetrar nos fenômenos sociais para descobrir as leis de sua harmonia e os princípios que eles requerem; a justiça e utilidade geral seriam os objetivos diretores da razão e consciência do intérprete; a analogia funda-se no princípio da igualdade jurídica, segundo o qual as mesmas situações de fato reclamam as mesmas sanções jurídicas (1989, p. 59).

Convém registrar que, na atualidade, dificilmente aceitar-se-iam os elementos da “razão” e da “consciência” (a exigir o manejo da “justiça” e da “utilidade geral”) como sendo critérios puramente

objetivos para o método científico, pelo que restariam, assim, a “natureza das coisas” e a “analogia” como dotados de maior grau de objetividade, e, portanto, de utilidade para o escopo da metodologia apresentada.

Deve-se insistir, ainda, que FRANÇOIS GÉNY jamais compactuou com a utilização de seu método como forma de substituição indiscriminada do Poder Legislativo, mas, de fato, sempre defendeu a sua utilização como forma de solucionar a incômoda situação das lacunas no Direito, inaugurando, assim, um pluralismo racional de suas fontes. Em suas próprias palavras, GÉNY desautoriza toda interpretação que, a pretexto de complementar o ordenamento jurídico, pretenda subvertê-lo: “A mayor abundamiento, mis explicaciones anteriores implican que nunca la libre investigación científica se fundó en proponer reglas contrarias a las nascidas de la ley o de la costumbre, toda vez que yo no he dado acceso en mi sistema a la investigación independiente del intérprete, más que para suplir a las fuentes formales o para llenar las lagunas” (1925, p. 638).

Relativamente à segunda posição (a vertente extremada da Escola do Direito Livre), vê-se, como marco, a obra de HERMANN KANTOROWICZ intitulada “La Lucha por La Ciencia del Derecho”, vinda a público em 1906 e fundada na idéia de que o Direito Livre conteria o Direito Natural, o qual apresentaria a característica de possuir um conteúdo variável, condicionado histórica e individualmente. Assim, o Direito Livre apresentar-se-ia como um Direito Natural de conteúdo variável, independente do direito estatal e que serviria de fundamento de validade deste último; logo, tudo o que contrastasse consigo deveria ser invalidado ou revogado pelo juiz em atenção ao Direito Livre (KANTOROWICZ, 1949, p. 333 e 334).

A busca pela devida compreensão acerca do viria a ser e como se formaria o “Direito Livre” de KANTOROWICZ conduziria o hermeneuta à consideração de distintos círculos de vida social e de diversas épocas culturais como sendo responsáveis pelo conteúdo presente e sua constante transformação. De fato, essa formação social do Direito Livre, para KANTOROWICZ, evidenciar-se-ia a

partir da percepção de que o povo conheceria, de fato, as bases do Direito Livre, isto é, as bases de comportamento socialmente desejado ou esperado; no entanto, apenas por uma ficção é que o povo conheceria o direito estatal, cuja legitimidade estaria diretamente ligada à coincidência com as premissas do Direito Livre (1949, p. 335 e 336). O estudioso do Direito em geral (e do Direito Livre em particular) seria desafiado não apenas em sua racionalidade para compreender e aplicar o Direito – por meio do conhecimento científico – mas também em sua espontaneidade, em seu voluntarismo (e a ciência, tal qual o Direito, também dependeria da vontade), como única forma de captar a “plasticidade emotiva” do Direito Livre, a qual seria peça-chave para o trato das lacunas no Direito e precisa adequação do direito estatal àquele (KANTOROWICZ, 1949, p. 337).

Este quadro conduziu à uma série de embates sobre o caráter do conhecimento jurídico como um conhecimento científico autônomo. Essa disputa, nos anos seguintes, desenvolve-se e culmina com uma perspectiva algo inovadora e seguramente polêmica: a perspectiva kelseniana.

3 A CRISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO E A PERSPECTIVA KELSENIANA

De modo algum se poderia pretender utilizar um espaço tão exíguo para realizar a melindrosa tarefa de expor em plenitude as nuances do pensamento kelseniano acerca do conhecimento jurídico e da Teoria do Direito. No entanto, dentro dos limites a que se propõe essa breve reconstrução do caminho do conhecimento jurídico até a atualidade, apresenta-se de todo interessante a fixação de alguns pontos básicos para o entendimento do que representou a “revolução kelseniana” do Direito e de como ela marcou o desenvolvimento posterior do conhecimento jurídico. Com efeito, convém assinalar, de início, que a época em que KELSEN inicia seu labor é marcada, como já dito, por uma profunda controvérsia acerca da cientificidade do Direito e que envolveu os mais diversos campos do conhecimento.

Tendo encontrado a Ciência do Direito assediada pelos mais

variados campos do conhecimento (tais como psicologia, economia, política, sociologia), os quais intentavam torná-la, a seu ver, um mero adendo às suas construções científicas - na medida em que a manipulavam apenas para veicular suas pretensões específicas sob as vestes da Ciência do Direito -, HANS KELSEN insurgindo-se com vigor, deflagrou um movimento “purificador” da Ciência Jurídica, afastando, assim, os influxos destas outras ciências, redimensionando suas “interferências” para um campo mais amplo o qual se pode chamar de Fenômeno Jurídico.

Por Fenômeno Jurídico entenda-se uma realidade social complexa, a qual pertence à ordem dos fenômenos sociais e que pode ser objeto de análise das mais diversas ciências. Em suma, pode-se dizer a seu respeito que ele equivale ao que MIGUEL REALE, em sua teoria tridimensional do Direito, chamará “Direito”: a reunião de “Fato”, “Valor” e “Norma” em uma única manifestação complexa da vida social (1995, p. 64-68). No entanto, como se verá, de modo a “libertar” a Ciência do Direito do assédio sofrido por outras áreas do conhecimento, KELSEN concentrará seus esforços na determinação de um objeto específico de estudo (a análise estrutural do ordenamento) e em uma metodologia compatível para tanto (a metodologia regida pela avaloratividade).

A esse respeito, MARIA HELENA DINIZ delinea o período vivenciado por KELSEN:

Como desde a segunda metade do século XIX a concepção positivista do saber identificava o conhecimento válido com a ciência natural, fundada na indução experimental, o jurista, malgrado sua vocação científica, aderiu ao sociologismo, que, com sua feição eclética, submetia o Direito a diversas metodologias empíricas: a psicológica, a dedutiva silogística, a histórica, a sociológica etc. Com isso, não havia domínio científico no qual o cientista do direito não se achasse autorizado a penetrar. O resultado dessa atitude não podia ser senão a ruína da Jurisprudência, que perdia seu prestígio científico ao tomar empréstimos metodológicos de outras ciências (1996, p. 13).

Assim, o maior intento de KELSEN passou a ser a elaboração e consolidação da Ciência Jurídica, cujo objeto não seria outro senão o Direito Positivo, a ser analisado “juridicamente”, de forma infensa às valorações mais pertinentes à “política jurídica” e à intromissão de outras ciências tais como a psicologia, a economia e a sociologia. Como ele assinala: “A ciência jurídica procura apreender o seu objecto «juridicamente», isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (1984, p. 109).

A realização de tal objetivo exigia que a cientificidade do Direito fosse demonstrada de acordo com os paradigmas da época, e, quanto a isso, KARL LARENZ bem descreve este intento quanto à Ciência do Direito:

Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva «puro» de toda mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa «ciência de factos» (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de «proposições de fé», sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento «puro», não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*. À ciência do Direito que satisfaz a existência da «pureza do método», chama KELSEN «teoria pura do Direito» (1997, p. 93, grifos do original).

Destarte, KELSEN procede à “purificação” da Ciência Jurídica, processo este que se apresenta em duas frentes. A primeira destas consiste no afastamento, da definição do objeto da Ciência do Direito, de quaisquer influxos sociológicos, libertando-a da análise de aspectos outros que melhor cabem na observação

mais ampla procedida sob o prisma do fenômeno jurídico. O estudo destes aspectos seria, assim, pertinente à sociologia, à psicologia e à história jurídicas, desenrolando-se na apreciação do fenômeno jurídico, não cabendo propriamente à Ciência do Direito enquanto análise estrutural do Direito Positivo – o que implicava a consideração da norma como categoria lógico-formal capaz de veicular conteúdos diversos, bem como a forma de produção e reprodução dessa estrutura lógica. No entanto perceba-se que, se para o plano da Teoria Pura do Direito, não interessa a explicação causal das instituições jurídicas, isto não quer dizer que um problema desta sorte seja ilegítimo, apenas significa que, sob o prisma da análise estrutural, mostra-se incompatível com a metodologia adotada, devendo ser analisado pela metodologia própria em lugar adequado.

Precisamente isso é o que KELSEN diz no artigo *Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito*:

A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de Direito. [...] A Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos. É uma abordagem jurídica do problema do Direito. A sociologia e a história do Direito tentam descrever e explicar o fato de que os homens têm uma idéia diferente do Direito em diferentes épocas e lugares e o fato de que os homens conformam ou não conformam sua conduta a essas idéias. É evidente que o pensamento jurídico difere do pensamento sociológico e histórico. A 'pureza' de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente. A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar a legitimidade desse problema ou da ciência

que dele trata. O Direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito. Dizer que não pode existir uma teoria pura do Direito, porque uma análise estrutural do Direito restrita ao seu problema específico não é suficiente para uma compreensão completa do Direito equivale a dizer que uma ciência da lógica não pode existir, porque uma compreensão completa do fenômeno psíquico do pensamento não é possível sem a psicologia (1998, p. 291-292).

Isso resultou na retirada do âmbito de apreciação da Ciência do Direito das considerações fáticas (como fato histórico, econômico, ético etc.), ideológicas e axiológicas, o que implica dizer que se procede à desconsideração dos campos da moral, da política, da justiça, etc. Estes pontos encontrariam seu lugar próprio não na Ciência do Direito (tomada em seu sentido estrutural, normativista), mas na ética, na política, na religião e na filosofia da justiça.

A segunda frente depuradora do positivismo kelseniano, de caráter metodológico, ainda que sendo fiel aos traços gerais do positivismo preexistente, zelando pela sua avaloratividade (condição de sua cientificidade aos olhos do positivismo) e atendo-se aos juízos de fato em detrimento dos juízos de valor, não impede que o jurista desenvolva reflexões de natureza histórica, ética, psicológica ou sociológica, inadmitindo apenas que tais considerações sejam feitas e/ou imputadas ao uso da Ciência do Direito.

Deste modo, muito embora o jurista pudesse proceder a reflexões deste tipo, não poderia ele servir-se dos resultados destas considerações para expor nexos ou ligações entre estes resultados e a Ciência do Direito (como se houvessem sido obtidos pelo uso desta última), devendo estar sempre atento ao fato de que, ao voltar-se a tais pensamentos, estará ele deixando os limites da Ciência Jurídica e adentrando novas searas, as quais possuem objeto definido e metodologia própria, muitas vezes incompatíveis

com o instrumental do conhecimento jurídico.

Efetivamente, a concepção da Ciência do Direito metodologicamente presidida pela aspiração à pureza aproxima-se bastante das formulações das ciências naturais (ou melhor dizendo, causais), estas sendo geralmente apontadas como províncias imunes ao influxo da vontade humana. Nessa linha, NORBERTO BOBBIO aponta que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste apenas em juízos de fato (1995, p. 135, grifos do original).

O resultado deste corte epistemológico procedido por KELSEN é, de um lado, uma objetivação do trato do conhecimento científico do Direito, e, por outro a gestação de inúmeras tentativas de superação de seu pensamento.

4 O CONHECIMENTO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Como se pôde ver, a afirmação do Conhecimento Jurídico como um conhecimento científico autônomo não se deu de forma tranqüila. Com efeito, a tese Kelseniana trazia, para muitos, a impressão de que o “Direito” estaria a ser desconectado, por completo, da realidade. Tal afirmação fazia-se (e ainda se faz) possível apenas se, por um momento, ocorresse a supressão da categoria-chave do Fenômeno Jurídico (vulgarmente conhecido como “Direito”). Esta crítica motivou diversas linhas de pensamento, ao longo do século XX, cuja maior pretensão seria a de reconectar o “Direito” à realidade social, à vida política, econômica e histórica dos povos (quando não à “natureza humana”).

É uma pena que tal falha argumentativa tenha passado (e

ainda passe), a tantos, despercebida. De fato, se, por um instante, se recordar que este “Direito” nada mais é do que o Fenômeno Jurídico, poder-se-á reconhecer que o próprio KELSEN sustenta que ele não é objeto direto da Ciência do Direito, mas é o local privilegiado onde se passa, na realidade, a interpretação e aplicação do “Direito”. Isso se dá pelo fato de que a metodologia científica positivista (e do positivismo kelseniano) é eminentemente descritiva (é a interpretação não-autêntica, não criadora do “Direito”), ao passo que os atos de interpretação e aplicação do “Direito” (dentro do Fenômeno Jurídico) são atos em que se combinam uma cognição e uma volição, redundando em um ato criador do “Direito” (é a interpretação autêntica de que fala KELSEN). Como diz ele: “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica” (1984, p. 472).

Desta forma, a representação da interpretação autêntica do Fenômeno Jurídico como uma “moldura” que demanda preenchimento a ser feito pela combinação entre um ato de conhecimento e um ato de vontade (a interpretação e aplicação do “Direito” no dia-a-dia) revela que existe um espaço próprio para a realização de um ou mais juízos de valor neste momento (1984, p. 469-471). Entretanto, convém registrar que a lembrança de que, em razão da diferença de abordagem metodológica, a interpretação autêntica do Fenômeno Jurídico não pode nem deve ser apresentada como sendo exercício puro e simples do Conhecimento Jurídico ou da Ciência do Direito. Como ressalta KELSEN:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objecto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações

possíveis, como a única «acertada», não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isso não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem (1984, p. 472).

Isso posto deve-se repassar que, para que se dê a escolha dentre as “várias interpretações possíveis” é preciso que ocorra um ato de vontade orientado por um ou mais juízos de valor, não apenas sobre o texto normativo (“programa da norma”) mas, por igual, sobre o “domínio normativo” (ou “âmbito normativo”, ou ainda “campo normativo”), isto é, o conjunto de dados e relações da realidade social a serem disciplinados pelo texto normativo. Essa idéia é bem desenvolvida pelo pensamento de Friedrich Müller, em sua teoria conhecida por metódica estruturante do Direito ou por metódica jurídica, simplesmente.

Deve-se perceber, no entanto, que ao retirar a interpretação do Fenômeno Jurídico (“Direito”) do campo da Ciência Jurídica, KELSEN, em boa parte, parece haver antecipado o quadro de preocupações acerca das considerações sobre a realidade social que deveria ser tomada em conta quando da decisão do “órgão competente para aplicar o Direito”. É por isso que, comentando o pensamento de Müller, EROS ROBERTO GRAU (2006, p. 78) sustenta que: “Assim, a concretização envolve também a análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a norma é produzida, no curso do processo de concretização, não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada”.

Assim, segundo GRAU (2006, p. 79), partindo-se do texto normativo (programa normativo) a ser interpretado, formar-se-ia, em seguida, a norma concreta – norma jurídica em sentido próprio ou norma concreta (não dizia KELSEN [1984, p. 22] que a norma jurídica é o sentido de um ato de vontade, mas que não se confunde com a vontade mesma?) – mas que não é o destino final da tarefa de concretização, pois, com base nesta norma concreta é que se vai

estabelecer a norma de decisão, sendo esta a norma que se mostra apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. É importante salientar que esta norma de decisão será criada a partir do programa normativo e, em face dele considerando o âmbito normativo, isto é os dados da realidade social e dos casos concretos a serem regidos pelo programa normativo.

Com isso em vistas se descobrem novos horizontes para o Conhecimento Jurídico. Se, por um lado, observa-se que não se deve pretender realizar a Ciência do Direito sobre a totalidade do Fenômeno Jurídico, por outro lado vê-se que a interpretação e aplicação do “Direito” na realidade diuturna (Fenômeno Jurídico) exigem do estudioso do mesmo que se socorra prontamente de um enorme manancial de técnicas e conhecimentos não propriamente jurídicos, em face da realidade fática, dos casos concretos a serem decididos. Pretender que todo esse espaço seja catalogado apenas como um espaço da Ciência Jurídica é uma pretensão insustentável. De fato, tal pretensão retrocederia toda a discussão acerca da cientificidade do Direito à era pré-kelseniana.

O caminho que se desvela parece ser inteiramente outro: o da conjugação de esforços dos mais vários campos do conhecimento humano para subsidiar, cada qual a seu modo, o desenvolvimento dos demais, com a consciência de que, frente ao Fenômeno Jurídico, por um lado, inexistente um único campo válido de conhecimento e, de outro, simultaneamente, existe a necessidade da percepção acerca dos limites de cada conhecimento humano específico, em razão de seus objetos de estudo, como forma de se ter a segurança de se utilizar o método adequado frente ao objeto pertinente.

Nesta linha de análise, note-se o quanto a Jurisdição Constitucional brasileira tem se valido, nos últimos anos, de conhecimentos técnicos de outras áreas (economia, medicina, biologia, história, política, sociologia, etc.). Imagine-se como poder-se-ia discutir a recepção nacional do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social sem que se tecessem considerações econômicas (veja-se CANOTILHO, 2002, p. 336-338)? E quanto à definição de pluralismo social – pressuposto indispensável para o pluralismo político de que trata o art. 1º, V, da CF e igualmente

um direito fundamental de 4ª dimensão – como entendê-lo sem uma abordagem sociológica para discernir “desigualdade” de “diferença” (veja-se TOURAINE, 2000, p. 53-83)?

Para evidenciar tal assertiva, vejam-se as considerações de ordem econômica desenvolvidas no REXT nº 407688-SP acerca da possibilidade de penhora sobre bem de família do fiador em contrato de locação após a EC nº 26/00, que consagrou o direito fundamental à moradia; vejam-se, por igual, as discussões envolvendo argumentos ligados à medicina e a biologia na ADIN nº 3510-0, que versa sobre a inconstitucionalidade do disposto no art. 5º da lei nº 11.105/05 (lei de biossegurança) ao permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias em caso de embriões inviáveis ou já congelados há mais de 3 (três) anos ou ainda na ADPF nº 54, a qual trata da possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos – cabe registro de que nesta última o processo ainda não está concluído, conquanto já se tenha reconhecido a necessidade de se desenvolver outras linhas de argumentação que refogem ao âmbito estrito da Ciência do Direito e melhor se colocam nas discussões acerca do Fenômeno Jurídico.

De modo algum todas essas áreas pertencem à Ciência do Direito ou, mesmo, ao Conhecimento Jurídico; no entanto, perante o Fenômeno Jurídico e no processo de concretização das normas, tais conhecimentos tornam-se importantes ferramentas no trato das questões que se apresentam. Desta forma, uma educação interdisciplinar (ou multidisciplinar, como dizem alguns) passa a ser um importantíssimo capital para a vida em sociedade e, desde que bem trabalhado, tende a contribuir ativamente para a solução de inúmeros problemas identificados na realidade e estrutura sociais brasileiras.

5 CONCLUSÃO

Como não poderia deixar de ser, não traz este opúsculo a pretensão de esgotamento das discussões abordadas, senão a demarcação de novas perspectivas a serem exploradas a partir de base segura. Destarte, à guisa de conclusão, convém destacar que a formação do conhecimento jurídico atual – e, mais importante,

daqueles que têm e terão o mister de desenvolvê-lo – há de se focar no incessante diálogo entre os diferentes campos do conhecimento humano sem que, com isso, se ceda às tentações de, por um lado, pretender-se abarcar essa totalidade de saberes com a mesma divisa e metodologia científicas, a tudo transformando em Ciência Jurídica; nem tampouco, por outro, regredir-se à confusão absurda do sincretismo metodológico na Ciência do Direito.

Assim, parece que a chave dos desafios e possibilidades do Conhecimento Jurídico está em estabelecer-se, com o devido respeito e cuidado, um diálogo entre os diversos saberes humanos acerca do Fenômeno Jurídico, sempre se respeitando a metodologia apropriada a cada objeto a ser analisado. Esta premissa parece ser fundamental, pois demandará do estudioso uma formação interdisciplinar a ser iniciada nos bancos das universidades e jamais abandonada. Com essa perspectiva, as universidades públicas e privadas tornam-se, novamente, academias, mas agora com um papel democratizante do saber no meio social.

Esta perspectiva, enfim, lança às universidades a responsabilidade de, com muito maior ênfase, atuarem como fomentadoras deste capital social educativo, o qual seguramente se mostra indispensável para qualquer projeto de (re)construção do Estado de Direito no Brasil.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407688-SP**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E.407688.NUME.\)OU\(RE.ACMS.ADJ2.407688.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E.407688.NUME.)OU(RE.ACMS.ADJ2.407688.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 07 de maio de 2009.

_____. **ADPF nº 54-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de maio de 2009.

_____. **ADIN nº 3510-0-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=35>>.

10&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 07 de maio de 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilador: Dr. Nello Morra. Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. 2ª Edição. S.T. Madrid: Editorial Réus, 1925.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Tomo I. Trad.: Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

KANTOROWICZ, Hermann. La Lucha por la Ciencia del Derecho. In: **La Ciência del Derecho**. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

KELSEN, Hans. Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito. In: **O Que é Justiça: A Justiça, O Direito e A Política no Espelho da Ciência**. 2ª Edição. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. Trad.: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KIRCHMANN, Julio Hermann von. El Carácter A-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho. In: **La Ciência del Derecho**. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Edição. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad.: Júlio

Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. 2ª Edição. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Trad.: Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

_____. **Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica**. In: La Ciencia del Derecho. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdad y Diversidad: las nuevas tareas de la democracia**. 2ª Edición. Trad.: Ricardo González. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

AMARTYA SEN COMO INTÉRPRETE E CRÍTICO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

AMARTYA SEN AS INTERPRETER AND CRITIC OF JOHN RAWLS THEORY OF JUSTICE

Hugo de Brito Machado Segundo

Advogado, Mestre em Direito pela UFC

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor)

Membro do ICET - Instituto Cearense de Estudos Tributários
Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor
Professor da Faculdade Christus, e da Faculdade Farias Brito

E-mail: hugosegundo@machado.adv.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 IDÉIAS FUNDAMENTAIS DE “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”; 3 AMARTYA SEN E A CRÍTICA AO UTILITARISMO; 4 A IGUALDADE E O PAPEL DAS LIBERDADES; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 FUNDAMENTAL IDEAS OF A “THEORY OF JUSTICE”; 3 AMARTYA SEN AND THE CRITICIZES ABOUT UTILITARISM; 4 EQUALITY AND THE FUNCION OF FREEDOMS; 5 CONCLUSIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: Este trabalho visa a examinar o acolhimento de pontos do pensamento de John Rawls por parte de Amartya Sen. Não obstante adote a idéia de uma teoria material da justiça, inspirada na justiça distributiva aristotélica, Sen procede a importante aperfeiçoamento nas idéias de Rawls, quando propõe a alteração do critério “renda” ou “utilidades”, no julgamento do grau de desigualdades de uma sociedade, pelo critério “liberdade”.

Palavras-chave: Liberalismo igualitário. Liberdade. John Rawls. Amartya Sen.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the adoption of John Rawls ideas by Amartya Sen. Although embraces a material theory of justice, inspired by

Aristotelian distributive justice, Sen performs an important enhancement in Rawls' ideas, when propose the modification of the standards used to evaluate the inequality of a society. Instead of the income, property, goods or utilities, Sen uses liberty.

Keywords: Egalitarian liberalism. Liberty. John Rawls. Amartya Sen.

1 INTRODUÇÃO

John Rawls exerceu e ainda exerce grande influência no âmbito da Teoria do Direito e da Teoria Política, inicialmente nos países anglófonos, e, em seguida, em muitos outros, por haver proposto uma teoria da justiça de cunho substancial e normativo que veicula importantes críticas ao utilitarismo (RAWLS, 2008). Substancial, porque preconiza não apenas formas ou procedimentos a serem adotados na construção das instituições de uma sociedade, mas indica os resultados a que devem conduzir. É normativa, porque não se limita a descrever as instituições tal como são, preconizando, ao revés, como devem ser.

Como invariavelmente acontece com teóricos do Direito – ou de qualquer outro ramo do conhecimento – que se destacam, Rawls teve suas idéias examinadas por autores de todo o mundo, o que lhe propiciou um importante grupo de seguidores fiéis, e de críticos acerbos, havendo entre eles uma diversidade de variações compostas por aqueles que acolhem em parte as idéias expostas em Uma teoria da justiça (TJ), propondo-lhes, contudo, modificações ou aperfeiçoamentos.

Um dos autores que talvez esteja nessa zona intermédia, de críticos que acolhem parcialmente as idéias de Rawls, é Amartya Sen, economista indiano laureado com o premio Nobel de economia em 1998. No presente texto, serão examinadas algumas idéias de Sen, naquilo em que podem ser consideradas como o acolhimento ou o aperfeiçoamento do pensamento de John Rawls.

2 IDÉIAS FUNDAMENTAIS DE “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”

Não é o propósito deste artigo oferecer uma síntese ou uma resenha do pensamento de John Rawls. Entretanto, para que se compreenda como algumas idéias de Amartya Sen convergem com o pensamento rawlsiano, às vezes o aperfeiçoando, é importante que se conheça um pouco das premissas sobre as quais se funda o TJ.

Ao abordar o tema da justiça, Rawls não parece especificamente preocupado com comportamentos individuais, aferindo se esta ou aquela conduta seria ou não contrária a imperativos éticos ou morais. A tônica de sua teoria está nas instituições, por entender que:

o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. (2008, p. 8.)

Para que se saiba se uma sociedade é justa, Rawls propõe a idéia de um contrato social, hipotético, que seria firmado pelos membros da sociedade em uma posição original. Nessa posição original, os membros da sociedade não teriam conhecimento das posições que ocupariam na sociedade a ser constituída, ou das habilidades e das preferências que teriam, encobertos por um “véu de ignorância” destinado a fazer com que suas escolhas fossem o mais imparciais e objetivas possíveis (RAWLS, 2008, p. 14).

Em tal posição original, pessoas racionais não escolheriam organizar a sociedade a partir de idéias utilitaristas, vale dizer, não organizariam a sociedade com a preocupação ou o propósito de maximizar a felicidade ou a satisfação dos prazeres de um maior número de pessoas. Neste ponto, TJ faz forte e bem fundada crítica ao utilitarismo, que, segundo ali se demonstra, pode conduzir a resultados absurdos.

Um dos problemas destacado por Rawls no utilitarismo reside na dificuldade de se mensurar a felicidade ou a satisfação, pois as pessoas têm idéias diferentes a respeito do que as faz felizes ou lhes dá satisfação ou prazer (2008, p. 30). Daí porque Rawls afirma que “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas.” (2008, p. 33)

O maior defeito do utilitarismo, como se aponta em TJ, é que, para quem o adota, não há, em princípio “por que os ganhos maiores de alguns não possam compensar as perdas menores de outros; ou, o que é mais importante, por que a violação da liberdade de poucos não possa ser justificada pelo bem maior compartilhado por muitos.” (RAWLS, 2008, p. 32) Assim, se, para trazer uma maior felicidade para um grande número de pessoas, for necessário tornar infeliz ou mesmo sacrificar inteiramente um pequeno número, isso seria legítimo, fazendo com que o utilitarismo, em princípio atraente, torne-se doutrina perigosa e atentatória à dignidade humana. Por essa razão, “um homem racional não aceitarua uma estrutura básica só porque eleva ao máximo a soma algébrica de vantagens, fossem quais fossem as conseqüências permanentes dessa estrutura sobre seus próprios direitos e interesses fundamentais.” (RAWLS, 2008, p. 17)

Como alternativa ao utilitarismo, Rawls propõe que a sociedade e as suas instituições sejam organizadas de sorte não a propiciar felicidade ou satisfação ao maior número, mas sim a distribuição das vantagens sociais e econômicas, calcada nos seguintes princípios, que seriam aqueles escolhidos por pessoas racionais situadas no âmbito da já mencionada “posição original”:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73)

Pode-se dizer que esses dois princípios representam os ideais de liberdade e igualdade, sendo a primeira, a liberdade, passível de limitação apenas para que seja viável o seu exercício por todos os membros da sociedade, vale dizer, para que a liberdade de um possa conviver com a liberdade dos demais, em moldes nitidamente kantianos. Daí porque Rawls afirma que “a única razão para restringir as liberdades fundamentais e torná-las menos extensas é que, se isso não fosse feito, interfeririam umas com as outras” (2008, p. 77).

Merece destaque a forma como Rawls aborda a questão da igualdade, conciliando-a com a liberdade. Além de preconizar iguais liberdades, Rawls estabelece, ao mencionar o princípio da diferença, que as instituições podem ser organizadas de sorte a que as pessoas sejam colocadas – ou permaneçam – em situação de desigualdade, desde que isso traga benefícios gerais para todos, e desde que haja liberdade para que as pessoas em situação inferior tenham oportunidade de modificar sua situação.

Em suma, as diferenças entre as situações sociais e econômicas entre as pessoas devem decorrer apenas e tão somente de seus próprios esforços, e mesmo nesse caso somente são admissíveis quando contribuem para tornar mais favorável a situação de todos.

Quanto a possíveis conflitos ou tensões entre os dois princípios, Rawls defende a prioridade absoluta do primeiro sobre o segundo, o que significa que:

as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais ou econômicas. Essas liberdades têm um âmbito principal de aplicação, dentro do qual só é possível limitá-las ou comprometê-las quando entram em conflito com outras liberdades fundamentais. (RAWLS, 2008, p. 74)

Nos itens que se seguem, serão examinados os reflexos, no pensamento de Amartya Sen, dessas idéias de Rawls que foram aqui

resenhadas, vale dizer, o combate ao utilitarismo, o oferecimento de uma alternativa na busca por um critério de justiça distributiva, e a relação entre liberdade e igualdade.

3 AMARTYA SEN E A CRÍTICA AO UTILITARISMO

São muitos os aspectos do pensamento de Rawls que podem ser abordados a partir dos escritos de Amartya Sen. Neste texto, contudo, optou-se, em face de corte epistemológico, por examinar apenas os apontados no item anterior, em relação aos quais há grande semelhança, mas alguma diferença, entre as idéias de um e de outro.

Deve-se registrar que não se está aqui a dizer que Sen seja mero discípulo de Rawls, que estaria a reproduzir e, eventualmente, aprimorar as idéias do mestre. As idéias de Sen, ligadas a uma transformação ética da racionalidade econômica (PEDRAJAS, 2006, p. 105-117), parecem calcadas em fundamentos anteriores à própria teoria de Rawls, oriundos de Adam Smith. De qualquer modo, a coincidência das idéias de ambos é perceptível, e, além disso, Sen chega a mencionar expressamente, ora para aderir, ora para criticar ou aperfeiçoar, as idéias de Rawls.

A primeira e mais perceptível interseção entre os dois autores aqui examinados reside na crítica que fazem ao utilitarismo. Assim como Rawls, Sen critica essa corrente, basicamente, por considerá-la um meio inadequado para a construção de instituições justas. Isso tanto porque a felicidade, o prazer ou a satisfação não são mensuráveis, como porque, ainda que o fossem, não seriam critério adequado para a realização de uma justiça distributiva.

Merece transcrição, a esse respeito, a síntese que Sen elabora dos defeitos e deficiências de uma abordagem utilitarista:

1) Indifereça distributiva: o cálculo utilitarista tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade (importa apenas a soma total, independentemente do quanto sua distribuição seja desigual). Podemos estar interessados na felicidade geral e contudo desejar prestar atenção não apenas nas magnitudes

‘agregadas’, mas também nos graus de desigualdades na felicidade.

2) Descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade: a abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicações de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos ser escravos felizes ou vassalos delirantes.

3) Adaptação e condicionamento mental: nem mesmo a visão que a abordagem utilitarista tem do bem-estar individual é muito sólida, pois ele pode facilmente ser influenciado por condicionamento mental e atividades adaptativas. (SEN, 2000, p. 81)

As críticas ao utilitarismo, como se vê, são muito próximas e semelhantes às aquelas feitas por Rawls. Com relação à crítica “1”, de Sen, por exemplo, Rawls diz, igualmente, que, para o utilitarismo, “não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfação se distribui entre os indivíduos”, pois “nenhuma distribuição de satisfação é melhor do que outra” (RAWLS, 2008, p. 31), importando apenas atingir o máximo de satisfação possível. Observações semelhantes são feitas em relação às violações, que o utilitarismo justificaria, às liberdades fundamentais (se isso fosse necessário à felicidade da maioria), e à desconsideração da distinção existente entre as pessoas (RAWLS, 2008, p. 32-34). Em suma, tanto Sen como Rawls criticam o utilitarismo por entenderem, como registra Roberto Gargarella, que ele frustra sua promessa igualitária original, usando o homem como mero meio para um fim maior que é o suposto (e indefinido) interesse coletivo (GARGARELLA, 2008, p. 9).

Entretanto, na crítica ao utilitarismo Sen faz importante acréscimo ao que escreveu Rawls, quando enfatiza a capacidade das pessoas de se adaptarem ou se acondicionarem às situações de adversidade, que passam, para elas, depois de alguma adaptação, a não representar tanta infelicidade ou desprazer como inicialmente (ponto “3” da citação supra). Para visualizar isso, basta que se

imagem duas pessoas, que prezam igualmente o conforto. Mesmo assim, um mesmo bem pode ter para elas valor diferente. Dormir em uma pequena cama em um quarto modesto pode deixar muito feliz um mendigo que antes dormia sob uma ponte, mas pode ser terrível para um magnata que antes passava suas noites em um imenso colchão de plumas na melhor suíte de uma grande casa, por exemplo. Desse modo, o prazer, além de determinado por fatores os mais diversos, é variável, ainda que em relação ao valor atribuído pelo indivíduo a um mesmo bem, conforme as circunstâncias, pelo que se mostra uma medida “maleável demais para constituir-se em um guia confiável para a privação e a desvantagem.” (SEN, 2000, p. 82)

Além da convergência na crítica que fazem ao utilitarismo, com alguma contribuição adicional de Sen às objeções já feitas por Rawls¹, existem outros aspectos a serem considerados. Estão, todos, ligados ao conceito e ao valor dado à liberdade, e serão examinados no item seguinte.

4 A IGUALDADE E O PAPEL DAS “LIBERDADES”

Os aspectos em que as idéias de Sen mais diretamente – e, às vezes, explicitamente – divergem das de Rawls são aqueles relacionados à igualdade, e ao critério a ser utilizado para a aferição das desigualdades, na implementação de uma justiça distributiva.

Para Rawls, como visto, o aspecto a ser aferido, na determinação das desigualdades, e nas políticas destinadas à sua redução, não é o bem-estar, o prazer ou a felicidade, como preconizam as teorias utilitaristas, mas a detenção de bens primários, assim entendidos aquelas:

coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje. Sejam quais forem as minúcias dos planos racionais de um indivíduo, presume-se que há várias coisas

1 Rawls e Dworkin (DWORKIN, 2005, p. 5 e ss.) desferiram importantes golpes no utilitarismo, mas a crítica mais contundente e completa parece ter sido a de Amartya Sen, que destaca, além dos defeitos apontados pelos primeiros, a possibilidade de adaptação do ser humano às adversidades como um complicador adicional de se tomar o “bem-estar” ou a “felicidade” como critério para uma justiça distributiva. Nesse sentido: GARGARELLA, 2008, p. 66-68.

que ele preferiria ter mais a ter menos. Com uma quantidade maior desses bens, em geral é possível prever um maior êxito na realização das próprias intenções e na promoção dos próprios objetivos, sejam quais forem esses objetivos. (RAWLS, 2008, p. 111)

Entre os economistas, por igual, é comum a riqueza de uma sociedade, ou, mais especificamente, o seu grau de desenvolvimento, ser medido a partir da renda per capita, ou da renda auferida por cada cidadão, ou por cada família. Países subdesenvolvidos, nesse contexto, são aqueles nos quais a renda dos indivíduos é baixa, e sobretudo distribuída de forma fortemente desigual.

Amartya Sen alterou, substancialmente, a forma como as desigualdades são medidas, com reflexos inegáveis na avaliação dos instrumentos adequados à sua redução. Em vez de recorrer a bens primários, bem-estar ou renda, Sen propôs um julgamento a partir das liberdades. Afinal, renda, recursos ou bens primários, todos são meios para a consecução de um fim, que é o exercício da liberdade.²

Além disso, à palavra liberdade Sen dá sentido bastante amplo, de sorte a abarcar não apenas a chamada liberdade negativa, decorrente da ausência de obstáculos que impeçam o sujeito que a detém de fazer o que pode desejar fazer, mas também a liberdade positiva, inerente à existência de meios para que as pessoas desenvolvam suas aptidões da forma que desejarem. A liberdade consiste, para ele, na existência de meios para que o indivíduo desenvolva suas capacidades (functionings), abrangendo assim não só as liberdades de locomoção, de expressão e de mercado, mas o direito à vida, à integridade física, à saúde etc³. Considera-se ser

2 “Como observou Aristóteles logo no início da *Ética a Nicômaco* (em sintonia com a conversa que Maïtreyye e Yajnavalkya tiveram a mil quilômetros dali), ‘a riqueza evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil e em proveito de alguma outra coisa.’” (SEN, 2000, p. 28)

3 Os conceitos de liberdade positiva e negativa (palavras não usadas por Sen, embora dê ao conceito de liberdade sentido que as abrange) podem ser examinados em DWORKIN, 1994, p. 92. Por outras palavras, pode-se dizer que no sentido negativo, a liberdade pressupõe “a ausência de coerção externa, quer dizer, o poder arbitrário do Estado, e, no sentido positivo, a liberdade implica a possibilidade de escolher entre os diversos modos de conduta.” (FLEINER-GERSTER, p. 172). Os conceitos de liberdade em sentido negativo e em sentido positivo são acolhidos em linhas gerais pelo chamado liberalismo igualitário, que diz preocupar-se “com o Estado tanto em seus abusos (em suas ações violadoras de direitos) quanto em seu mau uso (entendendo desse modo as omissões do Estado no fornecimento de certos bens.”

importante que todos tenham condições de exercer a liberdade, por preencherem as condições necessárias para fazerem escolhas (no mesmo sentido, HOLMES e SUNSTEIN, 1999, p. 35 e 36).

É o que observa Gargarella, ao registrar que, para Sen, a proposta de Rawls (e também de Dworkin):

implica concentrar-se indevidamente nos 'meios' que utilizamos para conseguir liberdades (o que demonstra – em sua opinião – um 'fetichismo' pelos 'bens primários'), sem se preocupar com a forma variada como diferentes pessoas podem aproveitar tais meios (2008, p. XXI).

A igualdade, portanto, no âmbito de uma justiça distributiva, deve ser buscada tomando como critério a “capacidade de cada sujeito para” – as palavras são de Sen – “converter ou transformar esses recursos em liberdades.” (GARGARELLA, 2008, p. 73)

Amartya Sen parece, nesse ponto, realmente ter encontrado solução mais adequada. Não adota, como os utilitaristas, o problemático conceito de prazer ou de bem estar, que pode ser considerado um fim importante mas de impossível determinação, além de eventualmente conduzir a resultados inaceitáveis. Mas, por outro lado, não se concentra em elementos que são apenas instrumentos ou meios, como os recursos, os bens primários ou a renda dos indivíduos. O mais importante, que é o fim para o qual recursos, bens primários e renda se prestam como instrumentos, é realmente a liberdade (SEN, 2000, p. 52).

Além de permitir, com maior acuidade, a medição dos defeitos de uma sociedade⁴, a proposta de Sen permite que se conciliem liberdade e igualdade, que deixam de ser vistos como conceitos contrários (a promoção de um implicaria sempre o desprestígio do outro), e passam a ser fundamentadamente tratados como complementares.

(GARGARELLA, 2008, p. 215)

4 O que nem sempre acontece quando se tomam renda, bens primários ou recursos como parâmetro de medição. Exemplificando, “[m]esmo uma pessoa muito rica que seja impedida de se expressar livremente ou de participar de debates e decisões públicas está sendo privada de algo que ela tem motivos para valorizar.” (SEN, 2000, p. 53)

Realmente, a igualdade deixa de ser vista como uma supressão da liberdade, inclusive da liberdade de ser diferente, pois existe “uma diferença entre ‘pajear’ as escolhas de um indivíduo e criar mais oportunidades de escolha e decisões substantivas para as pessoas, que então poderão agir de modo responsável sustentando-se nessa base.” (SEN, 2000, p. 322)⁵

É exatamente porque a liberdade consiste na possibilidade de a criatura humana expandir e realizar suas potencialidades, e porque estas são infinitas, que nada distinto da promoção da liberdades também a outras pessoas justifica o sacrifício da liberdade. Daí o poema de William Cowper, citado por Amartya Sen: “Freedom has a thousand charms to show / That slaves, howe’er contented, never know” (SEN, 2000, p. 337).

Isso conduz ao último aspecto que se havia destacado para exame neste texto, que é aquele relacionado à primazia absoluta que Rawls atribui à liberdade. Para ele, como apontado no item anterior, os indivíduos jamais poderiam abdicar de sua liberdade, para com isso serem beneficiadas com uma posição econômica melhor, que reduza a situação de desigualdade em que se encontram. Em suas palavras,

[p]elo menos teoricamente, é possível que, ao abrir mão de algumas liberdades fundamentais, os indivíduos obtivessem uma compensação suficiente por meio dos ganhos sociais e econômicos resultantes. A concepção geral da justiça não impõe restrições quanto aos tipos de desigualdades permissíveis; ela só exige que a situação de todos melhore. Não precisamos presumir nada tão drástico quanto consentir a uma condição de escravidão. Imaginemos, em vez disso, que as pessoas pareçam dispostas a abrir mão de certos direitos políticos quando a compensação econômica for significativa. É esse o tipo de permuta que os dois princípios proíbem: sua disposição em uma ordem serial exclui intercâmbios entre liberdades fundamentais e ganhos econômicos sociais, a não ser em circunstâncias extremas. (RAWLS, 2008, p. 76)

⁵ O relevante não é saber se as pessoas estão efetivamente nas mesmas posições, mas se têm liberdade (em sentido positivo e negativo) para estar na posição que desejam (Cf., v.g., GARGARELLA, 2008, p. 76).

Para Rawls, portanto, não é possível que, em nome de uma maior igualdade, ou de uma melhoria na situação econômica de um maior número de indivíduos, estes tenham suprimida a sua liberdade.

Embora essa predominância do princípio da liberdade seja, em Rawls, mais moderada que aquela preconizada por Robert Nozick (1974, *passim*), Amartya Sen a questiona, pois a questão não está em eleger a liberdade em valor absolutamente mais importante que a igualdade, mas sim em aferir se uma supressão das liberdades seria efetivamente necessária à promoção de maior igualdade. Liberdade e igualdade têm, para Sen, igual valor, de sorte que uma maior promoção da segunda não justifica restrições à primeira não porque a primeira seja absolutamente prioritária ou superior, mas porque isso não é necessário, vale dizer, uma supressão das liberdades não conduz a uma maior igualdade.

Aos que defendem uma supressão da democracia (liberdades políticas) em nome de uma maior igualdade que daí seria supostamente obtida, por exemplo, Sen destaca tratar-se de um sofisma, pois “a própria ausência de democracia é uma desigualdade – nesse caso, de direitos e poderes políticos” (SEN, 2000, p. 217). Além disso, saber quais são as necessidades a serem atendidas pelo governante – ainda que este esteja munido da maior boa fé possível – depende de debates democráticos abertos, os quais pressupõem liberdade de informação, de participação e o direito à educação e à informação (SEN, 2000, p. 175). A supressão de liberdades, portanto, não é apenas desnecessária à promoção da igualdade entre os indivíduos de uma sociedade, mas é mesmo inadequada para isso. As liberdades, e a igualdade, estão de tal modo interligadas, de forma interdependente, que a supressão de uma enseja a supressão da outra, e não o contrário.

Com isso, Sen termina por corrigir ou aprimorar deficiência de Uma teoria da justiça, que tem precisão matemática admirável em relação à descrição da distribuição de bens em uma sociedade justa, mas não indica os meios necessários para que essa distribuição seja obtida. Ao afirmar que deve haver uma distribuição equitativa das liberdades (em sentido amplo), conceito para o qual é

necessária a existência de direitos políticos (democracia), liberdades (liberdade de expressão, de mercado, de iniciativa etc.) e direitos sociais (educação, saúde, etc.), conceitos todos interrelacionados e interdependentes, eis que cada um é necessário à maior promoção dos demais (SEN, 2000, p. 57), Sen não só afasta o suposto antagonismo entre liberdade e igualdade, mas indica meios para se obter um incremento das liberdades: investimentos públicos em educação, proteção dos direitos políticos e das liberdades públicas, transparência do poder público etc.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi examinado neste trabalho, podem ser sintetizadas as seguintes conclusões:

- a) Amartya Sen, tal como Rawls, constrói teoria em torno de como a sociedade deve ser organizada que rejeita o utilitarismo. Ambos consideram que, além das dificuldades inerentes à determinação do que satisfaz cada indivíduo, agravado pela capacidade de adaptação e de condicionamento humanos, o utilitarismo tem o efeito perigoso de permitir que a satisfação da maioria seja invocada como justificativa para o sacrifício de uma minoria;
- b) a predominância total da liberdade sobre a igualdade, que Rawls defende sem oferecer razões ou motivos para tanto, é colocada em outros termos por Sen. Para o economista indiano, não existe propriamente uma total supremacia da liberdade, mas, em verdade, a desnecessidade de se suprimir a liberdade para promover a igualdade, aspecto ignorado por Rawls e que dá sólido fundamento para a afirmação de que uma maior igualdade na distribuição dos bens não justifica o sacrifício das liberdades;
- c) finalmente, outra grande contribuição de Sen, não só em relação ao pensamento de Rawls, mas de vários outros autores, tanto juristas como filósofos e economistas (que procuram critérios para aferição das desigualdades e para orientar medidas destinadas a reduzi-las), reside na substituição da medida de desigualdade a ser considerada. Em vez de “bens primários”, “recursos” ou “renda”, Sen preconiza que se considerem as liberdades. Além de mais adequado, por aferir

o que se busca obter com bens, recursos e rendas (que não são – como o é a liberdade – um fim em si mesmo), esse critério revela e demonstra que liberdade e igualdade não são ideais contrários, mas complementares, sendo o segundo deles realizado quando o primeiro é assegurado na maior intensidade e ao maior número de pessoas possível.

6 REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. “Pornografia, feminismo y libertad”. Traducción de María Pía Lara. In: **Debate feminista**. Marzo de 1994, Vol. 9, Issue 5, p. 91-103.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights** – why liberty depends on taxes. New York: W.W Norton & Company, 1999.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia**. Oxford: Blackwell, 1974.

PEDRAJAS, “La transformación ética de la racionalidad económica en Amartya Sen. Una recuperación de Adam Smith”. In: **Quaderns de filosofia y ciência**, 36, 2006, pp. 105-117.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. “**The possibility of social choice.**” In: *American Economic Review* 89 (July 1999).

VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA

A Revista Científica da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza tem por finalidade divulgar a produção intelectual de profissionais e acadêmicos de direito e de áreas afins, criando uma fonte de pesquisa permanente para a comunidade jurídica brasileira. A linha editorial da revista abrange as seguintes áreas: Teoria do Direito e do Estado, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Municipal e Urbanístico, Direito Tributário, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e afins.

Os artigos devem observar as normas da ABNT e as especificações constantes deste edital, nos seguintes termos:

I - Os artigos devem ser inéditos e escritos em língua portuguesa;

II - Os artigos devem ser apresentados em formato *Word*, fonte arial 12, papel tamanho A4, devendo possuir de 06 (seis) a 15 (quinze) laudas;

III - Os artigos deverão conter os seguintes elementos: a) Título e subtítulo (se houver); b) Sumário; c) Resumo e palavras-chave em português; d) Resumo e palavras-chave em inglês; e) Introdução; f) Desenvolvimento (dividido em capítulos, nomeados livremente); g) Conclusão ou Considerações Finais; h) Referências.

IV - Devem ser observados os seguintes espaçamentos: a) Entre linhas: simples; b) Entre parágrafos: 6pts; c) Entre título e texto: 6pts; d) Entre o texto e a citação longa: 6pts; e) Entre linhas de citação: simples; f) Entre linhas das referências: simples; g) Entre uma referência bibliográfica e outra: 6pts; h) Início do parágrafo: 1cm na régua do *Word*; i) Citação longa (sem aspas e sem itálico): 4cm de recuo na régua do *Word*.

V - O artigo será escrito em fonte Arial, nos seguintes tamanhos: a) Título do artigo: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; b) Título em inglês: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; c) Sumário: tamanho 10, CAIXA ALTA, sem negrito, recuado em 4cm; d) Resumo (até 350 palavras): tamanho 10; e) Palavras-chave (de 3 a 5 palavras separadas por ponto): tamanho 10; f) Resumo

em inglês (até cerca de 350 palavras): tamanho 10; g) Palavras Chave em língua estrangeira (de 3 a 5 palavras separadas por ponto): tamanho 10; h) Texto: tamanho 12; i) Títulos1: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; j) Títulos2: tamanho 12, caixa baixa, negrito; k) Títulos3: tamanho 12, caixa baixa, itálico, sem negrito; l) Citação curta (até 3 linhas): tamanho 12; m) Citação longa (mais de 3 linhas): tamanho 10; n) Notas de rodapé: tamanho 10; o) Referências: tamanho 12.

VI - As margens do artigo são as seguintes: a) Esquerda: 2,5 cm; b) Direita: 2,0 cm; c) Superior: 2,5 cm; d) Inferior: 2,0 cm.

VII - As citações devem observar o sistema AUTOR-DATA, sendo feitas no corpo do texto, entre parênteses, com indicação do último sobrenome do autor, ano e página de publicação. Ex: (DINIZ, 2001, p. 87);

VIII - As referências deverão ser apresentadas no final do texto, em ordem alfabética, de acordo com o seguinte exemplo:

IX - Todas as referências feitas no texto deverão constar do tópico Referências, sendo vedada a indicação de obra não citada expressamente.