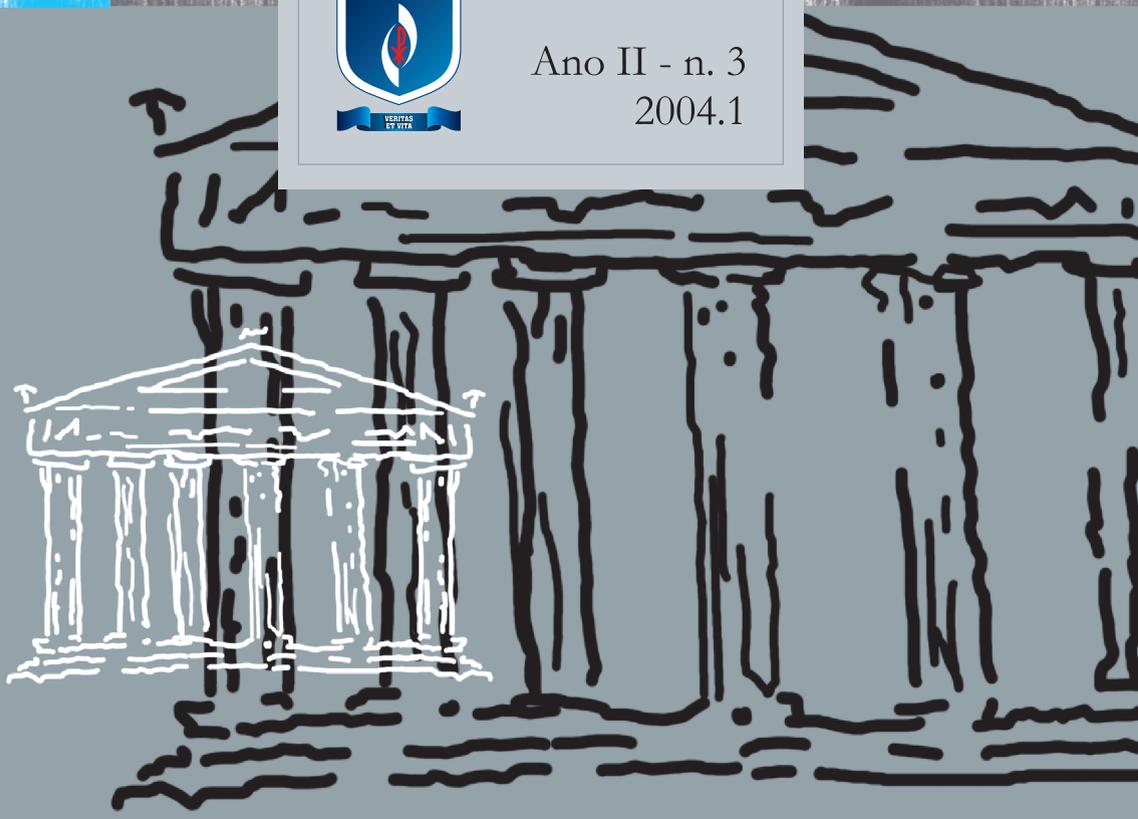


ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano II - n. 3
2004.1



FACULDADE CHRISTUS

REVISTA
OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2004

Opinião Jurídica
Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
n.03, ano 02, 2004.1

Diretor
Roberto de Carvalho Rocha

Vice-Diretor
José Milton Cerqueira

Coordenador-Geral do Curso de Direito
Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima

Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito
Prof. M. Sc. Fayga Silveira Bedê

Comissão Editorial
Prof. Roberto de Carvalho Rocha
Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima
Prof. M. Sc. Fayga Silveira Bedê
Prof. M. Sc. Nestor Eduardo Araruna Santiago
Prof. M. Sc. Valeschka e Silva Braga

Bibliotecária
Tusnelda Maria Barbosa

Correspondência
Faculdade Christus
Coordenação-Geral do Curso de Direito
Avenida Dom Luiz, 911 – 5º andar
Aldeota – CEP 60.160-230
Fortaleza – Ceará
Telefone: (0**85) 461.2020
e-mail: fc@christus.br

Impressão
Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633, Dionísio Torres - CEP 60.135-460
Fortaleza – Ceará
Telefone: (0**85) 272.7844 -Fax: (0**85) 272.6069
e-mail: graficalcr@px.com.br

Capa
Ivina Lima Verde

Tiragem mínima
550 exemplares

Revista Opinião Jurídica



Ficha Catalográfica

Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus
- n. 03, ano 02, 2004.1

© Faculdade Christus, 2004

Opinião Jurídica
- [n. 3] –
Fortaleza: – Faculdade Christus.
[2004]-
v.
I. Direito

CDD : 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

APRESENTAÇÃO

Prezado leitor:

Neste terceiro volume da Revista Opinião Jurídica foram explorados temas importantíssimos, tanto por seu aspecto teórico quanto pela qualidade dos articulistas. A parte dogmática do Direito ficou em segundo plano, eis que o exemplar primou pelo viés propriamente científico, crítico e prospectivo.

Temas relacionados à teoria da Constituição, à Filosofia Jurídica, ao Direito Comparado e à eficácia dos Direitos Fundamentais formam a essência desta edição. Com isto, fica clara a verticalização do enfoque das matérias, superando a abordagem meramente normativa. Cada um dos trabalhos é digno de destaque, o que só não será feito nesta oportunidade em razão da singeleza desta Apresentação e da falta de espaço.

Além dos membros que integram a Comissão Editorial, tiveram importante participação na elaboração deste volume os Profs. Flávio José Moreira Gonçalves (Filosofia), Paulo Henrique Portela (Direito Internacional e Proteção Internacional dos Direitos Humanos) e as professoras Olga Prado (Coordenadora Adjunta do Curso de Sistemas de Informação) e Ana Beatriz Jucá de Queiroz (Coordenadora do Curso de Administração Geral). Registramos ainda a colaboração da acadêmica Tânia Montenegro. Ficam, aqui, os sinceros agradecimentos a todos estes colaboradores.

E para não privá-lo, caro leitor, das delícias dos artigos, em nome da Faculdade Christus, encerramos esta Apresentação desejando-lhe boa leitura, na certeza de um excelente aproveitamento.

Até o próximo encontro.

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

Coordenador-Geral do Curso de Direito

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- Sobre a estrutura medieval do pensamento filosófico e jurídico 9**
Willis Santiago Guerra Filho
- Direito, Política e Constituição 27**
Flávio José Moreira Gonçalves
- O Estado e seus (des)caminhos econômicos 34**
Fayga Silveira Bedê
- Os processos de integração econômica regional na Europa e nas Américas:
breve abordagem histórico-jurídico-evolutiva 53**
Leonardo Arquímimo de Carvalho
- Fluidez do Direito do Trabalho contemporâneo e o retrocesso no âmbito
dos Direitos Sociais: sinônimo de (pós)modernidade? 79**
Sandra Helena Lima Moreira
- Sistema constitucional da Seguridade Social 93**
José Afonso da Silva
- Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol 103**
Francisco Gérson Marques de Lima
- Apontamentos sobre o (des)respeito à essência e à força normativa da
Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 112**
Valeschka e Silva Braga
- A jurisdição sob a ótica dos Direitos Fundamentais 131**
Juraci Mourão Lopes Filho
- O Princípio da Proporcionalidade constitucional e os limites materiais do
Poder Constituinte Derivado Reformador: exigência de razoabilidade das
Emendas Constitucionais 149**
Maurício Muriack

Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos Direitos Fundamentais	171
<i>George Marmelstein Lima</i>	
O Direito Fundamental aos meios executivos	183
<i>Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques</i>	
Morosidade da Justiça e recursos	195
<i>José Barcelos de Souza</i>	
Tribunal do Júri Popular e julgamento justo: análise dos Projetos de Lei n. 2.491/2003, n. 2.858/2004 e n. 976/2003	204
<i>Marcus Vinícius Amorim de Oliveira</i>	
O empresário no Código Civil brasileiro	213
<i>Vinícius Jose Marques Gontijo</i>	
A Teoria da Ação Comunicativa em Jürgen Habermas	230
<i>Antonia Cláudia Lopes dos Santos</i>	
<i>Newton Kepler de Oliveira</i>	

SEGUNDA PARTE – LEGISLAÇÃO

Ementário das Emendas Constitucionais	240
Ementário de Legislação Federal	241

*Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores.
É permitida a reprodução total ou parcial desta Revista, desde que citada a fonte.*

SOBRE A ESTRUTURA MEDIEVAL DO PENSAMENTO FILOSÓFICO E JURÍDICO

Willis Santiago Guerra Filho*

1 Introdução. 2 Considerações metodológicas. 3 Sobre a proposta de análise estrutural. 3.1 Doutrinas medievais das distinções. 3.1.A O ser considerado como *tertium quid*. 3.1.B A distinção formal *ex natura rei*. 3.2 Ato e potência. 3.2.A Posição unitarista. 3.2.B Posição essencialista. 3.3 Sobre a causalidade. 3.3.A A causalidade por ordem recíproca de diversas causas. 3.3.B A causalidade concorrente não recíproca das causas parciais. 4 Passagem para a filosofia jurídica. 5 Sobre a contribuição de Guilherme de Ockham.

RESUMO

Neste artigo, foram estudadas as vantagens da análise estrutural, bem como as diferenças entre a análise transcendental e a análise transcendente. Refere-se, ainda, à transição da idéia de causalidade por ordem para a filosofia jurídica e à contribuição de Guilherme de Okham para a filosofia do Direito, numa crítica nominalista dos universais e do individualismo.

PALAVRAS-CHAVE

Filosofia do Direito. Análise transcendental. Análise transcendente. Contribuição de Guilherme de Okham.

1 INTRODUÇÃO.

Toda exposição parte de pressupostos que, dependendo do campo do saber, serão axiomas, postulados, hipóteses ou mesmo dogmas, como ocorre mais freqüentemente em teologia e em Direito, mas também em filosofia, considerando como *dogmata* o conjunto de teses em que se sustenta uma doutrina ou sistema filosófico.¹

E, em se tratando de uma exposição filosófica, tais pressupostos assumem características peculiares, decorrentes da própria natureza deste tipo de saber, a filosofia.

* Prof. Tit. Dr. Escola de Ciência Jurídica da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor de Filosofia do Direito do Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e dos Programas de Mestrado das Universidades Cândido Mendes (UCAM), RJ, e de Franca (UNIFRAN), SP.

A filosofia – e eis aí enunciado já um de nossos pressupostos – é um saber incerto de si mesmo, se comparado com os demais, desde aquele do senso comum até o das ciências, passando por aqueles de natureza mágica ou mítica, religiosa e artística.

Mas nesta fragilidade reside, ao mesmo tempo, a grandeza da filosofia, pois advém de seu compromisso radical com a criticidade, com a problematização total, que leva à posição e à reposição até a si mesma, como problema a ser enfrentado, dependendo dos resultados deste enfrentamento o modo como se procederá em seu âmbito uma investigação.

Desnecessário lembrar que os pressupostos aqui apresentados o são para serem discutidos e, se for o caso, retificados ou, mesmo, abandonados, sendo esta disposição para revisar seus pressupostos, uma das características de um saber que se pretenda consentâneo à Civilização tecno-científica em que vivemos. É para favorecer a crítica, portanto, que se busca explicitar pressupostos por nós assumidos.

O pressuposto fundamental da investigação, propriamente dita, que aqui se propõe, é o de que a reaproximação, tão promissora para ambas as partes, entre as ciências e a filosofia, atualmente em curso, pode ser beneficiada pelo esclarecimento do modo como se deu a constituição de uma área específica do saber, de natureza científica, partindo de discussões de cunho predominantemente teológico, como eram aquelas mais comuns na época que antecedeu imediatamente a modernidade. O esperado é que, ao aprender mais sobre esta origem medieval da filosofia moderna compreenda-se melhor, igualmente, a filosofia, a modernidade e a concepção do mundo, da vida, e do Homem, que em ambas se acha implicada, contribuindo não só para o avanço de ciências humanas, como o direito, mas também da filosofia da história e, mesmo, da filosofia em geral.

2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.

É de uma perspectiva filosófica mais geral, situada no âmbito do que em estudos anteriores propusemos se considerasse uma “filosofia da filosofia”,² que, em seguida, passamos a expender algumas considerações preliminares sobre a própria natureza dos pressupostos de um conhecimento filosófico, em contraste com aquele das ciências, sejam elas explicativas, empíricas ou formais, sejam compreensivas, como costumam ser aquelas mais voltadas para o fenômeno humano.

Propomos que os pressupostos filosóficos não são axiomáticos, hipotéticos nem muito menos dogmáticos, donde se poder ainda diferenciar um campo específico de investigação para a filosofia.

Também não seria característica do pensamento filosófico uma natureza conjectural, que o tornaria uma espécie de pensamento pré-científico, composto por assertivas plausíveis, à espera de comprovação.

Nossa proposta é de que os pressupostos filosóficos, assim como uma investigação que a partir deles se pretende desenvolver, configuram-se dentro de uma tradição que remonta aos chamados “filósofos pré-socráticos” e se mantém perceptível até o presente, caracterizada por seu caráter originário.^{3 4}

Em filosofia, portanto, sobre qualquer tema investigado, seja levando em conta o passado, seja situando-se em uma perspectiva sincrônica, há de se buscar as determinações fundamentais das questões que se coloca, as quais permaneceram presentes nas respostas a serem dadas.

Além disso, essas respostas devem ocorrer nos moldes de um quadro explicativo que lhes dá um sentido mais abrangente, enquanto parte de uma explicação que se pretende integral, do modo como se articula o conjunto dessas partes em um todo significativo. É assim que, para Manfredo Araújo de Oliveira, “a filosofia se distingue das ciências particulares à medida que ela considera as coisas (os particulares) em seu relacionamento com o todo, à medida que pretende mostrar a presença do todo em todos os particulares. Sua tarefa é *reconhecer o todo no particular* (para usar uma expressão de Schelling)” (grifos do A.).⁵

Trata-se, afinal, como preconizam autores da tradição francesa - recepcionada diretamente no Brasil por seus discípulos em São Paulo -, a exemplo de Martial Guéroult, Victor Goldschmidt e Gilles-Gaston Granger, é de buscar nos autores, escolas e suas doutrinas filosóficas sua contribuição para que se delineie “um quadro de interpretação significativa para a totalidade da experiência”.⁶

Nossa referência metodológica principal, contudo, não será a proposta por aquela tradição, mas sim uma outra, que lhe é próxima – embora não faça remissão a ela -, tanto do ponto de vista cultural, como até sob um aspecto terminológico, pela nomenclatura empregada, pois nossa opção será pela *análise estrutural* assim como a propõe o professor suíço, da Universidade de Lausanne, André de Muralt.⁷ Em seguida, explicitaremos os motivos de nossa opção, ao apresentá-la em linhas gerais, sendo o principal deles ter sido dali que se colheu a própria hipótese a ser averiguada ao longo do presente estudo.

3 SOBRE A PROPOSTA DE ANÁLISE ESTRUTURAL.

A abordagem muraltiana, por ele mesmo denominada analítica e estrutural, é também - e, ao nosso ver, primeiramente - genética, ou, como propomos acima, “arcôntica”, tal como a própria filosofia. Isso porque as estruturas analisadas nas diversas doutrinas filosóficas se fariam presentes, de maneira mais clara, desde a primeira grande síntese – e, logo, literalmente, a primeira grande depuração - do pensamento filosófico, aquela aristotélica, podendo se encontrar formas embrionárias dessas doutrinas nos pensadores que o antecederam, bem como nos seus contemporâneos e pósteros.

Após a sua explicitação, em Aristóteles, as diversas doutrinas filosóficas que se sucederam, assim como outras formas de pensamento que entraram em contato e se mesclaram com a filosofia, de natureza religiosa ou científica, vão se constituir por sobre essas estruturas, que são fundamentalmente duas, apoiando-se ora de maneira quase exclusiva sobre uma delas, ora sobre ambas, em maior ou menor medida.

Como elementos básicos dessas estruturas tem-se a distinção aristotélica, proposta para a compreensão racional ou intelecção da realidade substancial em si mesma indiferenciada, entre o que nela é *forma* e o que é *matéria*. Os entes singulares, todos e quaisquer, seriam *transcendentalmente* compostos de matéria e forma, considerando-se como transcendental, pelo sentido etimológico mesmo, a relação que as atravessa (de *transcendere*) e vincula, imbricando-as.⁸

Para Muralt, a diversidade de posições adotadas pelas mais variadas doutrinas do pensamento, filosófico ou não, de corte ocidental, está fundamentalmente determinada pelo modo diferenciado como cada uma delas solucionará o problema da articulação de forma e matéria, enquanto elementos básicos da realidade, ou do modo de compreendê-la que é próprio da metafísica, seja como ontologia, estudando as manifestações do ser em ação, em seu devir, seja como teologia, estudando o ser como origem imutável de toda ação e transformação.

As duas estruturas fundamentais são as seguintes:

(A) *A estrutura transcendente*, que denominamos assim por ser aquela que se constitui a partir da unidade transcendental de forma e matéria no ente, considerando-se essa unidade nos entes singulares como anterior à própria articulação desses dois elementos que os compõem, os quais só se distinguem por meio da análise teórica, racional e abstrata, feita sobre os entes concretos. Essa estrutura é a que se vincula tradicionalmente a Aristóteles, especialmente após os desenvolvimentos tomistas de seu pensamento.

(B) *A estrutura transcendental*, que assim denominamos por sua origem na metafísica escotista, desenvolvida como comentário a de Aristóteles, mas tendo como objeto o que o *Doctor Subtilis* denomina de “transcendentais”, enquanto tudo aquilo que transcende o ser finito, no sentido de ir além dele, participando do ser infinito, sendo comum a ambos, ou exclusivo deste último.

A origem mais remota desta estrutura se encontra em Platão ou, antes, no pitagorismo, estando também presente no neoplatonismo de Plotino ou de Santo Agostinho. É em Scot, contudo, que se revelará em sua plenitude esta estrutura, culminando um desenvolvimento que tem sua origem mais próxima no perspectivismo oxfordiano de Roger Bacon, recepcionando os trabalhos de ótica de árabes como Alhazen (965 – 1039) e dali extraindo consequên-

cias gnosiológicas que amadurecerão em Scot, resultando em seu conceito original de *intentio*.

No que tange ao problema da forma e matéria, pela distinção formal *a parte rei* ou *ex natura rei* (pela natureza das coisas), em Scot ambas são separadas inteiramente, por considerá-las como dois entes que são em si e por si mesmos, independentemente um do outro, e antes mesmo de se articularem para daí resultarem algum outro ente, em relação ao qual são como partes de um todo.

Examinemos agora, brevemente, o modo diverso como nas duas estruturas, a partir de suas determinações fundamentais, se resolvem problemas tipicamente gnosiológicos e ontológicos, isto é, filosóficos.

3.1 Doutrinas medievais das distinções.

Nas disputas medievais sobre as *distinções*, que se dão “historicamente”¹¹ na Europa desde o século XII até pelo menos meados do século XVIII, enquanto ainda houve quem se dedicasse explicitamente à construção de sistemas metafísicos, pois não há como imaginá-los sem uma teoria ou, pelo menos, uma tomada de posição sobre as distinções. Vejamos como a questão aparece em cada uma das estruturas fundamentais acima apresentadas.¹²

3.1.A O ser considerado como *tertium quid*.

Na *estrutura transcendente* o ser é considerado o *tertium quid* comum, ao qual se pode remeter qualquer assertiva, donde poder ser dito de diversas maneira (*pollakos*), através das categorias (*katagorein*), enquanto os diferentes modos de um ser que só se mostra (*dêixis*), deste si mesmo (*apo*), e por si mesmo (*kat' auton*), neste dizer-se racionalmente ou “raciocinante” (*analogismos*), unificador e “decodificador” (*analego*).

Na concepção mais propriamente aristotélica, o ser é simultaneamente uno e múltiplo, fundando sua unidade na identificação com a existência, que não nem uma realidade em si nem uma idéia à parte das substâncias concretas existentes, mas sim o surgir de cada ser que é, o nascer de cada ente, a *physis* ou “nascividade”,¹³ como um todo sem partes, um composto indivisível de matéria e forma. A unidade do ser consiste, assim, na continuidade dos processos da existência aos quais se denominava “natureza” (*physis*), já entre os pré-socráticos ou, como Aristóteles mesmo a eles se referia, os “físicos”. A distinção entre forma e matéria e qualquer outra, em relação aos seres naturais, será uma “distinção da razão”, para efeito de análise lógica, lingüística, do que na realidade é uno e indissociável em sua atividade e existência.

Do mesmo modo, o conhecimento e a vontade, as duas potências da atividade do ser humano, se encontram submetidas a estas exigências de unidade, estabelecidas naturalmente no âmbito de sua atuação, em relação

aos objetos aos quais se dirigem, os quais, no campo do conhecimento teórico, com o predomínio das faculdades noéticas, tornam-se *conceitos*, e naquele prático ou político, com o predomínio da vontade, tendem para o *bem*.

3.1.B A distinção formal *ex natura rei*.

A estrutura transcendental, com a proposta de distinção formal *ex natura rei*, em contraposição às distinções reais e de razão – ou “superando dialeticamente” esta contraposição, enquanto verdadeiro *tertium quid* –¹⁴, a consideração da forma passa a se impor sobre aquela da matéria, assim como o intelecto sobre a natureza e a vontade sobre seu objeto. Isso porque aí o intelecto não se dirige mais naturalmente ao conhecimento das coisas a serem conhecidas, passando a criar seu próprio objeto de conhecimento, sem relação necessária com a realidade em si daquilo a que representa, tal como é no mundo, na natureza, visto que agora importa mais a consideração do efeito modificador que sofre o intelecto com sua própria atividade.

A melhor expressão de novo modo de conhecer seria a doutrina do ser objetivo (*esse objectivum*), contido no intelecto, o qual representa mais sua atividade subjetiva do que o ser dos entes. Assim, cada elemento do todo que a análise lógica detecta nas coisas termina adquirindo seu próprio ser, o qual, no entanto, já não pode ser substancial, existindo como unidade de forma e matéria, mas tão-somente formal, ser objetivo, recebendo seu ser da atividade intelectual pela forma, analítica e dedutivamente, *more geometrico*.¹⁵

Ao mesmo tempo, no campo da “razão prática”, do *esse objectivum* prático, do bem a ser feito (*bonum faciendum*) o objeto desejado, *esse volitum*,¹⁶ se concebe como já contido na vontade que o busca, de modo que esta vontade se revela como querendo a si mesma, como “vontade de vontade”.

É assim que, uma vez operada a distinção formal, não se concebe mais o intelecto como tendendo naturalmente à verdade, enquanto sua matéria própria, passando a transformar o objeto em verdadeiro já pelo simples fato de inteligi-lo, da mesma forma que a vontade não deseja o bem porque seu ser nela repousa, mas antes é ela que converte em bem o que por ela é desejado e imposto como *lei*.

3.2 ATO E POTÊNCIA.

A existência, na física e na metafísica aristotélicas, além da unidade de matéria e forma, pressupõe também o movimento e a transformação do que existe, sem que isso resulte, como entre os eleatas, na aporias que apontariam a impossibilidade do movimento e da mudança, por significarem uma passagem do ser ao não-ser. É nesse contexto que um novo par de conceitos

metafísicos é introduzido, a saber, aquele de *ato* e *potência*, acarretando novas possibilidades e divergências doutrinárias.

3.2.A Posição unitarista.

O ser concebido em atividade, no âmbito da *estrutura transcendente*, pressupõe a unidade no ser dos entes singulares, substancialmente indissolúvel, entre ato e potência, assim como entre forma e matéria, conceitos que são irreduzíveis entre si e discerníveis apenas unidade de tudo o que é, enquanto natureza, isto é, o que é comum: a existência. O instrumento privilegiado deste modo de conhecer, na concepção mais propriamente aristotélica, não é a lógica, cujas formas se imporiam à natureza, sendo antes, ao contrário, as exigências desta, dos campos naturais de objetos suscetíveis de serem conhecidos, que forjam, por analogia, as formas conceituais adequadas ao conhecimento do que é comum, da natureza de tudo o que é.

3.2.B Posição essencialista.

Na *estrutura transcendental*, a essência do que é se define como um atributo, uma qualidade que o diferencia do não-ser, de modo que os entes, ao serem, possuem *ipso facto* a existência, a unidade, a verdade e o bem, qualidade de tudo o que é pelo fato de ser. Nessa consideração essencialista, torna-se viável a distinção dos atributos do ser, concebidos como existindo independentemente enquanto idéias ou formas puras, o que patrocina a análise formal e o método dedutivo.

Estamos diante de uma herança platônica, que será recuperada pela filosofia escolástica, quando Deus passa a ocupar o lugar do ser supremo, enquanto as idéias contidas em seu intelecto seriam os atributos transcendentais convertidos ao ser mesmo. Já o poder criador da divindade é que abriria a possibilidade de uma participação dos entes nessas qualidades divinas, especialmente através daquele ente que foi criado à sua imagem e semelhança.

Então, assim como as idéias do intelecto divino tendem a substancializar-se, “entificando-se”, no intelecto humano o ser objetivo das idéias torna-se independente de seu ser formal, donde resulta que da consideração essencial do ser se chega ao estabelecimento de um princípio que define de antemão, *a priori*, o que é como o que deve ser, em obediência a um tal princípio – inicialmente, divino ou “sobrenatural”, e na modernidade, o sujeito do *cogito* cartesiano ou o sujeito transcendental legislador kantiano ou husserliano, que na contemporaneidade será ainda o sistema da linguagem como lógica, no “primeiro Wittgenstein”, ou como forma de vida, no “segundo Wittgenstein”, o inconsciente do texto em Derrida e assim por diante.

3.3 Sobre a causalidade.

Para fazer uma última consideração dos elementos anteriormente referidos, os quais foram definidos em oposições e posições diversas em cada uma das duas estruturas fundamentais do pensamento, não se pode deixar de verificar o modo como esses elementos – o sujeito e a realidade por ele conhecida, o objeto e a coisa por ele representada, a vontade e o fim por ele almejado, o poder e a lei por ele estabelecido etc. – operam naquelas estruturas, o que significa verificar suas conexões de causa e efeito, como são concebidas em cada uma daquelas duas estruturas.

3.3.A A causalidade por ordem recíproca de diversas causas.

Na *estrutura transcendente*, da ortodoxia aristotélica, concebe-se uma *causalidade por ordem recíproca de diversas causas*, sem que haja hierarquia entre elas, sendo a divisão entre as que se privilegiará feita em função do tipo de investigação a ser levada a cabo. Daí que as causas eficientes, final, material e formal intercambiarão seus papéis, a depender do ângulo em que se examine a fixação das mesmas, em relação ao seu substrato comum, o *hypokheimenon*, que sempre se fará presente e atuará como unidade homogênea inalterável pelos movimentos recíprocos das causas que sobre ela incidem.

Assim, a alma, para os antigos, ou Deus, para os medievais, podem ser consideradas como causas eficientes, quando iniciam, respectivamente, o movimento da abstração ou da criação, um então como causas finais, já que as formas anímicas aperfeiçoam o ser das coisas, assim como Deus é tido como o objeto a que aspira o intelecto e deseja a vontade. Alma e Deus podem operar ainda, indistintamente, como causa formal e material, e isso não porque possuam forma e matéria, mas sim por haver neles as formas que serão adquiridas na mudança do ente considerado como potência (causa formal), em sua passagem ao ato, movido materialmente por uma alma ou por Deus (causa material).

3.3.B A causalidade concorrente não recíproca das causas parciais.

Na *estrutura transcendental*, introduzida de maneira sub-reptícia por Duns Scot, julgando-se um aristotélico da mais estrita observância, ocorre o que Muralt considera “uma revolução filosófica que se ignora, quando se trata, certamente, da única revolução doutrinária digna deste nome que se produziu na história do pensamento ocidental”.¹⁷

Esta revolução, responsável maior, no plano das idéias, pelas transformações radicais que resultaram no mundo tal como hoje o temos, com o que nele há de melhor e pior também – e, assim, tanto em um caso como no outro, o que nele há de grandioso -, mostra-se em toda evidência na doutrina da *causalidade concorrente não recíproca das causas parciais*, a qual minará os fundamentos da construção do saber antigo e medieval, de cunho propri-

amente aristotélico, criando as condições subjetivas para o aparecimento da ciência e de tudo o que é mais característico da modernidade, também em termos políticos, éticos ou jurídicos.¹⁸

A inovação na estrutura de pensamento “escotista”, como a este segundo tipo de estrutura fundamental costuma aludir a Muralt, em termos de concepção de causalidade,¹⁹ decorre da consideração do ser como diverso de um *tertium quid* na composição de todo ente, assim como no transcurso de todo movimento, e Deus já não possui nenhuma função material, tornando-se uma hipótese metodológica, não-necessarista, por inescrutável e contingente, para nós, a sua vontade soberana.

As causas, então, passam a ser ordenadas formalmente, quer em uma hierarquia que se considera estabelecida *de potentia absoluta Dei*, quer de acordo com uma ordem estabelecida arbitrariamente pela vontade de conhecer – ou de poder.

Se sujeito e mundo já não estão vinculados naturalmente, só restam para serem conhecidos os objetos, a forma de ambos. Se a vontade e o fim por ela almejado não estão mais unidos pelo amor, só resta um desejo arbitrário que pode se dirigir a objetos quaisquer, seja para conhecê-los, seja para dominá-los, o que na modernidade, por exemplo, em um Francis Bacon, logo será considerado como praticamente o mesmo. Se o poder já não tem constrangimentos impostos pelo bem como fim que justifica o seu exercício, só resta a lei que obriga sem limitações ou necessidade de maiores justificativas, já que sua força arbitrária provém do simples fato de estar na lei mesma a sua origem.

Isso porque objeto do conhecimento, vontade arbitrária de agir e lei imposta do agir são, afinal, considerados efeitos do concurso simultâneo de causas indiferentes ao que causam, nas quais já não é possível discernir o que é forma e matéria, eficiência e finalidade, estando todas reduzidas a uma só causa, que é formal, mas não como aquela que corresponde a uma matéria determinada, e é eficiente, mas não como aquela que corresponde a uma certa finalidade, pois é a causalidade mecanicista, dos impulsos, choques e trajetórias que quando conhecidos enquanto causas explicam que (*oti*) e como se deu algo (*ti*), mas não por que (*dioti*) se deu.

É assim que o objeto do conhecimento passa a ser concebido diversamente.

Nesse contexto, é preciso que se destaque o papel de Guilherme de Ockham, cujo pensamento, como é sobejamente conhecido, descende diretamente daquele de Scot, mas introduzindo variações que, no entender de Muralt, darão suporte a posições também da tradição (aristotélico-) tomista, indo reverberar, por influência de seus professores parisienses, naqueles que integrarão a escolástica espanhola do século XVI, com destaque para o Pe. Suárez (1548 – 1617), com sua “tentativa sincrética de restauração aristotélica” (-tomista, WSGF), apesar de vinculada à “tradição scotiana”.²⁰

Para Ockham, o conhecimento resulta da ação, simultânea ou não, do ente extramental ou da vontade divina, absolutos que co-existem sem qualquer relação necessária, donde permitir sua epistemologia “a co-existência sistemática de uma lógica do nome conotativo, efetivamente `nominalista´, de uma crítica `psicologista´ do conceito e de uma filosofia `voluntarista´ da liberdade”.²¹

4 PASSAGEM PARA A FILOSOFIA JURÍDICA.

Chegados a esse ponto, estamos em condições favoráveis à apresentação, no campo da filosofia jurídica e política, de contribuições oriundas da obra de autores medievais como Guilherme de Ockham. Partimos de uma consideração feita por Muralt,²² que julgamos acertada, no sentido de se poder reenviar a concepção, do que modernamente veio a se considerar como ciência jurídica, assim como seu objeto, enquanto o sistema legal positivado, à estrutura aqui denominada transcendental, tendo como representantes mais significativos, dentre os medievais, com pioneirismo, Guilherme de Ockham, e dentre os modernos, com importância paradigmática, Immanuel Kant.

A definição (positivista) do direito, enquanto instituição, como um corpo de normas emanadas de um poder, sem importar seu conteúdo, para que as mesmas sejam consideradas válidas, normas estas a serem estudadas de modo igualmente formalista e dedutivista, aparece afirmada com independência por autores canônicos os mais diversos, a exemplo de John Austin, no século XIX, no contexto da tradição anglo-saxônica, que se pode remontar a Hobbes, bem como Hans Kelsen, na tradição continental européia, que finca suas raízes ainda mais profundamente, como se pretende demonstrar, em estratos onde se encontra, no séc. XIX, a chamada “jurisprudência dos conceitos” (*Begriffsjurisprudenz*), associada a nomes como G. Puchta, o direito natural racionalista, de tantos autores, dos séculos XVIII e XVII, com Puffendorf, Thomasius e Althusius, até chegar ao século XVI, na Escola de Salamanca, formada em torno a Francisco Vitória, onde se destaca, como jurista-teólogo, Fernando Vázquez de Menchaca e, como filósofo-teólogo, o já mencionado Francisco Suárez.

Aventa-se ainda, filosoficamente, a hipótese, a ser no momento devido explorada, de que própria a filosofia do direito, enquanto disciplina e objeto de investigações, para surgir, pressupõe como condição objetiva principal, o surgimento de um direito positivo produzido na matriz estatal de corte moderno, assim como sua condição subjetiva maior, que seria igualmente condição “estrutural” – no sentido em que aqui se emprega a doutrina muraltiana das estruturas de pensamento – das manifestações típicas da modernidade, a exemplo tanto da forma política estatal, como daquela científica, que hoje (ainda) predominam, estaria na estrutura, de origem mais próxima na época medieval avançada, que Muralt denomina escotista,

e nós optamos por denominar *transcendental*. Daí permanecer ainda hoje a filosofia do direito, por exemplo, atrelada – e, em geral, subserviente mesmo – aos estudos (majoritariamente positivistas, no sentido normativista e formalista) do direito enquanto direito positivo.

A uma tal concepção se oporia outra, mais tradicional e antiga, que remete ao tempo em que o estudo filosófico do direito não o distinguia como *esse obiectivum*, como objeto formal de estudo diverso de seu conteúdo ético, político e, mesmo, teológico, enquanto direito que só o seria enquanto igualmente justo, seja na relação (comutativa) entre duas pessoas, seja na relação (distributiva) da pessoa aos bens que lhe seriam devidos. Para de Muralt, conforme o compreendemos, a filosofia do direito contemporânea padeceria de um esvaziamento de interesse e, mesmo, de descrédito, tanto entre filósofos, como entre cientistas, na medida em que desconhece a diferença entre esta postura antiga, de estrutura aristotélico-tomista, e uma outra, que ele denomina “escotista suareziana”,²³ rejeitando a ambas como se tratando de um mesmo jusnaturalismo caduco, donde resultam as mais diversas posturas positivistas – por definição, anti-filosóficas -, abdicando de discussões que são as que mais importam no campo do direito, como são aquelas atinentes à sua validade material, e não apenas, formal.

Daí se explica, pelo menos em parte, os esforços vindos das mais diversas direções, mais recentemente, para “reabilitar” a razão prática, agora “renascida”,²⁴ e, nesse contexto, renovar os estudos filosóficos do direito de uma perspectiva que evite a dicotomia entre o positivismo e o jusnaturalismo, dentre os quais se podem mencionar aquelas do inglês John Rawls e sua Teoria da Justiça, ou de Ronald Dworkin, norte-americano, ativo também na Inglaterra, em Oxford, e, na Alemanha, Robert Alexy, com a Teoria dos Direitos Fundamentais, teorias estas que encontram eco nas propostas sobre teoria do direito e filosofia política em geral de Jürgen Habermas e sua escola, feitas sob o pano de fundo da Teoria do Agir Comunicativo. Digna de nota, também, é a proposta de Michel Bastit, assentada em trabalho monumental de reconstituição das origens escolásticas e medievais (ou tardo-medievais) da concepção moderna, positivista, da lei jurídica, a fim de com isso buscar auxílio, aprendendo com os “erros do passado”, para formular uma noção de lei “mais conforme à realidade jurídica e mais isenta de contradições”.²⁵ Bastit procede na esteira de seu mestre Michel Villey, que, em estudos clássicos,²⁶ já chamara atenção para a distinção radical entre conceitos jurídicos e jusfilosóficos, herdados da antiguidade romana, como aquele de *jus* e sua reformulação moderna – neste caso, como “direito subjetivo”-, sob a influência decisiva de autores medievais, com destaque para Guilherme de Ockham. Além disso, compartilha Bastit a convicção de Villey, no sentido de que a solução para os impasses da filosofia jurídica e do próprio Direito, na contemporaneidade, expressão da crise mais ampla da sociedade e, mesmo, da civilização ocidentais – que são também aquelas que se pode considerar verdadeiramente mundiais, por instaladas em todo o planeta atra-

vés dos atuais meios técnicos de comunicação -, estaria em um retorno a um jusnaturalismo de corte aristotélico (ou aristotélico-tomista).²⁷

Ao nosso ver, contudo, não haveria possibilidade – ou, sequer, conveniência – de um retorno ou re-conversão do pensamento, em qualquer campo, à estrutura que aqui denominamos transcendente, descartando, por espúrias, formas de pensamento derivadas, em maior ou menor grau, daquela outra estrutura, que denominamos transcendental. Não há retrocesso possível em uma história que tem características evolutivas, como são tanto aquela natural, dos seres naturais, como esta, social, “historial”, das idéias produzidas por uma espécie desses seres, a nossa. Além disso, não houve apenas prejuízos, com a erupção de uma nova estrutura de pensamento na Alta Idade Média, que veio a ser a principal matriz da modernidade. Uma série de ganhos, de “aquisições evolutivas”,²⁸ também se verificaram, com esta mudança epocal, e os graves problemas que com ela advieram pensamos que só poderão ser enfrentados e, eventualmente, superados, empregando recursos forjados com as possibilidades também nela contidas.

A análise estrutural, ao revelar os componentes das diversas formas de pensamento, também no campo mais amplo da filosofia e naquele mais restrito, em relação ao primeiro, da filosofia jurídica, permite não apenas que elas sejam mais bem conhecidas, até por meio de uma quantificação, como também traz consigo a possibilidade de se propor rearranjos de maneira mais consciente, tal como até o presente não teria ocorrido.

5 SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE GUILHERME DE OCKHAM.

Guilherme de Ockham é um dos introdutores da chamada *via moderna*,²⁹ que conduz o pensamento filosófico para além da Escolástica medieval,³⁰ diretamente na ambiência moderna,³¹ isto é, ensejando, dentre outros desenvolvimentos, a emergência do “paradigma da subjetividade”. Sua preocupação com a análise lógica da linguagem, por outro lado, o torna precursor, igualmente, do que se pode considerar a temática fundamental de nosso tempo, em filosofia.³²

Apesar disso, trata-se de um pensador ainda relativamente pouco estudado, vítima de um “preconceito elevado à segunda potência”, pois tanto é preterido por ser um autor medieval, como também por não ser um daqueles que se costuma considerar característicos do período histórico em que viveu – o que de fato não foi. É assim, por exemplo, que suas obras só na última década do século XX foram completamente editadas.

Não resta dúvida, contudo, quanto à intensificação dos estudos a respeito de nosso autor, como se pode constatar a partir da bibliografia abaixo indicada, que de longe se pretende seja exaustiva, ou então com uma rápida consulta aos *sites* de pesquisa da *internet*.

O estudo da contribuição do pensamento ockhamista à filosofia do direito, por seu turno, é ainda menos desenvolvido do que aqueles referentes a outros aspectos deste pensamento, como por exemplo aqueles atinentes à epistemologia e à teoria dos signos, a semiologia – para a tradição que se origina em Saussure - ou semiótica – para a vertente peirceana. Para verificar essa afirmação, basta consultar as obras mais abrangentes sobre nosso A., como a de Marilyn McCord Adams,³³ observando a ausência de um capítulo dedicado especificamente ao seu pensamento jurídico.

Apesar dessa escassez de estudos sobre o aspecto jurídico da filosofia ockhamiana, é possível sustentar a hipótese de que em decorrência de seus pressupostos teóricos, seguidos com máxima firmeza e coerência, bem como de fatores históricos, que levaram Ockham a se engajar prática e teoricamente na política, foi nesse pensamento que se forjou a pedra de toque da construção moderna do Direito - e, também, da ideologia predominante em nosso tempo, no que lhe é mais característico: o individualismo.³⁴ Além disso, a circunstância de nosso A. possuir um pensamento que se singularizou por colocar, como questão central, aquela da singularidade,³⁵ forçando a lógica a tornar-se verdadeira semiologia, teoria geral dos signos, o recomenda como especialmente adequado a uma reflexão sobre a necessidade de se considerar exceções às regras, algo para ele inevitável – no que antecipa reflexões muito posteriores, elaboradas, por exemplo, pela filosofia utilitarista de um John Stuart Mill.³⁶

É certo que dificilmente se detectará uma influência direta de Ockham no desenvolvimento moderno do Direito, pois seus escritos de caráter jurídico se produziram em um contexto teológico-político. A filosofia do direito, por seu turno, enquanto ramo diferenciado da filosofia, é também uma aquisição recente, tipicamente moderna. O principal desses escritos ockhamianos, de relevância jurídica – ou, pelo menos, o que se nos afigura o mais importante, nesse contexto – é a *Opus nonaginta dierum*, onde já nas páginas iniciais, como destaca M. Villey,³⁷ se percebe a passagem do discurso jurídico romano para aquele moderno. “C'est ici”, comenta o jurista e filósofo francês (*ib.*), “que Guillaume d'Occam a eu l'occasion de définir explicitement le droit subjectif et, probablement le premier, d'en édifier la théorie”.

Por outro lado, se os juristas de então, como os de hoje e de ontem, desenvolvem sua semântica, tanto jurídica como jusfilosófica, sem maiores contatos com a produção filosófica em geral, é possível detectar concordâncias e influências mútuas entre o pensamento escolástico e aquele jurídico, como demonstra em obra de extraordinário valor Ernst H. Kantorowicz.³⁸ É assim que o glosador Baldus, a partir de exposições anteriores de Bartolo e Acúrsio, considerava uma cidade, assim como o gênero humano “algo universal” (*quoddam universale*), o que nos evoca associações imediatas com os Universais dos filósofos e a *universitas fidelium*, a Igreja universal dos teólogos e canonistas, uma “pessoa fictícia”, assim como as *universitates*, enquanto os

Universais, para os nominalistas – inclusive Ockham, antes de endossar a crítica que lhe dirigiu Walter Chatton -, eram *fictiones intellectuales*.

A concepção de *universitas*, enquanto corpo social fictício que forma um todo, no qual os indivíduos concretos nada mais são do que partes, é a representação fidedigna de uma visão que preponderou durante todo o período histórico que antecede a modernidade. Para que esta se instaure, vai se fazer necessária a erosão daquela concepção, para que possa emergir a sua substituta moderna, a *societas*, reunião de *socius*. E isso tanto se dará no plano institucional, como naquele ideológico, onde desempenha um papel de grande importância a crítica nominalista da noção de universais, que resulta na defesa da existência apenas de entidades individuais – e, logo, também na promoção do individualismo, ainda que contra a disposição de seus defensores, como Ockham.

É com o individualismo e a correspondente noção jurídica de direitos subjetivos, dentre os quais avulta o direito de propriedade, que se vai consolidar a idéia de autoria intelectual, favorecida, ainda, pelo aparecimento de novos meios de reprodução das obras intelectuais, com a invenção da imprensa. Embora Guilherme de Ockham tenha sido um dos autores mais beneficiados pela difusão em larga escala de obras impressas, logo que ela passou a ocorrer, naquele momento ainda não se tinha consolidado o hábito científico da indicação de fontes, por meio de citações, em autores já do período que, posteriormente, será tido como “moderno”.³⁹ Daí que, apesar de podermos rastrear influências de autores medievais em autores já modernos, assim como de autores medievais mais antigos naqueles mais recentes, fica-se constrangido, nesse campo, a fazer especulações, caso se pretenda avançar.

Vale notar, ainda, a revalorização contemporânea da noção de *status*, usada para definir, por exemplo, os direitos subjetivos *par excellence*, que são os direitos fundamentais. E aquela noção, antes da modernidade, ocupou a mesma posição destacada que veio a ocupar a de “direito subjetivo” e outras a ele correlatas, na organização jurídica da sociedade, antes de enveredar pelo desenvolvimento próprio da nossa, na modernidade, donde ser pertinente suscitar a hipótese de que esta estaria fenecendo, juntamente com a idéia que lhe é congênica, de “autonomia da vontade”, ao tornar-se tardia essa modernidade. É de sua renovação que tanto necessita o Direito e o Homem, em uma sociedade que já se diferenciou bastante – e de forma sempre mais veloz continua se diferenciando – em relação aos modelos concebidos na modernidade; modernidade essa que, como também se pretende evidenciar no estudo ora proposto, já data de há muito mais tempo do que se costuma pensar. Não é de se estranhar, portanto, a circunstância de a sociedade instituída com a modernidade, a sociedade capitalista ocidental, que por força de sua lógica interna torna-se mundial, apresente sinais cada vez mais agudos de esgotamento: revigorá-la talvez requeira um retorno às discussões que a geraram, abordando aspecto tão fundamental, como é aquele

pertinente à formação do conceito de subjetividade jurídica, onde de forma pioneira se tem uma afirmação da individualidade e suas prerrogativas.

¹ Nesse sentido: GOLDSCHMIDT, Victor. Tempo histórico e tempo lógico na interpretação dos sistemas filosóficos. In: GOLDSCHMIDT, Victor (org.). *A Religião de Platão*. São Paulo: DIFEL, 1963, p. 139. Também, com apoio em E. Husserl, pode-se considerar a postura dogmática como a única alternativa que se apresenta a quem acredita na possibilidade de um acesso à verdade pelo conhecimento, repelindo o ceticismo - cf. BOSCH, Philippe van den. *A Filosofia e a Felicidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 14, texto e nota, e p. 256. Por fim, com apoio em Tercio Sampaio Ferraz Jr. - cf. A filosofia como discurso aporético. In: Em colaboração com Bento Prado Jr. e Oswaldo Porchat Pereira. *A Filosofia e a Visão Comum do Mundo*, São Paulo: Brasiliense, 1981 -, pode-se indicar o caráter dogmático da filosofia como equivalente à natureza aporética, paradoxal, das questões que ela tipicamente coloca, enquanto questões reflexivas, circulares, que remetem a si mesmas, tal ocorre com a questão sobre o que é a filosofia, a qual já pressupõe a própria filosofia, enquanto discurso sobre o que é o ser dos entes: a filosofia só pode ser praticada com base numa concepção do que seja fazer isso, filosofar, o que por sua vez é um fator determinante do conteúdo e resultado desse filosofar. Atribuir uma tal natureza à filosofia, dogmática, note-se bem, não é o mesmo que condená-la ao dogmatismo, o que só acontece quando há a recusa em discutir os dogmas, tornando-os imunes à crítica. Um passo importante para prevenirmo-nos do dogmatismo em filosofia seria justamente essa assunção do caráter dogmático da filosofia, ao invés de tentar mascará-lo, insinuando possuir uma resposta verdadeira e definitiva quando apenas se erigiu um dogma, uma tese.

² Cf., v.g., GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Para uma Filosofia da Filosofia: Conceitos de Filosofia*. 2. ed., refundida. Fortaleza: Programa Editorial Alagadiço Novo da Casa de José de Alencar (Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará), 1999.

³ Forçando um pouco nossa língua para ser mais fiel ao modo originário de expressão dessa idéia, “principal”, do latim *princeps*, enquanto tradução do grego *arché*, donde se poder denominar essa característica peculiar da investigação filosófica, tal como certa feita propôs Martin Heidegger, de “arcôntica” (*archontisch*).

⁴ Cf. M. Heidegger, *Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*, Gesamtausgabe, vol. 61, Walter Bröcker e Käte Bröcker-Oltmanns (eds.), 2. ed., Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994, p. 26.

⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1989, p. 157. Xavier Zubiri atribui a Aristóteles a primazia na identificação disto que se pode denominar a “catolicidade” da filosofia, ao se propor a estudar seu objeto em sua universalidade e universal não apenas em seus conceitos, mas também no sentido de abarcar a totalidade das coisas - entendendo cada um de acordo com seu lugar na totalidade dela. (*Cinco lecciones de filosofia*. Madri: Alianza, 7ª. reimpr., 1999, p. 30; *id. Sobre el Problema de la Filosofía y otros Escritos (1932 – 1944)*. Madri: Alianza/Fundación Xavier Zubiri, 2002, p. 38-39; v. tb., sobre os diversos sentidos da “catolicidade” em Aristóteles: PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: Ed. UNESP, 2001, p. 152 e ss.)

⁶ Cf. ARANTES, Paulo Eduardo. *Um Departamento Francês de Ultramar*. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 127. Note-se, com relação, pelo menos, a Guérolt e Granger, que se está a referir a posições que sustentavam no período em que Goldschmidt igualmente defendia sua postura metodológica de análise estrutural em filosofia.

⁷ As fontes principais para se conhecer o método desenvolvido por André de Muralt, bem como os resultados a que chegou, aplicando-o à filosofia teórica, com ênfase no período medieval, são as seguintes: *L'enjeu de la philosophie médiévale. Études thomistes, scotistes occaniennes et grégoriennes*, 2. ed. Leiden et al., 1993; *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*. Paris: Vrin, 1995; *A metafísica do fenômeno: as origens medievais e a elaboração do pensamento fenomenológico*. São Paulo: 34, 1998. Já para a filosofia prática e política, a referência é a obra publicada originalmente em 2002, *La estructura de la filosofía política moderna: sus orígenes medievales em Escoto, Ockham y Suárez*. Madri: Istmo, 2002.

⁸ Cf. A. de MURALT. *Néoplatonisme et aristotélisme, op. cit.*, p. 55.

⁹ Cf. SCOT, Duns. *Quaestiones Subtilissimae in Metaphysican Aristotelis*, prólogo, n. 5. In: *id. Escritos Filosóficos*, trad. e notas Carlos Arthur Nascimento e Raimundo Vier. São Paulo: Abril, 1979, p. 339 e, ali, nota 1. Os transcendentais, tematizados já por Aristóteles, devem sua elaboração medieval mais bem acabada, segundo A. de Muralt, inicialmente, a Santo Tomás, no *De veritate*, q. 1, a. 1. As “metafísicas dos transcendentais”, no sentido em que a elas se refere Muralt, na *ob. ult. cit.*, p. 18 e ss. – v. esp. p. 22 –, têm em Scot uma elaboração paradigmática, e se caracterizam por atribuírem a algum dos transcendentais o papel de definir o ser, o que não aparece na estrutura aristotélico-tomista. É assim que, na continuação desta obra, o precitado A. postulará só haver dois tipos de metafísicas fundamentais (ou estruturas), aquelas do ser, transcendentais, como a aristotélico-tomista, que então seriam sobretudo ontológicas, e as diversas “metafísicas do Um”, dos transcendentais, mais teológicas – no sentido aristotélico, bem entendido. Curiosamente, Muralt vinculará sua proposta de análise das estruturas de pensamento, à estrutura (mais propriamente) aristotélica, aquela que denominamos transcendente, visto ser ela “um instrumento de caráter autenticamente filosófico” – cf. *id. ib.*, p. 54 –, uma vez que “permite a *compreensão* das obras do pensamento humano na sua *unidade* e sua *ordem* própria” – *id. ib.*, p. 53, grifos do A. –, ou seja, naquela perspectiva de “catolicidade” antes mencionada.

¹⁰ Cf. Matthias Kaufmann, *Begriffe, Sätze, Dinge. Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*, Leiden et al.: Brill, 1994, p. 200 e ss.; TACHAU, Katherine. *Vision and Certitude in the Age of Ockham*. Leiden: Brill, 1988, p. 58 e ss.

¹¹ Empregamos o neologismo para distinguir o que é da ordem meramente histórica, do acontecido, registrado e catalogado em épocas pela ciência da história, daquilo que se dá em um “tempo lógico”, para referir a expressão goldschmidtiana, no estudo citado anteriormente.

¹² Cf. A. de MURALT. *L'enjeu de la philosophie médiévale*, op. cit., p. 47 e ss., bem como o resumo feito por Francisco León Florido e Valentin Fernández Polanco no Estudo introdutorio. In: A. de Muralt, *La estructura de la filosofía política moderna*. op. cit., p. 16 e ss.

¹³ É este o termo que Emmanuel Carneiro Leão e Sérgio Wrublewski sugerem que se empregue para traduzir a noção fundamental, originariamente pré-socrática, de *physis*. Cf. *Os Pensadores Originários*: Anaximandro, Parmênides, Heráclito. Trad. Emmanuel Carneiro Leão e Sérgio Wrublewski. Petrópolis: Vozes, 1991.

¹⁴ Cf. A. de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, loc. ult. cit.

¹⁵ De Muralt destaca ainda que, na esteira de sua inadvertida alteração da doutrina propriamente aristotélica das distinções, com a introdução da distinção *ex natura rei*, Duns Scot dá ensejo, igualmente, a uma concepção nova da definição, que se fará mais abstrata do que aquela feita por gênero próximo e diferença específica, própria do procedimento indutivo e empirista empregado normalmente na metafísica aristotélica. Como na concepção escotista o objeto de conhecimento é *in esse rei* tal como está constituído *in esse objecti* (ou *in esse cogniti*), não importando – o que ficará de todo evidente em Guilherme de Ockham –, para conhecê-lo, que haja vínculo com objetos reais, entende-se que esteja aí o ponto de partida para a metafísica especulativa dedutivista que será elaborada, exemplarmente, por Francisco Suárez, no século XVI, que tanto veio a influenciar o racionalismo cartesiano como também, via Leibniz e Wolff, a Kant ou até a concepção dialética hegeliana e os seus adeptos, materialistas ou não, sendo, portanto, a verdadeira matriz de todo o pensamento moderno, já não mais metafísico em sua intenção, mas construído segundo os mesmos princípios arquitetônicos concebidos por Scot, desenvolvidos, entre outros, por Ockham e praticados, exemplarmente, por Suárez. Cf. A. de Muralt, *ob. ult. cit.*, p. 85 e ss. Essa mesma “dialética das formas e da matéria” será aplicada ao campo do direito, já em Scot, depois de maneira mais extensa em Ockham, culminando com o aporte de Suárez, como demonstra a obra fundamental de Michel Bastin (*Naissance de la loi moderne*. Paris: PUF, 1990).

¹⁶ Cf. *Id. ibidem.*, p. 43.

¹⁷ MURALT, André. *L'enjeu de la philosophie médiévale*, cit., p. 118.

¹⁸ Cf. *Id. ibidem.*, p. 39 e ss.

¹⁹ Cf. *Id. ibidem.*, p. 32 e ss.; 321 e ss.; 331 e ss.; *passim*.

²⁰ *Id. ibidem.*, p. 41.

²¹ *Id. ibidem.*, p. 42. V. tb., *Id. ibidem.*, p. 153 e ss. e, esp., 167 e ss.

²² Cf. *Id. ibidem.*, p. 12.

²³ Cf. *id. ib.*, p. 13.

²⁴ BASTIT, Michel. Cf., v.g., BERTI, Enrico. *Aristóteles no Século XX*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 229 e ss.

²⁵ *Naissance de la loi moderne, op. cit.*, p. 361.

²⁶ Cf. VILLEY, Michel. *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1969, p. 158, *passim*; *Id.*, *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 120, *passim*.

²⁷ Cf. BASTIT, Michel. El método del derecho natural. In: *El Derecho Natural Hispánico. Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*, Córdoba, 14 a 19 de septiembre de 1998, Cajatur Obra Social y Cultural Publicaciones, 2001, p. 177 e ss., esp. p. 189-196.

²⁸ Expressão utilizada na teoria social sistêmica luhmanniana. Cf., v.g.: LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. vol. I. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 505 e ss.

²⁹ Já no século XV o epíteto *venerabilis inceptor*, atribuído a Ockham por não ter atingido o grau de mestre, por razões políticas, aparece ampliado para *venerabilis inceptor viae modernae*, cometendo-se uma dupla imprecisão: uma terminológica, por confundir “iniciante” com “iniciador”, outra histórica, pois se a *via moderna* pode ser associada à adoção do nominalismo ou, como em Thomas Bradwardine (+ 1349), à doutrina da predestinação divina, em nenhuma dessas hipóteses o pensamento ockhamiano, por mais importante que seja, pode ser considerado pioneiro. Cf. OBERMAN, Heiko A. *Via antiqua and via moderna: late medieval prolegomena to early reformation thought*. In: Anne Hudson & Michael Wilks (eds.). *From Ockham to Wyclif*. Oxford/New York: Basil Blackwell, 1987, p. 445 e ss.

³⁰ Segundo Gordon Leff, por seu intermédio, operou-se em verdade uma “transformação do discurso escolástico”. Cf. William of Ockham. *The Metamorphosis of Scholastic Discourse*. Manchester: Manchester University Press, 1975.

³¹ Cf., nesse sentido: BLUMENBERG, Hans. *Säkularisation und Selbstbehauptung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974, p. 173 e ss.

³² Para uma aproximação - de resto, no mínimo, temerária -, entre o pensamento de Ockham e a filosofia contemporânea da linguagem cf., v.g.: F. BOTTIN. *La scienza degli occamisti. La scienza tardo-medievale dalle origini del paradigma nominalista alla rivoluzione scientifica*. Rimini: Maggioli, 1982; *id.* *La scienza secondo Guglielmo di Ockham*. In: *A Ciência e a Organização dos Saberes na Idade Média*. De Boni, Luiz Alberto (org.), Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 315 e ss.; Th. De ANDRÉS. *El nominalismo de Ockham como filosofía del lenguaje*. Madrid, 1969; M. KAUFMANN. *Begriffe, Sätze, Dinge. Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: Brill, 1994; C. PANACCIO. *Le mots, le concepts et les choses. La sémantique de Guillaume d'Occam et le nominalisme d'aujourd'hui*. Montréal/Paris: Bellarmin/Vrin, 1991; R. PASNAU. *Theories of cognition in the later middle Ages*. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 1997; P. V. SPADE. *Thoughts, Words and Things: An introduction to Late Medieval Logic and Semantics*. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 1996. É certo, contudo, que provavelmente por influência de Bertrand Russell – o qual em uma obra como “The Problems of Philosophy”, de 1928, se ocupou de questões pertencentes ao campo de investigações ockhamianas -, é comum encontrar entre filósofos analíticos como Wittgenstein, na proposição 5.47321 do “Tractatus Logico-Philosophicus”, ou W. O. QUINE (*Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 12, referência à “navalha de Ockham”, numa rara concessão a um filósofo medieval.

³³ *William Ockham*. 2 Vols., Notre Dame (Ind.): University of Notre Dame Press, 1987.

³⁴ Cf. L. DUMONT. *O Individualismo*. São Paulo: Rocco, 1993, esp. p. 76 e ss.

³⁵ V. o trabalho de análise exaustiva da “singularidade” em Ockham e de Ockham – *n.b.*, de seu pensamento -, devido a Pierre Alféri. D’OCKHAM, Guillaume. *Le singulier*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1989.

³⁶ Cf. KILCULLEN, John. The Political Writings. In: *The Cambridge Companion to Ockham*. Spade, P. V. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 319.

³⁷ VILLEY, Michel. *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1969, p. 158.

³⁸ KANTOROWICZ, Ernest H. *Os Dois Corpos do Rei*. Um Estudo sobre Teologia Política Medieval. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 185 e ss, *passim*.

³⁹ Vale notar que, na atualidade, em razão do desenvolvimento dos meios de comunicação telemática, por internet etc., presenciamos um comprometimento da noção de autoria.

ABSTRACT

In this articles, it has been studied the advantages of structural analysis and also the differences between the transcendental structure and transcendent structure. Referee, encore, to the transition of the idea of causality for order to the law philosophy and the Guilherme de Oakham's contribute to this law philosophy, on a nominalist critics of the universals and individualism.

KEYWORDS

Law philosophy. Transcendental structure. Transcendent structure. Guilherme de Oakham's contribute.

DIREITO, POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO¹

Flávio José Moreira Gonçalves*

1 Situação do problema. 2 Das relações entre Direito, Constituição e Política. 3 A lição oposta: crítica filosófica e superação histórica. 4 Conclusões.

RESUMO

Relações entre direito, poder e política. Impossibilidade de pensar o direito olvidando sua dimensão política. Natureza política das decisões judiciais, mesmo quando se situam dentro dos estritos limites da legalidade instituída. Demonstração da malograda tentativa kelseniana de construção de uma teoria do direito desvinculada da política e da axiologia.

PALAVRAS-CHAVE

Direito. Constituição. Poder. Política. Decisões Judiciais. Natureza Política. Normativismo. Crítica.

1 SITUAÇÃO DO PROBLEMA.

Gostaria de iniciar com uma breve consideração acerca do significado real de uma Constituição, identificando sua natureza de documento eminentemente político, resultado do embate de forças sociais que muitas vezes se opõem, o que faço valendo-me inicialmente das sempre festejadas palavras de Lassalle, para quem acertadamente:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país, a soma dos fatores reais de poder que regem um país. Mas que relação existe entre o que vulgarmente denominamos Constituição e a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que os dois conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais de poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração de que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo são um fragmento da Constituição, e que o banqueiro X é também outro pedaço; não, isto se define de outra maneira mais limpa, mais diplomática.²

* Mestre em Direito (UFC) e Mestrando em Filosofia (UECE). Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC), da Faculdade Integrada do Ceará (FIC), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Christus.

Nesta concepção sociológica da Constituição, desaparece qualquer dúvida acerca do caráter político do Direito Constitucional e, conseqüentemente, do próprio direito positivo em sua expressão legal, gestado nos meandros da luta pelo poder.

Aprende-se e ensina-se nas faculdades de direito que em princípios constitucionais deve assentar-se a interpretação jurídica, movendo-se pela pauta axiológica que o Estatuto Político Fundamental imprime ao conjunto do sistema jurídico.

Porém, o que muitas vezes é deixado de lado no ensino jurídico é o sentido mais profundo, o conteúdo real das constituições e das leis. Isto porque muitas vezes tal leitura da realidade aponta para a identificação de uma origem para as leis bem diversa daquele romantismo com o qual a historiografia oficial intenta caracterizá-las, limitando-se a apresentar as constituições modernas como oriundas do ideário das Revoluções Liberais e enfatizando, quando muito, o nascimento do constitucionalismo. Há um fundado receio de revelar uma obviedade: são estas mesmas leis, em inúmeros casos, a mera emanção do poder das elites dominantes.

Do desejo inconfessável de omitir este último fato, nasce a falsa idéia da separação entre direito e política e entre política e Constituição, mascarada e nutrida por critérios pseudocientíficos herdados de um purismo metodológico estéril que felizmente malogrou em seu intento, porque incapaz de compreender o direito como uma ciência social e entender a complexidade de ideologias políticas e interesses reais presentes na ocasião dos debates parlamentares a partir dos quais nascem as leis e a Constituição.

2 DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA.

Se analisarmos com o devido cuidado, entretanto, há relações muito próximas entre direito, constituição e política. E por várias razões. Preliminarmente, podemos afirmar sem receio de incorrer em erro que não há como compreender bem os preceitos constitucionais sem cavar-lhes os fundamentos, encontrados na filosofia, na história e na ciência política.

Ademais, no plano do ensino jurídico, convém lembrar que os cursos de direito preparam os futuros integrantes de um dos poderes políticos do Estado, o Poder Judiciário. Estes futuros operadores do direito precisam entender desde o início de seus estudos que não há decisão judicial, que não seja, também, decisão política e nem há como mascarar-la por trás de um biombo meramente tecnicista, como pretendem alguns ideólogos conservadores, pois o Judiciário é, ele próprio, um dos poderes políticos do Estado e o juiz encontra-se na indisfarçável condição de agente político, ainda que sua decisão seja pautada nos estritos limites de uma interpretação literal das normas legais, como faziam os adeptos da vetusta Escola da Exegese.

A decisão judicial, por mais legalista que seja o seu fundamento, está eivada de politicidade, pois a própria lei, na qual está embasada a decisão, é

meio de expressão do direito emanado de outro poder político do Estado, o Poder Legislativo. A lei é, portanto, filha das estratégias e táticas políticas ocorridas no parlamento, às vezes abastardadas pelas inconfessáveis influências dos *lobbies* e grupos de pressão regidamente recompensados e remunerados pelo poder econômico. Em outra ocasião, a este propósito, já tivemos a oportunidade de ouvir de um colega professor, em tom de ironia cortante, que as leis seriam como as lingüiças, sendo muito melhor que não saibamos como elas foram feitas.

Nunca é demais ressaltar para que saibam os estudantes de direito, futuros operadores do direito, que a lei é filha do poder político e, neste tocante, há leis maravilhosas, geralmente aquelas que contaram com um amplo processo democrático de discussão e participação popular. Leis há, entretanto, que são o produto do *lobbie* de grandes grupos econômicos nacionais e internacionais, da atividade perniciosa de inescrupulosos grupos de pressão, de inconfessáveis interesses completamente apartados da idéia do bem comum, da qual são apenas arremedo, simulacro, sombra. Os romanos, há muito tempo, já afirmavam com sabedoria: *nem tudo o que é legal é lícito*, querendo com isto ressaltar o caráter imoral de algumas leis. E entre nós, a lição de advertência vem de Padre Vieira:

Há leis desumanas, algumas inócuas ou amorfas, outras indefinidas e sibilinas. Leis que são produto de inteligências frias, álgidas, sem sensibilidade, sem coração. Leis que são apenas a exaustão de cérebros cansados ou de fígados biliosos. Temos por isso leis de todas as cores e com todos os sabores. Leis vermelhas como sangue. Leis amarelas como a bÍlis, ou negras como as penumbras da noite. Leis com sabor de lágrimas, de veneno, leis sádicas, torturantes, perversas (...) Os legisladores, via de regra, acastelados na Torre de Marfim de sua sapiência doutoral e da sua auto-suficiência, defasados da realidade vivencial do povo, de sua cultura, das suas tradições, fabricam leis para o homem ideal, para o super-homem, para homens inexistentes ou extra-espaciais.³

Para entender como muitas vezes é abastardada a produção da lei, basta lembrar a recente polêmica em torno de uma suposta fraude na Constituição da República, cuja notícia de ocorrência foi estranhamente suscitada quinze anos após a sua vigência, por ex-constituente e hoje ministro do STF (Supremo Tribunal Federal).

Apesar da gravidade da denúncia, os constitucionalistas e cientistas políticos que se detiveram a fazer uma análise mais acurada do caso não se deixaram levar pelas análises superficiais e chegaram à conclusão, lastreada nas sábias palavras de Paulo Bonavides, em entrevista concedida ao jornal que estampou a matéria, de que se tratava, na verdade, de uma mal velada tentativa de perpetuar o golpe institucional, uma conspiração contra o Estado de Direito, originária dos mesmos grupos políticos que não se contentaram em perder o governo federal para as forças de esquerda nas eleições e

agora queriam, a todo custo, defender teses contrárias à rigidez constitucional, como as mini-constituintes que permitiriam atacar cláusulas pétreas a partir do questionamento da legitimidade do processo legislativo previsto na Constituição, visando ferir direitos sociais e adquiridos ou até ver diminuídos os poderes do Chefe do Executivo, justamente agora quando este ensaiava opor-se às diretrizes neoliberais do *Consenso de Washington*, através da construção do chamado *Consenso de Buenos Aires* e da edificação do Mercosul, o antigo sonho de uma comunidade latino-americana de nações.

3 A LIÇÃO OPOSTA: CRÍTICA FILOSÓFICA E SUPERAÇÃO HISTÓRICA.

Hans Kelsen pretendeu ensinar a distinguir o *direito* da *política*, a *ciência do direito* da *filosofia do direito*, o *sistema de normas* do ideário de *justiça*. Esquecera-se de que não há pureza metodológica e todo saber é influenciado, direta ou indiretamente, pelas ideologias e pela política. A pureza ideológica do saber é um mito, assim como a neutralidade científica. É de se lamentar que na maior parte dos cursos jurídicos ainda encontrem guarida e sejam acriticamente reproduzidas as teses do jurista da Teoria Pura do Direito, idéias por ele mesmo superadas em obras posteriores e em face dos acontecimentos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, notadamente o Julgamento de Nuremberg, como demonstrou Chaïm Perelman⁴.

Michel Foucault, em seu livro *A Verdade e as Formas Jurídicas*, diferentemente dos kelsenianos, faz-nos ver que o mito platônico da existência de uma antinomia entre saber e poder, o mito segundo o qual “onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode haver poder político” precisa acabar. Para Foucault, com o qual concordamos integralmente, “o poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”⁵. Foucault concorda com Nietzsche para quem, “por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que se oculta é um jogo, uma luta pelo poder”.

A generalidade do tema que me foi proposto não me impede de analisar suas nuances para denunciar, como fez Paulo Bonavides⁶, a trama política que ameaça atualmente a estabilidade de nosso sistema constitucional, justamente no contexto em que são apresentadas como necessárias certas reformas constitucionais cuja aprovação é almejada a qualquer custo, ainda que seja com o sacrifício da legitimidade do processo legislativo previsto no art. 60, cuja validade legal é indiretamente posta sob suspeita. Por que somente após quinze anos a tal questão da fraude na Constituição foi suscitada? A quem interessa fazê-lo? Estas são perguntas que, realmente, não querem e não podem calar.

A nossa frágil democracia ainda padece de males terríveis, como a ineficácia dos mecanismos de participação popular direta (arts. 14, I a III, Constituição Federal), quase nunca admitidos ou divulgados pelos que pretendem ver sem efetividade o princípio da soberania popular. Deveriam lem-

brar-se estes obreiros das elites da advertência de Sófocles posta na boca do coro de Édipo-Rei, reveladora do que tende a acontecer nas democracias àqueles que, inadvertidamente, traem a vontade popular:

O orgulho é o alimento do tirano;
quando ele faz exagerada messe
de abusos e temeridades fátuas
inevitavelmente precipita-se
dos píncaros no abismo mais profundo
de males de onde nunca mais sairá⁷

Estas palavras de Sófocles ecoam na filosofia política moderna, quando Locke concebeu a existência de um direito de resistência à opressão, base ideológica da atitude de desobediência civil, descrita no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, fazendo-o da seguinte maneira:

Se o povo tem a convicção universal, baseada em clara evidência, de que há desejos alimentados contra a sua liberdade, e a tendência geral das coisas não pode deixar de provocar-lhes fortes suspeitas da intenção maléfica de seus governantes, de quem é a culpa? De quem é a culpa, se aqueles que poderiam evitar o perigo de uma rebelião por si mesmos se tornam desse modo suspeitos? Que culpa tem o povo se as criaturas racionais têm bom senso e só pode conceber as coisas do modo como as sente e julga? A culpa não será antes daqueles que levaram as coisas a tal ponto que nunca se poderiam pensar que fossem como são? Admito que a soberba, a ambição e a turbulência de algumas pessoas tenham por vezes causado graves desordens nas sociedades políticas e que certas facções teriam sido fatais a alguns Estados e monarquias. Deixo, porém, à imparcialidade da história decidir se, com maior freqüência, o mal se originou na ligeireza do povo e no desejo de abalar a autoridade legítima dos governantes ou, ao contrário, na insolência dos governantes e nas tentativas de exercer um poder arbitrário; se a origem primeira da desordem é a opressão ou a desobediência⁸

É preciso conhecer bem a política e seus meandros, desmistificá-la com a crítica filosófica e entender o poder a partir dos elementos teóricos da ciência política. Somente assim poderemos guindar, efetivamente, a laurada condição de juristas. Aqueles que não se limitam a reproduzir arcaicas lições do interesse do *status quo*, tecendo antes a sua crítica é que merecem efetivamente o nome de juristas, de constitucionalistas. Todos os outros não passam de ingênuos leguleios, rábulas de uma ordem cuja legitimidade é constantemente posta em xeque pela luta dos indivíduos, dos grupos, dos povos, das nações.

Precisamos entender que saber e poder acham-se umbilicalmente vinculados, mormente quando se trata de saber jurídico e que, no direito, as

conclusões sobre as normas estão vinculadas à cosmovisão daquele que as interpreta, cujas concepções políticas, ainda que se apresentem como neutras ou apolíticas, mal podem disfarçar seu caráter ideológico, servindo a polêmica questão em torno dos artigos supostamente fraudados da Constituição apenas como mais um exemplo da natureza eminentemente política das questões constitucionais, a revelar a estreita relação entre ciência do direito e ciência política, direito e poder.

4 CONCLUSÕES.

As lições de Foucault em sua obra *A Verdade e as Formas Jurídicas* são esclarecedoras e dignas de elogios, servindo aos juristas como mais uma demonstração do caráter irreal e artificial da distinção que os kelsenianos intentam estabelecer entre decisão técnica e decisão política, resultado da malograda tentativa de separar direito e política, saber e poder.

Discorrendo sobre o inquérito e o processo, os principais procedimentos jurídicos de apuração da verdade, Foucault faz toda uma análise filosófica da história da verdade e dos procedimentos para sua apuração no Ocidente numa obra que vale a pena ser lida e referida quando se discute o caráter político da jurisdição.

A sensação de quem lê as páginas esclarecedoras da referida obra de Foucault é a de que se encontraria definitivamente superada a tentativa kelseniana de construção de uma teoria normativista do direito, depurada de quaisquer elementos políticos, axiológicos ou ideológicos. Não fosse a predominância do normativismo exegético no âmbito do ensino jurídico brasileiro, nossa sensação estaria confirmada.

Para infelicidade dos que fazem pesquisa jurídica e exercem o ofício do magistério na área de direito, é muito comum que ainda vejamos divulgadas como verdades lições arcaicas de quem ainda não ultrapassou a leitura das páginas do prefácio à 1ª edição da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, nas quais ele expunha seu projeto inicial de construção de uma teoria jurídica pura, consciente da legalidade específica de seu objeto.

Para estes, nada será capaz de fazê-los abandonar o cais da segurança jurídica para andar por outras plagas. Sua segurança é o dogmatismo de suas convicções. Por mais que se revele a natureza política do saber sobre o qual se assentam suas afirmações, demonstrando que o próprio sujeito cognoscente constitui-se como tal enfrentando as adversidades do meio econômico e político-social, preferem a comodidade do normativismo.

Os juristas que ainda não assimilaram a lição pós-kelseniana de Foucault demorarão e sofrerão muito mais para entender, porque aprenderão com seus próprios erros e repetirão os equívocos do passado, já que foram incapazes de aprender com a filosofia e a história. Tardarão a compreender

que “até na ciência encontramos modelos de verdade cuja formação revela das estruturas políticas que não se impõem do exterior ao sujeito de conhecimento mas que são, elas próprias, constitutivas do sujeito de conhecimento”⁹.

¹ Palestra proferida na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) em 28 de outubro de 2003 por ocasião do Seminário de Direito Constitucional – 15 anos da Constituição Cidadã, a convite do Centro Acadêmico Pontes de Miranda (CAPM).

² LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Kairós, 1985, p. 25.

³ VIEIRA, Padre Antonio. *Filosofia Política e Problemas Jurídicos*. Fortaleza: Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto, 1989, p. 220-221.

⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91-131.

⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e As Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 51.

⁶ Jornal O POVO. Política. *Paulo Bonavides acusa conspiração contra Estado de Direito*, 26 de Outubro de 2003, p. 20.

⁷ SÓFOCLES. *A Trilogia Tebana: Édipo-Rei, Édipo em Colono, Antígona*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 61-62.

⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 224.

⁹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e As Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 27.

ABSTRACT

The article presents the relations between Law, Power and Politics. Demonstrates the impossibility of thinking Law regardless of its political dimension. Shows the political nature of judicial decisions even when the judgement is situated inside the strict limits of legality. Finally, the author points out the failure of Kelsen as he tried to build a theory in which Law would be completely disconnected of Politics and Axiology.

KEYWORDS

Law. Constitution. Power. Politics. Judicial Decisions. Political Nature. Normativism. Criticism.

O ESTADO E SEUS (DES)CAMINHOS ECONÔMICOS

Fayga Silveira Bedê*

1 Introdução. 2 O Estado Liberal e sua Constituição Estatutária. 3 O Estado Social e sua Constituição Intervencionista. 4 A Ordem Constitucional frente ao Neoliberalismo. 5 Considerações finais.

RESUMO

O artigo apresenta um breve traçado histórico acerca das diversas conformações econômicas assumidas pelo Estado desde a modernidade, procurando estabelecer um contraponto entre os vários modelos, como forma de subsidiar uma leitura crítica do paradigma neoliberal.

PALAVRAS-CHAVE

Estado Liberal, Estado Social, Neoliberalismo, Análise crítica.

1 INTRODUÇÃO.

Numa primeira aproximação, far-se-á um breve apanhado histórico acerca do Estado em suas manifestações econômicas, de índole liberal, social e neoliberal, conferindo-se ênfase especial ao caráter de reciprocidade das influências exercidas entre a ordem econômica e a ordem constitucional. Influências estas, - enfatize-se - que são exercidas em uma via de mão dupla: seja pelo inafastável reconhecimento dos influxos sofridos pela ordem constitucional em face da ordem econômica; seja a partir de uma leitura prospectiva da Constituição, concebida enquanto relevante fator de conformação da *ordem econômica*.¹

Por meio destas digressões históricas, buscar-se-á estabelecer um contraponto entre as várias conformações econômicas assumidas pelo Estado a partir da modernidade, como forma de subsidiar o enfrentamento de uma questão que se afigura bem mais tormentosa: quais os possíveis fundamentos de recusa ao neoliberalismo enquanto discurso hegemônico da pós-modernidade?

2 O ESTADO LIBERAL E SUA CONSTITUIÇÃO ESTATUTÁRIA. ²

Contrapondo-se ao Estado Absolutista soberano, monárquico, secularizado, estruturado sobre um modo de produção mercantilista, surge o Estado Liberal clássico (séculos XVIII e XIX), pautado nas condições materiais

* Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professora Universitária. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

emergentes e nas novas relações sociais produzidas a partir do desenvolvimento do comércio, da ascensão social de uma classe burguesa enriquecida, do clima de tolerância religiosa estabelecido com a Reforma, do prestígio auferido pela nova ética liberal-individualista; engendrando-se as condições necessárias ao surgimento de um novo capitalismo de natureza “concorrencial/industrial”.³

Entra em declínio o *Ancien Régime* em prol de um novo *ethos*, cuja estrutura nuclear foi lapidarmente resumida pelo Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer:⁴

(i) núcleo político-jurídico : Estado de Direito, supremacia constitucional, separação dos poderes, soberania popular, representação política, direitos civis e políticos;

(ii) núcleo econômico : propriedade privada, livre iniciativa empresarial, economia de mercado;

(iii) núcleo ético-filosófico : individualismo, liberdade pessoal, tolerância e otimismo.

Em lugar da sociedade aristocrática, emerge uma burguesia cujo poder encontra seu lastro na riqueza; ao invés do Príncipe e do Direito divino dos reis, exsurge a Nação cuja soberania decorre da *volonté generale*.⁵

Sob a ótica liberal, o Estado pode ser comparável a um “fantasma” sempre pronto a atemorizar o indivíduo. Para o liberalismo, o poder inerente ao Estado aparece como uma ameaça potencial à liberdade dos indivíduos.⁶ Portanto, a modernidade liberal demanda uma nova racionalidade, capaz de justificar a restrição do poderio estatal, a fim de salvaguardar a liberdade individual, conferindo a essa liberdade “função preponderante” e “fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”.⁷

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente a *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. Decorrente dessa posição filosófica, temos o Estado *gendarme* de Kant, o *Estado guarda-noturno*, que Lassalle tanto ridicularizava, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal.

O “Estado de Direito” característico da Idade Moderna, comumente chamado “guardião das liberdades”, apresenta-se em resposta ao antagonismo que se estabelecera ao longo dos séculos entre o absolutismo do monarca e a liberdade dos indivíduos.

A ideologia liberal-individualista da burguesia ascendente, apoia-se na ética calvinista, segundo a qual, o bem-estar material dos indivíduos é sinal inequívoco do favor divino, em contraposição à concepção católica medieva,⁹ “que condenava toda espécie de lucro e apelava para o desprendimento dos bens materiais mundanos.”¹⁰

Os novos “sujeitos de direitos” aderem à ética individual-liberalista motivados pelas satisfações utilitárias que a riqueza proporciona. Os indivíduos podem ser caracterizados no contexto liberal como :

entes utilitários que buscam alcançar o máximo de satisfação de suas necessidades ou desejos através do mínimo de esforço. Segundo esta doutrina, este comportamento racional maximaliza os esforços humanos e permite alcançar o máximo de desenvolvimento de cada indivíduo e, em consequência, de *toda sociedade, pois esta não é mais que a soma dos indivíduos.*¹¹
(grifei)

A visão liberal da sociedade, enquanto mera soma aritmética dos indivíduos, revela-se particularmente significativa de que não há uma perspectiva transindividualista acerca do interesse geral da comunidade, uma vez que o bem-estar geral corresponde tão somente à soma dos vários casos de bem-estar individual, crescendo em razão diretamente proporcional a estes, de vez que o livre jogo das “forças de mercado” - orientadas pela “mão invisível do mercado”, é que será capaz de conduzir a sociedade ao máximo de produção e à distribuição mais justa.

Ainda sob o ponto de vista econômico, tem-se como nociva a ingerência *exacerbada* do Estado no domínio econômico, posto que contrária à *natureza das coisas*.¹² Adam Smith deixa claro em sua obra épica “A Riqueza das Nações” que não estava a postular uma “exclusividade” absoluta no tratamento das questões econômicas pelo setor privado, mas tão somente a sua “predominância”, posto que *algum* nível de intervenção estatal era tido como (um mal) necessário:

No sistema da liberdade natural o soberano tem somente três deveres a desempenhar (...); o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer uma rigorosa administração da justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção,¹³ na medida em que o lucro não compensa as despesas.

A respeito do predomínio da autonomia da vontade privada no setor econômico, pondera o Prof. Dr. Luis S. Cabral de Moncada que:

(...) sendo o papel do direito tão-só o de criar as condições indispensáveis para que a liberdade econômica individual possa exercer-se plenamente, com os limites, porém, do exercício da liberdade dos outros, conclui-se que a atividade econômica se fundamenta unicamente num conjunto de relações individuais, cuja expressão é o mercado. A relação econômica é pois uma relação entre sujeitos individuais livres, dispondo estes da sua capacidade de direito privado para o seu tratamento.¹⁴

Para a ideologia liberal, o critério de racionalização do exercício do direito de liberdade dentro da esfera econômica é o próprio lucro. É a busca da obtenção de maiores lucros que orienta e justifica as ações da livre iniciativa. Impende-se registrar que esta possibilidade (de auferir lucros) é negada ao Estado, sendo considerada estranha aos objetivos dos Poderes Públicos. Na verdade, dentro do imaginário liberal, a simples idéia de se possibilitar ao Estado a persecução de lucros só pode conduzir à arbitrariedade e/ou ao desperdício, em virtude de sua “natural” insensibilidade à idéia de lucro.

O cenário onde são exercidas as atividades econômicas com intuito de lucro - lugar privilegiado para a manifestação das liberdades individuais - não é outro senão o mercado.

Este configura-se como um sistema de confronto e harmonização de interesses individuais baseado em regras próprias, impermeáveis à vontade do Estado. Nesse sentido se poderá dizer que do ponto de vista do pensamento liberal o mercado é uma barreira ao Estado, uma zona livre da sua intervenção e, portanto, um critério visível da liberdade individual.¹⁵

Em resumo, pode-se dizer que o Estado Liberal está, assim, assentado sobre (i) o princípio da limitação da intervenção estatal; (ii) a liberdade do indivíduo e (iii) a crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade, cabendo ao Estado exercer tão somente o papel de um protetor de direitos que se vale do monopólio dos meios de violência física (exército e polícia) e do poder jurídico (direito e justiça) . Note-se que, se de um lado, ele detém o monopólio da coação física e jurídica, em contrapartida, deve renunciar à intervenção nas esferas econômicas e sociais que são de caráter eminentemente privado.¹⁶

O Estado postulado pelo liberalismo é marcadamente absentéista, dotado de ordenamento jurídico neutro, abstrato, formalista e metafísico, assentando-se as noções de liberdade e de defesa da personalidade (próprias do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista) no pressuposto formal de que todos são “livres” e “iguais” para contratar (princípio da auto-determinação).

Pois bem. Uma vez que se pressupõe a igualdade entre os indivíduos, disto decorre, logicamente, a desnecessidade de se chamar o Estado a inter-

vir nas relações entre particulares. Dito de outro modo: não há razão em se reclamar a presença do Estado para corrigir as distorções e os desequilíbrios existentes entre os indivíduos, porquanto nem sequer se admite a existência de desigualdades!

Esta igualdade formal e abstrata constitui-se em falácia grosseira, e, inobstante isto, representa a própria base do paradigma liberal, irradiando-se por todo o sistema jurídico, a fim de justificar a proibição do intervencionismo estatal. Portanto, a racionalidade liberal veda ao Estado a possibilidade de tratar de forma diferenciada os diferentes cidadãos e as diferentes situações que se afiguram.¹⁷

A própria Revolução Francesa tem o seu caráter libertário jungido pelas limitações desta concepção formalista, abstracionista e individualista, havendo levado

(...) à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política. Esta, alcançou-a depois, com novos derramamentos de sangue, o constitucionalismo do século XIX.¹⁸

A Constituição dita “estatutária” pelo Prof. Dr. Eros Roberto Grau, não somente organizava os estatutos do poder (distribuindo competências aos órgãos estatais, entre outros disciplinamentos administrativos), como também preceituava expressamente o “modo de ser” do Estado Liberal. Note-se que o “dever abstencionista” do Estado estava prescrito no bojo mesmo das “constituições estatutárias”, desde o momento em que o teor do art. XVI da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foi incorporado pelos textos constitucionais do século XIX e início do século XX.

Em síntese, pode-se caracterizar o Estado de Direito do liberalismo clássico, pela adoção dos seguintes postulados : (i) a separação absoluta entre o direito público e o direito privado, onde cada um tinha um âmbito distinto de incidência e (ii) o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica¹⁹ - aos quais se pode acrescentar o primado da separação dos poderes, cuja relevância consistia em evitar o abuso de poder sobre a esfera de liberdade individual próprio da concentração de poderes absolutista.

Outras notas características ao Estado de Direito Liberal seriam : (i) o império da Lei; (ii) a supremacia da Constituição; (iii) a soberania popular (iv) e a consagração de direitos e garantias individuais (civis e políticos); chamando-se atenção - quanto ao último item - para o fato de que já então havia um rol de direitos de cunho eminentemente econômico, tais como: o direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, a liberdade de produzir, de comprar, de vender, entre outros.

A título de fechamento do presente tópico, cumpre enfim definir-se o que vem a ser, precisamente, a Constituição do Estado Liberal, dita *estatutária* pelo Prof. Dr. Eros Roberto Grau, valendo-se, neste passo, da lição levada a efeito pelo ilustre autor:

Toma-se, genericamente, como *Constituições estatutárias* ou *orgânicas* as que se bastam em definir um estatuto do poder, concebendo-se como mero “instrumento de governo”, enunciadoras de competências e reguladoras de processos. Estas não deixam de dispor normas que se possa indicar como integradas na chamada Constituição Econômica, ainda que o façam de modo tão-somente a “receber” a ordem econômica praticada no mundo real, ou seja, simplesmente afirmando normas que a retratem.²⁰

3 O ESTADO SOCIAL E SUA CONSTITUIÇÃO INTERVENCIONISTA.

A mística liberal em torno dos postulados de Adam Smith acerca da *mão invisível* termina por entrar em declínio, em prol de uma hetero-regulamentação do mercado, sujeito, agora, às ingerências do Poder Público.

Sucedo que o modelo auto-regulatório de Smith (livre jogo de forças, capaz de por si só proporcionar o equilíbrio de mercado) e a Lei de Say, tributária de uma harmonia “natural” entre a oferta e a procura (“tudo o que se produz gera o seu consumo”), começaram a dar sinais de esgotamento, à medida em que se evidenciavam as contradições iminentes ao sistema capitalista.

Quando sobreveio a crise de superprodução,²¹ o modelo postulado pelos pensadores liberais revelou-se incapaz de oferecer uma resposta adequada, vindo a desvanecer-se diante da realidade dos fatos que se configuraram com o *crack* da Bolsa. Esta quebra, datada de 1929, veio a deflagrar a grande depressão de 1930, revelando o quão falaciosa se mostrara a retórica de divinização do mercado enquanto gerador infinito de riquezas e regulador do equilíbrio.²²

Para fazer frente às disfunções geradas pela complexidade crescente das relações capitalistas e debelar a crise então deflagrada, o governo de Roosevelt lançaria mão de um conjunto de políticas públicas emergenciais denominado “New Deal”, de cunho marcadamente intervencionista, em nada condizente com a mentalidade liberal do *laissez faire, laissez passer*.

Diante da necessidade premente de se obter significativos resultados em curto espaço de tempo, o Estado passaria a desempenhar um papel bem mais ativo na formulação e implementação de políticas macroeconômicas e anticíclicas.

Após a II Guerra Mundial, a pressão por mudanças e por uma reconstrução mais solidária dos países em ruínas (vencedores e vencidos), evidenciou a social-democracia como alternativa de poder e plataforma política. O que se seguiu, foi uma reestruturação do sistema econômico mun-

dial, sob a liderança americana, decorrente de Bretton Woods em 1944. O dólar passou a ser a nova moeda forte e, com ele, organizações “multilaterais” sediadas em solo norte-americano, passaram a ditar as regras de reconstrução dentro da “nova ordem”. Os ganhos em produção e produtividade culminaram na era do ouro, com ênfase nas décadas de 50 e 60, trazendo consigo reivindicações e ganhos reais das classes trabalhadoras do Primeiro Mundo.

De outro lado, verificava-se já, desde o século anterior, o crescimento das escolas socialistas (v.g. a publicação do *Manifesto do Partido Comunista de 1948*, de Karl Marx), as quais tiveram destacado papel no fornecimento de subsídios à elaboração de uma crítica fundamentada ao *establishment*, funcionando como verdadeiro contraponto teórico (e prático) ao sistema econômico capitalista.

A estes e outros fatores, como determinantes da alteração da concepção do papel do Estado no domínio econômico, acrescentamos, já no século XX, o aparecimento, a partir de 1914, das economias de guerra em que nações tiveram de se preparar para o esforço bélico, o que exigiu a mobilização de todas as suas atividades econômicas para este objetivo, acarretando, também, indiretamente, a ampliação das atividades do Estado.

O século XX, assim, pode ser tomado como o marco determinante da perda do primado do conhecido e amplamente adotado ‘Estado Liberal’, dando lugar ao Estado, doravante social e intervencionista, com uma estrutura bem diversa da que possuía o Estado Liberal representativo, principalmente no que diz respeito à profunda alteração e dilatação da atividade normativa do Estado que não encontrou resposta pronta e adequada no Parlamento.²³

Delineiam-se os novos quadrantes estatais, multiplicando-se as tarefas do *Estado-Garantia*, o qual passa a exercer atividades político-administrativas com grande inserção nas esferas social e econômica, seja prestando serviços, seja produzindo bens, seja regulando o mercado. Inaugura-se na ordem jurídica constitucional o intervencionismo estatal no domínio econômico, sendo, neste passo, paradigmáticas, as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

A principal referência doutrinária da nova ordem econômica então instaurada é sem dúvida o pensamento keynesiano, o qual servirá de substrato teórico ao implemento posterior das políticas públicas de caráter distributivo, sucedendo-se uma nova representação do papel do Estado e do Direito, de forma a substituir as antigas representações liberais, ao atribuir ao Estado a tarefa de realização da *justiça social*.

Verifica-se uma ruptura paradigmática no que diz com as funções e tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no campo econômico e social,

cabendo-lhe o dever de reestruturação social, realização da paz social e promoção do bem-estar de todos os cidadãos. Resta evidenciado um caráter de solidarismo e assistencialismo, que confere concretude aos antigos axiomas revolucionários de igualdade e fraternidade, os quais se constituíam em meras formalidades no Estado Liberal.²⁴

Trata-se do *Estado-Providência*, cujas políticas atuam no sentido de assegurar as prestações positivas necessárias ao bem estar geral, conferindo materialidade e concreção a direitos cujo reconhecimento limitava-se a um plano abstrato, genérico e formal - e acrescentando ao catálogo inicial de direitos fundamentais (direitos civis e políticos) a positivação de novos direitos, de novas dimensões, desta feita, de conteúdos sociais e coletivos.²⁵

Tratando desta ruptura paradigmática, anota o eminente Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho que:

Se nas constituições liberais a um Estado-garantia corresponde um modelo constitucional tendencialmente repressivo, protector e organizatório, nas constituições sociais-democráticas e socialistas a um Estado-interventor corresponde um padrão de lei fundamental, *promocional, coordenador e incentivante*.²⁶

Forçoso é reconhecer que o dualismo mundial que se estabeleceu entre o capitalismo ocidental e as nações socialistas exerceu, curiosamente, um papel humanizador sobre os antigos “excessos” cometidos pelo “capitalismo selvagem”. Para determinados setores do pensamento econômico hodierno, esta inferência poderá não passar de especulação esdrúxula e persecutória. Contudo, o que se verifica historicamente é que a constante “ameaça” representada pelo ideário de igualdade propugnado pelo mundo socialista impactou de forma poderosa no imaginário coletivo da humanidade como um todo, obrigando o grande capital a rever posições e negociar garantias sociais com o fator trabalho; não como concessão benevolente - é bom que se diga! - mas como estratégia inteligente de superação e perpetuação de si mesmo. Importa referir, a esta altura da análise, o papel desempenhado pelo Estado Social enquanto relevante fator de *conservação* do sistema capitalista.²⁷

Com efeito, as contradições cíclicas imanentes ao capitalismo²⁸ são minoradas de forma substancial pelo implemento de políticas públicas de redistribuição de renda e de assistencialismo. É que o sistema capitalista traz em seu bojo um desequilíbrio latente cujas bases são estruturais, podendo ser convulsionado pela eclosão de conflitos de grande repercussão social. Diante da ameaça permanente de uma potencial ruptura deste equilíbrio precário, o Estado Social afigura-se como um incontestável progresso frente ao modelo que lhe antecedeu: seja pelo *projeto superior* que ele encerra em termos de elevação da dignidade humana; seja como resposta às próprias contradições desestabilizadoras do equilíbrio do sistema.

Concluindo em sentido convergente, anota Paulo Bonavides:

O Estado Social é hoje a única alternativa flexível que a democracia ocidental, a nosso ver, ainda possui; (...) Mas o Estado Social - tornamos a insistir - se acha rodeado de inumeráveis obstáculos, menos quanto à definição de seus conceitos básicos do que no tocante aos meios e fins indispensáveis a sua efetiva implantação (...) nem por isso vamos recuar e desistir de analisar as possibilidades que tem o Estado social, como projeto melhor e superior, para estabelecer o compromisso de um pacto político, social e econômico.

É com esse pacto que se pretende resguardar e ao mesmo passo aperfeiçoar a opção jurídico-constitucional em proveito de uma ordem econômica e social mais justa e mais humana, indissociavelmente atada a dois princípios que ninguém pode derogar sem fazer infeliz e cruel o destino de uma nação: a liberdade e a igualdade.²⁹

Conforme restou consignado em outra oportunidade, o principal aporte teórico do *Welfare State* é sem dúvida o pensamento keynesiano, o qual propugna uma política fiscal que objetiva inibir o capital especulativo, impondo-lhe uma maior tributação; ao mesmo passo em que incentiva o capital produtivo por meio de uma tributação menos elevada. Em Keynes, a política fiscal traduz claramente a sua opção pelo capital produtivo (menor risco/maior confiabilidade/desconcentração da riqueza), em detrimento do capital especulativo (alto risco/menor confiabilidade/centralização da riqueza).

Keynes postula o implemento de políticas públicas que fomentam a produção. Com o aumento da produção, obtém-se o aumento dos níveis gerais de emprego (é necessária a contratação de mais mão de obra para fazer frente ao aumento da produção). Aumentando-se o número dos postos de trabalho, há um aumento e uma melhor distribuição da renda circulante. Aumentando-se e distribuindo-se a renda, aumentam os níveis gerais de consumo. Instaurando-se o consumo em massa, são necessários maiores investimentos, para fazer frente ao aumento da demanda consumidora; o que vai acarretar um novo aumento na produção, e assim, sucessivamente, caracterizando-se aquilo que Keynes denominou de *círculo virtuoso*, gerador de um *efeito multiplicador* de riquezas.³⁰

O Estado do Bem-Estar atua de forma a dar concreção ao princípio da igualdade; mas a igualdade de que ora se cuida é de natureza material, substancial, por conferir aos indivíduos um tratamento verdadeiramente isonômico, tratando-se igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais.

Com a emergência deste novo modelo, há uma verdadeira revolução na maneira de se pensar o papel do Estado. A antiga concepção de Estado mínimo, de reduzidas funções, vai cedendo lugar ao *Estado de Prestações*, de

sorte a provocar profundas transformações na relação Estado-Indivíduo, notadamente no que concerne à seara dos direitos fundamentais, conforme acentua o Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève :

(...) em face do Poder Público os cidadãos não dispõem agora apenas de direitos que possam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas do Estado). Eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas do Estado). Aos direitos clássicos individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação etc.) acrescentou-se uma segunda geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, etc.³¹

Com efeito, à Constituição Liberal bastava a simples “recepção” da ordem econômica liberal, uma vez que - de acordo com o liberalismo - “A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos”,³² ou seja, à Constituição Estatutária do Estado Liberal não cabia outro papel que não fosse o de retratar “a ordem econômica praticada no mundo real.”³³

Em contraposição a isto, define-se a Constituição Intervencionista como a constituição que preside, regula e promove o Estado do Bem-estar. A Constituição do Estado Social não se prende à contemplação pacífica do livre desenrolar dos fenômenos econômicos. A Constituição de natureza intervencionista não patrocina uma ideologia de “conformação” diante da realidade dos fatos econômicos; pois, muito ao contrário, lhe é dado instrumentar a “transformação” da ordem econômica existente no mundo dos fatos, atuando de forma prospectiva, através do implemento de políticas públicas, exercendo-se verdadeira tarefa de *conformação da ordem econômica do mundo do ser*, aos valores constitucionalmente assumidos pela *ordem econômica do mundo do dever-ser*.³⁴

Os grandes desafios que se interpõem em face do Estado Social podem ser, a grosso modo, assim resumidos: (i) a necessidade de se contemporizar interesses tão profundamente antagônicos como são os do Capital e do Trabalho; (ii) a elevação dos déficits públicos gerados em virtude do custeio do aparato social assegurado pelo *Welfare State*; (iii) o reconhecimento inafastável de que os recursos materiais existentes não são ilimitados e inexauríveis; (iv) os obstáculos advindos da dificuldade de se obter a coalização política necessária à aprovação das leis concretizadoras das políticas públicas sociais e econômicas.³⁵

Todas essas variáveis relevantes engendraram o que se convencionou chamar de “crise do Estado de Providência”, criando-se condições propícias à difusão de uma ideologia que vem por em cheque não só a viabilidade do Estado de Bem-Estar, como também a sua própria legitimidade (!) : trata-se do neoliberalismo globalizante, cujos postulados se propagaram em escala

mundial, em uma velocidade tão vertiginosa, que ainda é difícil apurar a extensão dos efeitos insidiosos que o seu modelo econômico pode vir a acarretar (como de resto, já vem acarretando) para as classes mais desfavorecidas, sobretudo nas economias periféricas, em indiscutível retrocesso das conquistas sociais outrora alcançadas pelos detentores da força de trabalho.³⁶

4 A ORDEM CONSTITUCIONAL FRENTE AO NEOLIBERALISMO.

A ideologia neoliberal, surgida no pós-guerra, ganhou uma nova força propulsora graças à crise do Estado Social, constituindo-se no aporte teórico de que as elites mais conservadoras precisavam para imprimir (uma aparência de) racionalidade às transformações políticas, econômicas e sociais postuladas pelo novo modelo.

E, muito embora não se esteja a negar a existência de dificuldades concretas enfrentadas pelo modelo econômico do Estado Social, verifica-se que o neoliberalismo surge no cenário mundial como um discurso oportunista a serviço dos interesses do grande Capital, maximizando a importância real destas dificuldades e distorcendo a realidade dos fatos, ao propugnar de forma categórica e inexorável a “inviabilidade” e a “falência” do modelo do bem-estar.

É que, a bem da verdade, o Estado Social se tornou “disfuncional”, “inconveniente” e “inadequado”, em termos relativos; ou seja, considerando-se as limitações do modelo *sob o ponto de vista dos* novos interesses de acumulação crescente do grande capital, que já não se contenta com as antigas margens de lucro praticáveis no modelo de bem-estar.

A doutrina neoliberal - ainda mais revigorada pelo desmoronamento do socialismo - foi, paulatinamente, assumindo ares de verdade absoluta e irretorquível, convertendo-se os seus axiomas em verdadeiros “dogmas de fé”. Apesar de sua inserção no seio de sociedades plurais e democráticas, o discurso apologético do novo mundo sem fronteiras, de mercados globalizados, tem se mostrado extremamente intolerante em face das manifestações de divergência que se lhe opõem. Trata com ironia e desprezo as opiniões que lhe são contrárias, ao mesmo passo em que se apresenta como “a única resposta possível aos problemas do mundo contemporâneo”.³⁷

A forma hegemônica como o neoliberalismo vem se instalando pelo mundo inteiro tem gerado uma desadaptação crescente das políticas estatais intervencionistas, e, por via de consequência, a própria deslegitimação do ideário do *Welfare State*; valendo-se, para tanto, do embuste da propaganda ideológica e do falseamento das realidades econômico-sociais subjacentes ao aceleração do processo de acumulação do capital em detrimento da força de trabalho.

Em apertada síntese, buscar-se-á explicar os principais fatos históricos que marcam a passagem da crise do Estado de Bem-estar até o apogeu do modelo neoliberal:

Conforme referido em momento anterior, o manto de proteção social oferecido pelo Estado de Bem-estar impunha o aumento da tributação do lucro, gerando uma maior repartição dos ganhos de produtividade. Por outro lado, isto significava a queda nos rendimentos marginais do grande capital e o aumento dos déficits públicos decorrentes da gama de coberturas sociais oferecida pelo *Welfare State*.

A social-democracia fora uma resposta útil de transformação não radical em relação à grande “ameaça” socialista, que nesse período mostrava fôlego e resultados extraordinários no bloco do leste. Mas, a crescente demanda do Estado Social, combinada ao aumento orçamentário da indústria armamentista, levaram paulatinamente ao abandono do padrão-ouro.³⁸ Some-se a isto, a repercussão causada pela crise do petróleo (1973) no sistema industrial do pós-guerra (estruturado em altos níveis de consumo petrolífero), desencadeando-se um processo inflacionário e recessivo em escala mundial.

Por via de conseqüência, o Estado passou a encontrar mais dificuldades em manter os níveis de financiamento para garantir, a um só tempo, o crescimento econômico e as conquistas sociais alcançadas.

Marco importante do surgimento do neoliberalismo diz respeito à fundação da *Mont Pèlerin Society*, criada em 1947, a partir de um encontro realizado em Mont Pèlerin, na Suíça, após a Segunda Guerra Mundial, entre trinta e seis economistas de várias nacionalidades, liderado por Friedrich Hayek, onde foram discutidos os novos caminhos do liberalismo.³⁹

Contudo, a despeito de sua teorização remontar à década de quarenta, o neoliberalismo somente se fez sentir concretamente a partir da segunda metade da década de 70, ganhando impulso na década de 80, na condição de plataforma governamental do eixo EUA-Inglaterra (Reagan/Thatcher), havendo assumido dimensões mundiais sob os auspícios da globalização.

Destacam-se como principais ideólogos do neoliberalismo os nomes de Milton Friedman, Ludwig von Mises e Friedrich Hayek, salientando-se como marco teórico a obra deste último, publicada sob o título “O Caminho da Servidão Humana”, onde o autor criticava o intervencionismo estatal do trabalhismo inglês, havendo chegado a comparar a intervenção do Estado Social na economia inglesa com o nazismo alemão, porquanto, para ele, qualquer ingerência do Estado na economia representava uma manifestação de “servidão”, fosse ela política, econômica, social, etc.⁴⁰

Frise-se uma vez mais, que as críticas desferidas pelo neoliberalismo às políticas intervencionistas do Estado Social devem-se em grande razão às novas necessidades de acumulação do capital. Com efeito, não é demais repisar, o Estado do Bem-Estar acarretava um elevado custo, necessário ao

subsídio de suas políticas públicas, impondo uma alta carga tributária, com déficit orçamentário na balança de pagamentos. Assim, o volume de gastos com tributação somados aos gastos decorrentes dos direitos trabalhistas e sociais gerava um conjunto de custos inaceitáveis aos padrões capitalistas de acumulação do Capital.

Com o neoliberalismo, surge um novo padrão de competitividade intercapitalista, a fim de se adaptar a um mercado que se reestrutura em um novo processo de internacionalização e globalização econômica. Referindo-se ao fenômeno da globalização, André-Jean Arnaud pontua que se trata “de uma tomada de consciência de que muitos problemas, neste fim de século, não podem mais ser tratados através de uma simples referência aos Estados sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as diferentes partes do globo terrestre.”⁴¹

Dentre as características da globalização, apontadas pelo referido autor, destacam-se as seguintes:

(i) mudança nos modelos de produção e emergência de uma nova divisão do trabalho;

(ii) desenvolvimento de mercados de capitais ligados fora do âmbito das nações, com um fluxo livre de investimentos que desconsidera as fronteiras nacionais;

(iii) expansão crescente das multinacionais;

(iv) formação de grandes acordos comerciais entre nações (blocos econômicos regionais);

(v) privatização e redução do papel do Estado;

(vi) hegemonia dos conceitos neoliberais em matéria de relações econômicas;⁴²

O mercado da *aldeia global* demanda produtos não massificados que apresentem elevada qualidade a preços baixos; exigência que requer redução de impostos e de custos com o fator trabalho; em síntese, a nova lógica de acumulação capitalista requer um estado mínimo que não interfira na economia, nem no mercado de trabalho.

A agenda da nova ordem liberal tem assento nas seguintes pautas: transnacionalização de mercados, mundialização das economias, reorganização do processo produtivo, revolução da indústria tecnológica, homogeneização do consumo, desterritorialização das decisões políticas e *entorpecimento gradativo das soberanias*.⁴³

A globalização neoliberal vem atender a uma lógica expansionista que é própria do sistema capitalista: para não cair em estagnação, o capital precisa estar continuamente se expandindo, o que gera a necessidade de criação de novas vias de escoamento dessas riquezas.

Sob este viés, nada mais conveniente do que a docilização de novos mercados, a qual se dá por meio do seguinte processo: através da supremacia política, econômica e militar já preexistente aos países do eixo central, somada a estratégias de cooptação das elites governantes dos países periféricos, impõe-se uma série de medidas econômicas aos países cujos mercados se pretende dominar.⁴⁴

Dentre estas medidas, ressalta-se o enxugamento promovido na máquina estatal, através de uma política inescrupulosa de privatizações em que setores estratégicos (de telecomunicações, energia, etc) e empresas estatais altamente rentáveis são vendidos para grupos nacionais e estrangeiros por um preço subfaturado, a ser pago em prazos inextinguíveis, muitas vezes em moeda podre.⁴⁵

Some-se a isto, a imposição de uma política de abertura das barreiras alfandegárias, praticada de forma brusca e irresponsável, da qual decorrem conseqüências nefastas, tais como o sucateamento da indústria nacional e a desnacionalização (ou simples quebra) das empresas nacionais, que perdem competitividade em relação aos preços dos produtos importados; o que, por sua vez, desencadeia, ao mesmo tempo, o agravamento de um quadro estrutural de desemprego, bem como o endividamento interno e externo em proporções insuspeitáveis, gerando um aumento no desequilíbrio da balança de pagamentos. Contudo, tais economias já não podem se valer do capital produtivo nacional (a essa altura já desmantelado) para elevar as receitas do país e corrigir as distorções na balança de pagamentos; razão pela qual são levadas a uma dependência cada vez mais acentuada de sua capacidade de atrair capitais externos para corrigir o desequilíbrio entre a entrada e a saída de capitais.

Ocorre que, com o abandono do padrão-ouro, a âncora de confiabilidade de suas moedas passou a ser lastreada em alguma das moedas fortes conversíveis (no caso brasileiro, o dólar). Assim, quanto maior a entrada de capitais no país, mais equilibrada a balança de pagamentos, e mais confiável a moeda, porquanto maior o seu lastro.⁴⁶

Entretanto, em tempos de neoliberalismo, estes capitais já não vêm sob a forma dos investimentos desenvolvimentistas de outras épocas, mas, basicamente, sob a forma de capitais especulativos altamente voláteis, cuja permanência no país é incerta, e está condicionada, na maior parte das vezes, à adoção de uma alta taxa de juros, que justifique o risco da aplicação destes capitais em economias instáveis. Porém, como uma política de juros altos gera mais endividamento, fecha-se um ciclo vicioso, engendrado em mecanismos perversos, cujo único desiderato é o enriquecimento cada vez maior dos países centrais às custas de um empobrecimento correspondente dos países periféricos.⁴⁷

Eis, portanto, descortinada, a grande aporia neoliberal.

Note-se que o modelo neoliberal retoma e aprofunda a ética individualista que norteava o velho liberalismo. A sociedade afigura-se-lhe como um mero somatório de indivíduos, onde estes nada devem à coletividade, da mesma forma que também esta nada lhes deve. De acordo com esse prisma, a sociedade se estrutura a partir de um conjunto de ações individuais de pessoas que, ao visarem seus próprios interesses, terminam por - ainda que de modo inconsciente - beneficiar a sociedade como um todo. Não há necessidade de planejamento prévio da sociedade, uma vez que a sua perpetuidade se deve ao fato da mesma proporcionar vantagens individuais àquelas que nela convivem.⁴⁸

Note-se que a tese neoliberal de que a sociedade independe de planejamento prévio e consciente, e, por conseguinte, independe de qualquer forma de comando coletivo, tem o objetivo de deslegitimar as políticas intervencionistas do Estado Social, pois, se a sociedade não é fruto de uma “invenção humana”, não poderá ser “reinventada” pelo homem sobre bases mais justas. Assim, o neoliberalismo propugna que está fadada ao fracasso qualquer tentativa de ação planejadora e interventora nas estruturas sociais; porquanto, assim agindo, estar-se-ia atuando contra a “ordem natural das coisas”.⁴⁹

A justificação ética do individualismo neoliberal, em Friedrich Hayek, pode ser enunciada por meio do seguinte raciocínio :

Cada homem, por si só, é incapaz de ter uma dimensão do coletivo, em sua totalidade, conseguindo apreender tão somente fragmentos do todo maior, de tal sorte que resulta impossível a um indivíduo ter a percepção do que possa ser necessário ou supérfluo para os demais. Com efeito, como cada um somente é capaz de saber o que é melhor para si mesmo, disto resulta que cada indivíduo considerado isoladamente está eticamente legitimado a perseguir os seus próprios objetivos independentemente das finalidades coletivas ou dos demais desígnios pessoais. Assim, defende-se a soberania da auto-escolha, ainda que em detrimento da maioria da sociedade.⁵⁰

Note-se que o “novo liberalismo” vem aprofundar e exacerbar ainda mais o individualismo já tão característico ao “velho liberalismo”; podendo resultar de sua estranha ética a completa anulação da dimensão coletiva do homem. Pois bem! O homem, enquanto ser eminentemente social, não pode prescindir da coletividade, sendo razoável exigir-se a sujeição de suas relações sociais ao controle coletivo, já que as ações individuais afetam positiva ou negativamente a coletividade.

Outra importante categoria teórica do neoliberalismo reside na questão da liberdade, a qual assume, no seio desta doutrina, contornos bem distintos da concepção de liberdade que se postulava no Estado Social. Para a nova ordem, a liberdade deve se centrar unicamente no indivíduo, uma vez

que o seu “compromisso” diz respeito exclusivamente ao bem-estar dos seres individualmente considerados - até mesmo porque a emancipação da sociedade não consiste em objeto de suas preocupações.

A liberdade individual constitui-se no fundamento filosófico para a limitação dos poderes do Estado, considerando-se o Estado Mínimo como o único capaz de salvaguardar os direitos e as liberdades individuais, mormente a liberdade de mercado. Assim, a sociedade ideal é precisamente aquela em que a liberdade individual ilimitada se sobrepõe a um poder político restrito.

Já o Estado é tido como um “mal necessário”, cujas funções devem se restringir ao cumprimento das leis e à garantia da “ordem” (leia-se nas entrelinhas: garantia da propriedade, proteção dos contratos e da liberdade de mercado).

Outra categoria teórica relevante para o neoliberalismo diz respeito à economia de mercado, a qual tem por base a divisão social do trabalho e a propriedade privada dos meios de produção. Sob a ótica neoliberal, o que confere equilíbrio a este sistema é que os indivíduos são livres para agirem por conta própria em busca de seus próprios interesses, beneficiando, por via oblíqua, os interesses dos demais. Assim, o indivíduo se insere por vontade própria em um sistema de cooperação, sendo orientado pelo mercado, o qual lhe indicará a melhor forma de promover o seu bem estar. Este processo se dá pelo ajustamento das ações individuais que juntas prosperam sob o regime da divisão do trabalho, traduzindo-se em um processo de trocas racionais e baseadas nos interesses e vantagens pessoais, que proporciona o desenvolvimento como um todo da sociedade, em razão da sua “máxima eficiência”, gerada pela alta competitividade que lhe é peculiar.⁵¹

O viés teórico do neoliberalismo acerca do funcionamento de uma economia de mercado nada diz com a realidade que os fatos encerram; tratando-se, em verdade, de mera falácia, cujo desiderato não é outro senão distorcer a realidade do mercado capitalista, caracterizado pela ausência de objetivos comuns, criando-se uma sociedade movida exclusivamente por ações individuais desarticuladas e conflituosas, que bem poderia retratar o estado de natureza hobbesiano, onde a lei que vigora é inexoravelmente a do mais forte.

Por outro lado, a *justiça social* é uma categoria teórica que se afigura irrelevante, do ponto de vista dos ideólogos neoliberais; posição esta, que parece ser assumida sem maiores constrangimentos, uma vez que a doutrina liberal está assentada na premissa de que os homens são “naturalmente” desiguais, não se devendo procurar igualá-los de forma artificiosa, sob pena de violação à *ordem natural das coisas!*...⁵²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As reflexões aqui vertidas autorizam a constatação de que a ideologia neoliberal mostra-se tendencialmente refratária ao projeto de emancipação do ser humano enquanto ente coletivo; bem como se revela descompromissada com a dignidade da pessoa humana, na medida em que não tem como escopo a redução das desigualdades sociais; pelo que se afigura inarredável a necessidade de consolidação de um discurso contra-hegemônico que, insaurado em bases científicas, possa se contrapor aos ditames desta nova ordem.⁵³

¹ A despeito das críticas tecidas por GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 41-45, a respeito das ambigüidades, insuficiências e inadequações da expressão “ordem econômica”, o autor acaba por decidir-se pelo uso da referida terminologia - no que o acompanhamos.

² Utilizamos a expressão “estatutária” para designar a Constituição do Estado Liberal, tomando-a de empréstimo da classificação do Prof. Dr. Eros Grau, *op. cit.*, p. 58. Oportunamente, o conceito merecerá análise mais acurada.

³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994, p. 29-43.

⁴ *Id. ibidem*, p. 34.

⁵ *Id. ibidem.*, p. 45. Note-se que a referência à chamada *vontade geral*, constitui uma alusão explícita à categoria enunciada por Jean Jacques Rousseau, em sua obra épica “Do Contrato Social”.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

⁷ *Loc. cit.*

⁸ *Loc. cit.*

⁹ DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun., 1995.

¹⁰ WOLKMER, *op. cit.*, p. 28.

¹¹ MACPHERSON *apud* Theotônio dos Santos. O Papel do Estado num Mundo em Globalização. *Revista do II Encontro Nacional de Economia Política*, São Paulo, PUC, 1997.

¹² De acordo com os iluministas, o Universo teria sido *naturalmente* construído para gerar a maior felicidade possível para todos. Com o liberalismo, essa mesma visão harmonicista é transplantada para a ótica do mercado, o qual estaria regido por leis naturais, capazes de, por si só, conduzirem os homens ao máximo bem-estar possível. Assim, a *natureza das coisas* (leia-se: do mercado) deveria ser privada da desnecessária e perturbadora ingerência estatal.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito Liberal ao Estado de Direito Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987, p. 53-54.

¹⁴ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 17-18.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ ROTH, André-Noël. O Direito em Crise : fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15 e ss.

¹⁷ Sobre este “princípio da abstração das pessoas e dos bens”, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo: RT, 2000, p. 35.

¹⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 41.

¹⁹ NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6.

²⁰ GRAU, *op. cit.*, p. 58.

²¹ De acordo com BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista*. trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 370, a crise de superprodução ocorre quando configurada “situação na qual vários capitalistas distintos, diferentes industriais e ramos diversos da economia encontram dificuldades para vender toda a sua produção, o que leva a uma condição generalizada pela qual a produção total excede a demanda total. Devido ao caráter não planejado da concorrência capitalista, só por acaso, ou pela idealização teórica, uma situação de equilíbrio pode predominar em todos os ramos da produção, com uma correspondência precisa entre produção e demanda e a realização dos cálculos dos capitalistas. A superprodução é concomitante às crises, mas há discordâncias sobre se seria uma *causa* delas. A lei de Say, em que se fundamentam a economia política clássica e neoclássica, nega a possibilidade de superprodução persistente e pretende que a economia é capaz de se auto-regular através do movimento de capitais entre as diversas atividades, guiados pela desigualdade da taxa de lucro. Já os teóricos da superprodução argumentam que a crise é provocada pela existência de superprodução em relação à demanda em uma dada atividade, superprodução esta que, em seguida, difunde-se por outros ramos da economia, provocando um desequilíbrio cumulativo e não uma restauração do equilíbrio.”

²² A história subsequente do capitalismo, marcada pelo caráter cíclico de suas crises, fruto de suas contradições imanentes, viria corroborar o reconhecimento da inadequação do ideário absentista.

²³ NUNES, *op. cit.*, p. 7.

²⁴ LEÃES, L. G. Paes de Barros *apud loc. cit.*

²⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995, cuja teorização acerca das múltiplas dimensões dos direitos fundamentais vem sendo amplamente acolhida pela doutrina.

²⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 22.

²⁷ Nesse mesmo sentido, cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 228.

²⁸ Analisando as diversas contradições inerentes ao sistema capitalista, tal como apontadas pelo pensamento marxista, parece-nos que o ponto nevrálgico de sua natureza conflituosa reside no fato de que, se de um lado, a produção é social (o trabalho é fruto do esforço coletivo dos trabalhadores); de outro lado, a “apropriação é privada” (os trabalhadores não se apropriam do excedente gerado pelo dispêndio de sua força de trabalho), gerando uma mais-valia que é a base da acumulação crescente do Capital.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁰ Para um estudo mais aprofundado neste tocante, remete-se à leitura de KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1992. (Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo)

³² GRAU, *op. cit.*, p. 54.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ Valemo-nos da distinção efetuada por MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: ed. Centelha, 1973, p. 67-71, na qual é acompanhado pelo Prof. Dr. Eros Grau, *op. cit.*, p. 47-8, quando este distingue “ordem econômica do mundo do ser” de “ordem econômica do mundo do dever-ser”, salientando que esta última diz respeito ao estatuto jurídico da ordem econômica faticamente considerada (“modo de ser empírico de uma economia concreta”).

³⁵ Para um detalhamento da questão da crise do Estado Social, ver, dentre outros: (i) ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-providência*. Trad. de Joel Pimentel de Uilhôa. Goiânia: UNB, 1997; (ii) GIROTTI, Fiorenzo. *Welfare State*. Roma: Carocci Editore, 1998.

³⁶ Dentre outras conseqüências nefastas que serão oportunamente analisadas.

³⁷ Em sentido convergente, COGGIOLA, Osvaldo. Neoliberalismo, Futuro do Capitalismo? In: COGGIOLA, Osvaldo & KATZ, Cláudio (orgs.). *Neoliberalismo ou Crise do Capital?* São Paulo: Xamã, 1996.

³⁸ Cf., por todos, FIORI, José Luís. Estados, Moedas e Desenvolvimento. In: FIORI, José Luís (org.). *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

³⁹ ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: *Pós-neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

⁴⁰ *Id. ibidem.*, p. 9.

⁴¹ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-2.

⁴² *Id. ibidem.*, p. 12-14.

⁴³ No tocante a este “entorpecimento gradativo das soberanias”, por mim referido, e amplamente verificável no âmbito das relações internacionais hodiernas, importa esclarecer que, em face das injunções econômicas perpetradas pela nova ordem mundial, há que se rediscutir a própria subsistência do conceito de *Estado-Nação*, tal como tradicionalmente compreendido. Sobre as outras pautas mencionadas, vide AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

⁴⁴ Cf., dentre outros, SOUZA, Nilson Araújo de. *O Colapso do Neoliberalismo*. São Paulo: Global, 1995.

⁴⁵ A escandalosa política de privatizações levada a efeito no Brasil foi denunciada através do relato pungente do jornalista BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

⁴⁶ Cf., por todos, CHESNAIS, François (org.). *A Mundialização Financeira: Gênese, Custos e Riscos*. São Paulo: Xamã, 1998.

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ FURTADO, Maria Isabel de Araújo. *Neoliberalismo: os novos velhos princípios*. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, s. ed. 48 p. (Mimeografado, 1995)

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ Hayek *apud* Isabel, *op. cit.*, p.9.

⁵¹ FURTADO, Maria Isabel de Araújo. *Neoliberalismo: os novos velhos princípios*. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, s. ed. 48 p. (Mimeografado, 1995)

⁵² *Loc. cit.*

ABSTRACT

The article presents a brief historical overview on the different economic models adopted by States in modern times, in an attempt to determine a counterpoint among the several models found, in order to support a critical analysis of the neoliberal paradigm.

KEYWORDS

Liberal State, Social State, Neoliberalism, Critical Analysis.

OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA REGIONAL NA EUROPA E NAS AMÉRICAS: BREVE ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICO-EVOLUTIVA

*Leonardo Arquimimo de Carvalho**

1 Introdução. 2 Europa: conflito e integração. 2.1 O desejo de paz para a Europa: uma abordagem remota. 2.2 Crises e alianças: a Europa de 1890-1914. 2.3 O período entre guerras. 2.4 O pós-guerra e a reconstrução da Europa. 2.5 O Plano Marshall. 2.6 A experiência BENELUX e seus desdobramentos. 3 Antecedentes históricos da integração americana. 3.1 Incidentes da integração americana. 3.2 Simón Bolívar e o Congresso do Panamá. 3.3 Novas tratativas, congressos e acordos posteriores. 3.4 O Pan-americanismo. 3.5 Organismos, tratados e associações: elementos recentes da integração americana. 3.6 A integração do Cone Sul: grandes dificuldades a vencer. 4 Elementos distintivos. 5 Elementos de aproximação. 6 Considerações finais.

RESUMO

O artigo analisa os antecedentes dos processos de integração regional na Europa e no continente americano. Por um lado, aponta semelhanças nas motivações que levaram à implementação de iniciativas integracionistas, notadamente a promoção do desenvolvimento econômico. Por outro lado, destaca que a maior ênfase do elemento político na União Européia foi fundamental para o maior aprofundamento da integração na Europa, em comparação com projetos similares nas Américas.

PALAVRAS-CHAVE

Relações Internacionais, Integração Regional, Desenvolvimento Econômico, Política Internacional.

1 INTRODUÇÃO.

De modo elementar, poder-se-ia afirmar que a integração regional corresponde a um processo ou estado no qual diversas nações decidem formar um grupo, com os mais diversos objetivos, tratando-se de um meio e não

* Doutorando em Ciências Sociais pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (IFCH/UNICAMP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do Instituto de Relações Internacionais (IRI-UFSC). Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Assis Gurgacz.

de um fim, sendo, contudo, apresentado como implementador do desenvolvimento econômico.

Contemporaneamente, os escopos econômicos têm sido manifestados de modo mais significativo. No período posterior à Segunda Guerra Mundial, o comércio internacional encontrou várias nuances para o seu crescimento: do bilateralismo ao multilateralismo, passando pelo regionalismo. De qualquer forma, ganha força o integracionismo econômico de modo geral, valendo-se do regionalismo como instrumento de crescimento econômico.

Logo, a integração regional tem sido apontada como viés à superação das muitas dificuldades que afligem o Estado, sendo a principal delas relacionada ao aspecto econômico. Portanto, essa integração cria um espaço para o desenvolvimento e para a inserção competitiva dentro do mercado mundial, formando escudos para os danosos efeitos causados pelo darwinismo nas relações econômicas internacionais. As vantagens de um processo integracionista, mesmo que unicamente com tonalidades econômicas, são inegáveis, e grande parte dos blocos em formação já tem consciência deste ganho.

Alguns processos têm sido conduzidos por meio de compromissos mais sérios e definitivos, com a criação de estruturas com poder decisório e independência necessários para o alavancamento integracionista, enquanto outros são conduzidos de maneira cautelosa, sempre dependendo de circunstâncias econômicas momentâneas.

Muitos dos processos de integração regional buscam inspiração no modelo europeu, hoje aperfeiçoado sob a denominação de União Européia (UE), dentro do qual o adiantado grau de compatibilização das inúmeras políticas dos países membros, por intermédio das forças supranacionais, é demasiado impressionante. Uma pergunta, contudo, parece surgir sempre que são estabelecidos elementos de comparação entre os diversos processos integracionistas, principalmente se a comparação é realizada entre a UE e outros processos incipientes, qual seja: em que medida os fatos conformadores da história européia são determinantes na postura adotada por aqueles países na condução da sua integração regional? No trabalho de construção e legitimação do Mercado Comum do Sul (Mercosul), a observação do modelo mais adiantado é uma constante, e a pergunta também é suscitada.

Nesse sentido, pretende-se discutir a evolução histórica dos processos de integração na Europa e nas Américas, atentando, com ênfase, para a questão latina e observando alguns fatos históricos mais contundentes e capazes de estimular ou não o seguimento do trabalho integrador. Busca-se ainda, a título ilustrativo, encontrar elementos de dissensão e similitudes entre UE e Mercosul. Para tanto, num primeiro momento, objetiva-se analisar o contexto histórico em que nasce o crescente processo de união dos povos europeus, fazendo uma abordagem remota do desejo de paz no conti-

nente europeu e, ainda, recordando o período de crises e alianças que antecederam a Primeira Guerra Mundial, o período entre guerras, a Segunda Guerra Mundial e o pós-guerra.

Num segundo momento, ainda que de maneira perfunctória, como ocorre no momento anterior, busca-se analisar as raízes mais profundas da integração americana com os antecedentes latino-americanos, atentando para a figura emblemática de Simón Bolívar e o Congresso do Panamá de 1826, para o Pan-americanismo e para os elementos recentes da integração latina americana. Posteriormente, apresenta-se um elemento distintivo principal entre os processo de integração européia e mercosulina, responsável, numa visão simplista, por muitas das dessemelhanças e disparidades entre os blocos analisados. Um elemento procedimental ou instrumental e secundário, porém não menos importante, será também apontado como diferenciador entre as formas de condução do processo. Ao final, pretende-se arrolar alguns elementos que demonstram a proximidade nos objetivos e motivos integracionistas entre os dois blocos regionais, tais como o período, os objetivos desenvolvimentistas, reflexos da política internacional e, principalmente, o poderio político-econômico norte-americano.

2 EUROPA: CONFLITO E INTEGRAÇÃO.

A observação dos antecedentes históricos da União Européia implica, necessariamente, na limitação temporal do período em que se pretende centrar atenção, já que a amplitude da abordagem poderia resultar estéril, em face da quantidade dantesca de elementos minimamente decisivos na construção de uma nova sociedade européia. Não acarreta em prejuízos, contudo, uma ligeira retrospectiva que, de qualquer maneira, forneça os rudimentos à compreensão do evoluir dos fatos na direção de um consenso de difícil estruturação, qual seja, a formação concentrada de Estados sob o poder supranacional. A idéia da criação de uma Europa em irmandade com seus povos, vivendo em harmonia, constantemente freqüentou a idéia de pensadores, políticos e poetas.

2.1 O desejo de paz para a Europa: uma abordagem remota.

Segundo Casella, remonta ao cristianismo medieval, ou mesmo até à Antigüidade, a noção de unidade espiritual e cultural, concomitante, ou não, às tentativas de união política dos povos que habitavam o território europeu. Apesar das divergências, um elemento comum permeava a idéia de união dos povos europeus: a necessidade de fortalecer a defesa contra os inimigos externos, geralmente determinada por conveniências passageiras e incidentais, *v.g.*, a ameaça muçulmana. Naqueles períodos, a elaboração de textos buscando um norte ao continente encontrava fundamentação preponderantemente na formação de uma comunidade cristã. São exemplos Dante Alighieri que, no início do século XIV, em seu tratado, *De Monarchia*, sonhava com uma *polis christiana*. Contemporâneo de Dante,

Pierre Dubois conclamava os europeus à reconquista da Terra Santa e do Santo Sepulcro – *Reconquista da Terra Santa*, de 1306 – além da pacificação da Europa, trabalho atribuído à França em substituição à liderança que pertencera ao Sacro Império Romano Germânico. Erasmo de Roterdã - *Lamento da paz*, de 1517 – propalava idéias de uma européia república dos sábios, contrária à guerra e favorável à paz e à concórdia, *tranquillitas orbis Christiani*. Certamente, as manifestações produziram efeitos, já que a religião cristã havia conquistado um espaço significativo em toda a Europa, tratando-se de um importante instrumento de propagação da sua doutrina, segundo Casella¹.

Num segundo momento desta observação histórica remota, de modo mais nítido surge um novo elemento motivador da unidade: a paz pela paz, influência do período iluminista. Eméric Crucé, já na idade moderna, apontava as guerras como resultado das rivalidades dinásticas, da política de poder dos diferentes príncipes, que idealmente se refletia sobre uma Europa unida ou federada. William Penn, em sua obra *Ensaio sobre a paz presente e futura da Europa*, de 1692, do mesmo modo apregoava o pacifismo. O Abbé de St. Pierre, conhecido como advogado da República Européia, em *Le projet de la paix perpétuelle*, de 1713, propunha um projeto de paz perpétua para a Europa, influenciando, com isso, toda uma geração até o século XX.²

Kant, com a mesma argumentação, editou seu ensaio filosófico sobre a paz perpétua, *Zum Ewigen Frieden*, onde apresentava propostas realistas, demonstrando que os monarcas tendiam à guerra porque consideravam os Estados patrimônios seus. Almejava, no texto clássico, uma federação universal, formada por leis que considerava fundamentais para a obtenção da paz.³ Vitor Hugo e Émile Zola, dentre outros destacados escritores, reforçavam o movimento humanista em direção à integração, segundo Oliveira⁴. Em verdade, o ideal dos pensadores ainda estaria longe de refletir um anseio dos governantes, e o século seguinte marcaria para sempre a história européia, obrigando-os a restabelecer os ensinamentos anteriormente propalados.

2.2 Crises e alianças: a Europa de 1890-1914.

Possivelmente no decorrer do século XX, ocorreram os lances principais da formação comunitária européia, que gradativamente ganharam força na medida em que incorporaram novos elementos de legitimação. A importância das guerras neste contexto não permite uma abordagem que não as mencione. As alianças estabelecidas no período anterior à Primeira Guerra eram manifestamente formadas com o objetivo de aumentar o poder e fortalecer as defesas na hipótese de um conflito iminente, que circulava entre fronteiras quentes⁵. Os novos Estados constituídos ansiavam por mais poder, enquanto os velhos – Império Austro-Húngaro e Otomano – lutavam para manter a integridade territorial.

Durante o período compreendido entre 1905 e 1914, ocorrem cinco grandes crises gradativamente mais sérias, originadas de duas grandes crises: entre franceses e alemães, de origem colonial, e austríacos e russos, de origem balcânica.⁶ A quinta crise, a de julho de 1914, desencadeada pelo assassinato do herdeiro Arquiduque Francisco Ferdinando, ocasionou o desenlace de todos os acordos e alianças firmados num momento pretérito. A guerra era uma questão de tempo. Nas primeiras décadas do século XX, no auge do imperialismo, tanto a pretensão alemã quanto a britânica e a francesa era de um *status* global único, e o objetivo de guerra resumia-se na aniquilação do outro, com vitória total; um objetivo tresloucado, que acabou por destruir vencidos e vencedores, conduzindo os derrotados para a revolução, e os vencedores, à bancarrota e à exaustão física. A Inglaterra, exemplificativamente, jamais voltou a ser a mesma depois de 1918 e arruinara a sua economia, gastando o que não possuía.⁷

Apesar de significativa a quantidade de alianças e acordos firmados no período indicado, nenhum deles, objetivamente, pretendia estabelecer alianças para a paz e o desenvolvimento. Ao final, a paz imposta como retribuição aos perdedores, que objetivava controlar a Alemanha e redefinir as fronteiras dos impérios russo, habsburgo e otomano, revelou-se um dos estopins do novo conflito mundial. De qualquer forma, os elementos recordados são responsáveis pela desestruturação do período seguinte, por sua vez decisivo na construção de instrumentos para evitar novos conflitos, formando uma comunidade em torno do ideal de paz.

2.3 O período entre guerras.

No período entre guerras, registra-se a ação de alguns homens que dedicaram esforços com vistas a realizar a unificação dos Estados europeus e que impulsionaram o processo. Dentre eles, Richard Coudenhove-Kalergui – Conde de Coudenhove-Kalergui – que se destacou como um dos grandes precursores do processo. Conceptor do Paneuropeísmo, que acreditou ser este o meio apropriado para evitar a penetração dos soviéticos e o domínio econômico dos norte-americanos. Em 1924, obteve, na forma de uma associação, apoio para seu ideal, formando a União Paneuropa. Para presidir os Conselhos Nacionais da União Paneuropa, importantes personalidades políticas e culturais foram chamadas, dentre elas Hjalmar Schacht, Konrad Adenauer, Yvon Delbos, Edouard Herriot, Conde Sforza, Paul Claudel, Paul Valéry, Erich Maria Rilke, Ferrero e Miguel de Unamuno. O presidente de honra do movimento era o político francês Aristides Briand.⁸

Briand foi outro importante personagem. Sob sua tutela, as idéias paneuropeístas alcançaram o *status* de “único intento de grande envergadura realizado oficialmente no período entre guerras com objetivo de unir os países europeus”. Em setembro de 1929, explicou seus objetivos à Sociedade

das Nações (SDN); em maio de 1930, enviou para os membros da SDN um amplo documento, contendo seu projeto. Porém, o agravamento do protecionismo, conseqüência da Grande Depressão, acrescido da morte do Chanceler alemão Stressemann, entusiasta da proposta da união européia, e o crescimento do ideal nacional-socialista na Alemanha, além da guerra subterrânea promovida pelos britânicos contra a união da Europa continental, contribuíram para o insucesso inicial da proposta. Na SDN, contudo, estabeleceu-se um debate em torno do tema, criando um grupo de estudos à temática, sob a direção de Briand. Com a morte desse, em 1932, gradualmente os trabalhos do grupo perderam forças, tendo sido encerrados em 1937 (cf. Tamames⁹).

Num cenário mais pragmático, muitos países europeus rumavam à conflagração. A instabilidade no período posterior à Primeira Guerra Mundial, marcada pelo colapso generalizado nas relações entre muitos países – ‘vinte anos de crise’ – criou um ambiente de hostilidades, onde um conflito de grandes proporções parecia sempre presente¹⁰. Tal afirmação é manifestada na invasão da Manchúria pelo Japão, em 1931; da Etiópia pelos Italianos, em 1935; na intervenção alemã e italiana na Guerra Civil Espanhola; na invasão alemã da Áustria, no início de 1938, e na ocupação da Checoslováquia, nos anos de 1938 e 1939; no pacto entre Hitler e Stalin, em agosto de 1939; na ocupação da Albânia pela Itália no mesmo período e nas exigências alemãs à Polônia; nas omissões da SDN em relação a Japão e Itália; na não-reação da França e Inglaterra à denúncia unilateral da Alemanha ao Tratado de Versalhes, principalmente em relação a preocupação da Renânia em 1936; e, também, na não-reação em relação à Guerra Civil Espanhola e à invasão da Áustria. Todos esses fatos criavam um ambiente de animosidade, tornando explosiva a relação entre os diversos países naquele período, segundo Hobsbawm¹¹. Provocavam ainda, tais fatos, grande instabilidade, sendo, portanto, inevitável um acordo para assegurar a não-ocorrência da guerra. Esses acordos foram firmados, mas tinham objetivos diversos da paz e eram integrados às estratégias de guerra dos países em eminência belicosa.¹² Por outro lado, não foi estéril o período entre guerras. O surgimento da união econômica entre Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos e o movimento Paneuropeu constituíam-se em sementes de uma idéia que mudaria o continente europeu.

2.4 O pós-guerra e a reconstrução da Europa.

Até a Segunda Guerra Mundial, a Europa estava condicionada a olhar para além das fronteiras. Somente com o fim da hegemonia européia e a emergência de novas potências é que se aposta na integração. Os antigos desejos de unificação, conseqüentemente, ganharam força, já que as economias estavam destruídas, e os despojos de guerra eram disputados entre Estados Unidos e União Soviética¹³. Em setembro de 1946, Churchill propõe a criação dos Estados Unidos da Europa; proposta que teve grande

impacto em face do desejo de paz e da necessidade de uma reestruturação econômica.¹⁴

Três momentos podem ser notados como decisivos para o processo de origem e institucionalização das Comunidades Europeias: o primeiro refere-se ao Congresso de Haia de 1948, organizado pelo Comitê de Coordenação dos Movimentos para Unificação Européia;¹⁵ o segundo diz respeito à criação do Conselho Europeu, por meio do Tratado de Londres de maio de 1949; o terceiro momento, considerado o mais significativo, concerne à declaração do Ministro francês de Assuntos Exteriores, Robert Schuman, em maio de 1950¹⁶.

Os dois primeiros momentos, apontados como fundamentais, correspondem à eleição de uma estratégia para a condução do processo de engendramento da primeira das unidades europeias, por intermédio de instituições políticas de ideologias comuns¹⁷. Ao final do Congresso de Haia, adotaram-se diversas resoluções, dentre elas a proposta para a criação de uma comunidade econômica e política. A constituição de um comitê de estudos da Comunidade Européia foi decidida em face da ressonância que teve esse Congresso. Seu primeiro trabalho foi analisar as propostas de organização de uma Assembléia Parlamentar Européia – franco-belga – ou de um Conselho Intergovernamental de Ministros Europeus – inglesa. O Conselho da Europa era formado por um Comitê de Ministros e uma Assembléia consultiva. Os britânicos eram contrários à outorga de efetivos poderes para o Conselho. Contudo, esse não era o único problema, já que o mesmo carecia de funções específicas¹⁸. Os projetos políticos da unificação européia do período anterior à Segunda Guerra Mundial, bem como o Conselho da Europa, resultaram em fracassos e frustrações, o que não ocorreu com os projetos de cooperação construídos sob uma ótica econômica. A ‘Declaração de Schuman’ – como ficou conhecida – também apontada como elemento importante, inovou ao elencar um norte inicial sobre o qual a unidade deveria ocorrer, qual seja: a integração econômica e o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento econômico. Ela foi além, ao demonstrar que somente em função de realizações concretas poderia haver avanços, sendo que a superação da rivalidade entre França e Alemanha deveria ter início imediato.

2.5 O Plano Marshall.

Versalhes não obteve méritos ao deslocar seus objetivos para a humilhação dos derrotados, já que a retribuição imposta aos perdedores da Primeira Guerra Mundial conduziu a Alemanha ao nacionalismo socialista e ao sentimento revanchista. As instituições de Bretton Woods, de modo contrário, representavam uma alternativa às tradicionais compensações de guerra, uma vez que, teoricamente, foram fundadas com o objetivo de reconstruir a economia do pós-guerra. Com tal intento, surge no pós-guerra o Plano

Marshall, que abriu caminho para a rápida reconstrução da Europa. Os Estados Unidos incentivavam a reconciliação e o compromisso com a integração econômica,¹⁹ mesmo não integrando “parte do planejamento econômico do pós-guerra, mas que veio a ser implementado tanto por razões econômicas, como pela urgência política representada pela ameaça comunista em diversos países do continente europeu”, segundo Almeida²⁰.

Os norte-americanos, sensivelmente preocupados com o avanço soviético, iniciaram seu plano de contenção com base na Doutrina Truman e no Plano Marshall. Os soviéticos, em contrapartida, montaram um sistema de cooperação econômica, conhecido como Plano Molotov. Dentre as condições exigidas pelos administradores do Plano Marshall, estava o estabelecimento de um programa conjunto de reconstrução, que deveria ser estabelecido no âmbito do Comitê de Cooperação Econômica Européia. Esse comitê, de modo eficaz, elaborou estudos demonstrando que a união alfandegária poderia contribuir para a prosperidade da Europa. Do comitê surge, em 1948, a Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE), que serviu de base para o surgimento da OCDE (*cf.* Almeida²¹).

A solução encontrada foi inegavelmente perspicaz, pois, ao final da Segunda Guerra Mundial, havia restado muito pouco em termos econômicos, porque toda a estrutura da economia européia estava destruída. A ausência de recursos materiais, bem como de recursos financeiros, e os compromissos monetários significativos assumidos com os norte-americanos no curso da guerra, acrescidos das reparações devidas pelos perdedores, criavam um ambiente de fragilidade, dentro do qual os países dependiam do auxílio externo para reconstruir suas economias. Essa ajuda poderia ser obtida ou dos norte-americanos ou dos soviéticos. Os países da Europa Ocidental optaram pelo auxílio dos primeiros, enquanto os do Leste Europeu “optaram” pela ajuda soviética. A opção pela ajuda norte-americana foi fundamental para a construção das Comunidades Européias, não sendo outra a conclusão de Jean Monnet.²²

2.6 A experiência BENELUX e seus desdobramentos.

Desde 1922, Bélgica e Luxemburgo mantinham uma união alfandegária. Ao final da Segunda Guerra Mundial, os Países Baixos somaram-se à Bélgica e a Luxemburgo. Em janeiro de 1948, a Convenção Benelux estabeleceu a entrada em vigor de uma União Aduaneira entre Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos. Estes países pretendiam criar um território econômico em que houvesse livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, eliminando qualquer discriminação entre produtos e produtores nacionais respectivos, instaurando, assim, uma política econômica e uma política externa comum, dentre outras ações (*cf.* Almeida²³). Lembra Oliveira que a Convenção Benelux estabelecia quatro etapas evolutivas até a supressão das restrições comerciais, com o estabelecimento de tarifas comuns e a progressiva liberação da mobilidade de fatores de produção e, assim, “contemplan-

do a formação de uma união econômica, objetivo difícil de atingir, o que motivou os países-membros do Benelux a procederem a negociações junto ao Tratado de constituição da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA)”²⁴.

Com os resultados positivos alcançados em pouco tempo e o aumento significativo no comércio intra-Benelux, os países-membros consideravam cumpridas grande parte das pretensões do acordo, cuja experiência serviu como extrato para os ulteriores processos de integração conduzidos no âmbito europeu. Nesse contexto, surgiu a idéia de integrar a produção franco-alemã de carvão e o aço, o que acabou resultando no Tratado de Paris de 1951 e, conseqüentemente, na Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA).²⁵ Celebrado entre Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos, objetivava uma melhora no nível de vida dos seus países-membros, por intermédio da criação de um mercado comum e pela eliminação de restrições ao comércio do carvão e do aço, superando as práticas discriminatórias e representando, dessa forma, o nascimento da Comunidade Européia.

Em 1955, os representantes dos países membros da CECA, reunidos na cidade de Messina, discutiram a possibilidade de ampliar a experiência obtida no setor econômico do carvão e aço para o setor de energia nuclear e para as demais atividades econômicas. Os momentos posteriores foram desencadeados de forma sucessiva, tendo sido criadas, pelos Tratados de Roma de 1957, a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa), nascidas da ausência de acordo em relação à Comunidade Européia de Defesa (CED) proposta em 1952 – inspirada na situação política militar do período – e do Relatório Sppak. Ainda, os tratados posteriores que ampliam a abrangência dos tratados-marco são o Tratado de Fusão dos Executivos de 1965, o Tratado Ato Único Europeu de 1986, o Tratado de Maastricht de 1992 e o Tratado de Amsterdam de 1997²⁶.

Gradualmente, cada um desses tratados vai tornando mais amplos os objetivos da União Européia. O grau de complexidade das decisões e das suas interdependências apontam para um difícil retrocesso. De qualquer maneira, apesar das grandes dificuldades enfrentadas pelas Comunidades Européias, os cronogramas e as metas têm sido alcançados a cada novo desafio de forma surpreendente, suscitando o questionamento sobre as diferenças com os demais processos de ação concertada e o motivador dos descompassos entre os graus do coeficiente de integração.²⁷

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA INTEGRAÇÃO AMERICANA.

A temática aqui proposta pode ser apresentada dentro de dois enfoques: o primeiro, partindo de elaboração única e exclusiva das relações de rivalidade entre Argentina e Brasil, já que, sem dúvida, suas relações são o germe para o desenvolvimento de um pretense mercado comum do sul; a segunda,

firma-se no marco principal da figura de Simón Bolívar e de seus ideais, e quiçá em alguns elementos anteriores do desejo de integração dos países americanos. Deste modo, cuidando de uma maneira mais generalizada do tema Mercosul, parte-se de um enfoque centrado na evolução temporal das tentativas de formar uma integração latino-americana. Mesmo incorrendo-se na possibilidade de tornar a análise lacunosa, faz-se necessária a opção por uma abordagem mais ampla, fazendo alusão às duas frentes, por estabelecerem um melhor entendimento sobre a trajetória da formação de blocos regionais de integração da América Latina.

3.1 Incidentes da integração americana.

Como antecedentes da independência hispano-americana são geralmente apontados os ideais liberais do século XVIII, a independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa e a tomada da Península Ibérica por Napoleão. O desejo de liberdade na América hispânica foi pensado como resultado da união dos diversos núcleos de colonização espanhola. A irmandade lingüística e cultural contribuía à formação de espaços comuns de reivindicações, além do fato de serem todos expropriados pelo mesmo senhorio.

No período que antecedeu o Congresso do Panamá de 1826 – marco inicial do desejo latino americano de construir uma liberdade concertada contra os grilhões das metrópoles – alguns expoentes manifestavam suas teorias sobre a ‘integração’ latino-americana, e ocasionalmente estas idéias estavam ligadas à própria vontade das casas reais européias. O ideal da formação de uma união americana do ponto de vista de sua existência não é tão recente. O venezuelano Francisco Miranda desejava estruturar um país continental, que abarcaria toda a América Latina e Central até o Mississipi, ou do Mississipi até a Patagônia, que se chamaria Colômbia. Em 1810, Pedro Vicente de Cañete propusera um sistema federativo continental na forma de uma regência soberana, composta por quatro vice-reinados, em representação a Dom Fernando VII. No mesmo ano, o peruano Juan Egaña anunciava a necessidade de unir os povos de origem espanhola. Ambos defendiam interesses da coroa hispânica, como também o fazia o argentino Juan Martínez de Rosas. Ainda em 1810, o Chile publica a *Declaração do Povo Chileno*, onde considerava fundamental a união dos povos latinos com o objetivo de defender suas soberanias (cf. Arnaud²⁸). Mariano Moreno, opositor das idéias até então apresentadas, desejava a desvinculação dos países latinos das monarquias européias. Bernardo Monteagudo, outro libertário, produziu em 1824, o *Ensaio sobre uma Confederação Continental*, onde afirmava que a independência seria o primeiro interesse do Novo Mundo, assinalando o perigo que representava o Gabinete Imperial no Rio de Janeiro, servindo à Santa Aliança.²⁹

Tratava-se de um período conturbado, em que os países latinos permaneciam lutando por suas independências. Certamente, o personagem mais forte dentro da história independentista latino-americana foi o de Simón

Bolívar. Tratava-se de uma figura enigmática, mito que ultrapassou o homem. Os inúmeros documentos arquivados de seu punho demonstram que Bolívar guardava as qualidades de político perspicaz e progressista, estrategista bem informado e astuto, enciclopedista e literato.

3.2 Simón Bolívar e o Congresso do Panamá.

Em setembro de 1815, Simón Bolívar redigiu a *Carta da Jamaica*, esse documento pretendia delimitar o ‘caminho’ para as Américas. Nela estavam contidos os desejos e as dificuldades da integração da América Hispânica.³⁰ O importante documento não pretendia a unidade política-institucional, mas a agregação de diversas unidades administrativas. Isso se aproximava bastante do sistema confederativo, integrado por órgãos de consultas para política externa comum e para a interpretação dos tratados assinados, além de um juízo conciliador e arbitral e de órgãos responsáveis pela administração e controle de uma força armada confederada. Bolívar comungava do pensamento político liberal e idealizava um modelo federalista superior ao Estado nacional centralizado.³¹ Contudo, considerava que a tarefa proposta era realisticamente difícil, porém, já fixara diretrizes principais para uma organização que porventura viesse a ser criada. Assim, a *Carta da Jamaica* não pregava a unidade política institucional da América ibérica, mas indicava a agregação de diversas unidades administrativas como caminho para obtenção da liberdade junto à metrópole.

Em 1826, Bolívar planejava e estruturara o Congresso do Panamá. Pretendia, com esse evento, demonstrar e convencer os povos ibero-americanos, constituídos por governos livres e Estados independentes, da necessidade de unirem forças para lutar contra inimigos comuns. Os países tinham problemas internos e haviam sido abandonados por outras nações, restando somente a convergência. Bolívar vinha manifestando sua vontade por uma América Hispânica em diversas cartas enviadas ao General Santander e no documento *Um Pensamento sobre o Congresso do Panamá*. Bolívar idealizava essa comunidade de Estados assentada sobre normas comuns universais devidamente codificadas, garantidoras dos princípios da liberdade e autodeterminação dos povos, da igualdade e equilíbrio dos Estados (cf. Santos³²).

Dessa forma, desejava Bolívar a Inglaterra integrada à confederação, com o intuito de garantir a segurança internacional. Em troca, sinalizava para a possibilidade da constituição de uma zona de livre comércio entre os Estados-Membros. Tal situação representava uma contraposição à Santa Aliança e à Doutrina Monroe³³. Lembra Santos que, da gestão diplomática do congresso, ficou encarregado o General Santander, contrário a qualquer organização capaz de antagonizar com as forças regionais. Não querendo opor-se abertamente a Bolívar e ao ideal do Congresso, optou por fazer desse Congresso uma miscelânea de interesses diversos. Convidou todos os países e nações, independentemente da inclinação política e, assim, impediria a formação de uma confederação. A negociação dos conflitos e a manutenção

da paz - objetivos do Congresso - perderam-se com a grande Colômbia dividida em quatro países e todas as demais fragmentações na América Central, além da Guerra do Paraguai e dos EUA contra o México.

3.3 Novas tratativas, congressos e acordos posteriores.

O México, nos anos de 1831, 1838, 1839 e 1840, passou a convocar os participantes do Congresso do Panamá para novos congressos, mas nenhum deles se realizou. Entre 1847 e 1848, ocorreu o Segundo Congresso de Lima. Ali se reuniram os países convidados, contudo sem ratificações posteriores dos acordos, tendo sido criada a Confederação dos Estados. No Chile, em 1856, foi assinado um Tratado de Aliança e Assistência Recíproca entre Chile, Equador e Peru. A Monarquia brasileira continuava antagonizando os esforços americanos. No mesmo ano, em Washington, foi assinado o Tratado de Aliança e Confederação. Novamente em Lima, em 1865, nova fase começa a ser delineada, com o abandono das idéias confederativas de Bolívar, com o papel fundamental desempenhado pelo argentino Alberdi e com as preocupações centradas no comércio, transporte, comunicação e defesa. Nenhum dos pactos e tratados anteriores foi ratificado.³⁴

3.4 O Pan-americanismo.

Conforme as observações de Santos, o fim da ameaça dos colonizadores instala uma nova fase para a América Latina. Os projetos de união política cedem lugar para as relações intergovernamentais. Em Washington, no ano de 1889, foi instalada a I Conferência Internacional dos Estados Americanos. A ausência das ratificações necessárias transforma a Conferência num fracasso, mas a criação de um escritório permanente para oportunidades comerciais constituía-se numa vitória. Seguiram-se a I Conferência Internacional, as Conferências do México, em 1901, Rio de Janeiro, em 1903, e Buenos Aires, em 1910, quando o escritório comercial permanente transformou-se em União Panamericana. Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, as reuniões são interrompidas. Após 1919, Woodrow Wilson propõe um pacto nas Américas, semelhante ao que criara a Liga das Nações. Seguiram-se, ainda, as reuniões de Santiago, em 1923; Havana, em 1928; Montevideú, em 1933; e Lima, em 1938. Nesse período, não havia nenhuma disposição dos países americanos em encaminharem uma integração de qualquer natureza. Ademais, as diversas e crescentes propostas de integração política não logravam qualquer resultado concreto e apenas representavam um esforço diplomático de aproximação entres os Estados do Continente americano³⁵.

3.5 Organismos, tratados e associações: elementos recentes da integração americana.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, começaram a surgir novas vertentes interessadas, de fato, numa integração, não mais do tipo política, mas que pudesse implementar o desenvolvimento econômico entre

os países americanos, principalmente, entre os Estados latinos. Em 1948, ocorre a Conferência de Bogotá, com a finalidade de promover a solidariedade americana, assegurar a soberania e a cooperação econômica entre os Estados, criando a Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 1957, realizou-se a Conferência Econômica da OEA, na cidade de Buenos Aires, fundamentada nos estudos da Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina e Caribe (CEPAL), que nasceu junto com a Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas e que introduziu o conceito de cooperação regional nos anos cinqüenta, baseado num sistema de preferências comerciais como forma de acelerar o desenvolvimento econômico. Os estudos realizados pela CEPAL constataram inúmeros problemas, dentre eles a realização de comércio com países desenvolvidos em detrimento da realização de comércio com países fronteiriços. Raul Prebisch, no ambiente CEPAL, defendia a criação de um mercado regional sul-americano como forma de acelerar o processo de industrialização, situação almejada pela maioria dos governos latino-americanos³⁶.

Lembra Oliveira que, até o início do século XX, o pensamento dos cientistas sociais na América do Sul era marcado por teorias estrangeiras, que não possibilitavam a busca de respostas adequadas aos problemas locais. A teoria da dependência ousou ao romper com os conceitos estruturais e paradigmas externos, trazendo a lume elementos estruturais ignorados pelos cientistas sociais europeus e norte-americanos. Uma das correntes dependentistas é representada por cientistas sociais ligados à CEPAL (cf. Oliveira³⁷).

As inovações sugeridas resultaram no Tratado de Montevidéu de 1960, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), objetivando a criação de uma zona de livre comércio, e num futuro mais distante, de um mercado comum, eliminando, assim, barreiras comerciais, promovendo um melhor aproveitamento dos bens produzidos pelos integrantes do Tratado e estimulando as trocas entre os integrantes do bloco. Alguns dos instrumentos utilizados para a liberalização comercial eram as listas nacionais de concessão, negociadas a cada ano; as listas comuns reestruturadas a cada período de três anos e os acordos de complementação, firmados bilateralmente entre os integrantes da ALALC, com a possibilidade de estender as vantagens a terceiros integrados ao pacto. O Tratado era ambicioso e pouco flexível, tendo sido prejudicado pelos governos ditatoriais. A estagnação deu origem a um subgrupo andino que formou as bases da Ata de Barahona, em 1991, que marcou o surgimento do Pacto Andino, posteriormente, Comunidade Andina. Em 1969, na cidade de Brasília, é assinado o Tratado da Bacia do Prata – Argentina, Brasil, Bolívia, Paraguai e Uruguai – para aproveitamento conjunto dos recursos naturais da região. Em 1975, no Panamá, é criado o Sistema Econômico Latino-americano (SELA) de cooperação intra-regional (cf. Soares³⁸).

No ano de 1980, em Montevidéu, é criada a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Com o retorno de governos civis e da democracia, o continente iniciou de fato sua integração, pois a ALADI tinha como objetivo o estabelecimento gradual e progressivo de um mercado comum. Enquanto o escopo principal da ALALC era a eliminação, até 1980, de grande parte das restrições comerciais existentes entre os membros, a ALADI pretendia, além de um mercado comum regional, o desenvolvimento do comércio intra-regional, promovendo a regulamentação do comércio recíproco por intermédio de acordos bilaterais e de complementação econômica e o estabelecimento gradual de um mercado comum latino-americano. Assim, apresentava uma relativa flexibilidade e um propósito específico, que era o de compatibilizar os acordos bilaterais com o novo acordo. Não se pode olvidar de um elemento importante nesta observação, que se refere à conjuntura recessiva da ‘década perdida’ para os grandes pivôs do desenvolvimento latino-americano: Argentina, Brasil e México. As crises cambiais, financeiras e monetárias não permitiam uma tranquilidade que possibilitasse a liberalização do comércio regional e, assim, uma autêntica integração.

3.6 A integração do Cone Sul: grandes dificuldades a vencer.

Não restam dúvidas sobre a importância da superação, ou ao menos da minimização, das diferenças entre Brasil e Argentina no contexto das relações internacionais para a integração ou formação de um bloco regional na América do Sul. A ausência de qualquer dos dois países representa um demérito para qualquer associação regional local. Ambos possuíam e possuem significativa importância dentro do contexto americano, tanto no que tange a aspectos econômicos como a políticos e estratégicos. As relações Brasil e Argentina³⁹ sempre se mantiveram em compasso cauteloso: ambos temiam que o outro assumisse uma posição hegemônica na América do Sul. A interdependência, conforme assinalou Bandeira, era tão forte que acabava por inibir os conflitos, quaisquer que fossem as causas, compelindo-os, em meio a tensões e desconfianças, a empreenderem, periodicamente, esforços comuns para o entendimento e a cooperação⁴⁰.

Certamente, um dos elementos importantes na integração Brasil-Argentina decorre da superação da rivalidade estratégico-militar em relação à questão nuclear. Apesar do relativo fracasso do Programa Nuclear Civil brasileiro, o Programa Paralelo – conduzido pelos militares – demonstrou inovações que indicavam que “secretamente, as Forças Armadas iam percorrendo todos os degraus” para consecução de um artefato nuclear, prostrando os militares argentinos. Estes, contudo, investiram grande numerário no desenvolvimento e pesquisa nuclear e, ao final de 1983, obtiveram condições tecnológicas para o enriquecimento do urânio e tornaram-se também capazes de fabricar o artefato nuclear⁴¹.

A superação da rivalidade iniciou-se, de modo informal, com a aproximação dos cientistas argentinos e brasileiros, por meio de convites enviados

aos pesquisadores, e não às instituições. Nos anos setenta, algumas personalidades já esboçavam idéias com o intuito de unir os dois programas atômicos, evitando a corrida armamentista. Porém, somente nos anos oitenta o Acordo de Cooperação para o Desenvolvimento e Aplicação dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear é firmado⁴², sendo este, um passo posterior de um estudo que auferiu as características de cada um dos programas⁴³.

Não se olvide, ainda, do sistema hidrográfico da Bacia do Prata, que se constitui em elemento importante dentro do processo de integração regional dos países sul americanos. Este importante sistema fluvial, que toca os territórios argentino, boliviano, brasileiro, paraguaio e uruguaio ilustrou, por ocasião da construção da barragem de Itaipu, as diversas matizes de interesses envolvidos na exploração das águas do rio Paraná. Caubet relata que entre a decisão brasileira de construir uma barragem no rio Paraná – início do ano de 1960 – e o acordo final que possibilitava a realização do intento – acordo tripartite de 1979, entre a Argentina, o Brasil e o Paraguai –, decorrem mais de dezenove anos. Ante o abandono da posição pendular do Paraguai – característica das relações internacionais daquele país em relação Brasil e Argentina – e a tendência para apoiar o Brasil no caso Itaipu, as discussões ficaram polarizadas entre o eixo Brasília-Buenos Aires, que ultrapassaram o limite da competitividade e rivalidade para o nível de confrontação e crise⁴.

Lembra Oliveira que somente a restauração dos regimes democráticos possibilitou a assinatura da Declaração de Iguazu.⁴⁵ Esse documento possibilitou o surgimento de vários instrumentos de cooperação econômica com a Ata para Integração Brasileiro-Argentina, que objetivava criar um espaço econômico comum, com a abertura gradual e seletiva dos mercados nacionais dos membros, promovendo o estímulo à complementação econômica de setores da economia de Brasil e Argentina. A Ata para Integração Brasileiro-Argentina instituiu o Programa de Cooperação Econômica (PICE). O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento de 1988 foi a manifestação do desejo de constituir, no prazo máximo de 10 anos, um espaço econômico comum, por meio da liberalização integral do intercâmbio recíproco. Nessa época, cabe também destacar o Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas de 1990 e o Acordo de Complementação Econômica (ACE-14), que regulou as relações econômicas e sociais entre o Brasil e a Argentina de 1991 a 1994.

Num período mais recente, o Tratado de Assunção de 1991, visando à constituição do Mercado Comum do Cone Sul, seguido do Protocolo de Brasília de 1991, da Carta de Canela de 1992, do Cronograma de Las Leñas de 1992, e do Protocolo de Ouro Preto de 1994, estabeleceram mecanismos de aperfeiçoamento e aprofundamento da integração regional.

No ambiente latino-americano, são criados também a Comunidade do Caribe (CARICOM) em 1989; o Mercado Comum Centro Americano

(MCCA) e o Plano de Ação Econômico da América Central (PAECA), de 1990, que reúne Panamá, Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador e Nicarágua; e a Comunidade Andina (CAN), de 1991, que possui uma zona de livre comércio desde 1992, formada por Peru, Colômbia, Equador, Bolívia, e Venezuela⁴⁶.

A Iniciativa para as Américas (IPA), assinada em Washington, em 1991 – Tratado Jardim das Rosas ou 4+1 –, sugerida pelo Presidente Bush, pretendia criar uma zona de livre comércio do Alasca à Terra do Fogo, conhecida como Área Hemisférica de Livre Comércio (AHLC). Em 1992, o acordo *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) pretendia estender seu poder por todo o continente. Num período mais recente, as negociações envolvendo a ALCA dominaram a agenda diplomática dos Estados americanos. Todos as datas e eventos arrolados são considerados como manifestações da vontade de realizar uma integração americana. Apesar de transparecer uma ausência de compromisso ou uma falta de credibilidade nos próprios fins de uma integração, são as bases históricas que vão constituindo o objetivo futuro das Américas ou de uma América Latina unida.

4 ELEMENTOS DISTINTIVOS.

Afirmar que há uma só grande diferença entre os processos europeus de regionalização e os processos americanos ou latino-americanos é incorrer em equívoco, já que muitos são os fatores que impulsionaram o fenômeno. Porém, é inegável a existência de algumas diferenças nodais entre ambos os processos que, em última análise, influenciam todas as posturas adotadas por estes e aqueles países. A primeiras destas diferenças centra-se no fato de que, na formação do bloco europeu, o elemento político era mais significativo ou tão significativo quanto o elemento econômico. Nas Américas, de modo contrário, o elemento político nunca foi mais vigoroso que o econômico para fins de integração entre os países. Em resumo, pode-se dizer que, enquanto o processo de constituição das Comunidades Européias esteve particularmente centrado ou condicionado por elementos de natureza política, o desencadeamento da integração latino-americana foi, “ao nível teórico, produto do questionamento da teoria clássica do comércio entre os países industrializados e os países produtores de matérias-primas; e foi, ao nível prático imediato, produto dos efeitos negativos que o comércio internacional teve a partir dos anos 50 para as economias da região” (cf. Bieber⁴⁷).

O desenvolvimento da cooperação regional, no passado recente da América Latina, estava ligado à reestruturação das relações econômicas internacionais. O pronunciamento a partir de posições conjuntas no âmbito da CEPAL, o papel determinante na criação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), além das propostas dos países latino-americanos sobre a elaboração de uma carta dos direitos econômicos e um código de conduta transnacional deixavam transparecer tal entendimento. De modo contrário, toda carga histórica conflitiva que a

Europa carrega foi, como é, determinante quando da tomada de qualquer decisão no contexto plurilateral; influenciando a formação das Comunidades Européias e, posteriormente, da União Européia. De modo algum o elemento econômico é menos importante; contudo, divide o grau de relevância com o elemento político.

As duas conflagrações mundiais, a ameaça nuclear e a guerra fria inculcaram um aparente terror entre as nações européias, que viveram um longo período sob a égide do medo da guerra total. O fortalecimento político seria o passo mais importante para, em tese, manter seu espaço geopolítico, bem como sua importância nas decisões tomadas no espaço internacional. Por exemplo, poderia parecer despropositada a reunião dos Estados-membros da União Européia ao discutirem a situação da sucessão política interna de um dos seus membros quando, no primeiro semestre do ano 2000, o Partido da Liberdade – que congrega a direita radical na Áustria e é marcado por posições neonazistas – obteve cerca de 30% dos votos dos austríacos, condição de segundo partido mais votado, ficando apto a formar com os conservadores um governo de coalizão. Ou seja, decorridos mais de cinquenta anos do fim da Segunda Guerra Mundial, o combate às teses nazi-fascistas continua pautando a ação dos governos democráticos e da sociedade européia.

No contexto americano, logo no latino-americano, é inegável que, de forma explícita ou mimetizada, o poder dos norte-americanos sempre operou interferências inconcebíveis; não seria ousado afirmar que não há um só país latino-americano que tenha ficado livre daquela ingerência. Apesar da Carta das Nações Unidas há muito ter consagrado o princípio da não-intervenção como um importante suporte para as relações internacionais, e da Assembléia Geral, utilizando-se de resoluções, ter ampliado o entendimento concernente ao princípio, dando contornos claros e significativos, pouco se alterou no cenário latino-americano.

O comportamento político externo norte-americano poderia ser um elemento motivador para um trabalho conjunto de rechaçamento desse perfil, havendo, portanto, um motivador político para os latino-americanos reconhecerem a necessidade de estabelecer vínculos mais estreitos de fortalecimento conjunto. Apesar destes fatos terem sido amplamente trabalhados dentro da academia, tendo sido concebidas teorias e teses sobre o tema, jamais aqueles fatos, que demonstravam o poderio norte-americano se imiscuindo na ‘vida’ da maioria dos Estados latino-americanos, conseguiram obter uma condição de unanimidade ou de importância que lhes assegurassem a observação e legitimação, a ponto de tornarem-se bandeiras não somente dos movimentos de revolucionários ou de simples resistência, mas sim um mote político latino-americano. Um importante fato político foi a condenação dos EUA perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), no *Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua* -

Nicaragua v. United States of América, na data de 27 de Junho de 1986, quando ficou amplamente documentada a postura norte-americana em relação aos países latinos, notadamente em relação à Nicarágua.⁴⁸

Hoje, lembra Lowenthal, cinco grandes mudanças internacionais ocasionaram transformações no contexto das relações entre Estados Unidos e América Latina: i) o desmoronamento da União Soviética; ii) o fim da Guerra Fria e a afirmação dos Estados Unidos como potência mundial dinâmica; iii) a legitimação generalizada da democracia política e do livre mercado; iv) a propagação do poder econômico para a Europa e a Ásia; v) a reestruturação básica da economia mundial⁴⁹. Contudo, não há qualquer indicativo concreto que permita afirmar que o desejo de integração das Américas possa suplantar as dificuldades relacionadas ao unilateralismo norte-americano. Ainda não se instituíram argumentos de natureza trans-econômica para os Estados americanos.

Um segundo elemento que pode ser apontado como importante e que traça uma distinção significativa entre os processos de integração européia e os americanos refere-se ao procedimento adotado na tomada de decisões. É um dos fatores que pode ser considerado como decisivo na dinamização da integração regional européia e que se refere à supranacionalidade. Este elemento é um catalisador importante, na medida em que torna a política integracionista independente das contingências políticas internas de cada Estado-membro. Ocorre, portanto, uma descentralização do poder dos Estados, que se abstém de atuar seus objetivos políticos, em direção a uma centralização coordenada pelos órgãos ou instituições supranacionais que impulsionam a política do bloco. Interessante notar que o conceito de supranacionalidade recebeu *status* normativo já em 1951, com o Tratado de Paris, que criou a CECA.

Como lembra Oliveira, os elementos essenciais ao pressuposto da supranacionalidade são: a) o reconhecimento da existência de um interesse comum e de valores comuns; b) a criação de um poder efetivo ao serviço destes interesses; c) a autonomia deste poder; d) a imediatidade do exercício de poder e sua imperatividade. Estes pressupostos devem necessariamente ser associados à existência de três condições básicas, são elas: a) os Estados integrantes tenham transferido o exercício de competências soberanas à organização; b) que a organização seja independente de seus membros; c) que as declarações de vontade da organização possam ser emitidas independentemente das adesões dos Estados e que produzam diretamente efeitos sobre esses Estados e pessoas⁵⁰.

Os sistemas adotados nos processos de integração americanos diferem significativamente do modelo europeu. E esta questão é sempre referida como um problema central no processo de integração, tendo sido considerada como um entrave à ampliação, ao crescimento e amadurecimento dos diversos blocos. Muitos estudiosos defendem que desde logo deveriam ser criados

órgãos comunitários com autonomia para conduzir o processo de integração com mais afinco. Contudo, tal postura é inaceitável para os membros, pois a idéia de soberania permeia o discurso dos que defendem as idéias intergovernamentais, e aquela é absoluta, indivisível, imprescritível e inalienável. Almeida entende que a opção por estruturas do tipo intergovernamental, submetidas a regras de unanimidade, foi ao entender dos países-membros, no caso do Mercosul, a mais adequada à etapa atual do processo integracionista em escala sub-regional, já que não parece necessária a adoção de tal medida para implementação das ações relacionadas à livre-circulação de bens e serviços e a instituição da tarifa externa comum⁵¹.

5 ELEMENTOS DE APROXIMAÇÃO.

Do ponto de vista histórico, observam-se diferenças substanciais entre a formação de blocos de cooperação conduzidos nas Américas e na Europa. Contudo, há confluências que se destacam e que podem ser apontadas: i) o período em que surge como vontade organizada; ii) os objetivos desenvolvimentistas; iii) os reflexos de um momento político internacional – evitar a expansão do sistema bipolar na forma de alinhados não alinhados; iv) fazer frente ao poder político e econômico dos Estados Unidos.

A primeira delas refere-se ao período em que ganha força o ideal integracionista tanto na Europa como na América Latina, na segunda metade dos anos quarenta e durante toda a década seguinte. Nesse período, a cooperação deixa a especulação para concretizar-se na forma de tratados ou acordos. Em relação à observação dos mesmos e ao cumprimento dos prazos, as diferenças são muitas. Apesar do Mercosul, por exemplo, não ter formalmente iniciado neste período, não se pode negar que todas as bases dos diversos processos de regionalização presentes nas Américas começaram de uma forma mais consistente no período assinalado.

O seguinte elemento, apontado como similar nos processos analisados, é a opção pela integração como reflexo de teses desenvolvimentistas, que vislumbravam: i) uma maior eficiência na produção, pela especialização crescente dos agentes econômicos; ii) altos níveis de produção pelo maior aproveitamento das economias de escala permitidas pela ampliação de mercado; iii) melhor posição de barganha no plano internacional, em virtude das dimensões ampliadas da nova área, melhorando os termos de intercâmbio; iv) mudanças positivas na eficiência econômica dos agentes; v) transformação na qualidade e quantidade dos fatores de produção e avanço tecnológico; vi) mobilidade de fatores através das fronteiras entre os países-membros, permitindo uma alocação otimizada de recursos; vii) coordenação de políticas monetárias e fiscais num sentido teoricamente mais racional, já subordinadas a uma lógica impessoal não à pressão de grupos setoriais ou correntes politicamente influentes em escala nacional; viii) os objetivos do pleno emprego, altas taxas de crescimento econômico e de uma melhor dis-

tribuição de renda tornar-se-iam metas comuns.⁵² Em resumo, os processos integracionistas buscam melhorar as condições econômicas dos membros.

O terceiro elemento apontado como particular aos dois processos é decorrente do momento político internacional caracterizado pela bipolaridade, onde muitos dos não-alinhados buscavam uma independência geopolítica, criando condições e ganhando força para marcar um espaço no contexto internacional, criando sistemas continentais de defesa – Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, de 1947, e Comunidade Européia de Defesa, de 1952. Enquanto os soviéticos provocavam a desconfiança dos Europeus, pelo fato de estarem no centro da Europa bem como na Europa Oriental, os norte-americanos, com sua postura pouco amistosa – *big stick* –, produziam uma insegurança constante para os países latino-americanos⁵³.

Foi em meio ao desenrolar da Guerra da Coréia, em 1952, que se elaborou, às pressas, um projeto de defesa comum para a Europa, a chamada Comunidade Européia de Defesa (CED). Não logrou êxito, possivelmente, pela aspiração ambiciosa de colocar todas as forças armadas sob o mando de um poder supranacional. O projeto da constituição da CED ficou conhecido como Plano Beyen, e sua estrutura foi aproveitada como base para o Tratado de Roma de 1955, já que, apesar de ser um acordo setorial, havia alguns dispositivos básicos secundários que preparavam um mecanismo paralelo de integração econômica. Apesar de o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR) anteceder ao Mercosul, não se pode negar que o assunto ‘defesa conjunta’ sempre interessou os latino-americanos e, em especial, Argentina e Brasil.

O último dos elementos apontados como objetivo do processo de integração europeu e latino americano é o de fazer frente ao poder político e econômico dos EUA. Neste sentido, terminada a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos possuíam cerca de metade da riqueza do mundo – a produção industrial quase quadruplicou em escala durante a fase beligerante –, tinham o maior poder militar, segurança sem precedentes e os inimigos distantes. Dominavam ambos os oceanos, as regiões mais ricas, as maiores reservas energéticas do mundo e os recursos críticos⁵⁴.

Logo nos estágios iniciais da Segunda Guerra Mundial, planejadores norte-americanos observavam que estariam em posição de organizar grande parte do mundo. No período de 1934 a 1945, amplos estudos sobre o mundo pós-guerra foram trabalhados pelo Departamento de Estado, que reuniu círculos financeiros e corporativos internacionalmente orientados e planejadores daquele próprio Departamento.

Chomsky lembra o que foi um projeto que recebia o nome de “grande área”, formando uma economia mundial integrada que satisfaria as necessidades da economia norte-americana e lhe forneceria “[o] campo de ação necessário a fim de sobreviver sem maiores reajustamentos” – ou seja, sem a

modificação da distribuição doméstica de poder, riqueza, propriedade e controle⁵⁵.

Este poderio produzia efeitos no continente europeu e nas Américas. Como referido anteriormente, os países latinos não souberam aproveitar estes elementos como um catalisador do processo integracionista, libertador e desligado de situações particulares ocasionais. Ainda, especificamente em relação à Europa, o passado reverberará em toda a trajetória política posterior, logo, nas ações, buscando compor os litígios profundos.

A América Latina, bem como os membros do Mercosul, não teve o mesmo destino. As conflagrações neste continente tiveram uma repercussão menor – apesar de sangrentas e dolorosas – e não poderiam ser consideradas determinantes para uma união de qualquer natureza. Porém, o dado comum aqui se refere aos sistemas de dominação econômico político – definidos em ordem temporal crescente como mercantilismo, colonialismo e imperialismo – levados a efeito por governo de países centrais, notadamente em relação ao imperialismo norte-americano.

Enfim, os elementos apresentados possibilitam observar uma semelhança muito acentuada nas motivações que conduziram ambos os diversos processos de integração. Logo, surgiria a indagação: por que um dos processos conseguiu centralizar-se sobre um só bloco, enquanto o outro processo fragmentou-se e, dentro destas fragmentações cada processo sub-regionalizado, manteve-se pouco operante?

Certamente que o elemento diferenciador entre a confluência de forças no âmbito europeu e no americano é marcadamente muito forte. Sendo assim, um processo embasado sobre objetivos políticos diverge em essência de um fundado em objetivos unicamente econômicos. Aspectos culturais, políticos em sentido estrito, sociais e filosóficos não podem ser desconsiderados. Contudo o diferencial mais significativo transparece ser o político, conforme anteriormente indicado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do ponto de vista político internacional, a integração corresponde a um processo ou estado, onde diversos Estados, de diferentes nacionalidades, decidem formar um grupo regional. Os objetivos almejados nesse processo podem ser os mais variados, sendo que, contemporaneamente, o econômico tem sido manifestado de modo mais significativo.

O regionalismo, que foi, nesse caso, o instrumento de implementação do crescimento econômico, tentou fazer frente ao fenômeno da mundialização dos mercados com a proteção dos mercados regionais. Tanto as Américas como a Europa apresentam um rico e antigo histórico de antecedentes em relação à tentativa de formação de unidades de integração; obviamente com algumas aproximações e muitas diferenças.

A observação dos fatos marcantes no decorrer do tempo aponta uma similitude no desejo de formação de grandes confederações, culminado com as coletividades de integração ou cooperação. Ainda, elementos de aproximação demonstram particulares semelhanças entre os movimentos analisados, como as relacionadas ao período em que surgem como vontade organizada; em relação aos objetivos desenvolvimentistas; em relação aos reflexos de um momento político internacional – evitar a expansão do sistema bipolar na forma de alinhados não alinhados; e a de fazer frente ao poder político e econômico dos Estados Unidos.

Os dados compilados não permitem estabelecer um juízo definitivo sobre os motivos pelos quais os processos de integração europeia e americanos são tão dispares em seus resultados atuais. Contudo, num juízo parcial e inconcluso, é possível eleger elementos que, por sua natureza ampla, possam abarcar importantes causas dessas evoluções, porém não referidos, além de satisfazerem minimamente o questionamento introdutório.

Assim, enquanto na formação do bloco europeu, o elemento político mostrou-se mais significativo que o elemento econômico, nas Américas, o elemento político nunca foi mais vigoroso que o econômico para fins de integração entre seus países, apesar de terem existido motivos para a formação ganhar tonalidades mais políticas. Isso pode ser apontado como motivador da diferença do grau de evolução entre os processos.

A alegação em relação ao instrumento de empuxo supranacional como motivador da integração não deixa de ser relevante, porém incluído no elemento maior que é o da construção de um fenômeno político capaz de unir sobre sua regência todos os elementos de uma integração regional.

Enfim, não restam dúvidas que os elementos históricos significativos presentes no continente europeu – como se estivessem constantemente repetindo a máxima de Santayana: “os que não se podem lembrar da experiência estão condenados a repeti-la” – deram nascimento a um fenômeno amplo, que acabou por formar uma das expressões políticas mais notáveis do pensamento humano nos últimos tempos, chamada de União Europeia.

¹ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994, p. 58-61.

² *Id. ibidem*, p. 58-63.

³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. Marcos Antônio A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 24-40.

⁴ OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Europeia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 84.

⁵ Alemanha e França continuavam discutindo em função da Alsácia-Lorena, França e Itália travam guerra aduaneira. França tentava acordar com Inglaterra em relação às colônias africanas. Rússia e Inglaterra estiveram na eminência de um conflito em função das colônias na Ásia. Russos e franceses

havam firmado aliança secreta defensiva contra a Alemanha, ambos tinham interesses comuns que era de reduzir o poderio inglês. A Inglaterra ressentia-se pelo fato de ter surgido uma nova rival – Alemanha – marítima, colonial, industrial e comercial.

Confira: 1) *EUROPA passo a passo*: cronologia da comunidade europeia. Luxemburgo: Oficina das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1983; e 2) RÉSUMÉ des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) [fond] Arrêt du 27 juin 1986. Sítio da CIJ : <http://www.icj-cij.org>.

⁶ A primeira crise foi a marroquina, provocada por um discurso de Guilherme II no ano de 1905, que prometeu proteger a independência de Marrocos, contrariando os interesses franceses que, desde 1900, por intermédio de sucessivos acordos com Itália, Grã-Bretanha e Espanha, buscava estabelecer ali um protetorado. A segunda é a da Bósnia-Herzegovina de 1908-1909. O Império Austro-Húngaro almejava destruir a Sérvia, mas as tentativas econômicas não resultaram exitosas. Como a propaganda Sérvia era forte na Bósnia-Herzegovina, aqueles resolveram anexar este território nominalmente turco. Os sérvios protestaram e pediram ajuda aos russos, que detinham um exército fraco e seriamente avariado em função da aniquilação conduzida pelos japoneses na Manchúria, então, os russos pediram ajuda aos franceses, que não desejavam uma guerra nos Bálcãs. A crise conseqüente é novamente marroquina. Imperava profunda desordem em todo Marrocos, sendo confiada à França a polícia dos principais portos do país – recebeu a incumbência em 1906, após a primeira crise, durante a conferência de Algerias, quando a idéia de internacionalização do território marroquino, defendida pela Alemanha, fora descartada. Em abril de 1911, o sultão Hafid, encontrava-se cercado por rebeldes, tendo pedido ajuda aos franceses estes não hesitaram em enviar tropas para o interior do país. Alemães protestaram colocando uma canhoneira no porto de Agadir. Russos deram troco à França negando apoio contra alemães, ingleses receosos com o poderio naval alemão incentivam acordo. Resultou, pois, num grande acordo colonial franco-alemão, que liquidou as desavenças coloniais entre os dois países.

A quarta é novamente uma crise nos Bálcãs. O Império Otomano desmoronava na Europa, já havia perdido, Grécia, Sérvia, Romênia, Montenegro, Bulgária, Rumélia Oriental, Bósnia-Herzegovina. Bulgária, Sérvia e Grécia desejam o restante do território turco europeu, formaram aliança, e derrotaram turcos em poucos dias. Bulgária tinha pretensão maior e não houve acordo na divisão do espólio, atacara sérvios e fora derrotada em quinze dias. Áustria-Hungria pretendia apoiar búlgaros, mas Alemanha a desanimou. (DUROSELLE, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias*: vida política e relações internacionais. Trad. Olívia Krähenbühl. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1985, p. 49-58).

⁷ HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 36-38.

⁸ TAMAMES, Ramón. *La Unión Europea*. Madrid: Alianza, 1994, p. 4-5.

⁹ *Id. ibidem*, p. 5.

¹⁰ De modo contrário, em 10 de dezembro de 1931, Lord Cecil disse à Assembléia da LDN, que dificilmente teria havido um período na história do mundo em que a guerra parecesse tão pouco provável quanto aquele em que viviam. (CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise: 1919-1939*: uma introdução ao estudo das relações internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: UnB, 1981, p. 46).

¹¹ HOBBSBAWM, *op. cit.*, p. 44-45.

¹² Para Hobsbawm, a expansão imperialista e suas contradições foram as causas históricas subjacentes da Segunda Guerra Mundial, tendo sido a Alemanha e uma determinada classe dirigente alemã apoiando Adolf Hitler que a causou. “Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras: Adolf Hitler”. (HOBBSBAWM, *op. cit.*, p. 43).

¹³ THORSTENSEN, Vera. *Comunidade Europeia: a construção de uma potência econômica*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 31.

¹⁴ “Debemos crear un germen de Estados Unidos en Europa ¿ Por qué no podría existir una agrupación europea, que daría un sentido de patriotismo más grande y de ciudadanía común a los pueblos de este poderoso continente? ¿Y ¿ por qué esta agrupación no habría de ocupar el lugar que le corresponde entre las demás agrupaciones? (CHURCHILL *apud* TAMAMES, *op. cit.*, p. 7).

¹⁵ Tratava-se de uma associação de europeístas formada pelas *United Europe Movement, European Union*

of *Federalists, Liga Europeia de Cooperación Económica*, posteriormente a associação passou a chamar-se “Movimento Europeu”, mesmo movimento responsável pelas importantes conferências de Westminster. (TAMAMES, *op. cit.*, p. 7).

¹⁶ HONRUBIA, Victoria Abellán. COSTA, Blanca Vilà (org.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 14.

¹⁷ Congresso de Haia apontava a fórmula da união ou federação dos Estados europeus, enquanto o Conselho da Europa surgia como uma organização internacional de cooperação política entre os Estados, ideologicamente o Conselho da Europa firmava em seu preâmbulo “o respeito aos valores espirituais e morais comuns aos povos que são a origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais se funda a democracia”. (HORUMBIA, 1994: 14-15)

¹⁸ TAMAMES, *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁹ “The Marshall Plan paved the way for a rapid rebuilding of Europe, where the United States encouraged reconciliation and a commitment to economic integration”. (AMIN, Samir. *Re-reading the Postwar Period: An Intellectual Itinerary*. Trad. Michael Wolfers. New York: Monthly Review, 1994, p. 26).

²⁰ ALMEIDA, Paulo Roberto. *O MERCOSUL no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993, p. 55.

²¹ *Id. ibidem.*, p. 55-57.

²² “Desde el Plan Marshall y el Plan Schuman, el apoyo americano para la unión de Europa, jamás há disminuido. Puedo testimoniar aqui mi propia experiencia de que este apoyo ha sido el más grande valor en la acción que nos ha conducido al punto a que hemos llegado en la unificación de Europa. Por primera vez en lá Historia, el país más poderoso del mundo ha ayudado a otros a unirse, en lugar de seguir la vieja máxima de divide y vencerás. (MONNET *apud* TAMAMES, *op. cit.*, p. 12).

²³ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 57.

²⁴ OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Européia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 85-86.

²⁵ Na ótica de Amin, a CECA, bem como outras instituições desenvolvimentistas européias, decorriam do interesse estratégico norte-americano. “The Marshall Plan paved the way for a rapid rebuilding of Europe, where the United States encouraged reconciliation and a commitment to economic integration. The Organization for European Economic Cooperation was created, which became the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in 1961; it was followed by the Council of Europe in 1949, the European Coal and Steel Community (ECSC) in 1951, and the Treaty of Rome in 1957. These bodies were not conceived to build a Europe able to compete with the United States and achieve autonomy, but to create a subsystem of an open worldwide system necessary for U.S hegemony.” (AMIN, *op. cit.*, p. 26).

²⁶ OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Européia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 83.

²⁷ O coeficiente de integração diz respeito à troca comercial entre os países que formam um bloco como a percentagem do comércio total que realiza este bloco. (BIEBER, León E. Paralelos e diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina. In: PLÁ, Juan Algorta (org.). *O Mercosul e a Comunidade Européia: uma abordagem comparativa*. Porto Alegre: UFRGS, 1994, p. 26).

²⁸ ARNAUD, Vicente Guillermo. *Mercosur – Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 30-39.

²⁹ Santa Aliança era formada por Rússia, Áustria, Prússia, França, fundamentava-se no Protocolo de Troppau de 1820, visava defender interesses monárquicos e absolutistas, apoiando medidas contrárias as revoluções liberais em qualquer parte do território europeu (*loc. cit.*).

³⁰ Em seu trecho inicial: “Eu desejo, mais do que qualquer outro, ver formar-se na América a maior nação do mundo, menos por sua extensão e riqueza do que pela sua liberdade e glória. Ainda que aspire à perfeição do governo de minha pátria, não posso persuadir-me de que o Novo Mundo seja, no momento, regido por uma grande república; como é impossível, não me atrevo a desejá-la e menos ainda

uma monarquia universal da América, porque este projeto, sem ser útil, é também impossível. Os abusos que atualmente existem não reformariam e nossa regeneração seria infrutífera. Os Estados americanos têm necessidade dos cuidados de governos paternais que curem as chagas e feridas do despotismo da guerra”. (BELLOTO *apud* SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *MERCOSUL e arbitragem internacional comercial*: aspectos gerais e algumas possibilidades. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 19).

³¹ Nadie, quizás, avizoró com más profundidad e insistencia que el Libertador Simón Bolívar la necesidad de formar en nuestro continente una gran “Nación de Repúblicas” y los peligros de no lograrlo. (VACCHINO, Juan Mario. Esquemas latinoamericanos de integración: problemas y desarrollos. *Pensamiento Iberoamericano*, n. 15, ene./jun. 1989, p. 57).

³² SANTOS, *op. cit.*, p. 23-26.

³³ Para Chomski, a Doutrina Monroe representava uma simples tentativa do governo norte-americano de afastar em definitivo a Inglaterra das Américas, é o que se depreende da observação do texto O Maior “Prêmio” da História, na parte intitulada: Atualizando a Doutrina Monroe, onde o autor analisa a tomada de poder em definitivo por parte das companhias petrolíferas norte-americanas na península arábica e a relegação dos britânicos a um papel secundário. (CHOMSKY, Noam. *Novas e velhas ordens mundiais*. Trad. Paulo Roberto Coutinho. São Paulo: Scritta, 1996, p. 237-240).

³⁴ Peter Nehemkis Jr., em sua obra *Latin América: Myth and Reality*, editada em 1964, assim apresentava o problema da união latino americana: “América Latina, de no começar a pensar y actuar como potencia continental, no tendrá futuro en el escenario mundial. En el mundo contemporáneo, formado por bloques económicos y de poder, no hay lugar para anacronismo político de las soberanías del café, el estaño, la banana, y el azúcar. América Latina está ansiosa de ser respetada. Pero, ¿ qué respeto puede haber para una estructura política balcanizada y dividida por rivalidades menores y rencillas, apenas controlables, que prefiere argumentaciones domésticas a soluciones continentales ?” (*Apud* GAY, Gaston de Prat. *Política internacional del grupo latinoamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 16).

³⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 33-34.

³⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 63-67.

³⁷ OLIVEIRA, Maria Odete de. Paradigma da Dependência. In: BEDIN, Gilmar Antonio. et. al. *Paradigmas das relações internacionais*: idealismo, realismo, dependência, interdependência. Ijuí: UNIJUÍ, 2000, p. 163-164.

³⁸ SOARES, Esther Bueno. *Mercosul: desenvolvimento histórico*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 15-40.

³⁹ Para uma exaustiva e completa abordagem das relações entre Brasil e Argentina ver: BANDEIRA, Moniz. *O eixo Argentina-Brasil: o processo de integração da América Latina*. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

⁴⁰ BANDEIRA, Moniz. *Estado nacional e política internacional na América Latina: o continente nas relações Argentina - Brasil (1930-1992)*. 2. ed. São Paulo: Ensaio, 1995, p. 26.

⁴¹ OLIVEIRA, Maria Odete de. A integração bilateral Brasil-Argentina: tecnologia nuclear e Mercosul. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993, ano 41, n.1, p. 5-23, 1998, p. 5-12.

⁴² Oliveira arrola mais de 26 documentos – tratados, acordos, protocolos, declarações, convênios – assinados de 1980 a 1992, referentes a questão nuclear entre Argentina e Brasil. (OLIVEIRA, Maria Odete de. *A integração nuclear Brasil-Argentina: uma estratégia compartilhada*. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 176-180)

⁴³ OLIVEIRA, Maria Odete de. A integração bilateral Brasil-Argentina: tecnologia nuclear e Mercosul. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993, ano 41, n.1, p. 5-23, 1998, p. 12-14.

⁴⁴ CAUBET, Christian Guy. *As grandes manobras de Itaipu*: energia, diplomacia e direito na Bacia do Prata. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 15, 115, 138-142.

⁴⁵ Tinha dois objetivos: (...) “criar um Grupo de Trabalho Conjunto de alto nível presidido pelos Ministros de Relações Exteriores dos dois países, e firmar os compromissos de cooperação nuclear

pacífica". (OLIVEIRA, Maria Odete de. A integração bilateral Brasil-Argentina: tecnologia nuclear e Mercosul. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993, ano 41, n.1, p. 5-23, 1998, p. 14).

⁴⁶ SOARES, *op. cit.*, p. 15-40.

⁴⁷ BIEBER, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁸ A agravante neste caso refere-se ao desfecho, qual seja, o não acatamento por parte dos EUA da decisão da CIJ, praticando ato ilícito em função do artigo 94 da Carta das Nações Unidas. Na busca da "execução forçada" da sentença por parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas, este viu-se "engessado" pelo fato dos Estados Unidos ser membro do Conselho, sendo necessário que ou os Estados Unidos votasse contra si, ou renunciasse seu voto (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 368).

⁴⁹ LOWENTHAL, Abraham F. Os Estados Unidos e a América Latina na década de 90: interesses e políticas norte-americanas em mudança em um novo mundo. *Política Externa*, v. 1, n. 3, dez. /jan. /fev. 1992-93, p. 147.

⁵⁰ OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Européia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 68-69.

⁵¹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 130-131.

⁵² Os tópicos arrolados são considerados vantagens possíveis que o Brasil teria se desenvolvesse uma Zona de Livre Comércio, logo adaptado para o presente texto, já que externalidades positivas de qualquer processo integracionista (*Id. ibidem.*, p. 204).

⁵³ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. O princípio da não-intervenção e a ingerência humanitária: considerações iniciais sobre a proteção internacional dos direitos humanos por intermédio das forças armadas. In: Danielle Annoni (org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 361-370.

⁵⁴ CHOMSKY, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁵ *Id. ibidem.*, p. 110.

ABSTRACT

The article examines the history of regional integration in Europe and in the American continent. It points out similarities in the motivations that led to the implementation of initiatives aimed at integration, especially the promotion of economic development. On the other hand, the author highlights that the greater emphasis on the political element found in the European Union was essential for deepening integration in Europe, as compared to similar projects in America.

KEYWORDS

International Relations, Regional Integration, Economic Development, International Politics

FLUIDEZ DO DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO E O RETROCESSO NO ÂMBITO DOS DIREITOS SOCIAIS: SINÔNIMO DE (PÓS)MODERNIDADE?

Sandra Helena Lima Moreira*

1 Introdução. 2 O advento da sociedade industrial e a emergência do trabalho “livre”, assalariado e em conflito. 3 Síntese conclusiva.

RESUMO

O texto aborda criticamente o conceito de modernização quando relacionado à desregulamentação dos direitos trabalhistas. Argumenta que está ocorrendo de fato, um retrocesso nas relações entre capital e trabalho que remonta às formas não protecionistas existentes no final do século XIX e início do século XX. O sentido de modernidade objetiva, exclusivamente, legitimar ganhos de produtividade adequados ao contexto global de reestruturação produtiva, através da redução de custos financeiros e precarização das condições de trabalho, incompatíveis com o padrão de direitos próprio do Estado Democrático.

PALAVRAS-CHAVE

Direito. Trabalho. Modernização. Flexibilização. Reestruturação Produtiva.

1 INTRODUÇÃO.

Não há como delimitar precisamente a modernidade, nem com um corte temporal, nem em substância. Por se tratar de um fenômeno com variáveis tão extensas quanto profundas na sociedade humana, tem-se referência de aspectos modernizantes emergindo na sociedade européia, já a partir do século XVI: a Reforma Protestante, Galileu Galilei e seus procedimentos metodológicos de observação e experimentação; Francis Bacon, que já defendia a aplicação científica à indústria como forma de obtenção do progresso; século XVII: René Descartes e o desenvolvimento do método científico fundamentado na razão, século XVIII: o Iluminismo, Revolução Industrial e a institucionalização do sistema capitalista e do trabalho assalariado,

* Professora de Sociologia Geral e do Direito e de Criminologia do Curso de Direito da Faculdade CHRISTUS; Professora de Sociologia da Educação do Curso de Pedagogia da Faculdade CHRISTUS. Especialista em avaliação institucional pela UNB, mestre em Sociologia e doutoranda em Educação pela Universidade Federal do Ceará.

Revolução Francesa, Estado Liberal, etc. (cf. Andrey¹; Touraine²). É assim porque as demarcações mais significativas dos processos sociais não transcorrem de modo linear nem homogêneo, daí ser necessário para uma análise mais criteriosa, considerar-se a trajetória das transformações, das forças que as desencadeiam e das que resistem, bem como dos elementos de fortalecimento e dos de neutralização tanto do “velho” quanto do “novo”. Tal advertência serve para em princípio, alertar-se para o fato de que as categorias aqui utilizadas sobre a modernidade não seguem generalizações como uma abstração que paira sobre todas as sociedades, cujo advento teria sido coroado no século XVIII.

Os fenômenos que caracterizam a modernidade e que fizeram dela um paradigma civilizador, por mais amplos que sejam e, efetivamente o são, significaram para os mais exemplares nomes da filosofia e da ciência - em síntese, o triunfo da razão. O reconhecimento pelo homem da ordem do mundo através da racionalidade, o “cair em si”, desencadeou o advento da ciência que substituiu a “revelação divina” pelo método científico e a possibilidade real do homem guiar seu próprio destino, agindo segundo leis ordenadas pela vontade geral consubstanciadas num “contrato social”, a substituição da arbitrariedade de uma sociedade estratificada em “três estados” congelados, para um único Estado de Direito, regido pelo mercado, fundamentado na igualdade e na democracia, enfim, a humanidade agindo segundo suas leis, avançaria através das múltiplas variáveis da modernidade em relação à abundância, à liberdade e à felicidade.

Evidentemente que o elenco de características da modernidade é muito vasto, mas nem por isso deixou de ser ao longo do tempo, além de festejado, também contestado ou mesmo rejeitado, pelos já conhecidos “críticos da modernidade”, conforme Touraine³, Kurz⁴, dentre outros.

Partindo-se do princípio de que a modernidade, por ser um fenômeno social, é necessariamente histórico, no sentido de que cada fragmento que o constitui é condicionado pelo confronto dialético de forças sociais, sejam elas econômicas ou sócio-políticas e culturais, bem como circunscrevem-se num tempo possível de acontecer, pode-se afirmar que enfoques diferentes podem considerar aspectos essenciais constituintes da modernidade como mera abstração ou como realidade, dependendo do lugar no qual se observa os acontecimentos, a posição que se ocupa ou, em que corrente de força social engaja-se a análise dos fenômenos.

Situando-se nesses limites de compreensão, a categoria trabalho emergiu no contexto da modernidade como fenômeno “novo” se considerar-se as formas inovadoras de tensões, acordos, desacordos e enfim, das relações que se estabeleceram entre capital e trabalho. É imprescindível esclarecer, entretanto, que o trabalho humano tomado em sua forma de relacionamento do homem com a natureza é um fenômeno que em hipótese alguma pode em sua essência ser considerado algo novo porque é ontológico à sua existência,

mas reveste-se do “novo” pelo caráter de conflito que assume, possibilitado pelo ambiente de “liberdade” inaugurado com a modernidade, que foi a nova configuração do trabalho, em assalariado.

O objetivo deste artigo é apresentar argumentações no sentido de que as relações entre capital e trabalho na modernidade inauguram um caráter de conflito, que se arrasta pelo século XIX e chega ao final do século XX, para transformar-se numa abstração que converge lados opostos historicamente em “parceiros”, no período hoje configurado como pós-modernidade, como indicam Harvey⁵, Lyon⁶ e Bell⁷. Ao lado da mudança de percurso (ou de conceituação) que as relações entre capital e trabalho engendram, observar a trilha que o Direito do Trabalho desenhou e identificar em que momentos ele foi e porque foi um componente de fato da modernidade ou, uma mera abstração no contexto pós-moderno.

O lugar que a autora desta análise ocupa, é lícito esclarecer, é aquele que sem abrir mão do critério da racionalidade lógica amparada em dados concretos (sem o qual estaria irremediavelmente desqualificada para os parâmetros validados pelos teóricos da modernidade e nem tanto para os da pós-modernidade), não se deixa obnubilar por um manuseio acrítico das informações, pela conscientização de que o formalismo exclusivo esfumaça a substância das coisas e que, assume, deixa “escorregar” - apesar do autocontrole exercitado - a condição de sujeito humano, político e social comum a todos, independente e involuntariamente presente em qualquer lugar que se esteja.

2 O ADVENTO DA SOCIEDADE INDUSTRIAL E A EMERGÊNCIA DO TRABALHO “LIVRE”, ASSALARIADO E EM CONFLITO.

Sem dúvida, um dos grandes paradigmas de transformações que emergiram na modernidade, foi o advento da ciência e sua aplicação no desenvolvimento do setor produtivo. A Revolução Industrial, ao tempo em que se elevou como fenômeno econômico de maior envergadura no contexto moderno, desdobrou-se numa “calda” de outros fatores que transmudaram a face social, especialmente na sociedade europeia do século XVIII. Assim, cada avanço da sociedade industrial rebateu em desintegração e solapamento de costumes e valores medievais, novidades supervalorizadas por uns, nem tanto por outros. A Revolução Industrial destruiu o artesanato independente, submetendo-o a uma severa disciplina nas manufaturas, a obrigações mais rígidas tanto de conduta quanto no fator produtividade, pela imposição de jornadas de trabalho mais prolongadas. Inseriu mulheres e crianças trabalhando no mínimo 12 horas por dia sem direito a qualquer benefício, auferindo um salário por regra inferior ao dos homens, que também ganhavam no limiar da subsistência, segundo Martins⁸.

O ambiente político do final do século XVIII e início do XIX, em que pese o desacordo prático com os valores da Revolução Francesa

que primaram pelos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, possibilitou a inauguração do movimento dos trabalhadores confrontando-se com a nova classe hegemônica, a burguesia. Deve-se esclarecer que a tensão e a contradição sempre existiram entre trabalhadores e tomadores do trabalho, a exemplo do que se passava na sociedade escravocrata e na sociedade feudal, onde na primeira, a expropriação do trabalho era total e não só do trabalho, haja vista que o escravo era expropriado até da sua condição de cidadão. Não era sequer objeto do direito como pessoa, mas apenas objeto mesmo, enquanto propriedade de outrem, como os demais bens patrimoniais. Na segunda, um sistema fundamentado em vínculos pessoais não excluía a exploração, ao contrário, subordinava servos a senhores proprietários de terras que lhes obrigavam a trabalhar dias por semana gratuitamente, além de ceder parte do que produziam para si nos dias em que lhes era permitido trabalhar para prover o próprio sustento, dentre outras formas de expropriação. Apesar disso, esses trabalhadores eram praticamente impedidos de prestar manifestações de resistência pelo poder coercitivo extremo medieval, que possuía uma escala de sanções e castigos físicos cruéis, não raro levando à execução sumária aqueles que ousavam rebelar-se. Isso fez com que o servo conservasse a condição de homem subjugado, não livre, apesar de beneficiar-se de alguma proteção militar e política. O Direito medieval ampliou seu ordenamento em relação à sociedade escravocrata, mas instituiu a existência de homens de primeira, segunda e terceira categorias, hierarquia que correspondia a níveis diferenciados de exploração e cidadania.

No entanto, a forma de poder monárquico autoritário e/ou tirano medieval que legitimava formalmente a exploração do trabalho de uns por outros, cedeu lugar a um Estado de Direito formalmente fundamentado em garantias individuais universalizadas, mas forjado por força do poder econômico exógeno à classe trabalhadora. Surge assim o Estado Moderno, capitalista, que fez emergir outras formas de desigualdades⁹.

Não comporta este texto, o detalhamento das contradições expressadas nessa nova forma de sociedade que, de um lado, formalmente garantiu direitos individuais universais, ampliou a cidadania e mais tarde conferiu direitos sociais e, de outro, obstruiu de fato, a passagem da grande maioria da população às possibilidades de usufruírem plenamente de tais direitos. Essa situação ambígua, não conseguiu ser ultrapassada ainda, no tempo em que nos encontramos, início do século XXI, como é do conhecimento de todos. Mas o fato é que, de qualquer modo, o contexto sócio-político e econômico erigido pela dupla revolução (industrial e francesa), possibilitou a emergência do conflito explícito e expresso entre capital e trabalho, constituindo-se em mais um fenômeno “novo” da modernidade, traduzido em manifestações de suas revoltas que variaram desde a “destruição de máquinas (ludismo), a atos de sabotagem e explosão de algumas oficinas, roubos e

até mesmo crimes”. Essas formas iniciais de manifestações evoluíram para a criação de associações, formação de sindicatos e também da produção de uma literatura “operária” que, evidentemente, contou com a participação e colaboração de segmentos da intelectualidade crítica do sistema que também se formou.

As primeiras leis trabalhistas são conquistas motivadas por pressão dos trabalhadores que contaram com a colaboração efetiva desses intelectuais, que Nascimento¹⁰ afirma terem surgido

(...) pela necessidade de coibir abusos perpetrados contra o proletariado e, mais diretamente, a exploração do trabalho dos menores e das mulheres. A falta de leis permitiu a utilização do trabalho de menores de 8, 7 e até 6 anos de idade nas fábricas e jornadas de trabalho excessivas para as mulheres.

Na Inglaterra do início do século XIX, a Lei Ordinária denominada “Lei de Peel”, de 1802, destaca-se como uma das pioneiras leis trabalhistas ao limitar o trabalho infantil em 12 horas diárias. Em seguida, na França, em 1814, lei que proibia o trabalho de menores de 8 anos de idade, seguidas das leis sociais de Bismarck em 1833, leis italianas de proteção ao trabalho da mulher e do menor em 1886, e na Alemanha, em 1939, lei proibindo o trabalho de menores de 9 anos, cf. Nascimento¹¹.

Também foi devida a participação de intelectuais aliados à causa dos trabalhadores que emergiu uma concepção diferente de sociedade, fundamentada nos princípios do socialismo científico. As idéias socialistas tiveram maior poder de expansão no período que compreendeu meados do século XIX até meados do século XX e representavam uma alternativa à sociedade capitalista.

O que é unânime na literatura que trata do Direito do Trabalho é que o marxismo e o movimento socialista foram determinantes para a progressiva regulamentação do trabalho em bases mais protetoras para os trabalhadores. Tanto um como o outro emergiu da agudização da escassez de bens e serviços a esse segmento, entendidos como bens e serviços aqueles mais básicos relativos à sobrevivência e à dignidade humana, cuja ausência generalizada provocou uma “vulnerabilidade de massa”¹².

Ampliou-se, assim, um ambiente de instabilidade social e política cada vez mais propícia à disseminação de ideais marxistas, levando quase todos os governos europeus a progressivamente investir em educação, saúde e habitações públicas como medidas neutralizadoras, que entretanto, não impediram o fortalecimento das organizações representativas dos trabalhadores.

As leis trabalhistas acompanharam a esteira das reivindicações, deixando de ser textos “eventuais e específicos” para se tornarem com mais freqüência em códigos, a exemplo do *Code du Travail* francês e da *Carta del*

*Lavoro italiana*¹³, que muitos consideram, inspirou a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT brasileira¹⁴.

As concessões aos trabalhadores, portanto, não provieram de um sentimento de retribuição justa originária dos empresários, mas do receio da influência socialista que se fez presente tanto na Europa Ocidental como no Leste.

A criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT em 1919, ocorreu dois anos após a Revolução Russa de 1917 e significou nos Estados que a constituíram, um espaço privilegiado conquistado pelos trabalhadores para auxiliar no embate político em cada país, bem como internacionalmente, já que praticamente universalizaram-se padrões de direitos trabalhistas como jornadas de trabalho, salários mínimos, regulamentação do trabalho de menores de idade, proibição do trabalho infantil, etc.

Paralelamente ao movimento de pressão por melhorias e proteção do trabalho assalariado, a modernidade foi forçada - pelo poder da realidade que não espelhou seus ideais abstratos - a “remendar” as fissuras provocadas no tecido social pelas contradições irreconciliáveis do movimento de apropriação e expropriação do sistema, além de ter de debelar as crises e recessões da ordem capitalista. No entanto, o caráter cíclico do sistema que tem a espetacular capacidade de constantemente se “reinventar”, conheceu outro momento de expansão após a crise de 1929, que ficou conhecido como a era do padrão fordista de produção¹⁵, que possibilitou inéditos ganhos de produtividade do capital.

Isso possibilitou o engendramento e aplicação da política econômica keynesiana, que forjou um modelo de política pública conhecida entre suas muitas denominações por de Estado de Bem-Estar Social, *Welfare State*¹⁶, Estado providência ou Estado Social de Direito. A constatação da degradação social e conseqüentemente seu constante poder de pressão, fez com que as políticas sociais fossem implementadas já no final do século XIX e progressivamente avançassem até a II Guerra Mundial, a partir de quando passaram a ter um crescimento substancial. Após 1945, conheceram expansão significativa para além dos países europeus, em que pese suas formas diversificadas com maior ou menor grau de intervenção e eficiência e eficácia social.

O Direito do Trabalho se robusteceu em expansão e em profundidade seguindo a trilha do avanço dos direitos sociais. Assim, importantes leis avançaram desde o início do século XX como a *Carta Del Lavoro italiana* já citada, que apesar do seu caráter controlador dos sindicatos dos trabalhadores e teor fascista como já referido, expressa ampliação de proteção ao trabalhador. A própria CLT brasileira de 1943, é a primeira lei que abrange a todos os trabalhadores e foi considerada até a década de 70, “a mais avançada legislação social do mundo”, conforme French¹⁷. Outras leis posteriores a

CLT foram promulgadas, dando continuidade às possibilidades pelas quais as necessidades sociais clamavam e as conjunturas políticas permitiam. Nascimento¹⁸ elenca algumas delas:

(...) sobre o repouso semanal remunerado (Lei n.605, de 1949), gratificação natalina ou décimo terceiro salário (Lei n. 4.090, de 1962), ambas em vigor, e outras já alteradas, como a Lei de Greve, de 1964, e a Lei de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de 1966, substituídas por leis posteriores.

Não só o Direito do Trabalho mas todas as outras formas de direitos sociais instituídos nas sete primeiras décadas do século XX, bem como a expressiva intervenção estatal que o *Welfare State* patrocinou, transfigurou alguns dos princípios mais caros do Estado Liberal, cuja maior característica era a ausência do Estado na regulação econômica. As políticas sociais de acordo com o Liberalismo, também interferiam no princípio do individualismo, ao conceder benefícios (políticas de casa própria, educação pública, saúde, etc.), superando o critério da obtenção de bens exclusivamente “por mérito próprio”. Em desdobramento, confundia o princípio da igualdade e da propriedade, ao diferenciar pessoas na concessão de benefícios e bens imóveis, como é o caso dos programas de previdência e habitação popular.

Pode-se afirmar que, se é verdade que o capitalismo nunca conheceu o pleno emprego a despeito até mesmo do período que experimentou a teoria keynesiana,¹⁹ também é real que no período sob a vigência do fordismo os trabalhadores vivenciaram o melhor momento no que diz respeito às conquistas e direitos trabalhistas²⁰. O fortalecimento dos sindicatos de um lado (trabalhadores) e, de outro, os ganhos de produtividade (patrões), ainda que não tenha absolutamente rompido com a contradição entre capital e trabalho, possibilitou o desenvolvimento do que ficou conhecida como “norma do padrão salarial fordista”, traduzida nos freqüentes atendimentos das demandas dos primeiros.

O cenário favorável à produção e ao trabalho manteve-se até o início da década de 70, quando começaram a surgir os sinais de um quadro de crise que provinha dos seguintes fatores: a) em primeiro lugar, o cumprimento sistemático da “norma salarial fordista” elevou o custo da força de trabalho fazendo deslocar a taxa de lucro a níveis considerados inaceitáveis pelos empresários, acostumados historicamente com níveis elevados de lucros líquidos; b) a fase “de ouro” do capitalismo configurada no fordismo, não foi suficiente para incorporar o consumo de massa ampliado como se previa, mas ocorreu um movimento contraditório de aumento de consumo nas classes alta e média, e retração nas populações de periferia; c) deslocamento da esfera financeira do setor produtivo (em decorrência do fenômeno anterior), para investimento em capitais improdutivos de curto prazo (ciranda finan-

ceira); d) crise fiscal do Estado, acarretada pelo elevado custo do *Welfare State*, cujos investimentos também previam transferências de recursos públicos ao setor privado, via empréstimos a fundo perdido e subsídios, conforme Antunes²¹ e Brenner²².

Já se falou da extraordinária capacidade do capitalismo de se reinventar e de seu caráter cíclico. É seguindo tal tradição que, em resposta à crise do fordismo, o sistema iniciou um processo de reorganização que incluiu as dimensões ideológicas, políticas, econômicas e culturais. Na dimensão político-ideológica configurou-se o modelo de receituário neoliberal, cuja premissa maior é a recolocação do Estado em funções mínimas, a fim de permitir a ampliação do espaço para a expansão da iniciativa privada, o que se desdobrou num amplo processo de privatização de empresas estatais. A dimensão econômica ampliou a autonomia do setor financeiro, tornando os investimentos financeiros cada vez mais voláteis, processo facilitado pela globalização dos mercados financeiros. O setor produtivo passou a sofrer interferências de um intenso processo de reestruturação produtiva, como estratégia de reposição dos ganhos de produtividade anteriores ao final da era fordista.

Mais uma vez a ciência interfere como coadjuvante nesse processo, na medida em que a reestruturação produtiva é fortemente amparada pela tecnologia informatizada, que leva para as fábricas as máquinas controladas por processos micro-eletrônicos cada vez mais poupadores de mão-de-obra, numa dimensão nunca vista antes na história da industrialização.

É na indústria japonesa, especificamente na fábrica automobilista da Toyota, que se desenvolve o que ficou conhecido como padrão flexível de gestão da produção. Também denominado de toyotismo ou de modelo japonês, remetendo à sua origem, o novo modelo de gestão alcança uma complexidade sem precedentes na história porque combina interferências objetivas nos processos de trabalho e interferências subjetivas de ordem psicológica nos trabalhadores. Ao se aproveitar da “onda” de desemprego estrutural causado pela progressiva substituição do homem pela máquina, agudiza-a submetendo os trabalhadores ainda indispensáveis, a uma dura rotina produtiva combinada a um arcabouço psico-ideológico de padrão “pós-moderno” de produção, com elevadas taxas de extração de mais-valia, recuperando ganhos de produtividade a partir da degradação das condições de trabalho e níveis salariais. Os trabalhadores vêm-se sem saída, haja vista que a lógica do mercado lhes é completamente desfavorável pela escassez de postos de trabalho.

Todas essas transformações estimularam alguns teóricos a acreditar que se estavam gestando novas formas de experiência social, de dimensões tão significativas que passaram a legitimar uma mudança de paradigma indo da sociabilidade moderna, para uma pós-moderna. Tendo como um dos eixos centrais o desprestígio do trabalho vivo humano em favor do trabalho morto possibilitado pelo maquinário comandado pelos sistemas microeletrônicos e

pela informática, passou-se à “sacralização” de uma sociedade pós-moderna ou pós-industrial, fundamentada sobretudo na informação. O sistema produtivo necessitaria cada vez menos de trabalho vivo braçal, especializado e fragmentado e passaria a exigir profissionais altamente qualificados, bem informados, versáteis, enfim, transformados e adaptados ao perfil produtivo desta “nova” sociedade.

É importante distinguir os dois conceitos utilizados neste trabalho, o de modernidade e o de pós-modernidade, entretanto, chama-se atenção para o fato de que a popularidade das expressões sociedade pós-moderna ou pós-industrial, ocorreu nos anos 70 e 80, bem como esses termos também incluem um elenco amplo de inovações culturais.²³ Apesar disso, a “sacralização” dos valores pós-modernos²⁴ se “alimentam das noções de progresso do Iluminismo através do desenvolvimento tecnológico”, afirma Lyon²⁵. Significa dizer, que a pós-modernidade não nega a modernidade enquanto paradigma, como esta fez com o período medieval, explicando-se o emprego do termo “modernidade” frequentemente atribuído a fenômenos pós-modernos, como a própria debilitação do Direito do Trabalho, como sendo uma “necessidade das modernas relações de trabalho”.

Na realidade, se utilizar-se os conceitos no sentido fiel dos fenômenos, pode-se dizer que o desenvolvimento do Direito do Trabalho ocorreu ainda durante o paradigma moderno e seu enfraquecimento ou desprestígio é fator constitutivo importante da pós-modernidade.

É indispensável a observação do sentido ideológico que normalmente é atribuído às expressões, vinculando-se subjetivamente modernidade ou pós-modernidade à idéia de progresso e de desenvolvimento humano, por tudo de paradigmático que a primeira expressão significou. É o emprego intenso do sentido ideológico que dificulta a resistência ao retrocesso real de garantia de direitos conquistados na modernidade. Em outras palavras, o tempo de usufruto de um bem, de um serviço, de um benefício ou direito, não o desqualifica por si. No que se refere aos processos sociais de qualidade e condições de trabalho, a pós-modernidade tem patrocinado retrocesso na condição humana, numa relação oposta ao progresso técnico. Que uma coisa não se confunda com a outra.

Neste contexto pós-moderno amplamente favorável ao capital, um empecilho legal permanece a obstruir o caminho, que é a ainda vigente legislação trabalhista brasileira. Esta, que desde sua implementação foi considerada “uma das mais avançadas do mundo”, como num passe de mágica passa a fazer parte do rol dos entraves da “modernização” produtiva porque “engessa” as relações entre capital e trabalho, sendo apontada hoje como “ultrapassada”, “arcaica”, “desatualizada”, e/ou “antiquada”, não mais atendendo ao dinamismo “moderno” das relações trabalhistas.

As políticas governamentais capitaneadas pelo receituário neoliberal, passam a “endossar” os reclamos de empresários que, na realidade, nunca

aceitaram de bom grado os direitos consubstanciados na CLT. Nesse sentido, adotam o discurso da gestão empresarial flexível e a prática concreta também nas empresas públicas, ao incorporarem alternativas de contratação via terceirizações, falsas cooperativas e trabalhadores *part time* e temporários, numa explícita burla a contratação legal de funcionários para o serviço público. Ao mesmo tempo, os governos (federal, estaduais e municipais) fazem “vista grossa” à toda a sorte (melhor dizer infortúnio) de contratações irregulares, ao tempo em que prepara “terreno político” favorável a reforma da legislação trabalhista, reivindicação que há duas décadas se intensificou por parte dos empresários. O Governo Fernando Henrique Cardoso demonstrou afinidade com o projeto, mas não teve força política para implementar. O Governo Lula, por sua vez (de forma inacreditavelmente contraditória com sua tradição política), já agendou para 2005 a reformulação da CLT, a exemplo do que fez com a reforma previdenciária e tributária.

Enquanto a reformulação não acontece oficialmente, a reestruturação produtiva vem procedendo de fato, uma ampla e profunda precarização do trabalho, tudo em nome da modernização, da eficiência, da produtividade e lucratividade. Conceitos velhos são ressignificados e o que antes era considerado abuso ou fraude, hoje se reveste de prático, funcional e, como não poderia deixar de ser, “moderno”. É exatamente este um dos aspectos da modernidade como abstração, porque não corresponde aos anseios legítimos da maioria, configurando-se ideal de modernidade de uma minoria que se beneficia porque tem interesses atendidos. O enfoque subjetivo ideológico mantém trabalhadores alijados de direitos duramente conquistados para não se sentirem “ultrapassados” ao reivindicarem condições de trabalho e salários mais dignos. Desse modo, terceirizações distorcidas e abusivas são justificadas, banco de horas elimina horas extras, trabalho desregulamentado deixa de ser informal e ganha status de temporário, falsas cooperativas fundadas por empresários proliferam com anuência do poder público e até mesmo dos órgãos representativos da classe trabalhadora, enfim, uma diversificação de degradação das relações de trabalho que significam um verdadeiro retrocesso na história das conquistas laborais.

A gestão flexível interfere na subjetividade do trabalhador ao convencê-lo a trabalhar mais horas e em múltiplas funções, apelando para sua condição de “parceiro” e não mais de empregado em confronto com o patrão, eliminando também idealmente o conflito histórico de interesses, desta vez não mais sob a ameaça de sanções físicas como no feudalismo, mas sob a ameaça de demissão que cada vez mais nem é do emprego, mas apenas de uma ocupação qualquer. Supostamente o trabalhador de hoje não usa mais macacão de operário, mas “veste a camisa da empresa” que também o obriga a investir em qualificação, pois “moderno” é ser trabalhador “polivalente”. Assim, o problema do desemprego estrutural não é “culpa” do sistema, mas do próprio trabalhador que possui baixa “empregabilidade”.

A ideologia imposta pela gestão flexível já transfigurou as relações no mundo do trabalho e piorou em muito a vida dos trabalhadores, mas usa o argumento “em abstrato” de que a reformulação da CLT é uma “necessidade de ambos os lados”, uma obstrução a livre negociação entre partes autônomas e com poder de negociação, ignorando a impossibilidade de negociação em condições de igualdade e de liberdade entre partes concretamente desiguais em poder econômico e político.

O Direito do Trabalho torna-se fluído e, se nasceu com a função de tutelar o trabalhador, hoje agrega outra função “coordenadora dos interesses entre capital e trabalho”. Os empresários hoje defendem o direito coletivo do trabalho aludindo à autonomia dos trabalhadores, porque os sindicatos encontram-se fragilizados e sem poder de barganha e criticam o direito individual do trabalho porque alegam ser outorga do Estado. O fato é que o poder econômico pressiona o poder político e já contabiliza ganhos num jogo que a curto ou médio prazos, pode-se antever o vencedor. Portanto, está-se voltando no tempo no que se refere ao ordenamento legal das relações trabalhistas, aonde a vontade e os interesses patronais forjam relações conflitantes e antagônicas numa abstração de parceria, acordos e interesses comuns.

Mas, não se pretende aqui apostar numa atitude derrotista. Apesar do clima político desfavorável, ainda é possível arregimentar estratégias de defesa do Direito do Trabalho, aproveitando-se da fresta de luz que “escapa” da formalidade do Estado Democrático e abrir espaços de participação popular seja através dos sindicatos, da sociedade organizada, de alguns representantes parlamentares legitimamente constituídos e de todas formas de resistências possíveis. O Direito do Trabalho é fator de cidadania e esta deve ser compreendida em seu sentido ativo, só viabilizada através da luta política.

3 SÍNTESE CONCLUSIVA.

O surgimento do Direito do Trabalho em fins do século XIX bem como seu desenvolvimento ao longo do século XX, sem dúvida, é fator civilizador que se compatibiliza com o paradigma da modernidade, considerando-se o seu sistema de valores voltado para a dignificação do homem. O Direito do Trabalho constituiu-se como um bem jurídico do trabalhador de função explicitamente compensatória e protetora, ante o reconhecimento da contradição liberal da igualdade política entre os homens e a desigualdade econômica entre capital e trabalho. Tem tradicionalmente, portanto, função social e tutelar bem como possibilita campo de realização de justiça, ao ser mediador de interesses flagrantemente conflituosos e estabelecido entre partes reconhecidamente desiguais. Essa é a sua função legitimamente identificada com a modernidade.

A mudança de percurso que vem se processando no Direito do Trabalho transfigura seu sistema de valores, sua função e seu papel, além de ferir

o princípio doutrinário da norma favorável ao trabalhador, de tríplice função, cuja primeira função já é violada porque esta diz que as “novas leis devem dispor no sentido de aperfeiçoar o sistema, favorecendo o trabalhador”. Fere também, um dos princípios éticos fundamentais comuns a todos os ramos do Direito, como o respeito à dignidade humana. O redirecionamento do Direito do Trabalho presente já na Constituição Brasileira, em seu art. 7º que permite a redução de salários por acordo coletivo, bem como no desrespeito às suas normas pela prática social das relações de trabalho escancaradamente desregulamentada e efetivamente permitidas, está se processando em função de interesses econômicos do setor patronal.

A justificativa de “modernização das relações trabalhistas” é uma ficção, pelo menos no contexto brasileiro, significando uma apropriação ideológica de persuasão dos trabalhadores, submissão e consentimento, atitude que se aproveita do contexto desfavorável de desemprego.

A pós-modernidade compreendida na perspectiva do Estado Democrático de Direito contemporâneo, não pode se afastar dos ideais iluministas consagrados formalmente pela Revolução Francesa, paradigma da modernidade. Se é assim que está acontecendo, estar-se-á vivendo um processo de involução social. Por outro lado, também não se pode considerar a pós-modernidade apenas no que ela trouxe de avanço tecnológico, de mudança cultural, globalização econômica ou qualquer outra coisa que seja. Nenhum componente “pós-moderno” deve ser mais significativo que o ser humano. Esta é a compreensão de pós-modernidade que se tem, a que está em função da dignidade do homem, da proteção da vida, da liberdade, igualdade, fraternidade e da democracia. Qualquer paradigma moderno ou pós-moderno que não privilegie esses aspectos, deve ter seus defensores questionados e inquiridos a responder a pergunta tantas vezes já formulada e que continua no ar : de que modernidade ou pós-modernidade estão falando, daquela que não perde a perspectiva de completar o projeto iluminista fundado na razão, ou a outra, que involui no sentido da desrazão humana, cujo niilismo favorece o domínio do poder econômico sobre todas as outras formas de sociabilidade?

¹ ANDREY, Maria Amália et. al. *Para Compreender a Ciência*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988, *passim*.

² TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 9.

³ KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p. 165.

⁴ TOURAINE, *op. cit.*, *passim*.

⁵ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1993, p. 293.

- ⁶ LYON, David. *Pós-Modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998, p. 59.
- ⁷ BELL, Daniel. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 10.
- ⁸ MARTINS, Carlos Benedito. *O que é Sociologia*. 38. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 36.
- ⁹ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. Constituição, Cidadania e Estado Democrático de Direito. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado & LEAL, César Oliveira de Barros (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, Ano 4, V.4, n. 4, 2003, p. 179-190.
- ¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 45.
- ¹¹ *Loc. cit.*
- ¹² CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social: uma crônica do salário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 415.
- ¹³ A Carta del *Lavoro* italiana é considerada por muitos como uma estratégia fascista de Mussolini, que visou o controle dos sindicatos. Até hoje, a CLT é considerada de inspiração lavoriana, carregando o mesmo estigma.
- ¹⁴ FRENCH, John D. *Afogados em Leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001, p. 80.
- ¹⁵ Sobre o padrão fordista de produção, ver: MOREIRA, Sandra Helena. Contradições entre a nova ressignificação dos conceitos de educação profissional, habilidades e competências. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 02, p.113, jan./jun., 2002, p. 113; ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000, p.36.
- ¹⁶ Um aprofundamento sobre a noção de *Welfare State* pode ser encontrado em DRAIBE, Sônia Maria. O *Welfare State* no Brasil: características e perspectivas. In: *Ciências Sociais Hoje*. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, ANPOCS, 1989; KING, Desmond. As Estruturas do *Welfare State*. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo: 1988.
- ¹⁷ FRENCH, *op. cit.*, p. 7.
- ¹⁸ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 52.
- ¹⁹ Para mais informações sobre a política econômica keynesiana, consultar: *Controvérsia Econômica: Keynes volta à tona?* Instituto de Ciências Sociais Aplicadas. Disponível em <http://www.ipsa.com.br/destaques.asp?f_id=1>. Acesso em 29/08/03.
- ²⁰ ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 29.
- ²¹ *Id. ibidem.*, p. 30.
- ²² BRENNER, *op. cit.*, p. 69-84.
- ²³ Sociedade de consumidores e não de trabalhadores, aprofundamento das desigualdades sociais e econômicas, maior controle social possibilitado pelo uso de tecnologias, mudanças nos padrões moral e ético, supervalorização da agilidade em todos os níveis da vida e do fugidio, fenômenos menos reais e mais virtuais, supervalorização da imagem e do corpo; exacerbação do individualismo de um lado e culto ao pluralismo social de outro, etc.
- ²⁴ Não se fará neste artigo, uma discussão filosófica acerca da pós-modernidade que envolve autores como Foucault, Habermas, Anthony Giddens, David Harvey, David Lyon, Lyotard, e outros. No entanto, indica-se um esquema de diferenças fundamentais entre modernidade e pós-modernidade que é encontrado em Hassan *apud* HARVEY, *op. cit.*, p. 48.
- ²⁵ LYON, *op. cit.*, p. 79.

ABSTRACT

The text approaches critically the modernization concept in its ideological sense that is justified by the loss of prestige of the Labor Law. To attend interests of the patronal productive sector, it defends the fluidity of rights historically conquered by the labor sector as an imperative of the modernization. This article argues, in the opposing direction, that the loss of the Labor Law means a retreat to the unprotected forms of the end of XIX century and beginning of XX century. Its objectives, exclusively, legitimize adequate productivity profits in the global context of productive reorganization, through the financial reduction of costs and the embrittlement of the work conditions, incompatible to the proper standard of rights of the Democratic State.

KEYWORDS

Labor Law. Modernization. Fluidity. Productive Reorganization.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

José Afonso da Silva

1 Conceito e princípios da seguridade social. 2 Conteúdo da seguridade social. 3 Direito à Saúde. 4 Previdência Social. 5 Assistência Social.

RESUMO

Busca-se, didaticamente, conceituar e enumerar os princípios ligados à seguridade, previdência e assistência social, sem olvidar o Direito à Saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Seguridade social. Previdência Social. Assistência Social. Saúde.

1 CONCEITO E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL.

Um verdadeiro *sistema de seguridade social* há de ter por ambição proteger tanto quanto possível o conjunto da população, superando, assim, as deficiências da previdência social, que se caracteriza como espécie de *seguro social*. Constitui instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, devendo repousar nos seguintes princípios básicos que a Constituição enumera no parágrafo único do art. 194. Essa concepção imanta os preceitos sobre os direitos relativos à seguridade, que hão de ser interpretados segundo os valores que informam seus objetivos e princípios. Nesses termos a seguridade social constitui o sistema mais perfeito de proteção social contra o risco social suscetível de impedir total ou parcialmente o exercício da atividade profissional ou de diminuir a capacidade de ganho.¹

A promessa da Constituição atende aos princípios doutrinários mais avançados na matéria, mas a prática está muito longe desses desideratos.

A Constituição, de fato, declara, no art. 194, parágrafo único, que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos *objetivos* ali enumerados. Há certamente uma impropriedade aí, porque não se organiza nada com *base* em objetivos. Pode-se organizar algum plano, projeto ou programa, inclusive da seguridade social, para *atingir* objetivos. “Objetivo” é meta para onde tendem atividades. Em verdade, nenhum dos incisos daquele parágrafo único contém objetivo a ser atingido, mas *princípios* orientadores, regentes, da organização da seguridade social. Tais princípios são:

- a) *Universalidade da cobertura e do atendimento*, que equivale, respectivamente, à universalidade objetiva e à universalidade subjetiva.

A primeira – *a universalidade objetiva* – significa que a seguridade social deve, por um lado, cobrir a generalidade dos riscos sociais, e, por outro lado, deve ser não só reparadora, mas preventiva do surgimento da necessidade, protetora em qualquer circunstância. Vale dizer, a *cobertura* dos riscos deve ser ampla. A segunda – *a universalidade subjetiva* – pretende que a seguridade social estenda suas medidas de proteção não só aos trabalhadores, mas a toda a população indistintamente, independentemente de contribuição. Quer dizer, o *atendimento* deve ser amplo, estendendo-se ao universo de todas as pessoas residentes no País, sejam moradores na cidade ou no campo (cf. item *b*, *infra*). Mas essa universalidade não quer dizer que a seguridade social deve atender igualmente a ricos e pobres, por isso é que ela há de ser compreendida em consonância com os princípios da seletividade e da distributividade (cf. item *c*, *infra*). É claro que essa universalidade ainda está longe de ser alcançada porque, o que se tem, é o seguro social que só dá cobertura a determinados riscos e só se estende aos segurados e seus dependentes, e, por isso, se caracteriza pela obrigatoriedade da filiação (art. 201), a pluralidade de fontes de receita, a desproporção entre a contribuição e o risco. Apesar dos princípios contidos neste artigo penderem para a seguridade social nos termos indicados supra, o art. 195 a reduz às características do simples seguro social.

b) Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Os princípios esses que reafirmam a idéia de uma seguridade social destinada a atender toda a população, sem distinção de sua localização. O *princípio da uniformidade* significa que as prestações da seguridade social em benefícios como em serviços devem estender-se indistintamente às populações urbanas e rurais, isso para evitar o que já ocorreu em que os trabalhadores urbanos recebiam benefícios e serviços previdenciários, enquanto os trabalhadores rurais não tinham cobertura alguma. O *princípio da equivalência* significa que os benefícios e serviços prestados à população rural hão de ter valores iguais aos prestados à população urbana, e vice-versa. A *uniformidade* está na extensão dos benefícios a ambas as populações. A *equivalência* está na igualdade dos valores dos benefícios e serviços prestados a uma e a outra.

c) Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços que são dois princípios orientados à realização da justiça social. Observei antes que a seguridade social objetiva a distribuição, porque, sendo social, deve preocupar-se com os necessitados. A seletividade está exatamente nisso: conferir benefícios e serviços a quem mais precise. A distributividade é uma conseqüência da seletividade, pois, na medida em que se dá mais a quem mais necessite, está-se distribuindo melhor a renda. A proteção social deve dar aos mais necessitados a

garantia de que terá benefícios e serviços da seguridade social de boa qualidade, sempre que deles precisarem.

d) *Irredutibilidade do valor dos benefícios*, que se caracteriza como um princípio garantístico do direito do beneficiário de ter seus benefícios valor constante. Há quem sustente, com lucidez, que a irredutibilidade do valor do benefício (p. ex., do valor dos proventos de aposentadoria) constitui núcleo super-rígido da Constituição, de tal sorte que emenda constitucional não poderá eliminá-la.² Tem-se aqui aquilo que se chama dívida de valor, o que vale dizer que o valor do benefício tem que ser sempre mantido, isso tem implicações numa economia inflacionaria, porque, se o valor deve ser mantido, sua correção em face da desvalorização da moeda também se impõe. Portanto, o princípio tem duas faces: uma veda a redução quantitativa do valor, assim como veda a redução qualitativa ou intensidade do valor. Não é só a quantidade de moeda que é irredutível, mas também o seu poder de compra.

e) *Equidade na forma de participação no custeio*. “Equidade” é um signo que exprime a idéia de justiça. Um tratamento equitativo não é só um tratamento igual, mas um tratamento que busca atribuir a cada um o que é seu. Guarda certa idéia de proporcionalidade no sentido de atribuir mais a quem mais precise e menos a quem menos precise ou, inversamente, tirar mais de quem mais tenha e menos de quem menos tenha. Quando Dante Alighieri definiu o direito como uma proporção real e pessoal de homem para homem, estava basicamente definindo a equidade, que corresponde a fazer justiça no caso concreto. Daí se pode extrair a idéia de que equidade na forma de participação no custeio da seguridade social é um princípio que busca o equilíbrio das fontes de financiamento de seu custeio. Sem compreender o que seja *forma de participação*, não se compreenderá a regra. “Forma de participação” é a possibilidade de contribuição de cada fonte de financiamento. A equidade dessa participação não significa que cada fonte há de contribuir com valores iguais, mas com valores proporcionais às suas possibilidades, às suas rendas.

f) *Caráter democrático e descentralizado da administração*. Dois princípios aqui se explicitam: o democrático e o da descentralização, este também como um elemento daquele. O *princípio democrático* se realiza, mediante gestão quadripartite com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados das instituições da seguridade social, como consta do enunciado do dispositivo. Trata-se de um aspecto relevante da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, CF/88). Como se sabe a democracia participativa consiste na combinação da democracia representativa com duas modalidades de participação direta no processo do poder: participação direta na Administração Pública e participação

direta no processo de formação da vontade política. Aqui estamos diante do primeiro tipo de participação direta, que é esta de interessados participarem na gestão dos órgãos da seguridade social. A *descentralização* é concebida pelo ordenamento jurídico federal como um princípio fundamental da atividade da administração. Deve efetivar-se em três planos: a) dentro da própria administração, distinguindo-se os níveis de direção e os da execução; b) da administração central para as unidades federadas, mediante agências, delegacias e repartições distribuídas no território nacional, tanto quanto possível perto dos usuários da seguridade social; c) da administração federal para a órbita privada, mediante contrato ou concessão. Esta última não parece ter muito cabimento na espécie.

g) *Diversidade da base de financiamento* é outro princípio da seguridade social e quer dizer que a origem dos recursos financeiros para a seguridade social não pode ser única, pois há de ser constituída de um conjunto de fontes que compreendem: a sociedade, a União, Estados, Distrito Federal e Município, e as contribuições sociais dos empregadores e do trabalhadores, além de receita de prognóstico.

Deter-me-ei um pouco apenas nas *contribuições sociais* que são prestações compulsórias impostas pelo poder público às empresas e empregadores ou equiparados (inc. I) e aos segurados que são os trabalhadores (inc. II), que assim são definidos como contribuintes da seguridade social. O nome *contribuição* é aplicado às exações que incidem sobre determinada faixa da população, sobre determinado grupo, em razão de interesse a ele vinculado, direta ou indiretamente, ainda quando ela possa ter a natureza de imposto ou de taxa. Ora, as contribuições sociais, aqui consideradas, são formas de arrecadação compulsória para atender interesses diretos dos trabalhadores, mas são também ligadas a interesses dos empregadores. Sua natureza tributária decorre da compulsoriedade de sua cobrança. Essa natureza lhe dá o conceito de tributo, mas que tributo? O art. 145 da Constituição Federal só reconhece como espécies de tributos os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria. Então, se as contribuições têm natureza tributária têm que ser enquadradas numa dessas espécies. Exclua-se, desde logo, a contribuição de melhoria cujo fato gerador a distancia muito das contribuições sociais. São tributos destinados a alimentar um fundo, o fundo da seguridade social, vinculado a satisfazer as prestações sociais; por isso, sua arrecadação compulsória só por si não é suficiente para legitimá-la, porque é ainda necessário que os recursos delas proveniente sejam destinados a satisfazer as prestações da seguridade social, porquanto só para tal destino a Constituição Federal fundamenta sua cobrança, e precisamente daí, também, é que se verifica o direito subjetivo do trabalhador às prestações, sempre que ocorrerem os pressupostos que justifiquem receber a vantagem previdenciária. Sustentei, então, que a *contribuição do empregador* tinha a natureza de *imposto*, porque seu

fato gerador é uma situação independente de qualquer atividade estatal específica em relação ao contribuinte; a questão da destinação dos recursos arrecadados não desnatura a figura, pois não se destina a remunerar serviço, que lhe seja prestado ou posto à sua disposição. Já no que tange à *contribuição do trabalhador*, é sustentável a tese de que se trata de taxa, porque realmente é uma contribuição compulsória vinculada a uma atividade estatal em relação ao contribuinte, qual seja a atividade previdenciária prestada ao contribuinte segurado ou, pelo menos, posta à sua disposição.

2 CONTEÚDO DA SEGURIDADE SOCIAL.

Por tudo que se disse até agora, já se vê que a *seguridade social* é muito mais do que previdência social, porque nela se inclui tanto a “lógica do seguro” quando a “lógica da assistência, sendo essa associação a grande inovação da Constituição de 1988.³

A lógica do seguro se realiza por via da previdência social e a lógica da assistência por meio da assistência à saúde e da assistência social. Ou seja, a *seguridade social* compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social*.

3 DIREITO À SAÚDE.

Que é Saúde? Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável. Por isso mesmo a Constituição submete o direito à saúde ao conceito de seguridade social, o que o inclui no campo da *proteção social*. A leitura do art. 196 mostra que a concepção de saúde adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa restabelecer um estado saudável após a enfermidade, mas a prestação social, no campo da saúde se volta, especialmente, para os aspectos da prevenção e não da medicina curativa. Essa é a grande importância das normas constitucionais sobre a saúde, para além mesmo de outras constituições. É tendo esses princípios em mente que o intérprete há de compreender essas normas constitucionais, levando em conta ainda o contexto social em que elas se inserem, que é um contexto de muita carência.

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País e condições de bem-estar físico, mental e social (Lei n. 8.080/90).

O *Direito à Saúde* há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Os conservadores criticam o texto constitucional sob o argumento de que é impossível um *Direito à Saúde*, porque não haveria como dar saúde, já que essa é uma questão fisiológica que foge ao arbítrio do Poder Público. Esse modo de encarar o direito à saúde chega a ser mesquinho e parco de sensibilidade. Gomes Canotilho e Vital Moreira colocaram bem a questão, pois, como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta *duas vertentes*, conforme anotam, “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.⁴

Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”⁵, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (arts. 102, I, *a*, e 103, § 2º, CF/88) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação,⁶ pode abrir pressupostos para a impetração do *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI, CF/88), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado.

A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o *direito* que ela confere, pela cláusula “saúde é *direito de todos*”, assim como os sujeitos desse direito, expresso pelo signo “*todos*” que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes, aliás a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, e, de outro lado, *obrigação* correspondente, na cláusula “a saúde é *dever do Estado*”, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da administração indireta. O dever se cumpre pelas *prestações* de saúde que, por sua vez, se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos, políticas essas que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando a cura de doenças. A importância da norma está precisamente aí, como já mencionei. O direito à saúde e o dever do Estado não se limitam à recuperação da saúde, à oferta de

medicina curativa, mas, especialmente, à medicina preventiva, a ações e serviços destinados a evitar a doença, o que se vê da cláusula “que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. A ênfase está precisamente aí na promoção e proteção de uma vida humana saudável, como um direito fundamental, no qual entra, com igual força, a recuperação da saúde. Por isso é que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam, nos termos da lei, inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público*, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o *controle* das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra *fiscalização*.

4 PREVIDÊNCIA SOCIAL.

A *Previdência Social* estrutura-se em forma de seguro social obrigatório sob dois regimes: o *regime geral*, para os trabalhadores em geral, disciplinado pela normas do art. 201 da Constituição, e o *regime especial* dos servidores públicos, sob regência do art. 40. Além disso, prevê-se também o regime de previdência privada (art. 202), que, por óbvio, não integra o sistema de seguridade social. Ambos os regimes da previdência social têm por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O *regime de previdência social*, consubstanciado na Constituição, engloba *prestações* de dois tipos: (1) os *benefícios*, que são prestações pecuniárias, consistentes: (a) na *aposentadoria*, por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, especial e proporcional (art. 202); (b) nos *auxílios* por doença, salário-família, salário-maternidade, auxílio-acidente; (c) na *pensão* por morte do segurado (art. 201, V); (2) os *serviços*, tal como o *serviço social* de esclarecimento dos beneficiários a respeito de seus direitos sociais e dos meios de exercê-los, assim como a habilitação e a reabilitação profissional de modo a proporcionar ao beneficiário incapacitado para o trabalho e às pessoas portadora de deficiência os meios para a reeducação e de readaptação profissional e social. Vê-se, pois, que a prestação de assistência à saúde, quais os serviços médicos, hospitalares, odontológicos etc. já são mais serviços de previdência social. Portanto, não deveria ser custeados por meio das contribuições previdenciárias, mas por recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

5 ASSISTÊNCIA SOCIAL.

O *Direito à Assistência Social* constitui a face universalizante da seguridade social, porque “será prestada a quem dela necessitar, indepen-

dentemente de contribuição” (art. 203). Nela é que, também, assenta outra característica da seguridade social: a *solidariedade financeira*, já que os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários (art. 204), até porque estes são impessoalizáveis *a priori*, porquanto se constituem daqueles que não dispõem de meios de sobrevivência: os *desvalidos em geral*. É aí que se situa “a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” que o art. 6º destacou como um tipo de direito social, sem guardar adequada harmonia com os arts. 194 e 302, que revelam como direito social relativo à seguridade o inteiro instituto da assistência social, que compreende vários objetos e não só aquele mencionado no art. 6º.

Destinatários da Assistência Social. A *assistência social* não tem natureza de seguro social, porque não depende de contribuição. Os benefícios e serviços serão prestados a quem deles necessitar, caracterizados: (a) pela proteção à família, à maternidade, à velhice, à infância e à adolescência, compreendidos os carentes; (b) a promoção da integração ao trabalho; (c) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; (d) a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

É financiada com recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes, e organizada com base nas seguintes diretrizes: (a) *descentralização político-administrativa*, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estaduais e municipais, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; (b) *participação da população*, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Natureza da Assistência Social (arts. 203 e 204). É direito fundamental da pessoa humana a que corresponde o dever do Estado, mediante o estabelecimento de política de seguridade social que proveja os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (LOAS: Lei n. 8.742/93). Ela há de realizar-se de forma integrada às políticas setoriais, visando o enfrentamento da pobreza, a garantia dos mínimos sociais, o provimento de condições para acudir as contingências sociais e a universalização dos direitos sociais (lei citada). Assistência social, portanto, não é caridade, mas um direito social de tantos quantos não disponham de meios para a satisfação das necessidades básicas, aquele mínimo social, sem o que a dignidade da pessoa humana fica totalmente prejudicada.

Objetivos e princípios da Assistência Social. Os objetivos estão enumerados no art. 203. Em síntese, para não repetir pura e simplesmente o dispositi-

vo: proteção à família, amparo à velhice, amparo às crianças e adolescentes, promoção da integração ao mercado de trabalho, amparo às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos. Para tanto, a assistência social se rege pelos princípios da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; da universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; respeito à dignidade da pessoa humana, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão. Esses princípios que são enumerados pelo art. 4º da LOAS encontram sua base constitucional no art. 194, parágrafo único.

Assistência Social e ações afirmativas. As ações de assistência social têm, pois, como fundamento a realização do princípio da igualdade, não da igualdade puramente formal, mas da igualdade material, porque tendem a promover a igualização dos socialmente desiguais. São *ações afirmativas* do Estado destinadas a superar as carências sociais a que estão submetidas enormes bolsões de pobreza incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Nesse particular, as normas de assistência social se inserem no contexto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art.3º.

¹ Sobre essa temática, cf. KESSLER, Francis. *Droit de la protection sociale*. Paris: DALLOZ, 2000, p. 10.

² Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 8, p. 32.

³ Cf. BOSCHETTI, Ivanete. A 'Reforma' da Previdência e a Seguridade Social Brasileira. In: MORHY, Lauro (org.), *Reforma da previdência em questão*. Brasília, Universidade de Brasília, Laboratório de Estudos do Futuro/Gabinete do Reitor: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 28.

⁴ Cf. *Constituição da República portuguesa anotada*, 3. ed., p. 342. Recorde o leitor que "prestações estaduais", nos autores, significa, na terminologia brasileira, "prestações estatais", ou seja, do Poder Público, para não se confundir com prestações a serem cumpridas pelos Estados federados.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ Cf. Lei n. 8.080, de 19.9.90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, e reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cf. também a Lei 8.142, de 28.12.90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS. Cf. ainda Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos. *Sistema único de saúde: comentário à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)*. São Paulo: Hucitec, 1992.

ABSTRACT

This paper aims to list and establish the concept of the principles directly linked to assurance and social security, not excluding the rights to health care assistance.

KEYWORDS

Social security, social assistance, health care.

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: OS SISTEMAS FRANCÊS E ESPANHOL

Francisco Gérson Marques de Lima*

1 Apresentação do tema. 2 Aplicação do bloco de constitucionalidade no Brasil. 3 Conclusões.

RESUMO

O *bloco de constitucionalidade* é uma realidade dos sistemas constitucionais francês e espanhol, enfocando normas periféricas que possuem a mesma força normativa da Constituição. Embora não fazendo parte formal do mesmo texto constitucional, certas normas podem ser invocadas até para efeitos de controle de constitucionalidade. Isto se justifica pelo histórico daqueles países, bem diferentes da formação da sociedade brasileira, e pela natureza de suas Cortes Constitucionais. No Brasil, o STF não tem legitimidade para funcionar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Comparado. Bloco de constitucionalidade.

1 APRESENTAÇÃO DO TEMA.

O Direito francês e o Direito espanhol cuidam de uma realidade jurídica bastante curiosa e de grande importância para tais nações: o *bloco de constitucionalidade*. A análise do controle de constitucionalidade e o reconhecimento do patamar da norma passam por esta realidade, naqueles países, onde a jurisprudência e a doutrina já possuem estudos consideravelmente avançados. Em síntese, a substância do bloco é a existência de normas periféricas que, unindo-se ao texto da Constituição, formam um todo inseparável. Daí falar-se, também, em *Constituição periférica*. É certo, também, que a noção de *bloco de constitucionalidade* não é exatamente a mesma nos dois países.

Sorli afirma que o *bloque de constitucionalidad*, na Espanha, está constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição, que têm, portanto, patamar legislativo inferior a ela e que são de igual hierarquia que a norma cuja inconstitucionalidade podem provocar.

* Doutor, Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus, Professor do Mestrado da UFC, Procurador Regional do Trabalho (Ceará).

Em conseqüência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato pode vir determinada não apenas por sua inadequação à Constituição, senão a todo o chamado *bloco de constitucionalidade*. Este conjunto de normas, também chamadas de *normas interpostas*, constituem um conjunto normativo de cunho constitucional, especialmente protegido e resistente, e se considera como um parâmetro que permite ajuizar a inconstitucionalidade das restantes normas do ordenamento jurídico.¹

É certo que o bloco de constitucionalidade, na Espanha, está mais centrado no tema da competência entre órgãos e organismos, especialmente em face das chamadas *Comunidades Autônomas*, que convivem no ambiente estatal e de normatividade pública. A matéria de reserva da lei, neste condão, apresenta teor constitucional, vinculando-se à Carta Magna mesmo sem integrar o seu corpo formal. A materialidade entre ambas as une e as aproxima, formando um todo indissociável. O Tribunal Constitucional espanhol consagrou a expressão através de uma decisão exemplar, proferida em 1982.

Na França, o *Bloc de Constitutionnalité* significa o conjunto de normas que o *Conseil Constitutionnel* aplica no controle prévio de constitucionalidade das leis e dos regulamentos parlamentares. Uma decisão dessa Corte, datada de 08/07/1966, definiu o conteúdo do bloco de constitucionalidade: (a) a Constituição; (b) o Preâmbulo da Constituição de 1946; (c) a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (por remissão do Preâmbulo da Constituição); e (d) as leis da República, na medida em que sejam portadoras de *princípios fundamentais*.

Explicando a evolução histórica do instituto na França, Louis Favoreu nos fala da “continuidade constitucional desde 1789”, no sentido de uma continuidade jurídica e social da Constituição, provida de bases históricas incontestáveis. E explica que o juiz constitucional francês chegou, em menos de vinte anos, a realizar o que cerca de dois séculos de história não haviam conseguido levar a cabo: um conjunto que combina a modernidade e as tradições, e na qual, sobretudo, os direitos fundamentais têm sido finalmente integrados. Destarte, pode-se considerar que a noção de bloco de constitucionalidade cumpriu sua missão: fazer que se tome consciência desta unidade e provocar a fusão progressiva das diferentes peças do conjunto.²

Como se vê, na França, a idéia de *bloco de constitucionalidade* encontra dois grandes fundamentos básicos: (a) a tradição do povo francês, interessado em prolongar e aperfeiçoar as conquistas da Revolução Francesa, através da sua histórica Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, modernizando-a; e (b) a preocupação em fundir textos soltos e idéias flutuantes, desde que consagradas pelo povo, a uma única realidade constitucional.

Louis Favoreu foi quem, na doutrina, utilizou esta expressão em primeira mão.³ Segundo ele, a expressão é a adaptação, no âmbito constitucio-

nal, daquela utilizada por Maurice Hauriou de *bloque de legalidad*, para referir-se à atuação do Conselho de Estado no controle dos atos administrativos. E explica:

*Cuando el Consejo de Estado controla los actos administrativos, debe verificar la legalidad de dichos actos administrativos. Pero "legalidad" no es solamente "conformidad a la ley"; es conformidad a la ley más los principios generales del Derecho más outra serie de normas. Por tanto, el "bloque de legalidade" es una cómoda expresión que se utiliza para lo que en realidade debería ser llamado el "bloque de juridicidad", el bloque de Derecho aplicable. Pero en esa época la legalidad era el Derecho, con lo que la noción de "bloque de constitucionalidad" no podía existir. ¿Por qué? Porque sólo existía el control de los actos infralegislativos. El problema se plantea a raíz del control de normas legislativas, porque para controlar las normas legislativas hay que recurrir a normas superiores. La norma superior es la Constitución, pero en la época en la que nos encontramos, en 1974, la Constitución francesa está integrada por un conjunto de textos, de ahí que yo utilice en el trabajo citado la expresión "bloque de constitucionalidad" para referirme al control de los actos del legislador.*⁴

O mesmo Favoreu alerta que a noção espanhola de *bloco de constitucionalidade* não tem a mesma conotação da idéia francesa, porque a noção francesa não faz referência a normas, senão, mais do que isto, ao enunciado de um problema. Mas, ao mesmo tempo, adverte que o Conselho Constitucional tende a requisitar, cada vez mais, formas escritas, isto é, "textos", praticamente nestes se jungindo.⁵

Favoreu atenta para a etimologia de *bloco*, no sentido de evocar a idéia de solidez e unidade, ou um conjunto que não pode ser cindido, dividido.⁶ Bloco é um todo compacto.

Dentro desta noção de *bloco de constitucionalidade*, a Constituição não é a única realidade constitucional, senão apenas o centro ou o tronco onde se concentram as disposições constitucionais, conquanto sem o caráter esgotativo. Assim, em outras palavras, a Constituição funciona como um núcleo de onde emana a potência constitucional.

De todo modo, apesar da diferença de concepções do *bloco de constitucionalidade*, na Espanha e na França, é possível estabelecer alguns pontos comuns: ambas as noções cuidam de normas complementares ao texto constitucional, mas que possuem a mesma (ou quase a mesma) força normativa, apesar de estabelecidas infraconstitucionalmente. São normas compostas de princípios e regras de valor constitucional, que a doutrina espanhola chama, muitas vezes, de *normas interpostas*.

É verdade que nos países onde há Corte Constitucional existem muitas fórmulas de apreciação de constitucionalidade, com muitos instrumentos, recursos, técnicas específicas e grande lastro de princípios de interpretação constitucional. O Brasil é pobre nestes temas, conseqüência, principalmente, da falta de Corte Constitucional. É na Europa onde nos abeberamos para melhor enfrentar questionamentos desta índole.

Há elementos marginais da Constituição que são inseparáveis dela.

A pergunta, agora, é: até que ponto se pode invocar a idéia do *bloco de constitucionalidade* ao estudo do Direito Constitucional brasileiro?

2 APLICAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

É impossível aplicar-se no Brasil o *bloco de constitucionalidade* nos mesmos moldes do Direito espanhol e do Direito francês, sobretudo considerando que, no último, *bloco de constitucionalidade* é o conjunto de normas utilizadas pela Corte (Conselho Constitucional) no controle prévio da constitucionalidade normativa. Não possuímos a historicidade da França nem a interposição de organismos com a autonomia prevista na Espanha. Nossos Estados-membros e Municípios não são iguais às chamadas *comunidades autônomas* da Espanha. Nossa história constitucional se formou diferentemente daqueles países europeus.

Todavia, a concepção serve para superar alguns problemas insolúveis ou de difícil solução, como, p. ex., o referente à força normativa e vinculativa do Preâmbulo da Constituição. Se imaginarmos o *bloco de constitucionalidade* como um todo compacto e que o Preâmbulo o compõe, ficam superadas as discussões sobre a força dessa parte da Constituição. De fato, ele se liga à Carta Magna de modo indissolúvel, donde com ela formar uma realidade só. Assim, então, sua força normativa-vinculativa atinge o mesmo patamar do restante do referido bloco.

Há uma categoria de norma que não pode se separar da Constituição: aquelas que conceituam institutos previstos pelo Texto Magno, de alta relevância para a sociedade. A conceituação não pode fugir do sentido constitucional e, uma vez alcançado este teor, a norma alcança tão alto grau de intimidade com o Texto Magno que passa a obter natureza especialíssima no ordenamento jurídico.

Muito embora a tradição brasileira não seja a de que tais normas sirvam de parâmetro para se argüir, por exemplo, a inconstitucionalidade de ato normativo que lhe ofenda, incumbe-nos fazer um amadurecimento maior para rever tal posição.

Quando este tipo de norma conceitua instituto essencial e formalmente constitucional, está ingressando no cerne da Constituição. Se ela

conceituar mal o instituto, afetar^á o sentido da Carta, mortalmente; se o fizer de modo feliz, trará grande efetividade à intenção da Constituição, complementando-a intimamente e atendendo ao seu comando original.

Nesta última hipótese, a norma, então, não poderá ser tratada sob a mesma ótica das demais normas do regulamento, mesmo que de igual hierarquia formal. Sua materialidade e ligação com a Constituição lhe dão posição destacada, mesmo que o processo legislativo de modificação e revogação não seja o das emendas constitucionais. O certo é que, enquanto ela estiver vigente, todos os operadores jurídicos, autoridades públicas e sociedade lhe devem prestar a reverência constitucional.

Muito comum na explicitação dos *conceitos indeterminados* constitucionais, este tipo de norma pode ocorrer, *v.g.*, na definição de “preço justo” nas indenizações por desapropriação pelo poder público (art. 5º, XXIV, CF), na conceituação de “cidadão” para efeitos de ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), salário mínimo adequado (art. 7º, IV, CF).⁷

A idéia de *cidadão*, no Texto Magno de 1988, referente à ação popular (art. 5º, LXXIII), por exemplo, é de suma importância para esta ação constitucional. Dependendo do alcance que o legislador ordinário lhe conceda, a ação popular poderá ser relevante instrumento de participação popular, via judiciário, ou pode se qualificar como mais um engodo, sem nenhum alcance prático democrático. Ora, a concepção de cidadão, daí provindo a efetiva *cidadania*, é essencial em qualquer nação que pretenda ser democrática. Ela mexe e se relaciona com as próprias estruturas e os fundamentos mais profundos do Estado.

Este tirocínio é muito importante para os direitos e garantias fundamentais, sobretudo sob o plano da sua eficácia e real efetividade, na minorização das restrições legais que o legislador de plantão possa vir a fazer (ou tentar).

As emendas constitucionais apresentam alguns dispositivos que já se integraram ao Texto da Constituição, enquanto outros permanecem fora dele, no sentido corpóreo, objetivo, de matéria escrita. Os primeiros são mais comuns e ocorrem quando dizem que determinado artigo da Constituição passará a ter redação “tal”, ou que será acrescentado no dispositivo “qual”, ou que implique supressão de texto. Já os segundos compõem um corpo à parte, com disposição própria, tratando de temas constitucionais. Mas é óbvio que todos eles compõem a Constituição, que passa, assim, a ser tanto o complexo dos seus artigos, reunidos e ordenados numericamente no mesmo diploma, quanto dos dispositivos periféricos integrantes das emendas constitucionais.

Destarte, o art. 33 da EC 19/98,⁸ por exemplo, embora não faça parte do texto da CF/88, é, sem sombra alguma de dúvida, norma constitucional. Sua natureza é de preceito constitucional, provém de um poder constituinte

(o derivado), possui hierarquia superior às normas infraconstitucionais, superou processo legislativo especial e reza matéria constitucional (material ou formal). A própria Constituição, por imposição do poder constituinte originário, conferiu às Emendas Constitucionais o patamar de Norma Constitucional, realidade, aliás, que não é privilégio brasileiro.

Bastante positivo na idéia de *bloco de constitucionalidade* é que ele tem o condão de garantir uma segurança maior ao constitucionalismo e ao Estado Constitucional, eis que alarga o seu âmbito de abrangência. Principalmente no modelo francês, em que se tem por terreno fértil a concepção e os valores históricos daquele povo, sedimentados ao longo dos séculos e consagrados na sociedade. Como tais valores se encontram enraizados e consolidados em uma dimensão maior do que nos povos sem grandes tradições (como o brasileiro), o bloco de constitucionalidade se prolonga no decorrer das constituições que se seguem na linha do tempo.

Logicamente, a definição de quais normas periféricas integram o *bloco de constitucionalidade* haverá de provir de algum Poder constituído. E o Poder mais apropriado é o Judiciário, porque é o guardião da Constituição, encarregado de interpretá-la concreta e abstratamente, em última instância. E, nele, no Brasil, destaca-se o Supremo Tribunal Federal, em virtude de suas atribuições e competências. Pergunta-se, a propósito, no entanto: ele tem legitimidade para isto?

Na França e na Espanha a Corte Constitucional de cada um possui esta legitimidade, em razão da sua composição, da sua estrutura e do seu papel nesses países, até mesmo por serem Cortes Constitucionais, separadas do Judiciário. A indagação é de altíssima relevância democrática, porque o fenômeno tenderia a atribuir ao Judiciário função de legislador positivo, conferindo força constitucional a disposições infraconstitucionais ou que estejam como tal reconhecidas implícitas ou explicitamente pela Constituição. E quem dirá que tal ou qual norma possui dimensão constitucional implícita?

O STF, então, teria funções de constituinte derivado ou, eventualmente, originário, atribuindo feição de norma constitucional a disposições que não possuam esta força. Vale dizer, seu reconhecido papel de *legislador negativo*, no controle concentrado das leis e atos normativos, alçaria a legislador positivo também.

Há, de fato, um aspecto subjetivo do poder de dizer que normas teriam esta natureza constitucional. Quem poderia dizê-lo? O STF? E por permissão de que quem, se a Constituição brasileira é silente? Na França e na Espanha, há normas que cuidam destes detalhes. Na primeira, há autorização de atuação do Conselho Constitucional, cuja composição é mista, com incremento político.⁹ Na segunda, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, órgão que também possui formação político-jurídica,¹⁰ a Constituição o autoriza a decidir questões de constitucionalidade não só com base no Texto

Constitucional, como, também, nas leis que, dentro do ambiente constitucional, hajam-se ditado para delimitar as competências do Estado e as diferentes Comunidades Autônomas ou para regular ou para harmonizar o exercício delas (art. 28.1, L.O.T.C).

De nossa parte, é de se reconhecer que, no plano material, há disposições infraconstitucionais ou princípios fundamentais que apresentam uma pertinência muito grande com a Constituição, praticamente dela sendo indissociável. Levamos a questão, no sistema brasileiro, no entanto, para o campo da hermenêutica constitucional. O intérprete tem a obrigação científica de conferir dimensão maior a tais preceptivos.

Não nos parece que, *de lege ferenda*, o STF esteja autorizado a sair do Texto Constitucional para, à semelhança da Corte espanhola, introduzir elementos periféricos à categoria de norma constitucional, a ponto de desafiar a inconstitucionalidade de outras normas e o controle concentrado de constitucionalidade. Falta-lhe legitimidade, até mesmo em razão do modo como os Ministros que integram o STF chegam ao cargo, sem nenhuma consulta à sociedade.

A crítica que se pode acrescer, ainda, é a de que o elastecimento incauto destas normas pode tornar o complexo jurídico um arcabouço de normas constitucionais banalizadas, com a vulgarização da Constituição. E, então, a possibilidade de ineficácia constitucional aumentaria, eis que, ante o número de disposições regulamentando tudo, ensejaria interpretações fragilizadoras da sociedade. Com efeito, a experiência jurídica do Direito Comparado mostra que as Constituições mais analíticas são as de texto mais frágeis, enquanto as sintéticas possuem disposições textuais mais respeitadas. Enquanto as primeiras tendem a levar a interpretações literais e restritivas, as outras pendem para uma hermenêutica verticalizada, com elastecimento das suas disposições e de sentido do texto, em todos os seus aspectos (políticos, sociais, jurídicos...). Reflexo de como a sociedade contribui para a formação histórica da sua Constituição.

3 CONCLUSÕES.

Não era de nosso intuito encerrar o tema apresentando conclusões irretorquíveis. Nosso objetivo era (e é) muito mais o de despertar o debate sobre tema tão curioso e apresentar as primeiras considerações sobre ele.

Neste escopo, apesar da distinção de visões do *bloco de constitucionalidade* na França e na Espanha, justificáveis pela historicidade de cada uma destas nações, não nos parece que tais idéias possam ser migradas integralmente para o Direito Constitucional brasileiro. Nossa tradição, história e sociedade são completamente diferentes, desde o início da colonização.

Tampouco o STF está apto a desempenhar, no Brasil, o que as Cortes Constitucionais fazem nos referidos países europeus. A forma de escolha dos ministros do STF, sua natureza jurídica e suas atribuições depõem em sentido contrário.

Fica, de todo modo, o desafio para melhor aprofundamento do tema. De nossa parte, estas são as considerações que tínhamos para veicular por enquanto e inicialmente.

¹ SORLI, Juan-Sebastián Piniella. *Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad* – encrucijada de competencias. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A., 1994, p. 49.

² Louis Favoreau & Francisco Rubio Llorente. *El Bloque de la Constitucionalidad* – simposium franco-español de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 41-42.

³ Segundo o próprio jurista, isto se deu em trabalho de sua lavra, de 1974, intitulado *O Princípio de Constitucionalidade*, em obra coletiva em homenagem ao professor Charles Eisenmann, o qual utilizara expressão parecida em 1928 (*ob. cit.*, p. 58).

⁴ FAVOREAU, Louis e LIORENTE, Francisco Rubio. *El Bloque de la Constitucionalidad* – simposium franco-español de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 59.

⁵ *Id. ibidem.*, p. 60.

⁶ *Id. ibidem.*, p. 22.

⁷ No modelo atual, o valor irrisório do salário mínimo fixado pela lei depõe contra o Texto Constitucional, atirando a sua inconstitucionalidade. Os problemas que existem, no enfrentamento da matéria, é de cunho político e econômico, não jurídico. Sob o plano do Direito, o tema é muito claro: as leis que fixam o valor do salário mínimo no Brasil ofendem frontalmente a Constituição Federal e seu sentido. Degrada o espírito constitucional. Por isto, elas não podem ter dimensão interpretativa tão elevada, exceto de que já estão abaixo do mínimo e, portanto, não admitem nenhuma outra diminuição, por quem quer que seja.

⁸ EC 19/98, art. 33: “Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal, aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983”.

⁹ Na França, onde o Conselho Constitucional é órgão político, não integrante do Judiciário, não se admite o controle (concentrado) de constitucionalidade pelo Judiciário (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. Título Original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains – Droit Comparé. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15). No mesmo sentido, generalizando como regra dos países europeus: LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos – introducción al Derecho Europeo y Extranjero*. Versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel. Título original: I Grandi Sistemi Giuridici. Madrid: Editorial Debate, 1993, p. 90.

Para melhor compreensão da formação e da organização jurídica e política dos países europeus, v. por todos VERBOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, *passim*.

¹⁰ Na Espanha, o Tribunal Constitucional possui esta função de zelar pela jurisdição constitucional. Conquanto tenha natureza jurisdicional por seu procedimento de atuação e de adoção de decisões e por sua independência ante outros órgãos constitucionais, o Tribunal é um órgão especial, separado do Poder Judiciário (MARTÍN, Nuria Belloso. *El Control Democrático del Poder Judicial em España*. Curitiba: Universidad de Burgos, Moinho do Verbo, 1999, p. 78).

ABSTRACT

The so-called “Constitutionality Block” is a feature found in French and Spanish Constitutional Systems, focusing on rules that, not being part of a Constitution themselves, share the same status with rules that are part of Constitutions. In other words, even if certain rules are not part of the Constitution, these can be references for the control of constitutionality. This is due to the historical background of France and Spain, rather different from Brazilian history, and to the nature of their Constitutional Courts. In Brazil, the Supreme Federal Court (STF) is not legitimated to act as a positive legislator, but only as a negative legislator.

KEYWORDS

Comparative Law. Constitutionality Block.

APONTAMENTOS SOBRE O (DES)RESPEITO À ESSÊNCIA E À FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

*Valeschka e Silva Braga**

1 Supremacia Constitucional. 2 Algumas considerações acerca da idéias de Lassalle sobre a “essência da Constituição”. 3 A “força normativa” propalada por Hesse. 4 Breves comentários a propósito da abertura da interpretação constitucional a todos os que vivem a Constituição. 5 O (des)respeito à essência e à força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 6 Últimas considerações.

RESUMO

Trata-se de estudo crítico acerca do constante desrespeito à essência e força normativa da Constituição Brasileira de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição Brasileira de 1988. Essência. Força normativa. Desrespeito.

Os homens, em geral, julgam as coisas mais pelos olhos que com as mãos, porque todos podem ver, mas poucos podem sentir. Todos vêem aquilo que parece, mas poucos sentem o que é; e estes poucos não ousam opor-se à opinião da maioria, que tem, para defendê-la, a majestade do Estado.¹

1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

A supremacia da Constituição advém da sua própria existência como texto fundador da ordem jurídica de determinado Estado. Aliás, todas as demais normas devem ser com ela compatíveis do ponto de vista formal e material, ou seja, devem observar os postulados constitucionais básicos referentes às formalidades para sua elaboração e ao conteúdo normativo mínimo.

José Renato Nalini, em notáveis considerações, ensina:

O princípio da supremacia constitucional significa encontrar-se a Constituição no vértice do sistema normativo. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infra-constitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são

* Mestre em Direito Público pela UFPE, Advogada da União, Professora de Direito Constitucional I (Graduação) e da Pós-graduação da Faculdade Christus.

hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e a norma inconstitucional.

A Constituição se encontra, então, no ápice do ordenamento jurídico (daquela pirâmide normativa idealizada por Kelsen), outorgando validade às demais normas que com ela estejam compatíveis (formal e materialmente, repita-se). Nela podemos encontrar as normas básicas criadoras e definidoras do próprio Estado, que refletem as opções políticas, jurídicas e sociais de uma comunidade.

De fato, por conter a organização política do Estado, o assentamento da separação de poderes (funções estatais), bem como a delimitação de competências públicas e a enumeração mínima dos direitos fundamentais, ela possui a maior relevância no ordenamento jurídico, devendo estar a salvo das volatilidades dos interesses econômicos ou políticos obscuros.

A supremacia constitucional indica, pois, que: a) a Constituição dá “sustentação jurídica a todas as demais manifestações normativas”; b) ela consolida a “vontade política soberana de um povo”; c) servindo de inspiração para a análise interpretativa das demais normas (que sempre lhes são inferiores) e de fundamento para a elaboração destas.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é rígida e serve como “lei padrão, estabilizadora dos ritos legais”.³ A supremacia constitucional, aliás, decorre da rigidez da Constituição. Assim, se esta não existir, aquela fica abalada e a própria existência do texto supremo fica comprometida.

O presente trabalho visa destacar obras doutrinárias clássicas para que possamos entender como a essência e a força normativa da Constituição de 1988 têm sido atacadas pela ação nociva (e oportunista) de nossos representantes, que a alteram sem qualquer verificação de legitimidade.

Por mais que a CF-88 precise ser atualizada constantemente para se adaptar às inovações sociais, aos anseios da coletividade, isso pode ser feito também através da interpretação, não sendo admissível fragilizar o texto constitucional por questões circunstanciais.

Aliás, iniciamos por destacar que:

*O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resulta (entre outras coisas) a elaboração dos textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislaufl] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido.*⁴

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IDÉIAS DE LASSALLE SOBRE A “ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO”.

Lassalle elaborou a obra “A essência da Constituição” aproveitando relatos de Conferência realizada em 1862, época contemporânea a Karl Marx.⁵ Poder-se-ia perguntar o leitor: “O que há de tão importante em uma obra que foi escrita há tanto tempo?”.

Pois imagine que a sua atualidade é tamanha, embora algumas de suas idéias já estejam há algum tempo superadas, dado o momento histórico no qual estavam inseridas, que nela vemos impressas afirmativas notáveis como: “Constituição não é uma lei como as outras, é uma *lei fundamental* da nação”⁶ e, poucas linhas acima: “uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme, de mais imóvel que uma lei comum.”⁷

Para Lassalle, o que distingue a Constituição das demais leis do ordenamento é que aquela: 1) necessita de aprovação legislativa, todavia é mais do que uma *simples lei*⁸; pois 2) consiste na *lei fundamental* da nação, lei mais *básica* do que as outras comuns⁹; e 3) necessita de procedimento mais rigoroso para ser alterada; 4) devendo constituir o verdadeiro fundamento das outras leis e, então, “atuar e irradiar-se através das leis comuns do país”.¹⁰

Destaca o autor, em brilhante e atual citação:

A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*. [...] Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, *outras leis ordinárias contrárias à fundamental*.¹¹

O autor dá um enfoque sociológico à Constituição, a partir do qual a Constituição escrita se transforma em mera “folha de papel” quando não reflita os “fatores reais de poder”. Eis aí o alvo da maior polêmica causada por essa obra.

Segundo Lassalle, portanto, essa é a essência da Constituição: “a *soma dos fatores reais do poder* que regem a nação”.¹² Aliás, segundo ele, os problemas constitucionais não são jurídicos e, sim políticos, já que a verdadeira Constituição de um país está baseada nos fatores reais e efetivos do poder, não tendo as constituições escritas valor ou durabilidade, a não ser que exprimam fielmente esses poderes que imperam na sociedade ou país em determinado momento.¹³

O jus-sociólogo chega a discorrer sobre a necessidade que os Estados atuais têm de firmar Constituições escritas. Teria ocorrido, não por vontade da nobreza ou do príncipe e, sim, da burguesia, que percebeu o crescimento de seu poder, em face do aumento populacional, incremento da prosperidade econômica e progressão da cultura geral e consciência coletiva.

A partir de então, os burgueses passaram a perceber-se como “potência política independente”, incapaz de continuar sob o jugo do Estado, sem que sua vontade influísse ativamente na vontade estatal. Seria necessário, portanto, estabelecer limites à regência dos príncipes, que deveriam ser por estes aceitos, mesmo a contragosto.¹⁴

Destaque-se: a força ativa e eficaz que influencia todas as leis e instituições jurídicas vigentes, a que se refere Lassalle no trecho transcrito acima, é justamente a atuação dos *fatores reais de poder*¹⁵, a saber: a Monarquia, a Aristocracia, a Grande Burguesia, os Banqueiros, a Pequena Burguesia e a Classe Operária.

De acordo com Lassalle, aliás, sempre existiu, em todos os momentos da história, em todos os países, uma Constituição Real e Verdadeira. Mas, nos tempos modernos defendeu que também devem ser escritas¹⁶, necessárias para delimitar o poder dos governantes e os direitos dos governados, a fim de que o povo não fique à mercê da vontade de um déspota.

Para ele o poder econômico sempre predominou, de forma que sempre existiram dominantes e dominados. Na verdade, as Constituições escritas teriam aparecido a partir da Revolução Francesa, com o objetivo de estabelecer o limite ao poder de uns sobre os outros. Suas idéias, aliás, neste aspecto, assemelham-se às divulgadas por Marx e Engels no Manifesto do Partido Comunista, datado de 1848:

A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre de corporação e oficial, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada, uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das suas classes em luta. [...]

A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classes. Não fez senão substituir velhas classes, velhas condições de opressão, velhas formas de luta por outras novas.

Um dos grandes méritos da obra de Lassalle está em sua afirmação acerca da possibilidade de o povo, com maior número de indivíduos do que qualquer outro “fator real de poder”, se organizar¹⁸, superando as forças jurídicas antagônicas e fazendo prevalecer a sua vontade, pois o seu poder daquela é verdadeiramente *invencível*.

Um de seus principais problemas consistiu, conforme mencionado, em fazer uma análise quase exclusivamente sociológica da força constitucional, invertendo a ordem das coisas: a Constituição escrita/formal, no lugar de institucionalizar e controlar o poder dos governantes, seria limitada pelos

“fatores reais de poder” dominantes, a saber: monarquia, aristocracia e banqueiros.

Constituição e leis consistiriam da correlação das forças sociais dominantes. Mas se entendermos que a Constituição real deve sempre prevalecer sobre a jurídica, cairia por terra a idéia de Constituição rígida e suprema e, por conseqüência, haveria uma negação do Direito Constitucional como ciência normativa, transformando-o em mero descritor do mundo fático.¹⁹

Sabemos, hoje, que a Constituição não está desvinculada dos valores sociais da comunidade em que se aplica, ao mesmo tempo, devemos ter em conta que os problemas constitucionais são, sim, jurídicos, pois ela é dotada de uma supremacia ímpar em comparação às demais normas do ordenamento, pois não se limita a “descrever” a sociedade, mas impõe-lhe um dever ser normativo.

De fato: “a Constituição não se reduz a um espelho das relações fático-políticas, mas assume o caráter de ordem normativa, vinculante dos poderes estaduais, disciplinadora e estabilizadora de um processo político.”²⁰

3 A “FORÇA NORMATIVA”²¹ PROPALADA POR HESSE.

Quase um século depois - em 1959 - Konrad Hesse apresentou publicamente várias divergências em relação a certas idéias de Lassalle. Exporemos, rapidamente, algumas discordâncias:

Hesse, contrariando Lassalle, divulgou que a Constituição não é um subproduto mecanicamente derivado das relações de poder dominantes (sócio-políticos, econômicos, ideológicos), mas de um “estado espiritual” (vontade de Constituição), pois sua força normativa não provém somente de adaptação à realidade mas, em princípio, advém desse desejo de manutenção da lei fundamental.

A vontade da Constituição teria origem em três vertentes: 1) necessidade de uma ordem normativa superior e rígida, “que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; 2) numa legitimidade constante decorrente dos fatos; 3) vontade humana, pois é através dela que a norma constitucional encontra vigência.²²

Desta forma, para o autor, a Constituição deve ser considerada como origem e base do Estado de Direito, com necessária harmonia com os fatores sociais. Ela somente poderá, no entanto, ser convertida em força ativa quando estiver presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

O autor sugere a existência de um equilíbrio recíproco entre Constituição e a realidade político-social, pois a lei fundamental não pode se limitar a retratar as forças sociais vigentes em um país, pois se constitui não num

“ser” descritivo, mas num “dever ser”, que indique a direção para a qual deve se voltar para a busca da eficácia ótima.

É graças à sua pretensão de eficácia que a Constituição determina ordens e confirma suas previsões na realidade. A Constituição “real” e a “jurídica” estariam, portanto, em relação de coordenação²³, condicionando-se reciprocamente, e não de subordinação desta àquela conforme pretendia Lassale. Afinal de contas

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência²⁴, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

De fato, não se pode mais ter em vista aquela concepção ultrapassada de que a norma (dever ser) e realidade (ser) estão radicalmente apartadas. Essa visão positivista não mais pode predominar, como também aquela que dá ênfase apenas ao aspecto sociológico da norma, pois isso conduziria ao extremo de levarmos em consideração “uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.²⁵

E, embora a origem da Constituição não possa ser compreendida e reproduzida fielmente, não se pode conceber o texto constitucional como proveniente, apenas, da razão. Aliás, Humboldt, reverenciado nesta obra por Hesse, afirma que a Constituição seria estéril se construída, exclusivamente, de arcabouços abstratos e teóricos. É que, se as “leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital”.²⁶

O texto constitucional, portanto, só logra êxito se “construir o futuro com base na natureza singular do presente”.²⁷ Sua força vital assenta-se “na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva”.

Assim, a Constituição impõe tarefas que devem ser obedecidas pelos atores sociais e ela só terá real força ativa se eles a realizam, “se existir a disposição para orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”.²⁸

É óbvio que a inobservância disto acarreta uma conseqüência funesta: o enfraquecimento da força normativa da Constituição, pois ela não pode ser reduzida a uma fotografia da realidade e, além de obedecer e traduzir a constante mutação social, necessita prescrever um dever-ser.

A força normativa da Constituição indica, assim, que, como lei, ela deve ser dotada de aplicabilidade e efetividade. Essa força visa, portanto,

expressar que a norma constitucional, por valer como lei, deve ser aplicada. Ao contrário de Kelsen²⁹, Hesse não despreza a importância do mínimo de concordância com a realidade político-social, já que a Constituição constitui um dever-ser, e não um ser equivalente à realidade (um espelho ou fotografia desta). Afinal, leva em conta que o Direito também é valorativo.

Como podemos observar, Lassale e Hesse têm posições divergentes, na medida em que para o primeiro a Constituição Real (soma dos fatores reais do poder) é superior à Formal. Já para o segundo jurista, a Constituição formal ou escrita é, na verdade, a que deve prevalecer.

Para Hesse, o êxito de uma Constituição está na sua correspondência recíproca com a realidade presente, levando em conta não apenas os aspectos econômicos, políticos, como os sociais que estejam incorporados à sociedade.

Se algum interesse imediatista ou casuístico for assentado em uma Constituição, ela restará fragilizada em sua força normativa, pois haverá uma maior tendência à alteração de seu texto com igual intensidade de “ajustes”.

Enquanto a Constituição formal é banalizada por Lassalle, para Hesse há a valorização do poder normativo do texto constitucional, pois indica que para a Constituição escrita ser vitoriosa ou efetiva, basta que haja uma vontade de constituição, ou seja, uma disposição ou ânimo, principalmente por parte dos responsáveis pela ordem política, de orientar a própria conduta de acordo com a ordem constitucional. Assim, não basta um conteúdo brilhante para que seja o mesmo respeitado.

4 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA ABERTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A TODOS OS QUE VIVEM A CONSTITUIÇÃO.

Em desenvolvimento a esta linha de que Constituição e realidade devem estar interligadas, pode-se afirmar que, atualmente, todos nós somos responsáveis pela ordem constitucional, na medida em que as Constituições podem e devem ser interpretadas por cada um dos agentes sociais, bem como devem ser por eles respeitadas, sob pena de quebra da sua essência, supremacia e força normativa.

A participação que todos nós fazemos na interpretação constitucional é marcada pela espontaneidade e, mesmo que não façamos esse papel com exclusividade - assim como não o faz o Judiciário -, damos uma decisiva e antecipada contribuição acerca do sentido das normas constitucionais.³⁰

De fato, a interpretação constitucional não é monopólio estatal: todos os “participantes materiais dos processos sociais”³¹ podem promovê-la. E mais, por vezes as questões referentes à Constituição sequer chegam à Corte Cons-

titucional, pois são resolvidas antes: fora do Judiciário³² ou por falta de iniciativa dos interessados em bater à porta daquela.³³

O grande divulgador dessa necessidade de participação ativa de toda a comunidade política foi Peter Häberle, em obra originalmente publicada em 1975. Segundo o autor, participam do processo de interpretação constitucional: a) as funções estatais, compreendidas a que profere decisão vinculante - Corte Constitucional - e os órgãos dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, cujas decisões estão sujeitas à revisão; b) os participantes dos processos estatais de decisão acima mencionados, a saber: requerente/requerido ou recorrente/recorrido nos recursos constitucionais; outros participantes do processo, com interesse ou direito de manifestação na lide; pareceristas e *experts*; peritos e representantes de interesses nas audiências públicas parlamentares, associações, partidos políticos; grupos de pressão organizados; e requerentes ou partes nos processos administrativos; c) a opinião pública democrática e pluralista, incluídos os formadores dessa opinião - mídia, igrejas, teatros, editoras, escolas comunitárias, pedagogos, etc.; d) doutrina constitucional.³⁴

Os juízes e Ministros das Cortes Constitucionais servem, pois, como catalisadores dessas opiniões, devendo, portanto, em suas decisões, refletir a opinião do corpo social. Aliás, ele deve justificar validamente sua tomada de posição (no Brasil, veja art. 93, X, CF-88), na tentativa de convencer que esta é a melhor decisão.

Aliás, a nossa Constituição, no art. 1º, parágrafo único, preceitua que o poder é do povo que o exerce diretamente ou através de seus representantes. E uma das melhores formas de se possibilitar a democracia mais participativa³⁵, no lugar da cômoda representatividade, é a atuação de todos nós na interpretação constitucional.

Ademais, já dizia Aristóteles, em obra clássica: “É necessário que todos os cidadãos participem em comum de tudo ou de nada, de algumas coisas e de outras não. Não participar de nada é impossível, indubitavelmente; pois a sociedade política é como uma comunidade”.³⁶

Relembre-se que, nas lições de Paulo Bonavides, resta assentado que os direitos fundamentais não se esgotam, como para a maioria dos outros constitucionalistas, na terceira dimensão. Segundo o nosso ilustre conterrâneo: “A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta”³⁷ legitimamente sustentável graças às aberturas pluralistas dos sistemas jurídicos.

Assim, a “concretização da sociedade aberta do futuro” envolve, também, a democratização do processo interpretativo e, nada mais democrática do que a participação ativa de todos no processo de interpretação constitucional, sob pena de não haver legitimidade nas decisões estatais. Aliás,

A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade.³⁸

À guisa de sugestão, as obras mencionadas proporcionam um bom entendimento de como surge uma Constituição, como deve ser mantida e como se deve impedir que as forças sociais imponham seus interesses particulares. Vejamos, agora, a situação atual da nossa ordem jurídica constitucional:

5 O (DES)RESPEITO À ESSÊNCIA E À FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Se é verdade que uma Constituição deve corresponder às aspirações populares - e a brasileira de 1988 representou um verdadeiro rompimento com o regime autoritário anterior³⁹ -, também é verdade que ela deveria ter efetividade.⁴⁰

De fato, precisamos, ainda, ver vários dos dispositivos constitucionais serem materializados nas relações jurídicas de nosso vasto país. Se, de acordo com os ensinamentos de Hesse⁴¹, “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar a pretensão de eficácia”, a atual Carta Magna de 1988 precisaria ter sido urgentemente implementada com toda a “vontade de Constituição” para, verificando-se a sua desatualização, poder ser modificada, no propósito de atender aos anseios populares.

Vale lembrar: Lassalle lecionava que as mudanças constitucionais somente devem ocorrer em face da modificação da própria realidade social. Hesse, por sua vez, divulgou que a supremacia da Constituição formal implica, também, na redução das modificações constitucionais, e se podemos adaptá-la aos novos tempos através dos mecanismos interpretativos, assim o faremos, evitando-se, portanto os processos reformatórios, notadamente os casuísticos.

Ora, não é necessária muita acuidade de visão para que possamos notar que a nossa Constituição tem sido constante e desnecessariamente vilipendiada.

De fato, existe uma verdadeira inversão de valores nessa “vontade da Constituição”, tendo possibilitado, por exemplo, que interesse individual de reeleição (possibilitada aos Chefes do Poder Executivo, por um período subsequente, a partir da EC n. 16/97) prevalecesse sobre os interesses públicos⁴², afinal: “Quebrantou aquela Emenda uma sólida tradição republicana, a saber, a da mais breve alternância possível dos governantes no exercício dos mandatos eletivos. Trouxe, ao mesmo passo, a mácula de um projeto pessoal de continuísmo[...] sem precedentes em toda a nossa história constitucional”.⁴³

É evidente que constantes reformas constitucionais abalam a confiança e a estrutura da Constituição, fragilizando sua força normativa.

Aliás, segundo Hesse: “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular”.⁴⁴ Tanto é assim que as Cartas Constitucionais mais modernas prevêem cláusulas pétreas, insuscetíveis de alteração pelos poderes constituídos, ainda que por vontade popular.⁴⁵

E por falar em *revisão*, outro exemplo de estapafúrdia deformação, digo, “reforma”, que se quer promover no texto de 1988 é a que tramita atualmente na Câmara acerca uma de nova Revisão Constitucional.⁴⁶

Ora, tal projeto de Emenda é um verdadeiro ultraje ao Poder Constituinte Originário, estatuidor de *uma única* Revisão (art. 3º, ADCT), que já ocorreu, embora juristas de renome do talante de Paulo Bonavides⁴⁷ contra ela tenham se insurgido veementemente.

Vale destacar, ainda, que a Emenda Constitucional proposta prevê votação, através de maioria absoluta (no lugar dos 3/5 previstos no art. 60, §2º, CF-88), em *sessão conjunta* (e não em cada Casa Legislativa, como exige o referido dispositivo) dos representantes da Câmara e do Senado – denominada Assembléia de Revisão Constitucional⁴⁸, cujo prazo máximo será de 12 meses de duração.

Onde ficaria a supremacia constitucional se tal projeto fosse aprovado? Onde ficaria a soberania do Poder Constituinte Originário, que estabeleceu requisitos formais quanto à votação (sessões separadas em cada Casa Legislativa) e ao *quorum* (3/5), para qualquer que fosse a outra alteração constitucional posterior (e mesmo anterior) a outubro de 1993 (cinco anos contados da data da promulgação da CF/88, cf. art. 3º, ADCT)?

Neste diapasão, vale citar o posicionamento de dois renomados constitucionalistas acerca do tema: a) Pinto Ferreira: “a supressão de limites da revisão é no fundo *fraude à Constituição*”⁴⁹; b) Ingo Sarlet: “não poderíamos deixar de nos filiar à corrente que entende ser *inviável a dupla revisão, em face do grave risco de uma destruição da identidade constitucional pelo legislador, sobrepondo-se à vontade expressa do Constituinte*”⁵⁰ (destaques nossos).

Aliás, cumpre salientar que o art. 59 da CF-88 não trata da Revisão Constitucional como um dos processos legislativos permanentes. Ela estava prevista apenas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 3º) e, como o próprio nome de sua localização topográfica indica, jamais deveria possuir caráter reincidente.

Observa-se, portanto, uma certa hipocondria, não da Constituição, mas dos poderes constituídos, que tudo querem alterar, tanto como se fosse possível chegar num consultório médico e propor: “Doutor, mude tudo que o

senhor acha que deve..., (ou seja, exerça o poder constituinte sem limites), ainda que o paciente (povo), que é o detentor do corpo (poder), não aceite, mesmo que seja necessário extrair algumas partes do corpo (supressão de dispositivos importantes), tirar a coerência do ‘todo’ (criando um caos normativo), ou meter os pés pelas mãos”.

Assim, a supressão de “artificialidades e pormenores” contidos na atual Constituição, aludida na justificativa do mencionado projeto de emenda, somente poderia ser feita através de novo Poder Constituinte Originário: em outras palavras, somente criando-se nova Carta Magna.

Nossa atual experiência constitucional tem sido vergonhosa, pois, a poucos meses de completar 16 anos, a Constituição de 1988, que já contava, em sua redação original, com 245 artigos no texto permanente e 70, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem, atualmente, 250 e 94, respectivamente, já sofreu 43 Emendas (tendo a última sido datada de 15/04/04), causando-nos certa inveja a Constituição Norte-Americana, datada de 1789, composta de sete artigos (subdivididos em sessões que não chegam ao detalhamento da brasileira) e 26 emendas constitucionais, ao longo de todos esses anos de vigência.

Para se ter uma idéia do que é estabilidade formal de uma Constituição, a última emenda à Norte-Americana ocorreu em 1971, enquanto a da República Federativa Brasileira está constantemente assolada por reformas tópicas ou generalizadas sobre determinados temas, padecendo de emendas que ultrapassam a média de duas por ano (em 1995, por exemplo, foram 5; em 1996, foram 6; e em, 2000, pudemos totalizar 7 delas... isso sem falar no número de artigos já alterados, suprimidos ou inseridos na Carta Magna).

Isso sem falar na falta de regulamentação constitucional a determinados dispositivos que acabam por configurar letra morta, a exemplo do art. 7º, I, que propugna pela necessidade de lei complementar para a proteção do trabalhador contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária⁵¹; e Art. 153, VII – imposto sobre grandes fortunas, que também depende da mesma espécie legislativa (cujo *quorum* para aprovação é de maioria absoluta – art. 69 – CF/88).

E, mais uma surpresa na curta história desta Constituição: a falta de regulamentação pode levar, inclusive, à supressão do artigo do texto constitucional!

De fato, foi com tristeza que se observou a revogação, pela EC nº 40, de 29/05/03, do parágrafo terceiro do art. 192⁵², que previa a taxa máxima de juros reais por ano como 12%, quando já estava em exercício um governo voltado aos interesses dos trabalhadores, segundo prenunciava a sigla partidária e o eterno candidato, finalmente vencedor das eleições presidenciais.

Os responsáveis pela “governabilidade” de nosso país, na aplicação da Constituição Federal de 1988 têm pecado, portanto, pelo seu constante des-

respeito e falta de regulamentação de várias de suas normas (eficácia plena X limitada).

Ora: “um ótimo desenvolvimento da força normativa, não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática. Aquilo que é identificado como a vontade da Constituição ‘deve ser’ honestamente preservado”. E, “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático”.⁵³

Rousseau, em prefácio de renomado discurso⁵⁴, referindo-se à necessidade de consentimento que o povo deve dar às leis, em citação plenamente aplicável aos hodiernos textos constitucionais, assentou:

para suspender os projetos interesseiros e mal concebidos e as inovações perigosas [...] sua promulgação só pudesse ser feita com tanta solenidade que, antes da constituição ser abalada, todos tivessem tempo para se convencer de que é sobretudo a grande antiguidade das leis que as torna santas e veneráveis, pois que o povo logo despreza as que vê mudar todos os dias e, pelo hábito de negligenciar os antigos usos, sob o pretexto de fazer melhores, são introduzidos muitas vezes grandes males para corrigir menores.

Com base nessa afirmação, que tal se o Congresso Nacional, baseado em sua competência prevista no art. 49, XV, convocasse *plebiscito*⁵⁵ para apurar a vontade do povo de realmente empreender alterações constitucionais que o afetam diretamente (o exemplo mais revoltante e recente é o da Contribuição “Provisória” sobre Movimentação Financeira – da qual os correntistas não têm como escapar, e cujo pagamento, às vésperas findar - dez/2004 -, novamente foi prorrogado - por mais 3 anos – através da Emenda Constitucional n. 42/03).

Não querem convocar plebiscito a cada Emenda Constitucional que se quer implementar? Então autorizem *referendum*⁵⁶, ou seja, que o povo confirme ou não o projeto de emenda que tramitou nas Casas Legislativas.

Vale destacar que a experiência de submeter as alterações constitucionais à validação popular é feita na França⁵⁷, o que tem dificultado, sensivelmente, o processo de modificação da Carta Magna (cf. art. 89 da Constituição francesa de 1958, norma suprema esta que sofreu nestes seus anos de vigência, apenas 17 emendas – enquanto a nossa, ô coitadinha, já vai na 43^a).⁵⁸

Ora, a grande parte do povo sequer tomou conhecimento do teor da redação original da Constituição de 1988⁵⁹, imagine a confusão que não fica na cabeça das pessoas com esse caos normativo causado pelo excesso de

Emendas, que chegam a alterar as reformas promovidas por outras Emendas em pouco espaço de tempo.

De fato, veja-se o exemplo do art. 105, I, “c”, que foi alterado pela EC n. 22, de 19/03/99 e, em seguida, pela EC n. 23, de 03/09/99 (menos de seis meses depois!). Aliás, a desorganização de nosso poder constituinte derivado é tão grande que já se chegou a deliberar e promulgar duas vezes o mesmo texto: o do Art. 246 - incluído pela EC n. 6, de 16/08/95 e reincluído pela EC n. 7, de mesma data (alterado posteriormente pela EC n. 32, de 12/09/01).

Diante de tal cenário absurdo, é natural que se pense:

podemos afirmar sem medo que a nossa Carta Magna vive o seu pior momento. Flagelada por dentro - vítima das suas próprias contradições - e sitiada por fora - incapaz de oferecer resistência ou se adaptar ao fenômeno da globalização-, não vemos como salvá-la. A mais grave das atitudes é continuar fingindo que a nossa Constituição-cidadã ainda tem força normativa, ainda é operativa, e que tudo pode ser resolvido com o tempo, mediante emendas intermináveis ou pelo trabalho insano, inútil,⁶⁰ caro e decepcionante de interpretação e defesa jurisdicional.

O problema gira em torno da precipitação⁶¹ que tem ocorrido em promover mudanças na Constituição, sob a desculpa de adaptá-la a uma realidade social – que, na verdade, é simulada pelos interesses predominantes, na tentativa de sujeitá-la à globalização econômica, ao primado do mercado (num retorno ao liberalismo desenfreado – ao que denominamos de neoliberalismo) e aos interesses das denominadas potências internacionais -, independentemente dos notórios atentados aos sistemas de garantias, limites e controles que devem ser impostos ao Estado e às esferas privadas.

Lembre-se que, para termos um novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), precisamos esperar décadas de tramitação do projeto para a alteração de artigos que já vigiam desde 1916! Claro que uma codificação que envolva 2.046 artigos exige uma discussão prolongada... mais ainda assim, estaremos falando de uma Lei Ordinária. *A verdade é que a matéria civil se mostrou mais rígida que os próprios textos constitucionais que o sucederam: 1934, 1937, 1946, 1967/69 e 1988.*

Isso acaba por gerar um descrédito no nosso atual texto normativo magno. De fato, as constantes reformas constitucionais expressam, como adverte Hesse

a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se mais valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança em sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa.

A estabilidade constitui condição fundamental para a eficácia da Constituição. (grifos nossos)

Entretanto, não é entregando os pontos que se vence a luta, não é se deixando impressionar por fantasmas que costumam de vez em quando circular pela dimensão constitucional, que resolveremos o problema do desrespeito à lei fundamental. Deve-se aumentar, já, a deferência e a estima ao Texto Magno, bem como o maior estímulo à sua preservação, de forma que seja salvaguardado de turbulências ocasionais, de alterações casuísticas. Ora, o fato de a Constituição anterior ter sido vilipendiada por atos arbitrários, a exemplo do AI-5, não induz a que permaneçamos no mesmo erro!

Deve prevalecer, sim, uma vontade preservacionista orientadora de conduta dentro de preceitos emanados da própria Constituição de 1988, dando à ordem constitucional a necessária estabilidade, especialmente considerando as tentações de reformas casuísticas ou influências [dos interesses dominantes] fáticas comuns, na medida em que as sociedades se tornam mais complexas.

Se isso não acontecer, qualquer nova Constituição, promulgada ou outorgada, não possuirá força normativa e poderá ser sobrepujada!

Ora, a Constituição não precisa ser literalmente alterada para que possa evoluir com a sociedade. Muitas vezes, pela confiança que se põe nas interpretações dos juízes e, principalmente, na atividade interpretativa desempenhada pelas Cortes Superiores - em especial pelo Supremo Tribunal Federal - é possível uma readaptação do texto à realidade.

Precisamos criar, pois, uma cultura de respeito ao texto constitucional.

6 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES.

Para Hesse, se temos o confronto dos “fatores reais de poder” (na expressão de Lassalle), deve a Constituição formal sempre prevalecer e isso depende não apenas da vontade do povo, mas também dos responsáveis pela fiscalização da ordem constitucional. A Constituição não seria, portanto, o pólo mais fraco na luta de interesses.

Se somente com uma “vontade de Constituição” se justifica a Força Normativa que esta tem (segundo ensinamentos de Hesse), infelizmente, parece ter havido um retrocesso no pensamento de valorização do texto constitucional em nosso país, pois todos os Presidentes que exerceram suas funções durante a vigência da CF-88 (vinculados politicamente a partidos ou às “influências” internacionais), têm atuado como verdadeiro “fator real de poder” (na linguagem lassalliana), pois têm feito valer o seu particular conceito de “governabilidade”, em detrimento da supremacia constitucional.

É verdade que, também, que a nossa Constituição possui uma série de normas constitucionais de eficácia limitada⁶³ e, portanto, depende de regulamentação posterior ou implementação de atividades estatais para produzirem seus efeitos, mas isso não quer dizer que ela perca sua capacidade de determinar o conteúdo mínimo e as formalidades básicas para a elaboração das demais normas do ordenamento jurídico pátrio.

É que a “vontade de Constituição” defendida por Hesse há de impregnar o pensamento e as ações não apenas dos responsáveis pela manutenção da ordem constitucional, mas de todos nós, já que podemos também promover interpretação constitucional.

Somos diretamente “culpados” pela fraqueza de nosso texto. A responsabilidade recai sobre os ombros de todos nós, e como estudiosos da ordem jurídica, temos um papel ainda mais acentuado do que o dos “leigos”, alienados ou ignorantes dessa balbúrdia que está acontecendo.

A Constituição só terá força ativa se houver disposição para que as condutas sejam por ela reguladas. Se é assim, e levando em consideração que todos nós somos agentes de interpretação constitucional, nós devemos desenvolver um sentimento de apreço constitucional e uma luta para que seja garantida a essência e a força normativa de nossa Constituição Jurídica, no sentido de que ela seja menos alterada e confusa.

Aliás, “a Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando há o esforço de conferir-lhe realização, que não se coaduna com a omissão inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia”.⁶⁴ E, para se resgatar a força normativa da Carta Magna de 1988, faz-se necessário um maior esforço de todos nós ao se prestigiar a “vontade da Constituição”, em detrimento da “vontade de poder”, mesmo que, para isso, seja necessário reduzir a discricionariedade dos poderes públicos quando da aplicação e da alteração das normas constitucionais,⁶⁵ pois se constitui num verdadeiro *dever jurídico* a busca da concretização da ordem constitucional por todos os agentes estatais.⁶⁶

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 85.

² NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 37.

³ CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad: 2000, p. 60. Grifos acrescentados ao texto original.

⁵ Aliás, os dois participaram da Revolução Prussiana!

⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 8.

⁷ Aliás, o legislador, para o referido jurista, é destituído de livre arbítrio, pois representa interesses predominantes na sociedade.

⁸ *Id. ibidem*, p. 7.

⁹ *Id. ibidem*, p. 8 e 9.

¹⁰ *Id. ibidem*, p. 9.

¹¹ *Id. ibidem*, p. 10. Destaques no original.

¹² *Id. ibidem*, p. 17.

¹³ *Id. ibidem*, p. 40.

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 32 e 37.

¹⁵ *Id. Ibidem.*, p. 11.

¹⁶ O crescimento da população no pós-feudalismo e o surgimento da burguesia geraram a necessidade de documentação da vida política do Estado (notadamente as instituições e os princípios que o devem reger), cujo instrumento é o que ele chama de Constituição formal ou “mera folha de papel”.

¹⁷ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista* (1848). Disponível em: <http://www.comunismo.com.br>. Acesso em: 20 abr 2004. 17:00h. Também Ives Gandra destaca: “A história da humanidade é, na verdade, uma história dos detentores do poder e de sua luta para procurá-lo ou mantê-lo, sendo o povo apenas um instrumento para suas ambições.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do Futuro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 14.

¹⁸ Embora entenda mais fácil reunir o exército, que possui uma disciplina única e está devidamente organizado (em sobre-aviso para ser convocado a qualquer hora do dia ou da noite) e ser difícil apuração da vontade do povo (pois “não é sempre fácil de pulsar, mesmo por aqueles que dele fazem parte, [já que] Perante a iminência de um início de uma ação, nenhum deles é capaz de contar a soma dos que irão fazê-la”), observa que, em momentos de grande emoção, como aconteceu na Prússia de 1848, é possível uma luta vitoriosa da nação sobre os fatores de poder dominantes (*op. cit.*, p. 22 e 34).

¹⁹ E, pior, seria apenas uma justificação à dominação de classes, quando, na verdade, todos os Estados democráticos devem voltar suas forças para a busca da redução das desigualdades e da preservação/obtenção da dignidade da pessoa humana.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 69-70.

²¹ Segundo Canotilho, o princípio da força normativa é um dos que norteiam a interpretação constitucional, devendo ser observado que: “Nas soluções dos problemas jurídicos-constitucionais deve-se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental [...] possibilitam sua atualização normativa, garantindo, no mesmo pé, a sua eficácia e permanência.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 164.

²² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20.

²³ *Id. ibidem*, p. 15.

²⁴ *Id. ibidem*, p. 14.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ *Id. ibidem*, p. 18.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Id. ibidem*, p.19.

²⁹ Que divulgou a idéia de Constituição totalmente desvinculada dos fatores sociais, direito natural e influências políticas, sendo considerada norma fundamental pelo fato de: 1) estar acima de qualquer outra norma jurídica, no topo da pirâmide que representa o ordenamento jurídico; 2) regular a criação das demais normas do sistema; 3) servir como fundamento de validade das demais normas. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. MACHADO, João Baptista (Trad.). 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

(Edição brasileira: Editora Martins Fontes).

³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13-14.

³¹ *Id. ibidem.*, p. 13 e 15.

³² Através dos meios alternativos de solução de conflitos, tais como acordos extrajudiciais (cf. art. 57, Lei nº 9.099, de 26/05/95), mediação e a arbitragem (Cf. Lei n. 9.307, de 23/09/96).

³³ *Id. ibidem*, p. 42.

³⁴ *Id. ibidem*, p. 20-23.

³⁵ A participação [vista como forma ativa de integração de um indivíduo ao grupo, no aspecto sociológico e, no jurídico, como ação de indivíduos ou grupos nos processos decisórios do Estado – cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política, legislativa, administrativa e judicial*. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 18] é uma exigência manifestada sempre que se elevem os índices de informação e de educação da sociedade, despertando maior consciência social. Por isso, as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha daqueles cidadãos que serão seus governantes e, gradualmente, demandam ser ouvidas nas decisões que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e CASTRO, Paulo Rabello de. O Futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 54.

³⁶ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 37. Também outro clássico merece ser reverenciado: “em todas as cidades bem governadas incumbe a cada um uma tarefa, que é forçoso realizar, e a ninguém é dado vagar para passar a vida doente, a tratar-se”. PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 100.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: 2001, p. 525.

³⁸ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 43.

³⁹ Apesar de originária de um Poder Constituinte um pouco viciado: 1) criado através de emenda à Constituição anterior (onde se poderia imaginar que uma norma pudesse ser alterada para prever seu próprio fim?), que convocou a Assembléia Constituinte; 2) na sua composição ainda existiam parlamentares (senadores eleitos no pleito anterior) não escolhidos para compor a referida Assembléia; 3) acúmulo, pelos “constituintes” eleitos, das funções legislativa e constituinte, pois, além de elaborar leis, eram responsáveis pela elaboração do novo texto constitucional. Cf. PONTES FILHO, Waldir. Limitações à reforma constitucional: novas reflexões. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, jan/jun 2003, p. 589-590.

⁴⁰ Realmente foi a que teve mais participação democrática, rompendo os 44 anos de ditadura antecedentes. Entretanto, precisaria de pelo menos 150 leis ordinárias para produzir seus efeitos jurídicos. Isso sem falar na necessidade de implementação de inúmeras políticas públicas!

⁴¹ HESSE, *op. cit.*, p. 16.

⁴² Ou será que alguém viu o povo brasileiro ir às ruas *suplicando* que o Exmo. Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, exercesse mais um mandato?

⁴³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 616-617.

⁴⁴ HESSE, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁵ No caso da Alemanha, é inadmissível a: 1) alteração na: ordem federativa, participação dos Estados nos processos federativos (art. 79, III); e 2) supressão do(a): dignidade da pessoa humana (art. 79, §1º); estado republicano, federal, democrático e social; divisão de poderes; regime representativo; princípio da legalidade (art. 20).

⁴⁶ Proposição: PEC 157/2003; Autor: Luiz Carlos Santos - PFL/SP; Data de Apresentação: 04/09/2003. Apreciação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Matérias sujeitas a normas especiais: Especial. Situação: CCJC: Pronta para Pauta. Ementa: Convoca Assembléia de Revisão Constitucional e dá

outras providências. Explicação da Ementa: Fixando para 1º de fevereiro de 2007. Indexação: Alteração, Constituição Federal, fixação, data, convocação, Assembléia Constituinte, Reforma Constitucional, membros, Câmara dos Deputados, Senado, prazo máximo, extinção. Despacho: 19/9/2003 - À Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Na justificativa desta PEC consta: “O ritmo inflacionário com que se altera a Constituição importa em evidente instabilidade jurídica e em sensível déficit de seu valor e de sua força normativa.

Ademais, boa parte das reformas constitucionais já procedidas demonstram clara tendência analítica [...] que contemplam inúmeras tecnicidades e minúcias dignas de instrumentos infra-legais.

É necessário que a Constituição cumpra com sua função de dispor sobre a organização fundamental do Estado, extirpando de seu texto, porém, matérias que comportariam, sem maior prejuízo, disciplina por instrumentos normativos de hierarquia inferior.

Nesse sentido, a presente proposta tem por objetivo instituir regime especial de reforma da Constituição, ofertando ao país nova oportunidade de proceder tão necessária profilaxia constitucional. Mediante a convocação de uma Assembléia de Revisão Constitucional, busca-se corrigir rumos, adequar instituições, eliminar artificialidades e pormenores, revitalizando o primado do Estado de Direito e a governabilidade do país.

A instalação da Assembléia de Revisão teria vez no dia 1º de fevereiro de 2007, após as eleições de 2006. A revisão seria consubstanciada em apenas um ato – evitando o fatiamento ocorrido com a Revisão Constitucional de 1994 –, e teria o prazo máximo de doze meses para sua concretização. Observaria, por fim, os limites constantes do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Trata-se da verdadeira reforma política de que o país necessita”. (negritos nossos) Consulta realizada no site da Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br.

Entretanto, não consegui encontrar no site o parecer da Comissão de Constituição Justiça e de Redação, ou de qualquer outra comissão que pudesse considerá-la constitucional e “pronta para pauta”. Aliás, espero nunca encontrá-lo, pois a referida proposta é flagrantemente atentatória a qualquer idéia de preservação do ordenamento jurídico atual.

⁴⁷ “Portanto, do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos - e temos inumeráveis vezes reiterado esse entendimento – só poderia haver revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a resposta plebiscitária fosse favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo. [...] A revisão é, de conseguinte, figura transitória. Em rigor, não poderia sequer ser utilizada – deixando imediatamente de existir – pois o povo disse não à monarquia e aos parlamentarismo.” BONAVIDES, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁸ Cf. redação do projeto (PEC 157/2003): “Art. 2º A revisão constitucional, consubstanciada em apenas um ato, será promulgada após a aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia de Revisão Constitucional”.

⁴⁹ FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1, jan/jun 2003, p. 215.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1, jan/jun 2003, p. 655.

⁵¹ Embora o constituinte tenha se precavido contra a morosidade do legislador ordinário, prevendo, no art. 10 da ADCT, regra-tampão, válida enquanto não for promulgada a lei de que trata o artigo.

⁵² § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

⁵³ HESSE, *op. cit.*, p. 18 e 22.

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Disponível em: www.livros_gratis/origem_desigualdades.htm. Acesso em 11 out. 2001, p. 5.

⁵⁵ Consulta popular prévia à atuação estatal.

⁵⁶ Sondagem posterior.

⁵⁷ Para rápidos esclarecimentos acerca do procedimento revisional francês, consulte: ROSSEAU, Dominique. *La Révision de la Constitution sous la Vème République*. Disponível em: <http://conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q20.htm>. Acesso em 30 jan 2004.

⁵⁸ Cogita-se, ainda, em *Reforma do Judiciário, Reforma Trabalhista, Reforma Política* (inclusive com a previsão de reeleição do Presidente do Senado, com o objetivo claro de assegurar a permanência na função, por mais um mandato de 2 anos, do ex-Presidente da República e agora Senador, José Sarney), *Reforma Universitária*, etc. Vale ressaltar que estas Emendas não são devidamente divulgadas e nunca se sabe ao certo qual a redação de um projeto em tramitação, em virtude das inúmeras emendas parlamentares, que recebem das Comissões e no plenário das Casas Legislativas, no curso do processo legislativo.

⁵⁹ Apesar do disposto no art. 64 do ADCT, que trata da necessidade da Imprensa Nacional promover edições populares para que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil. Estando a constar da parte transitória da nossa Carta Magna, poderíamos imaginar que, a cada emenda promulgada, a mesma providência deveria ser adotada!

⁶⁰ BARROS, José Manoel de Aguiar. *Por uma nova Constituição*. Disponível em: <http://www.noronhaadvogados.com.br/edu17p.htm>. Acesso em 12 abr. 2003.

⁶¹ Ah... se acontecesse no Brasil como em Utopia, a cidade dos sonhos de Thomas Morus: “Quanto uma proposta é feita, é proibido discuti-la no mesmo dia; a discussão é transferida à sessão seguinte. Desta maneira, ninguém fica exposto a desembuchar levemente as primeiras coisas que lhe passem pela cabeça, e a defender, em seguida, a sua opinião antes do que para o bem geral; pois não é frequente acontecer que se recue diante da vergonha de uma retratação e do reconhecimento de um erro irrefletido? Então, sacrifica-se o bem público para salvar a reputação. Este perigo funesto da precipitação foi previsto, e aos senadores é dado o tempo suficiente para refletir.” (MORUS, Thomas. *Utopia*. Disponível em: <file:///C:/site/LivrosGrátis/utopia.htm>. Acesso em 05 abr 2001, p. 26). Só há um porém: a maioria dos políticos brasileiros não possui qualquer inibição em “voltar atrás” em seus posicionamentos, desde que seja no interesse próprio.

⁶² SANTOS, Salim Schead dos Santos. *A força normativa da Constituição*. Disponível em: <http://www.an.com.br/1999/mai/23/0opi.htm>. Acesso em 04 abr. 2003.

⁶³ A respeito da classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, veja clássica obra de José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 18.

⁶⁵ Cf. *Loc. cit.*

⁶⁶ *Id. ibidem*, p. 20.

ABSTRACT

This critical study speaks of the disrespect of the essence and the force of the Brazilian's Constitution.

KEYWORDS

Constitution. Brazilian. Essence. Force. Disrespect.

A JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Juraci Mourão Lopes Filho**

1 Introdução. 2 Entendimento clássico sobre a atividade do Judiciário. 3 Algumas críticas que podem ser feitas ao modelo subsuntivo. 4 As bases para a nova perspectiva jurídica: o advento do Estado Social. 5 Nova perspectiva constitucional no Estado Social. 6 A jurisdição civil na nova perspectiva constitucional. 7 Conclusões.

RESUMO

O presente trabalho tem por fim investigar a atividade jurisdicional no âmbito cível. Inicialmente se faz uma abordagem da concepção clássica acerca da jurisdição, para, ao final, demonstrar sua inaplicabilidade no atual estágio da Ciência do Direito na qual a teoria constitucional pós-moderna impingiu severas modificações, exigindo uma nova postura do magistrado.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição. Hermenêutica constitucional. Aplicação do Direito. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO.

A concepção corrente que se tem acerca da atividade desempenhada pelo Judiciário é a de ser ele estreme aplicador da lei. Do juiz, ao julgar – que é o típico ato jurisdicional – é abstraída qualquer liberdade volitiva, devendo ele adstringir-se a indicar a conseqüência que a norma jurídica imputa àquele fato submetido a sua apreciação. É o juiz boca da lei de que fala Montesquieu em sua clássica obra “O Espírito das Leis”.

Nesta linha de idéias, as normas jurídicas de assento constitucional que prescrevem condutas a serem tomadas independentemente de uma situação fática previamente estabelecida – costumeiramente chamadas de normas programas ou princípios – eram tidas como pautas políticas vinculantes apenas ao Legislativo, quando muito ao Executivo.

Sem uma moldura fática pré-estabelecida em uma norma legislativa, não poderia o magistrado buscar atingir aquele programa ou fim colimado

* Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará e Mestrando em Direito Constitucional pela mesma instituição. Membro Fundador do Instituto Cearense de Estudos Avançados – ICEA. Coordenador Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor universitário.

pela Constituição, mesmo que ele se postasse diante de um caso no qual aquela norma-princípio possuísse especial relevância. A falta da prévia manifestação do Legislativo indicando pormenorizadamente sobre quais fatos deveria ser efetivado aquele escopo constitucional vedaria qualquer tomada de posição do juiz quantos às normas prescritoras de metas políticas.

Assim, a condução do Estado para consecução de seus fins, por ser considerada uma função meramente política, caberia ao Legislativo, que a exerceria mediante a criação das leis a serem observadas pelo Judiciário e pelo Executivo. O Legislativo seria o único não plenamente subordinado à lei, e, portanto, natural detentor da liberdade de escolha típica do ato político, por ser o órgão representativo por excelência. A prática de qualquer atribuição política por parte do Judiciário era tida como ilegítima, já que o juiz fica restrito a somente *dizer o direito* previsto na lei.

No entanto, a nova concepção acerca dos princípios constitucionais, entendidos com mandados de otimização a serem aplicados e efetivados sempre que for fática e juridicamente possível – o que representa uma superação à reacionária concepção acerca de escalas de aplicabilidade das normas constitucionais a dependerem de atuação do legislativo – trouxe um novo catálogo de atribuições aos magistrados.

As metas imputadas pela Constituição Federal ao Estado por meio de princípios – característica típica de um Estado Social – vinculam a todos, tanto o Executivo como o Legislativo e o Judiciário. Em razão disso, passou a ser o Poder Judiciário, especialmente por meio do processo civil, um dos responsáveis pela condução do Estado para a consecução de seus fins constitucionalmente instituídos. Assim, conduzir o Estado a seus fins corresponde a efetivar os princípios constitucionais.

É sobre estes pontos que se dirigirá atenções, visando-se a investigar a atividade desempenhada pelo Judiciário em face dos princípios constitucionais, no sentido de demonstrar seu novo papel social com relação à responsabilidade – tanto quanto a do Legislativo e a do Executivo – na consecução dos objetivos constitucionalmente imputados ao Estado, inclusive no âmbito das controvérsias entre particulares.

2 ENTENDIMENTO CLÁSSICO SOBRE A ATIVIDADE DO JUDICIÁRIO.

Como adiantado, a efetivação dos princípios constitucionais – então chamados de normas programas – era tida como *atividade política*, e, portanto, atribuição do Legislativo. Ocorre que o sentido de *atividade política* como efetivação dos princípios (ou programas) constitucionais não cabe somente ao legislador. Não é de nenhum espanto o Judiciário possuir apanágio “político”, tomado este temo como a atividade de condução do Estado a seus fins. Até mesmo porque é ele justamente um dos três órgãos do Estado de Direito,

ao lado do Executivo e do Legislativo, responsável pelo exercício do poder estatal e pela condução do Estado.

As razões pelas quais se abstraiu do Judiciário o entendimento de que teria ele qualquer atribuição “política” ligam-se mais a razões eminentemente históricas do que a qualquer outro fator. Deve-se isto especialmente à conjectura política existente na Europa no período de formação das ideologias iluministas sobre o Estado de Direito.

José de Albuquerque Rocha¹ ensina que sobre os tribunais do antigo regime europeu os revolucionários de 1789 despendiam grande desconfiança, pois seus membros haviam sido escolhidos pelos antigos governantes e suas decisões refletiam posicionamentos reacionários e corporativistas. Pelo isolamento corporativo, os juízes das cortes superiores, centrais e provinciais foram de tal forma surdos às exigências sociais a ponto de se tornarem alvos das mais exacerbadas manifestações de explosão popular revolucionária. Paulo Bonavides² aduz que a memória do *ancien régime* fez odiosa a imagem do Judiciário nos fatos do constitucionalismo da Revolução Francesa, que buscou na pauta institucional inferiorizá-lo perante os outros Poderes de Montesquieu. É famosa a lição do autor do “Espírito das Leis”: “*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, em quelque façon, nulle*”³.

Mauro Cappelletti é sintético ao afirmar:

*mancava pertanto un vero e proprio “terzo potere” – una “terza branca” investita del compito de assicurare il rispetto della Costituzione da parte delle branche “politiche”. Si ricordi che un dei documenti più importanti e famosi dell’epoca rivoluzionaria fu proprio quella legge Del 16-24 Agosto 1790, ai sensi della quale veniva severamente proibito ai giudici di interferiri in qualsiasi modo com il potere legislativo (come puré com quello esecutivo), a tal punto che perfino l’interpretazione delle leggi – in caso di loro oscurità – doveva essere “riferita” (refere) dai giudici al “corps législatif” (um’ideia dimostratasi bem presto irrealistica, ond’è che il “refere obligatoire” dopo pochi anni sara abolito).*⁴

Assim, atribuiu-se maior relevância ao papel do Legislativo e a seu produto, a lei, sob o argumento de ser este o único poder estatal essencialmente representativo da vontade popular. Mas não por acaso, era no Legislativo que a burguesia então vitoriosa possuía a ampla maioria.

Os poderes não representativos, Executivo e Judiciário, deveriam se subordinar às escolhas e opções do único poder representativo: o Legislativo. Somente este possuiria a legitimidade para tomar as decisões “políticas” para condução do Estado, por ser o único formado por representantes do povo. Os outros poderes – não representativos – se cingiriam a fazer valer estas opções políticas adotadas pelo Legislativo, mediante a aplicação da lei.

Em outras palavras: o Legislativo realizava as escolhas políticas, que, por sua vez, eram consubstanciadas na lei. A única atribuição do Judiciário e do Executivo era fazer valer exclusivamente esta específica opção mediante a atividade técnica de aplicação da lei (norma jurídica) ao caso concreto. A legalidade foi tomada, portanto, como um dogma do Estado de Direito.

Dessa forma, o exercício da atividade “política” de fomento e realização das metas principiológicas se exauriria no momento da criação da norma jurídica, cabendo ao Judiciário somente aplicar a norma, que já trazia consigo a opção política anteriormente tomada. Por isso se dizia que o juiz seria apenas a “boca da lei”.

É com base nessas idéias de proeminência do Legislativo que se formulou a doutrina acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, originada na Itália no pós-guerra, segundo a qual as normas constitucionais seriam distribuídas em “graus” de aplicabilidade, algumas plenamente dependentes de uma posterior atividade legislativa.

A submissão do juiz à lei é mais uma decorrência da concepção ideológica burguesa de superioridade do Legislativo sobre o Judiciário, do que algo intrínseco à fenomenologia de aplicação e interpretação da lei.

Foi em razão deste posicionamento ideológico que nasceu o modelo subsuntivo acerca da atividade do Judiciário. Segundo ele, o juiz realizaria uma operação lógica de subsunção do fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior) para atribuir ao caso posto sob sua apreciação a consequência jurídica prevista pela norma.

Noutro giro verbal: toda regra jurídica descreve um fato e atribui a ele uma consequência. A tarefa do juiz se resumiria a observar em que norma estaria descrito aquele fato posto sob sua apreciação, para aplicar a consequência prevista na mesma norma. Ou seja, o juiz desempenharia a tarefa mecânica de observar a norma, observar o fato, e pronunciar a solução pronunciada na mesma norma. Tanto assim que, nas codificações prussianas do fim do século XVIII, havia até proibições de interpretações e comentários para os juízes, na esteira do *Corpus Iuris Civilis*⁵.

Portanto, a atividade do magistrado seria unicamente lógico-dedutiva, pois sua conclusão (sentença) já estaria implícita em sua premissa (norma jurídica). O trabalho do juiz seria mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação. Para a doutrina clássica, neste ponto residiria a distinção entre Legislativo e Judiciário, pois o trabalho daquele – que tem como produto norma geral e abstrata – não seria uma dedução lógica de premissas impostas, mas sim uma opção, uma escolha, uma eleição fundada em *valores*, e não em premissas objetivamente traçadas.

Ressalte-se que este modelo serviu aos propósitos então vigentes, pois procurava aproximar a fenomenologia do Direito à fenomenologia das ciências naturais, na qual sempre que se apresentasse a mesma hipótese, a mesma consequência se repetiria, quantas vezes fosse. Assim, o que se repetiria sempre que se desse aquela situação de fato prevista na lei era a consequência escolhida pelo Legislativo, o que era extremamente interessante para os detentores de maioria nos parlamentos.

Era, portanto, uma concepção que atendia plenamente às demandas do mercado em nascimento, pois o juiz autômato aplicador da lei – que se cingia a reproduzir sempre a mesma consequência quando posto diante de situações fáticas análogas, segundo premissas já traçadas – ia ao encontro da necessidade de certeza e previsibilidade da sociedade de mercado então emergente, fundada no cálculo.

A filosofia racionalista dos séculos XVII e XVIII contribuiu grandemente para essa concepção do Judiciário, tendo seu ápice nas lições da Escola da Exegese surgida na França quando do advento Código Napoleônico. Quanto a isto bem dispõe Glauco Barreira ao afirmar que

a crença de que o Código era a projeção escrita e completa do sistema de regras jurídicas racionais do Direito Natural fez com que se atribuísse ao Código características antes imputadas ao Direito Natural Racional. Assim, a lei codificada era considerada completa, e seu sentido correto seria o literal.

Era o fetichismo legal, no qual diante de qualquer dúvida ou obscuridade quanto às disposições do código, o juiz poderia somente enviar consulta ao Legislativo para que o mesmo lhe indicasse a interpretação devida. Representou o máximo de restrição da atividade do Judiciário. Na esteira destas idéias pode-se ainda citar a Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, o Pandectismo de Windsheid e a Escola Analítica Inglesa de Austin, já que todas adotam métodos lógico-formais da interpretação/aplicação do Direito pelo Judiciário.

Nos dias presentes, comumente ainda se concebe a atividade de fomento e efetivação dos princípios fins do Estado como uma atividade precipuamente política, e como tal restringir-se-ia aos órgãos políticos, excluindo-se aí o Judiciário. Porém, uma análise da falibilidade do modelo subsuntivo já é hábil a demonstrar que esta subtração da atividade jurisdicional não é juridicamente justificável.

3 ALGUMAS CRÍTICAS QUE PODEM SER FEITAS AO MODELO SUBSUNTIVO.

Diante do que foi exposto sobre o modelo subsuntivo, vimos que dá ele a entender que o Judiciário deve conduzir-se na bitola traçada pelo

Legislativo, sem qualquer interferência na formulação da decisão do caso submetido a sua apreciação. No entanto, muitas críticas, já no plano dogmático, podem ser lançadas contra esta concepção da atividade do juiz ser exclusivamente cognitiva do sentido da norma. De fato, como aduz Karl Larenz, os autores mais recentes compartilham – quase sem exceção – do entendimento de que

o processo de dedução da maior parte das decisões a partir da lei – por meio de uma subsunção lógica da situação de fato sob a previsão de uma norma – ou é geralmente inadequado ou então só lhe reconhecem um significado mínimo.

A formulação mais extremada do modelo subsuntivo de aplicação do direito pelo juiz não conseguiu firmar-se por muito tempo. Já na primeira metade do Século XIX ela teve que ceder à idéia de que o Poder Judiciário não se limita a exercer uma atividade de simples execução das leis. No início do Século XX, como aduz Klaus Stern, ficou claro que, a despeito dos grandes códigos europeus, seria impossível ao direito considerar o juiz como mero prolator mecanicista de algo previamente pensado na lei.⁸ A idéia do modelo subsuntivo, contudo, não foi completamente abandonada.

Hoje em dia, tem-se que o caráter fundamental das decisões jurídicas é a necessidade de que sejam as mesmas justificadas. Nesta justificação, considera-se que o juiz deve possuir ainda como referencial os textos normativos de direito positivo, mas é igualmente verdadeiro que deve se valer conjuntamente de outros critérios racionais, éticos, do senso comum, bem como de outros elementos que compõem o ordenamento cultural do juiz. E o que é mais importante: deve a todo momento o juiz guiar suas atitudes interpretativas e decisórias pelos princípios constitucionais.

O esquema silogístico não fornece, com efeito, nenhuma resposta ao verdadeiro problema que é aquele em relação à fixação das premissas a serem utilizadas na subsunção, quais sejam, a interpretação do enunciado normativo de um lado e a determinação do fato do outro lado.

Michele Taruffo é particularmente preciso quando escreve que se reconhece comumente que a decisão é fruto de um complicado raciocínio não reconduzível a esquemas lógicos elementares e caracterizado por numerosas passagens nas quais o juiz exercita amplos poderes discricionários. Por outro lado, propriamente no momento no qual se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge com particular evidência a necessidade – típica do Estado de Direito fundado no princípio da legalidade – de que esta criação ocorra segundo critérios de racionalidade, e seja reconduzível ao contexto – dinâmico, mas não privado de ordem – do ordenamento.⁹

Podemos sistematizar as críticas ao modelo subsuntivo segundo os ensinamentos de Robert Alexy¹⁰, quando ele afirma que muita vez a solução do caso posto sob apreciação do juiz não pode ser obtida pela simples subsunção

do fato à norma. Ou seja, atividade do magistrado não se resumiria a observar a norma, observar o fato, e declarar a consequência contida naquela. As razões apontadas por ele são quatro: a) a vaguidade (ou vaguesa) da linguagem legal; b) a possibilidade de conflitos entre normas; c) o fato de existirem casos que não são explicitamente disciplinados por uma norma; d) a possibilidade, em casos especiais, de decisões que contrariem a expressa letra da lei.

O constructo relacionado sob “a” traz a tona o fato de que o magistrado não aplica a norma, mas na verdade aplica a interpretação que se faz do texto normativo. Repare: as leis ordinárias, as leis complementares, os decretos, as portarias trazem em seus textos proposições (entendidas como o conjunto de enunciados dotados de sentido) que formam a norma jurídica a ser aplicada. Assim, é inarredável a necessidade de interpretação destes textos.

Ora, a interpretação de um texto – qualquer que seja ele – nunca apresenta um único sentido. Seja texto de literatura, poesia, música, filosofia, a intervenção do intérprete sempre acrescentará algo de novo, por mais fiel que se tente ser à literalidade do objeto a ser interpretado. Não há como negar, por exemplo, que a execução de uma composição de música clássica varia de acordo com o maestro que empunhe a batuta na ocasião. Toda interpretação ou execução varia de acordo com o intelecto e capacidade do intérprete.

Ademais, Raimundo Bezerra Falcão é preciso quando afirma que o sentido é inesgotável por definição. Para este autor

se o sentido não fosse tão rico, se ele fosse único, não existira qualquer motivo para se cogitar da Hermenêutica. Sobretudo de uma Hermenêutica voltada à totalidade. O resultado da interpretação seria o mesmo. Alias, não haveria o sentido, pois aquilo que fosse extraído, por ser único, não seria sentido. Este pressupõe alternativas de racionalidade. Por isso, não haveria interpretação.

Como se vê, a interpretação apresenta alternativas de racionalidade a serem seguidas, e as escolhas finais podem ser variáveis. Isso possibilita que uma determinada escolha possa ser tomada hoje, e não o ser amanhã. A opção de qual alternativa deve ser seguida não pode ser extraída por um raciocínio lógico dedutivo do texto legal. O juiz lança mão de outros fatores.

Conclusão análoga apresenta Kelsen quando afirma que

se por “interpretação” se entende a fixação por via cognitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente às várias soluções que – na medida

em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é “a” norma individual, mas apenas que “uma” das normas individuais¹² que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

É por esta razão que considera o autor vienense a atividade do juiz não como cognitiva, no sentido de descobrir o que o legislador queria quando editou a norma, mas sim volitiva, pois opera ele uma escolha entre as opções possíveis dentro deste quadro hermenêutico.

Assim, da interpretação do texto normativo o magistrado obtém várias opções de entendimento, todas igualmente válidas. Para eleger uma delas a aplicar a um determinado caso concreto é preciso que opere um juízo de valor.

Ressalte-se que nesta atividade valorativa o magistrado não pode tomar como norte qualquer valor a seu líbido. Deve, em verdade, se pautar nos valores consagrados na Constituição por normas-princípios. Já nesta perspectiva o novo posicionamento do juiz se amostra. Contudo, esta atividade refoge ao modelo subsuntivo, tendo em vista a possibilidade de conflito também entre os princípios diante do caso concreto, a ser solucionado segundo o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação mais se aproxima do modelo tópico, em que são cabíveis argumentos racionais, morais, filosóficos, etc.

Novamente o juiz exorbitará o âmbito estritamente lógico dedutivo, para se pautar em normas-princípio que não se aplicam segundo o modelo subsuntivo, e aqui novamente serão válidos argumentos políticos, morais, filosóficos, etc.

Tanto no caso da multiplicidade de sentidos obtidos da interpretação, quanto no choque entre duas normas, o magistrado – tal qual o legislador – se depara diante de vários caminhos possíveis de serem seguidos, todos igualmente válidos, e o referencial maior para a escolha de qual deles deve seguir é a Constituição, o que demonstra, cabalmente, a proximidade da atividade dos dois órgãos políticos (Legislativo e Judiciário). A assertiva de que a distinção entre as duas atividades estaria no fato de somente o legislador exercer uma opção, uma escolha, uma eleição fundada em *valores*, e não em premissas objetivamente traçadas, não é válida diante do fato de a mesma possibilidade se apresentar ao juiz, conforme visto.

4 AS BASES PARA A NOVA PERSPECTIVA JURÍDICA: O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL.

Em trabalho em co-autoria com Carlos Cintra¹³, tivemos a oportunidade de traçar as razões do advento do Estado Social. Recapitulemos que os

estudiosos concebem nossa atual sociedade como pós-moderna. É comum ser feita a distinção entre moderno e pós-moderno na indicação de que o moderno – embora não seja sinônimo de contemporâneo – opõe-se ao que é tradicional.

É moderno quem pensa que a verdade, o bem e a sabedoria não residem nas tradições, mas no que nossa mente possa descobrir. Assim, o moderno rejeita a tradição em nome da razão, da inovação e do progresso. Desde o Renascimento nossa civilização é moderna. Contudo, nossa época, em que se duvida do progresso e até da capacidade de encontrar o verdadeiro e o bem é pós-moderna. Ela duvida¹⁴ dos grandes relatos de legitimação do verdadeiro e do bem.

Neste contexto, é abandonado – ou pelo menos abrandado – o enaltecido apego ao formalismo e ao logicismo reinante nas idéias liberais para compreensão da sociedade e do direito. O formalismo, que acentua o elemento da lógica simples e automática, começou seu declínio com o alvor do século XX, sendo intensificado especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

É de fato na alvorada do século XX que se passa a perceber a existência e a relevância de algumas questões sociais não conhecidas antes da revolução industrial, as quais se pode chamar de “efeitos colaterais” (*side effects*) dos regimes capitalistas. Ou seja, questões como a relação de trabalho, a saúde e a educação pública passaram a preocupar a sociedade e, conseqüentemente, o Estado. A reação ao advento destas questões se deu por meio de uma intensificação da atividade legislativa estatal, que passou a tratá-las nos mais diferentes dispositivos normativos (constituição, leis, decretos). A Constituição de Weimar e a Constituição mexicana de 1917 são amostras cabais da nova preocupação com este tipo de questão social.

Gradualmente estas questões foram se ampliando, tornado-se cada vez mais urgentes. Na mesma proporção aumentou a atividade legislativa sobre elas. Surgiram normas jurídicas sobre economia, meio ambiente, assistência social, financiamento de atividades sem fins lucrativos, etc.

O papel do Estado, até então bastante limitado, por ser o pensamento reinante à época aquele de cunho absentéista liberal, alargou-se. Passou a ser de sua incumbência, p.ex., a produção, ou fomento à produção de bens que a iniciativa privada não levava a cabo por falta de interesse ou capacidade. O mesmo se deu com o controle da economia, por meio, p.ex., de regras antitruste e de defesa do consumidor e a distribuição eqüitativa de renda entre os cidadãos, mediante tributação.

As agruras da Segunda Grande Guerra intensificaram tal fenômeno, sendo o período do pós-guerra o que contém mais documentos jurídicos neste tocante. Especialmente as constituições deste período, em quase sua tota-

lidade, traziam capítulo específico sobre estas novas questões sociais. Cada vez mais havia a demanda de satisfatórias disciplinas acerca dos efeitos não desejados decorrentes da produção e do consumo.

Nesse momento ficou evidente que a idéia de que a sociedade seria auto-suficiente para alcançar seus objetivos – bastando para isso que o Estado não interviesse no mercado, que se auto-regularia pela *invisible hand* – não mais condizia com a realidade. Foi ela, então, abandonada em favor do reconhecimento de que, para atingir seus objetivos, a sociedade necessita de uma atuação positiva do Estado que se pautaria na solidariedade. Surge, então, o Estado Social (*Welfare State*).

O início desta nova concepção do Estado se deu, como se viu, por uma intensificação da atividade legislativa. O poder Legislativo se agigantou. Dos parlamentos passaram-se a exigir tarefas numerosas e diversas. A urgência e a quantidade das questões a serem tuteladas pelo Estado e pelo Direito demandavam uma produção legislativa sem precedentes. A demanda de leis sobre as mais distintas matérias, então inseridas nas novas atribuições do Estado, aliada ao resquício do pensamento liberal de proeminência do Legislativo na estrutura dos três poderes, ocasionou uma verdadeira profusão de leis. E não só o aumento na quantidade de normas legislativas, mas também nova espécie de normas surgiu: além das regras pelas quais se descreviam fatos aos que eram atribuídas conseqüências, mediante os modais de permitido obrigatório ou proibido, surgiram normas de conteúdo programático.

No entanto, a sucessão ininterrupta e constante de novas situações a serem tuteladas pelo Legislativo provocaram seu sobrecarregamento. Muitas leis, quando postas em existência, já não mais se prestavam para disciplinar a matéria, que já sofrera mutações. O Legislativo se viu impossibilitado de responder prontamente às intensas transformações sociais.

Para impedir um completo estrangulamento de sua atividade, os legisladores, mais e mais, passaram a instituir normas que apenas tratavam de forma genérica o assunto que demandava disciplinamento jurídico, deixando os pormenores para regulamentação dos administradores. Tal comportamento teve o efeito de promover o dilatamento também do poder Executivo. A ampliação deste último poder se deu de forma tal que levou alguns a conceberem o Estado Social como um Estado administrativo.

Tudo isso desvela a maior intervenção do Estado na sociedade. Principalmente os poderes classicamente conhecidos como políticos (Executivo e Legislativo) tiveram suas funções e atribuições dilargadas a tal ponto que é comezinho falar-se no *Big Government*.

Os efeitos do Estado Social também alcançam o Judiciário. Contudo, antes de despendar análise neste tocante, faz-se necessária uma análise da nova perspectiva constitucional surgida daí, pois será ela o viés que liga os juízes às novas aspirações solidaristas.

5 NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL NO ESTADO SOCIAL.

No âmbito do Estado Social, a Constituição não mais representa somente uma barreira ao poder estatal em prol dos particulares. Ela é exatamente o campo onde mais claramente se manifestam os efeitos da emergência do Estado Social. Ao lado da primeira geração dos direitos fundamentais de conteúdo individualista, frutos das conquistas liberais, surgiu uma segunda geração com pautas de valores concernentes a institutos e a instituições, bem como os direitos fundamentais de terceira geração que, tomando em consideração o valor solidariedade, extrapolam o âmbito individualista inspirador dos direitos de primeira e ainda impregnado nos de segunda geração, caracterizando-se como típicos direitos do Estado Social. Nele, o ente estatal, em vez de se retrair e deixar a sociedade à própria sorte, age positivamente para possibilitar plenamente as conquistas sociais. Há quem, como Paulo Bonavides fale ainda em direitos fundamentais de quarta geração, como pautas valorativas ligadas ao indivíduo como ser humano universalmente considerado, surgindo, segundo ele, o direito à democracia por exemplo.

Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho aduz que

atualmente, uma Constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.¹⁵

Assim, por meio de normas jurídicas constantes no texto constitucional, são imputados ao Estado específicos fins a serem buscados mediante a observação de valores vetores consubstanciados em princípios, que também são normas jurídicas plenamente vinculantes.

Perceba-se: após a superação da noção jusnaturalista acerca dos princípios constitucionais, passou-se a uma concepção positivista, na qual os princípios são tomados como programas ou pautas de intenções desprovidas de aplicabilidade imediata, por dependerem de atuação do Legislativo. Agora, pode-se afirmar, com segurança, que também este entendimento positivista está superado, em função de uma noção pós-positiva, muito bem engendrada por Robert Alexy¹⁶.

Nesta percepção pós-positivista, os princípios são tomados como uma espécie de norma jurídica ao lado das regras, das quais se diferenciariam por sua estrutura aberta. Em vez de descreverem um fato e atribuir-lhes uma consequência, as normas-princípios estabelecem determinadas metas, fins ou consequências a serem realizados dentro do que for fática e juridicamente possível, ou seja, não há uma descrição prévia de quais fatos ensejam a aplicação de consequência previamente instituída pelo Direito, pois deve

ser ela buscada diante de todas aquelas situações concretas em que for jurídica e faticamente possível a consecução destes fins. São, assim, mandados de otimização, a serem considerados sempre. Desta forma, como os preceitos contidos nestes mandados de otimização devem ser sempre buscados ou fomentados, devem ser eles necessariamente considerados e observados na diuturna atividade de todos os Poderes Estatais, incluído aí Judiciário.

Nesta linha de idéias, a Constituição deve ser compreendida como um sistema aberto de regras e princípios, pois: 1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; 2) é um sistema *aberto* porque tem uma estrutura dialógica, traduzida da disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; 3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; 4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios com sob forma de regras.¹⁷

Destarte, não há como negar que por estas metas serem imputadas ao Estado pela Constituição por meio de normas plenamente vinculantes, elas também vinculam o Judiciário. Proclama José de Albuquerque Rocha que

a Constituição se configura, assim, não só como uma norma de organização das instituições e garantidora dos direitos, mas, também, como um sistema de valores a serem realizados pelos poderes públicos, em especial, pelo Judiciário.¹⁸

Nesta linha de idéias, efetivar os princípios constitucionais equivale a conduzir o Estado a seus fins. Esta efetivação cabe, como não poderia deixar de ser, igualmente aos três poderes estatais. Somente a forma de se realizar isso é que varia. Pelo legislativo a efetivação se dá pela criação de normas gerais e abstratas que pormenorizam aqueles preceitos constitucionais com carga de abstratividade bem superior do que a mais abstrata das leis. Já pelo Judiciário, a efetivação se dá caso a caso, mediante uma verdadeira concretização, diante das específicas características dos dados empíricos postos diante do juiz.

O dever de efetivar os princípios constitucionais é para todos os poderes do Estado, não havendo uma diferença quanto à natureza deste dever. Há diferença somente no modo de executar o dever, que varia de acordo com o grau de abstratividade. O procedimento a ser observado para esta efetivação também é distinto para o Legislativo em relação ao Judiciário.

6 A JURISDIÇÃO CIVIL NA NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Os dois fenômenos, social e jurídico, acima descritos implicam novas atribuições para os juízes. O agigantamento dos outros dois poderes estatais

ao lado da nova perspectiva constitucional impõem ao Judiciário um necessário aumento de sua pauta institucional.

De uma parte, se vê um ostentoso Legislativo imbuído da tarefa de erguer o progresso social mediante incessante criação de normas abstratas, que muitas vezes são obsoletas, vetustas, ineficazes, contrárias umas às outras ou contraditórias. Talvez ainda incutidos por resquícios do fetichismo legal francês, os legisladores estabelecem estatutos, códigos e leis na ilusão de serem seus textos claros, precisos, explícitos e acessíveis a toda população, que para apreender o “real” e “verdadeiro” sentido deveria apenas lê-los, fazendo uso dos conhecimentos de qualquer alfabetizado. O produto desta incessante atividade é posto ignorando-se que o processo legislativo se dá em parlamentos de sociedades pluralistas, nas quais os políticos são representantes de interesses e prioridades setorizados, o que lhes furta do compromisso de fazerem avaliações objetivas e desinteressadas.

De outra parte, há o também pando Executivo no qual a concentração do poder meramente político é maior. O Executivo cada vez mais vai dilargando seus campos de ingerência. A profusão de conselhos, órgãos, institutos, serviços sociais autônomos e, especialmente nos últimos anos, agências ligadas ao poder Executivo – tudo em razão da cada vez mais freqüente delegação legislativa – tornou este poder no “segundo gigante” do Estado. Uma grande parte da matéria objeto de atividade legislativa, especialmente a parte concernente aos pormenores da matéria, ficam a cargo do chefe do governo e de seus auxiliares. O controle da atividade privada por parte da Administração Pública se intensificou, como são exemplos, na história brasileira, a SUNAB e o Banco Central.

Diante disso, até mesmo por imposição do sistema *cheks and balances*, é imperioso que o Judiciário suba o degrau institucional posto pelo Estado Social e se torne o “terceiro gigante”. A nova forma das constituições é, ao mesmo tempo, a razão desta necessidade – por estabelecerem obrigações a serem observadas sempre que for fática e juridicamente possível – como também o meio, pois é através da efetivação dos princípios constitucionais que o juiz pode cumprir a novel pauta institucional de conduzir os rumos do Estado, servindo de contrapeso ao dois outros poderes.

De fato, na atual perspectiva constitucional, o Direito – e a atividade da comunidade política – passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece o problema. A importância do Judiciário nesta tarefa se deve à relevância de suas decisões que então vão concretizar em cada caso aqueles princípios constitucionais, que, embora no plano abstrato se encontrem em harmonia, no plano concreto ficam em estado de tensão.

Daí se falar de uma teoria processual da Constituição, pois se fará necessário – conforme assevera novamente Willis Santiago Guerra Filho

estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que naturalmente, deverão ser dotados de

determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem neste contexto.

Rui Barbosa, citado por Paulo Bonavides, já há várias décadas apreendeu a importância do Judiciário para os direitos constitucionais nos seguintes termos: “quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende”.²⁰ Denote-se que esta asserção já era precisa para demonstrar a importância do Judiciário em uma perspectiva constitucional bem diferente da atual, pois nos tempos de Rui a Constituição ainda poderia ser entendida com um documento fechado, organizacional e de inspiração liberal. Avultase, assim, ainda mais a importância do Judiciário na atual perspectiva constitucional, sendo atualíssima a lição da Águia de Haia.

Como as metas do Estado são veiculadas por normas vinculantes a todos, e estas normas são conhecidas, interpretadas e efetivadas diante de casos concretos, a importância do Judiciário, na condução da vida do Estado, vai se apresentar clara, demonstrando que, mais do que nunca, o Judiciário desempenha função “política” de conduzir o Estado a seus fins constitucionalmente prescritos, sendo, por esta razão, claramente responsável pela efetivação dos princípios constitucionais.

Em razão das normas-princípios, os poderes discricionários ampliaram-se. Houve uma modificação de grau, mas não de natureza desses poderes criativos. A maior intensidade se justifica porque enquanto as regras o juiz interpreta e aplica, os princípios ele interpreta, aplica e concretiza.

É interessante notar que o aumento da criatividade em face dos princípios representou sua diminuição em face das regras. Com efeito, conforme se verificou na lição de Kelsen, o único limite para a interpretação é a literalidade do texto, que imporia um quadro dentro do qual haveria várias interpretações possíveis. Contudo, em razão da existência dos princípios, só poderão constar dentro do quadro de interpretações válidas aquelas que possam representar uma efetivação dos princípios constitucionais. Noutras palavras: embora a idéia do quadro hermenêutico desvele que a liberdade é ínsita à tarefa de julgar, esta liberdade, ou seja, a inserção de uma interpretação dentro do quadro de interpretações válidas, só pode se dar caso a interpretação tomada possa ser reconduzida aos princípios constitucionais. Aqui está o ponto capital do novo catálogo institucional do Judiciário. Em toda aplicação e interpretação dos textos jurídicos a serem utilizados para solução de conflitos sociais somente podem e devem ser utilizadas – seja na resolução de conflito entre particulares, ou entre estes e o Estado – aquelas opções hermenêuticas que correspondam à efetivação dos princípios constitucionais. Tem o juiz a obrigação de tomar a decisão que ao mesmo tempo resolva a questão posta sob sua avaliação e maior efetividade confira aos princípios constitucionais. Como a efetivação dos princípios constitucionais

corresponde, verdadeiramente, a uma atividade política de condução dos rumos estatais, verificamos que, até mesmo na tutela de lides privadas, o magistrado tem o poder e o dever de fomentar e efetivar os fins estatais.

Com efeito, também nos processos entre particulares o juiz deve ter como norte de sua atividade os princípios constitucionais. Objeto de recentes preocupações dos juspublicistas nas mais diversas localidades do globo tem sido a questão da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil.

Na doutrina e nos tribunais alemães, conforme testemunha J.J. Gomes Canotilho,²¹ fala-se em vigência horizontal, aplicação horizontal e eficácia externa ao referir-se à irradiação da ordem constitucional dos Direitos Fundamentais. Já nas cortes americanas, referida questão relaciona-se à chamada *State Action*.

O problema se impõe já na primeira geração de direitos fundamentais, permanecendo pelas demais. Não se pode negar que declarações como as de igualdade de tratamento para todos, de proibição de escravatura e a da vedação de hereditariedade de cargos públicos impuseram inovações nas relações civis – ainda grandemente influenciadas pelo direito romano – e na solução de conflitos daí surgidos.

Um caso submetido à apreciação do Judiciário alemão, dentre os vários citados por J.J. Gomes Canotilho, serve proveitosamente para precisar o objeto da presente lucubração:

As antenas parabólicas dos emigrantes portugueses. O caso vem relatado em revistas alemãs. Vale a pena conhecer a história. Um emigrante português solicitou ao senhorio do prédio que tomara de arrendamento a autorização necessária para colocar no telhado uma antena parabólica de televisão para melhor captar os programas em língua portuguesa. O senhorio denegou tal autorização, e perante esta recusa, o emigrante português intentou a ação competente junto dos tribunais para o reconhecimento do seu direito fundamental à informação. O êxito junto aos tribunais ordinários foi nulo, mas o mesmo já não aconteceu quando, através da ação constitucional de defesa, o Tribunal Constitucional alemão se teve de pronunciar sobre o assunto. A ordem jurídica dos direitos fundamentais está presente na “ordem dos contratos”. Os contratos de arrendamento não são espaços livres de direitos fundamentais como o direito de informar-se e ser informado.

Esse exemplo nos mostra o novo comportamento do juiz nas questões civis: jamais deve deixar de ter em conta a pauta valorativa e programática contida nos princípios consagradores de direitos fundamentais.

Como o critério de julgamento de qualquer caso posto em juízo se dá com referência à Constituição e às leis, a interpretação deve ser guiada

pelos princípios constitucionais – já que são mandados de otimização a serem observados sempre na medida do que possível de fato e de direito –, o que impõe caso a caso a efetivação (concretização) dos mesmos. Como dito antes, o juiz tem o dever constitucionalmente imposto de, dentro de uma ponderação, melhor resolver a questão sob sua apreciação e fazer valer os direitos fundamentais naquele caso concreto. Assim, jamais haverá espaço para o juiz deixar de, pelo menos, considerar os princípios constitucionais. Deve sempre fundamentar e justificar sua aplicação ou não aplicação no caso examinado.

Agora, é imperioso ressaltar que exatamente por esta atividade se operar dentro de uma ponderação, que só pode ser realizada diante do caso concreto, a efetivação será variável caso a caso. Isto ressalta a importância da fundamentação, porque o juiz deverá demonstrar convincentemente as razões que levaram a excluir ou incluir a incidência de um ou mais princípios naquela específica situação. Até mesmo para que não pare dúvida sobre a legitimidade de sua decisão.

Neste tocante, o princípio da proporcionalidade se afigura relevantíssimo na diuturna atividade judicante, pois seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso) serão os instrumentos hábeis a realizar a necessária ponderação. De fato, deverá sempre o magistrado averiguar se a decisão a ser tomada será adequada a solucionar eficazmente o caso, se será a solução que – no mesmo grau de eficácia – menos ofensa representa a todos os direitos em jogo e, por fim, se sua decisão não ofenderá o núcleo essencial de nenhum direito fundamental.

Somente com uma tomada de posição neste sentido é que se poderá falar que a magistratura incorporou seu novo catálogo de deveres e poderes, e seu novo papel na sociedade. Acreditar que as inovações aqui pronunciadas apenas ligam-se a questões entre particulares e Estado, é conferir um ilegítimo conteúdo restrito dos preceitos constitucionais, é mitigar o papel institucional do Judiciário na nova sociedade pós-moderna, cada vez mais casuísta e fragmentária.

7 CONCLUSÕES.

Diante do que foi exposto, exsurgem as seguintes conclusões:

- a) segundo o entendimento tradicional, o juiz, no momento de julgar, cingir-se-ia a aplicar a norma mediante uma atividade lógico-dedutiva, nos moldes do modelo subsuntivo, que consiste em observar em que norma está descrito aquele fato submetido a sua apreciação para atribuir àquele caso concreto a mesma consequência prevista na norma;
- b) especialmente no início do século XX, questões sociais, normalmente conhecidas como efeitos colaterais (*side effects*), impuseram ao

Estado um novo papel: em lugar de ser um ente essencialmente ausente, passou a ser o responsável pelo fomento e consecução de alguns objetivos, valores, metas. Exsurge o Estado Social;

c) a nova feição do Estado se deu pelo incremento da atividade legislativa. Além de maior quantidade, o legislador passou a produzir normas jurídicas que apenas imputavam metas e programas. A tais normas era reputada uma eficácia limitada, pois carecia de complementação para formar o juízo lógico composto de descritor e prescritor;

d) em função das novas normas principiológicas, o papel do Executivo também se ampliou. A ele cabia, em grande parte, a efetivação daqueles fins prescritos abstratamente na legislação. Seu poder regulamentar se torna mais presente, oportunizando uma maior intervenção deste poder na vida social, a tal ponto que o novo Estado recebeu a denominação de Estado Administrativo;

e) as metas do Estado são veiculadas pela Constituição por normas-princípios vinculantes a todos, e estas normas são conhecidas, interpretadas e efetivadas diante de casos concretos. Daí surge o dever e a maneira de o Judiciário subir o degrau institucional imposto diante de si pela sociedade pós-moderna: por meio da aplicação e da consideração dos princípios em todo caso concreto posto em juízo, numa verdadeira concretização, o juiz dá efetividade àquelas normas “programáticas”, e, por conseguinte, naquele específico caso, faz o Estado dar um passo adiante em rumo de suas metas;

f) precisamente no desempenho dos atos judiciais é que surge o dever jurídico de o juiz decidir da maneira que – dentro do possível – favoreça o alcance dos objetivos fundamentais do Estado.

¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

² BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

³ “Dos três poderes que nós falamos, aquele de julgar é de qualquer modo nulo”.

⁴ “Faltava, portanto, um verdadeiro e próprio ‘terceiro poder’ – uma ‘terceira garra’ investida do poder de assegurar o respeito à Constituição por parte do grupo ‘político’. Cumpre lembrar que um dos documentos mais importantes e famosos da época revolucionária foi a própria Lei de 16-24.8.1790, no bojo da qual existia severo dispositivo proibindo os juízes de interferirem de qualquer modo com o poder legislativo (como também com o poder executivo), a tal ponto que afinal a interpretação das leis – no caso de sua obscuridade – deveria passar dos juízes para o corpo legislativo (uma idéia irrealista no que diz respeito ao *refere obligatorie*, abolida poucos anos depois).” CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo Moderno e Ruolo Del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee*. *Revista de Processo*, n. 68.

⁵ STERN, Klaus. O Juiz e a Aplicação do Direito. In: GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 506.

- ⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentus, 2001, p. 49.
- ⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 215.
- ⁸ STERN, *op. cit.*, p. 507-508.
- ⁹ TARUFFO, Michele. Legalità e Giustificazione della Creazione Giudiziaria del Diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, Fasc. 1, 2001, p. 30.
- ¹⁰ ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Great Britain: Oxford University Press, 1989, p. 1.
- ¹¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 243-244.
- ¹² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390-391.
- ¹³ MOURAO, Juraci e CINTRA, Carlos. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito. *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2003.
- ¹⁴ LYOTARD, Jean François *apud* BOSCH, Philippe van den, *A Filosofia e a Felicidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18.
- ¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 15-16.
- ¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1085.
- ¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 111.
- ¹⁹ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 68-69.
- ²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.
- ²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ABSTRACT

The present work studies through the limits of civil law, at first, the approaches from a classical conception over jurisdiction to the moment when it points out its non-appliance character at the actual stage of law's science. The post-modern constitutional theory requires sever changes exposing a new posture, and a newborn paradigm from magistrates.

KEYWORDS

Jurisdiction, constitutional hermeneutics, legal procedure, fundamental rights.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTITUCIONAL E OS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Mauricio Muriack*

1 Introdução. 2 Considerações apriorísticas sobre o princípio da proporcionalidade constitucional. 2.1 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito comparado. 2.2 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito brasileiro, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 As diversas tipológicas de limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador e o princípio da proporcionalidade aplicável no exame do conteúdo das Emendas Constitucionais. 4 Conclusão.

RESUMO

O artigo analisa as influências sofridas pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à aplicação do princípio da proporcionalidade constitucional no Brasil. Sustenta, ainda, a tese de que o referido princípio se constitui em cláusula pétrea, por ter no devido processo legal a sua sede *materiae*.

PALAVRAS-CHAVE

Influências do direito estadunidense e germânico na jurisprudência do STF, princípio da proporcionalidade, devido processo legal, cláusula pétrea.

1 INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem por objetivo lançar luzes sobre uma discussão relevante de Teoria Geral do Direito Constitucional que certamente terá imensos reflexos no campo do direito constitucional positivo sobre as seguintes indagações: qual o real alcance do princípio da proporcionalidade constitucional? Quais as conseqüências jurídicas do reconhecimento de sua adoção para balizar o labor reformador e, finalmente, qual será o resultado da introjeção deste relevante princípio na sempre hodierna discussão a respeito da “intangibilidade” das cláusulas pétreas perante as Emendas Constitucionais? Qual o significado da atual tendência do STF de reconhecer o princípio da proporcionalidade como uma imanência da cláusula do devido processo legal substancial?

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduado pela mesma instituição. Advogado da União lotado na PRU da 1ª Região (DF) e Professor universitário na Universidade Católica de Brasília - UCB.

Saliente-se, ainda, que tais pugnas restam atualmente potencializadas pelo exagerado número de modificações que a nossa Carta Magna vem sofrendo¹, uma vez que tal dinamismo reformador, de modo evidente, acarreta o aumento da probabilidade teórica de colisão entre o Poder Constituinte derivado e as matérias colocadas fora de seu alcance pela Assembléia Nacional Constituinte – as cláusulas pétreas.

Por estes motivos, tentaremos, de forma sucinta, porém, analítica, expor os elementos informativos destes três institutos teóricos primordiais do Direito Constitucional moderno: o candente princípio da proporcionalidade constitucional, o poder reformador e suas limitações, e o devido processo legal substancial como óbice ao poder de emendar.

2 CONSIDERAÇÕES APRIORÍSTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTITUCIONAL.

O princípio da proporcionalidade constitucional se configura, atualmente, como uma das mais eficazes ferramentas do hermenauta para descortinar eventuais abusos da parte do legislador, porquanto não se compatibiliza com a essência do Estado Democrático de Direito a existência de excessos ou impropriedades na criação das normas jurídicas primárias, ou seja, há de se insurgir contra a utilização equivocada e imprópria da discricionariedade política do legislador.

Nesse sentido, uma vez ultrapassada a fase do constitucionalismo formalista (a teoria formal), era necessário impor ao legislativo um instrumento que - a partir do reconhecimento de que o conteúdo da lei deveria se adaptar a um juízo de razoabilidade e ponderação – o forçasse a respeitar certos limites na hora de executar a tarefa de regulamentar e integrar o conteúdo – a princípio, indeterminado e “livre” - de um dispositivo constitucional.

Em outras palavras, foi necessário se reconhecer a necessidade de relativização da liberdade do legislador para preencher de conteúdo as normas infra-constitucionais, uma vez que as mesmas poderiam eventualmente não afrontar expressa ou diretamente nenhum dispositivo constitucional, mas mesmo assim ter uma substância capaz de se desvelar excessiva.

Destarte, com a aplicação do vetor da proporcionalidade, evita-se a “ditadura do legislador” ou o “governo de assembléia”² camuflados e, por isso mesmo, muito mais perigosos.

Assim, com as devidas reservas, pode-se até mesmo dizer que o papel do princípio da proporcionalidade constitucional, na sua utilização para re-frear o legislador ordinário, assemelha-se à incumbência que historicamente assumiu o princípio da separação de poderes para arrefecer o poderio absolutista monárquico no século XVIII: realmente, a liberdade demasiada do legislador para preencher e colmatar o conteúdo das leis pode ser caracterizada como uma verdadeira autocracia do legislador, principalmente quando o

enfoque jurídico se concentrava nos formalismos e não nas substâncias das opções do legislador.

Ademais, pode-se reconhecer que, ao invés de ameaçar a separação de poderes, como criticou Fortshop, a adoção de tal preceito fortalece e assegura um verdadeiro e não-formal equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Ao fim, o surgimento do princípio da proporcionalidade constitucional foi o golpe definitivo em qualquer tentativa de arbitrariedades legislativas, uma vez que qualquer demasia normativa poderá ser minorada pelo intérprete (doutrinário e judicial) e até mesmo pelo aplicador da norma na experimentação factual.³

No entanto, o surgimento de tal ferramenta teórica não ocorreu de modo instantâneo, sendo certo que a sua origem passa pela breve citação do direito constitucional comparado, a desvelar que tal critério não é algo inédito e bizarro, mas, ao contrário, configura-se na absorção de novas idéias bastante consistentes.

2.1 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito comparado.

A origem do princípio da proporcionalidade, sob o atual prisma constitucional, pode ser remontada à experiência de vários países, inclusive de sistemas totalmente diversos, como os EUA e a Alemanha, os dois países que mais nos influenciaram.

Com efeito, nas plagas estadunidenses, desde o *leading case* “Locher v. N. York” (1905) que a Suprema Corte Norte-Americana, sob a alegação de estar aplicando o “devido processo legal substancial”, decidiu investir contra as interferências do legislador consideradas “não- razoáveis, arbitrárias e desnecessárias”.

Evidente que tal novidade jurisprudencial foi motivada por um motivo ideológico: refrear as leis de proteção aos direitos sociais que já começavam a despontar no começo do século XX,⁴ ou seja, teve o princípio da proporcionalidade, nos EUA, uma origem reacionária e conservadora – posteriormente suplantada e retificada na fase do *New Deal* -, mas que, ao final e de qualquer modo, acabou revelando um bom caminho a ser seguido posteriormente como “técnica constitucional” e sem quaisquer pendores ideológicos.

Por este motivo, preleciona com exatidão Suzana de Toledo Barros que

inspirado na “common law”, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitin-

do refrear o arbítrio do legislador e do administrador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais.

Ainda a mesma autora, salienta o alcance expressivo do juízo de razoabilidade, ao asserir que “o juízo de razoabilidade leva em conta uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir e, na aferição da proporcionalidade da medida restritiva de direitos, sempre é ponderada uma relação de custo/benefício social”.⁶

Enfim, nos EUA, o princípio da proporcionalidade constitucional surgiu sob a forma/critério do juízo de “razoabilidade” - corolário do *dues process of law substantive* (devido processo legal substancial), desde o início do século XX. Tal fisionomia jurígena acabou por influenciar o direito brasileiro, como veremos posteriormente.

Por outro lado, a origem do princípio da proporcionalidade no direito constitucional alemão se manifestou de forma tipicamente germânica, ou seja, de modo paulatino e ponderado, sendo certo que sua adoção remonta a uma emigração do Direito Administrativo – onde servia como parâmetro para a utilização do poder de polícia e as intervenções estatais na esfera jurídica individual – para o Direito Constitucional, onde assumiu uma relevância ímpar para a doutrina e para a jurisprudência, notadamente, a do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), de forma que assinala o inigualável mestre Paulo Bonavides, *ipsis literis*:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nesta segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução no Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça. Os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, é curial e sedimentado que, na Alemanha, a origem do princípio da proporcionalidade constitucional como uma força autônoma, mesmo que de forma ainda vacilante, remonta a duas célebres decisões do Tribunal Constitucional, ambas de 1958: o “Luth-Urteil” (referente ao grau de extensão legítima do direito de opinião, com enfoque na sua relevância como direito fundamental e o seu exercício proporcional) e o “Apotheken-Urteil” (pertinente à discussão sobre os limites lícitos e proporcionais que o Estado pode criar para o exercício do direito à liberdade profissional).

Nesse contexto, a ambigüidade e ausência de unidade lógica para o funcionamento deste critério de limitação do legislador somente restaram atenuadas com a famosa decisão sobre a armazenagem de petróleo de 1971 (“Erdölbevorratung”), na qual o Tribunal Constitucional alemão finalmente assentou de forma cristalina e lapidar os alcances e abrangência do epígrafado princípio, formulando-se as seguintes descrições:

o meio empregado deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

Desta forma, ainda com o auxílio da doutrina, construiu-se na Alemanha um conceito notável para o princípio da proporcionalidade constitucional, encarado como um direito fundamental de limitação da discricionariedade e arbitrariedade do legislador (princípio geral de proibição do excesso do legislador), sendo tal vetor dotado de três dimensões diferentes, que originaram três sub-princípios ou corolários: o sub-princípio da idoneidade, o sub-princípio da necessidade, e o sub-princípio da proporcionalidade *stricto sensu*. Sobre os mesmos, eis as seguintes asserções:

a) o **princípio(subprincípio) da adequação ou idoneidade** (necessidade de eficácia da medida)

Exige a idoneidade dos meios para concretizar os fins do legislador. O meio escolhido pelo legislador tem que ser pertinente e condizente com a finalidade da norma, ou resumindo em uma única palavra: o meio deve ser adequado ao fim perseguido, e deve existir uma harmônica relação causal entre ambos. Para exemplificar, basta se inquirir: a providência restritiva criada pelo legislador é apta e eficaz para obter os resultados pretendidos? Se a medida não for apta e eficaz, não há adequação e nem idoneidade. Observe-se, ainda, que o juízo de idoneidade deve ser tomado sob a dimensão do legislador, que pode legitimamente imaginar que a medida seria apta e eficaz para obter o resultado esperado, desde que comprovadamente tenha subsídios consistentes para pensar de tal modo. Apenas se a medida for inteira e evidentemente inábil haverá espaço para nulidades.

b) **princípios da necessidade ou da exigibilidade (princípio da subsidiariedade)**

Exige que a medida restritiva criada pelo legislador, além de ser considerada apta para obter o fim pretendido, seja indispensável e insubstituível, ou seja, se não for adotada arriscará a concreção dos objetivos do legislador, revela-se, enfim, na inexistência de outro meio eficaz: o princípio da

subsidiariedade do meio, algo estritamente necessário de se fazer. È a mesma coisa que se perguntar: há outra coisa a fazer? Há outra maneira de fazer com idênticos resultados? Se a resposta for não às duas perguntas, comprova-se que a medida é realmente necessária e, ademais, insuscetível de permuta por outra de caráter mais suave. Se o legislador tiver mais de uma opção terá que escolher a menos danosa à comunidade.

c) princípio da proporcionalidade *stricto sensu*

Exige a existência de equilíbrio entre os meios e os fins utilizados, ou seja, a finalidade da norma e os meios escolhidos devem guardar consonância entre si, porque não basta a medida ser apta/eficaz além de ser exigível e insubstituível: mesmo tendo estes atributos retro-elencados, se a medida for desarmônica e excessiva, não há como mantê-la aceitável juridicamente. Como observa Suzana de Toledo Barros,

muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida.

Assim, medidas intrinsecamente injustas e desproporcionais, mesmo que sejam eficazes e indispensáveis, bem como insubstituíveis, não podem ser consideradas consentâneas com o Direito, por serem essencialmente desproporcionais em relação aos seus objetivos.

Logo, estes três subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* (que em sua designação genérica significa uma proibição de qualquer tipo de excesso do legislador) auxiliam a tarefa de limitar o legislador, à medida em que trazem em seu bojo o detalhamento e a pormenorização dos critérios técnicos mais razoáveis que existem para aferir a conformação da norma jurídica aos parâmetros materiais de controle de excessos.

Enfim, devemos reconhecer que no direito germânico o princípio da proporcionalidade constitucional atingiu a sua plenitude, de forma que acabou por influenciar vários outros sistemas e ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso, na forma do próximo item do presente trabalho.

Em suma, o princípio da razoabilidade é originário da jurisprudência estadunidense, ao passo que o princípio da proporcionalidade foi oriundo do direito germânico, tendo, portanto, inconfundíveis núcleos de significados e finalidades em cada um destes dois países.

No entanto, no Brasil, influenciado pelas duas escolas, já se pode defender uma conotação própria e diferenciada para os mesmos, de molde que a jurisprudência do STF os têm mesclado de modo assistemático, considerando-os como sinônimos no ordenamento jurídico brasileiro, como veremos oportunamente.

2.2 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito brasileiro, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A verificação do surgimento do princípio da proporcionalidade constitucional no Brasil deve partir, inicialmente, do estudo da jurisprudência. Realmente, o estudo da jurisprudência é importante porque, não obstante reconheçamos, na esteira da *communis opinio doctorum* de Paulo Bonavides,⁹ que existam em nossa Constituição vários dispositivos que acolhem expressamente algum critério de proporcionalidade, resta evidente que não há no nosso Direito Constitucional positivo a expressão literal do princípio da proporcionalidade limitando os abusos e arbitrariedades do legislador, ou seja, bem que poderia haver sido colocado um “parágrafo terceiro” no artigo 5º da Constituição de 1988, deixando-se explícito que a atuação do legislador, máxime no tocante à regulamentação e eventuais restrições aos direitos fundamentais, está submetida a um controle de conteúdo, e não apenas de forma.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade constitucional, necessariamente, deverá ser um princípio “implícito”,¹⁰ e, como tal, o reconhecimento de sua presença subjacente no ordenamento pátrio há de ser tentado com o auxílio da doutrina e confirmação da jurisprudência constitucional, desvelando assim a importância ímpar desta última para a consolidação do referido princípio em nossa álea nacional.

Nesse ínterim, o acompanhamento evolutivo do princípio da proporcionalidade constitucional no Brasil envolve o reconhecimento de que a sua origem nesta seara (jurisprudencial) foi paulatina e lenta, tendo sofrido constante influência da jurisprudência norte-americana e, em sua última fase, sendo iluminada pelos cânones tedescos (germânicos), na medida do possível, francamente adaptados à realidade brasileira, como veremos oportunamente.

Com efeito, no Direito Constitucional brasileiro, há nítida e evidente influência dos direitos estadunidense e germânico na concepção dos limites à atuação do legislador, sendo certo que, inicialmente, mesmo de uma forma assistemática e até mesmo intuitiva, vários foram os julgados do STF que, durante o transcorrer da segunda metade do século XX, declararam normas jurídicas primárias inconstitucionais e ilegítimas por malferirem um critério da razoabilidade (restando neste primeiro momento, uma evidente influência da jurisprudência norte-americana), sendo válido trazer à colação, no entanto, o primeiro acórdão que invoca um critério material, e não formalista, modo velado de adoção da razoabilidade, para argüir a inconstitucionalidade de uma lei, senão vejamos o voto do Ministro Relator Orozimbo Nonato ao explicitar a inconstitucionalidade de um aumento/majoração de imposto municipal, no RE n. 18.331, de 21 de setembro de 1951,¹¹ *in verbis*:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

Nesse diapasão, após este verdadeiro arauto dos pronunciamentos jurisdicionais censuradores dos excessos legislativos (que não fala de “razoabilidade” e nem de “proporcionalidade”, mas admite que os “excessos inespecíficos” do legislador podem ser controlados judicialmente), a jurisprudência do STF foi encetando de forma vagarosa uma seta de indicação da utilização de mecanismos de diminuição dos abusos legislativos, sendo que tal tendência vem a se consolidar, principalmente, no final dos anos oitenta e começo dos anos noventa, quando a influência da jurisprudência estadunidense foi determinante para a consolidação de declarações de inconstitucionalidade por malfeição ao “princípio da razoabilidade”.

Há de se invocar o princípio da razoabilidade como justificação do Pretório Excelso para os julgados: MS n. 21.033 e n. 21.046; RE n. 156.404, n. 157.863-7, n. 175.548, n. 136.237, n. 146.934 e n. 156.972-7. Válido registrar que foi na ADIn n. 233-DF, que a cristalização do critério da razoabilidade mais se evidenciou, de forma mais contundente, nesta fase evolutiva.

Nesse ínterim, válido registrar que o coroamento da corrente jurisprudencial de acolhida dos limites materiais do legislador veio incontestavelmente com as decisões a respeito das ADIn n. 9664 e n. 958-3, em 11 de maio de 1994, quando o Pretório Excelso, além de declarar a inconstitucionalidade das normas, assentou claramente qual é, no Brasil, a *sede materiae* do princípio da proporcionalidade, inserindo-o como consectário implícito do devido processo legal substancial ou material (*substantive dues process of law*), obedecendo novamente à evidente influência norte-americana.

Por sua importância histórica, é válido transcrever trecho do voto do ministro Moreira Alves, no qual este autêntico fautor desta avançada doutrina localiza e assenta o “critério de razoabilidade” na cláusula de garantia fundamental do devido processo legal, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição, *in verbis*:

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que: ninguém será

obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Processo Legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do artigo 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Esse princípio constitucional que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

(...)

Em face disso, e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta a esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo... Mas, no caso, não preciso entrar nesse aspecto. Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

Logo, este parece-nos - sem dúvida nenhuma - um autêntico *leading case* no qual restou decidido que, no ordenamento brasileiro, a *sede materiae* do princípio da razoabilidade (posteriormente considerado “sinônimo” de proporcionalidade) é exatamente a cláusula do devido processo legal material ou substancial (*dues process of law*).

Com efeito, após este *decisum*, várias outras pendengas jurisdicionais foram resolvidas com base na falta de razoabilidade da norma e conseguinte malferição à cláusula-garantia fundamental do devido processo legal substancial, desvelando-se a solidificação desse entendimento e, ainda mais, demonstrando-se há uma nítida tendência de ser cada vez mais utilizado tal critério.

Apenas para ilustrar, podemos trazer alguns dos mais importantes julgados da Corte Excelsa que, nos últimos anos, adotaram a razoabilidade ínsita ao devido processo legal material para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de normas primárias por manifesta conduta excessiva do legislador, ou mesmo para confirmar a sua eventual juridicidade – de qualquer modo, fazendo pronunciamento jurisdicional sobre o conteúdo e materialidade das normas:

Por aparente ofensa ao princípio do devido processo legal em sentido material (CF, art. 5º, LIV), o Tribunal deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuí-

zada pelo Partido Social Liberal - PSL, para suspender, até decisão final, a eficácia do art. 6º e seus incisos da MP 2.045/2000, o qual suspende, até 31.12.2000, o registro de arma de fogo a que se refere o art. 3º da Lei 9.437/97, exceto para os entes, órgãos e empresas discriminados em seus incisos. Considerou-se não haver razoabilidade na norma impugnada, uma vez que ela, apesar de não proibir a comercialização de armas de fogo, praticamente inviabiliza a sua comercialização”.¹² (ADIn MC 2.290-DF, rel. Min. Moreira Alves, 18.10.2000).

Logo, é evidente que, hoje em dia, está mais do que consagrada a possibilidade de utilização do critério da razoabilidade para limitar a atuação do legislador infraconstitucional (lei complementar, leis ordinárias e similares), sendo certo, no entanto, que a expressão “princípio da razoabilidade” é uma evidente herança e inspiração da doutrina norte-americana, que praticamente desconhece a expressão “princípio da proporcionalidade”, enredada que está nos meandros de sua extensa doutrina do *due process of law*, em face de sua jurisprudência construtivista.

No entanto, não tardou muito para que o Supremo Tribunal Federal também passasse a acolher, de forma explícita, e como sinônimo de “razoabilidade”, o princípio da proporcionalidade, de forma que, atualmente, encontra-se deveras inserida e consolidada na jurisprudência pretoriana da Corte das Cortes o entendimento de que o princípio da proporcionalidade constitucional também é derivação da cláusula do devido processo legal material, e, neste sentido, é uma garantia do cidadão-indivíduo contra os excessos do legislador.

Óbvio que o acolhimento expresso do princípio da proporcionalidade constitucional, se não ocorreu ainda na extensão aprofundada que envolve até mesmo o reconhecimento dos seus três sub-princípios veiculados pela doutrina e jurisprudências germânicas, ao menos acolhe em parte a gama de ensinamentos jurídicos relacionados à teoria continental européia sobre o princípio da proporcionalidade.

Nessa direção, é válido repisar que tal acolhimento explícito do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da proporcionalidade constitucional em momento algum significa que o princípio da razoabilidade constitucional foi desprezado e olvidado nas suas decisões, sendo comum que o STF invoque os dois princípios ao mesmo tempo para justificar uma reprimenda aos abusos do legislador.

Em outras palavras, bem na tradição brasileira de sincretismo doutrinário e metodológico, a direção apontada pelo Supremo Tribunal Federal caminha na direção da utilização dos dois instrumentos de refreio do legislador (o “germânico” e o “estadunidense”) de forma concomitante e superposta, de molde que não temos nenhuma dúvida em asseverar que, para a jurisprudência

dência brasileira mais notória, há sinonímia entre os critérios de “razoabilidade” e “proporcionalidade”.

Aliás, é claro que a questão não é tão-somente de uma coincidência semântica, uma vez que o STF, de forma cônica ou intuitiva, acabou por combinar os dois critérios materiais de limitação do legislador, uma vez que apontou na mesma cláusula do “substantive dues process of law” (artigo 5º, inciso LIV, da CF/88 – inspirada no sistema estadunidense) também a *sede materiae* do “princípio da proporcionalidade”, cujo nascedouro se encontra nas plagas tedescas.

De qualquer forma, é evidente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atualmente, é pacífica e remansosa no sentido de acolher, no Brasil, a existência do princípio da proporcionalidade constitucional, restando uma porta aberta para que a doutrina forceje a submissão do legislador também aos seus subprincípios.

Realmente, há vários julgados recentes que se orientaram pelo critério de julgamento no enfoque de proporcionalidade (autonomamente) ou de razoabilidade (cumulativamente com o critério da proporcionalidade), evidenciando-se, enfim, que o STF acolhe a equivalência entre os dois termos na significação de “limites materiais ao legislador”, não obstante o vocábulo “proporcionalidade” tenha no direito alemão um desenvolvimento e abrangência que o seu similar estadunidense ainda não experimentou, notadamente, dentre outros aspectos, no que se refere aos seus “subprincípios doutrinários”.

De qualquer forma, impende alinhar que há várias decisões que acolheram a necessidade de exame, pelo judiciário, do conteúdo material “razoável” ou “proporcional” da norma jurídica primária.¹³

Logo, tal jurisprudência corrobora a importância e a atualidade da questão da razoabilidade/proporcionalidade, e, embora existam muitos outros julgados que também adentraram na questão meritória da proporcionalidade constitucional, elencamos, de modo específico e tópico, o julgamento da ADIn 1407/DF como síntese do entendimento do STF a respeito do assunto, senão vejamos, *in literis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 – COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALÉGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA -

LEGITIMIDADE ATIVA – INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

(...)

VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL – RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. (ADIn 1407 MC / DF – DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 07/03/1996; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-24-11-00; PP-00086 EMENT VOL-02013-10, p.01974).

Desta seara de informações jurisprudenciais depreende-se que realmente o legislador brasileiro pode ser atingido em sua discricionariedade política pelo juízo de razoabilidade e proporcionalidade do STF, o que reduz o seu raio de ação e opera profunda “revolução tácita e silenciosa” de nosso sistema jurídico, no qual os abusos normativos sempre foram estimulados sobre o pretenso manto de uma visão formalista da teoria da separação de poderes, justificativa utilizada com frequência para se fechar os olhos, no passado, para o conteúdo da norma legal e se concentrar, única e tão-somente, na questão formal, implicando em legitimação de toda sorte de excessos.

No futuro, há de se consolidar a visão germânica do princípio da proporcionalidade inserido na cláusula do devido processo legal, uma vez

que o STF foi paulatinamente acolhendo a “razoabilidade” e depois a “proporcionalidade” constitucional, e, recentemente, ao menos em uma decisão houve expressa menção aos subprincípios da idoneidade, da necessidade (subsidiariedade) e da proporcionalidade “stricto sensu”, *in verbis*:

Informativo STF n. 323 (HC-82969) Título: Princípio da Proporcionalidade e Ação Penal

DECISÃO: Por atipicidade da conduta, a Turma deferiu *habeas corpus* para trancar ação penal instaurada contra o paciente, gerente de agência bancária, pela suposta prática do crime de desobediência (CP, art. 330), pela circunstância de disponibilizar a quantia equivalente ao valor expresso no mandado de penhora - referente à dívida de correntista do banco - e, não da metade do que depositado em conta corrente, porquanto excedente ao montante do débito exigido. A Turma, tendo em conta a ambigüidade na redação da ordem judicial, considerou inexistente o dolo de desobedecer, já que tal redação permitia a interpretação dada pelo paciente, que obedecera a um comando contido no mandado.

Ademais, entendeu-se que, na espécie, a manutenção do procedimento criminal contra o paciente ofenderia os princípios da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXV) e da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e, ainda, não atenderia às três máximas parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

HC 82.969-PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.9.2003.

Impende alinhar, enfim, que, no Brasil, em face da influência conjunta da doutrina e jurisprudência estadunidense e germânica, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade constitucional foram considerados princípios jurídicos implícitos enfeixados na profunda e abrangente rede de proteção do devido processo legal material (*substantive dues process of law*), este último expressamente consignado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Alfim, incumbe ressaltar que as implicações jurídicas, no ordenamento jurídico brasileiro, da combinação dos dois critérios alienígenas de controle do legislador se farão sentir sobretudo no tema “aplicação do princípio da proporcionalidade como limite ao poder reformador”, inspirando uma idéia praticamente inédita e que jamais foi ousada nem nos EUA e nem na Alemanha: na ordem jurídica brasileira, o devido processo legal (onde, segundo o STF, reside implícito o princípio da proporcionalidade constitucional) configura uma autêntica *cláusula pétrea*, de molde que a atuação do poder constituinte reformador pode e deve ser analisado sobre os critérios e sub-critérios da proporcionalidade, como demonstraremos no tópico a seguir.

3 AS DIVERSAS TIPOLOGIAS DE LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICÁVEL NO EXAME DO CONTEÚDO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS.

O Poder Constituinte Originário é o poder máximo de editar uma nova Constituição, concebendo assim uma nova ordem jurídica, com fundamentos, valores e princípios inteiramente diversos do ordenamento jurídico anterior, de forma que se assevera sobre este mesmo poder na modalidade de “originária”, que não há invocação de direitos adquiridos e situações juridicamente consolidadas, de uma forma geral.

Tal ocorre porque o poder constituinte originário é o poder supremo de organização política do Estado e da Sociedade, modernamente, através de uma Constituição, cuja titularidade é exercida pelo próprio povo, seja nas Assembleias Nacionais Constituintes, e mesmo nas Constituições outorgadas – quando alguém se imbuí do título de representante do povo (ditador) e outorga uma Carta Política.

Com efeito, o Poder Constituinte Originário, uma vez legitimado por sua origem, social e politicamente concentrada na vontade popular, mesmo que interposta, tem por características ser inicial, ilimitado e autônomo.¹⁴

É inicial porque cada nova Constituição instaura uma nova ordem jurídica, com outros fundamentos jurídicos, que servirá posteriormente de fundamento de validade para todas as demais normas. É ilimitado porque não encontra limites jurídicos anteriores na criação da nova Constituição, ou seja, não se há de invocar qualquer situação jurídica anteriormente consolidada, uma vez que apenas aquelas compatíveis com o novo texto constitucional perdurarão invocáveis no novo ordenamento jurídico. Finalmente, é autônomo porquanto não se subordina a nenhuma espécie de prévia norma procedimental.

Por estes motivos, é assente e curial que não há “direitos adquiridos” invocáveis contra a nova Constituição, a não ser que o próprio texto constitucional novo expressa ou tacitamente absorva os mesmos, revelando a extensão e contundência deste poder, que, em nome da estabilidade normativa e das instituições, deveria ser utilizado com muito mais parcimônia do que vem sendo no Brasil, o qual já teve sete Constituições no curto espaço histórico de menos de dois séculos, desde a primeira Carta Política Imperial de 1824.

No entanto, embora seja de relevância ímpar este “poder originário”, o nosso enfoque deverá se voltar para um dos corolários do Poder Constituinte Originário, qual seja, o poder constituinte derivado ou poder constituinte “constituído” ou “jurídico”.¹⁵

Realmente, o Poder Constituinte Derivado é oriundo de uma constituição já existente e pode modificar, com limites, a ordem constitucional total (poder constituinte derivado reformador) ou conceber as ordens jurídi-

cas parciais – criação de Constituições Estaduais pelas entidades federativas (Poder Constituinte Derivado Decorrente).¹⁶ É subordinado porque possui limites jurídicos para sua atuação, ditados pelo próprio Poder Constituinte Originário, é derivado porquanto origina-se da vontade do Poder Constituinte Originário e sua *sede materiae* se encontra na própria *Lex Fundamentalis*, e é condicionado porquanto a sua utilização condiciona-se às expresas regras procedimentais do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Derivado tem por função atualizar permanente o texto constitucional, inserindo as novas necessidades jurídicas provenientes do turbilhão da vida em sociedade e concretizando a mutação constitucional, mas esbarra em limites criados pelo Poder que lhe deu nascimento.

Nesse diapasão, a doutrina¹⁷ considera que existem ao menos cinco diferentes formas de limitação do poder constituinte derivado reformador: limites temporais, limites circunstanciais, limites procedimentais, limites tácitos e limites materiais.

As limitações ou limites *temporais* significam a proibição absoluta de utilização do Poder Constituinte Derivado durante um específico período de tempo: enquanto não decorrido tal lapso temporal, restará paralisado e inerte o poder constituinte derivado.¹⁸

As limitações ou limites *circunstanciais* configuram proibições de utilização do Poder Constituinte Derivado durante determinados eventos específicos, como determinado no artigo 60, § 1º, da Constituição de 1988 que veda a feitura de Emendas à Constituição enquanto estiverem vigentes e decretados os institutos constitucionais excepcionais da intervenção federal, do estado de sítio e do estado de defesa.¹⁹ Nestas determinadas circunstâncias, restará paralisado e suspenso o poder constituinte derivado.

As limitações ou limites *procedimentais* são normas constitucionais que estipulam um obrigatório trâmite procedimental para o exercício do Poder Constituinte Derivado. É, *exempli gratia*, a previsão do artigo 60, § 2º, de que a proposta de Emenda será discutida no Congresso Nacional, em ambas as casas legislativas, em dois turnos de deliberação, e somente será aprovada se obtiver o quorum qualificado de três quintos, em todas as votações, da mesma forma que é exemplo o procedimento singular e específico para a concreção da revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

As limitações *tácitas*²⁰ são lindes implícitos na ordem constitucional, não previstos expressamente, mas que decorrem do sistema constitucional, e que também impedem a atuação do Poder Constituinte Derivado, até como forma de evitar que este último tente criar qualquer forma de escapismo das limitações expresas. É o caso da proibição de alteração da titularidade do Poder Constituinte Originário (art. 1º, parágrafo único da CF/88), ou da

modificação do órgão titular para o exercício do Poder Constituinte Derivado e, principalmente, a proibição de modificação das regras procedimentais para o trâmite de Emendas Constitucionais previstas no artigo 60, incisos I, II e III e parágrafo 3º. Também são imodificáveis, formal ou materialmente, os parágrafos 2º, 4º e 5º do mencionado dispositivo da Constituição da República, sob pena de distorção da vontade constituinte originária a respeito do funcionamento e atuação do poder de reforma constitucional.

Finalmente, limitações ou limites *materiais* são proibições absolutas de utilização do Poder Constituinte Derivado em determinados assuntos ou matérias previstos na Ordem Constitucional, sendo que, em nossa Constituição, os limites materiais absolutamente intocáveis, total ou parcialmente pelo poder de reforma, estão concentrados nas cláusulas pétreas arroladas no artigo 60, § 4º, da Constituição, quais sejam: o princípio federativo, o princípio da separação de poderes, o voto direto, secreto, periódico e universal, e, mormente, os direitos e garantias individuais.

Nesse ponto, é válido frisar que a doutrina da intangibilidade das cláusulas pétreas já foi referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao examinar a ADIn 939-7 (relator Sidney Sanches), a qual declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 03/93, após estabelecer a premissa de que uma *“emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF)”*. Logo, a teoria da limitação material ou absoluta já se encontra devidamente solidificada em nosso ordenamento jurídico.²¹

Logo, no sistema constitucional brasileiro, resta evidenciado que existem limites intransponíveis ao Poder Constituinte Derivado, incluindo-se, em tais lindes, os óbices materiais que englobam, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, os próprios direitos e garantias individuais.

Exatamente aí reside o ponto nodal e evidente de uma constatação teórica fácil, mas que, curiosamente, não tem sido veiculado de forma consistente e sistemática pela doutrina constitucionalista pátria: ora, se o princípio da proporcionalidade constitucional é, segundo o Supremo Tribunal Federal, como já vimos neste singelo trabalho, princípio imanente à garantia individual expressa do devido processo legal substantivo ou material, e se todas as garantias individuais previstas na Constituição são cláusulas pétreas, é impossível evitar o salto epistemológico para a conclusão de que o princípio da proporcionalidade constitucional *também é uma cláusula pétrea e deve ser observado pelo Poder Constituinte Derivado!*

Ora, as implicações de tal idéia são magníficas e fabulosas, e transcendem até mesmo as doutrinas estadunidenses e germânicas que, de modo

mais genérico, sempre tentaram enfrentar a problemática da limitação das arbitrariedades do legislador infraconstitucional (leis ordinárias e normas equivalentes na legislação comum), não se tendo tido notícia de qualquer obra mais completa a respeito da atuação do Poder Constituinte Derivado, que, de uma análise última, se revela nada mais do que uma tipologia muito especial de “legislador”.

Evidente que, tanto nos EUA como na Alemanha, o problema da atuação do Poder Constituinte Derivado não tem a mesma carga emocional e repercussão idênticas ao problema brasileiro, uma vez que tão-somente aqui ocorre o problema da total banalização do poder de reforma constitucional, modificando-se a Constituição (“total” ou parcialmente), de forma tão frequente e notável, que a doutrina já reconhece que a realidade brasileira já está inserida em um problema sério que é o fenômeno concomitante da crise constituinte (do titular do poder constituinte) e da crise constitucional (do objeto do Poder Constituinte).²²

No entanto, de qualquer maneira, mesmo inexistindo uma precedência teórica no direito comparado, não é absurdo reconhecer que no ordenamento jurídico brasileiro o alcance do princípio da proporcionalidade constitucional se espraia também pela área de atuação do Poder Reformador, impedindo que o conteúdo das Emendas Constitucionais seja preenchido por uma alarmante discricionariedade política dos constituintes derivados.

Aliás, a aplicação do princípio da proporcionalidade constitucional também para o exame e verificação do núcleo material das Emendas Constitucionais é algo extremamente relevante e típico da realidade brasileira, certamente em situação singular no mundo no que tange à periodicidade da utilização das reformas de Constituições e das Constituições.

Deveras, nessa óptica, não nos custa transcrever brilhante passagem doutrinária que desnuda de forma desconcertante a realidade instável do constitucionalismo pátrio, inclusive, desvelando a sua percepção difusa nos meios internacionais, *ipsis verbis*:

O Brasil, em 176 anos de independência, conheceu oito regimes constitucionais (medida de um a cada 22 anos, ou seja, um terço de uma geração, fixado em 65 anos o tempo de vida provável do brasileiro). Não houve uma só geração de brasileiros que vivessem sob uma mesma Constituição. Sem contar as muitas emendas – não raro, mais de dez – que cada Constituição recebeu durante o seu período de eficácia. Não é sem razão que se reclama da falta de uma ‘mentalidade constitucional’ entre os brasileiros. Assim se explica que o ritmo da produção de normas seja vertiginoso, ao passo que lento é o ritmo dos investimentos em educação. Só o bom humor – outro traço notável da personalidade brasileira – parece capaz de manter-se impávido ante o dislate. Como o do saudoso Afonso Arinos, que, com a didática do professor de Direito Constitucional e a picardia do experi-

mentado político e constituinte de 1946, contava a seus alunos, no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na década de 70, que, certa feita, visitando um sebo, em Paris, indagou se dispunham de exemplares da Constituição do Brasil, ao que o livreiro respondeu que ali não se trabalhava com periódicos.

Enfim, a utilização do princípio da proporcionalidade constitucional como elemento de redução da discricionariedade política abusiva e por demais ampla do Poder Reformador brasileiro é, muito mais do que um simples mimetismo das teorias alienígenas sobre o controle dos excessos do legislador: no Brasil, os excessos são cometidos pelo próprio texto constitucional, uma vez que entre nós de muito é adotado o modelo analítico ou prolixo de Constituição, a qual chega a um nível de detalhamento nem sempre compatível à estatura e supremacia da *Lex Fundamentalis*.

Em suma, controlar o conteúdo das Emendas Constitucionais através do princípio da proporcionalidade constitucional é muito mais do que uma simples evolução doutrinária e jurisprudencial “à brasileira”, mas, antes, sinaliza o desbordar de uma necessidade ineludível da realidade constitucional destas plagas tupiniquins.

Ora, alfim, considerando que a realidade estadunidense e germânica orienta os abusos normativos preferencialmente para o legislador ordinário, de modo que o antídoto (exigência de proporcionalidade e razoabilidade) é dirigido para o mesmo legiferante infraconstitucional, no Brasil, como as arbitrariedades não são cometidas apenas através da legislação inferior à Constituição, mas também pelo próprio Órgão Constituinte Derivado, é forçoso reconhecer que se torna imprescindível a existência de um parâmetro de análise criteriosa sobre o conteúdo material da produção constitucional derivada.

Nesse contexto é que as decisões do Supremo Tribunal Federal acabam por propiciar uma nova perspectiva jurídica ainda não esgotada ou dissecada totalmente, como uma verdade que não se ousou até o presente momento: a cláusula do devido processo legal substantivo ou material (*substantive due process of law*), na medida em que se delineia como uma garantia individual de que “ninguém será privado de seus direitos ou bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988), insere-se na conjuntura das cláusulas pétreas, e, como tal, configura uma autêntica limitação material da atuação do poder constituinte derivado.

Em face disso, da mesma forma que se exige “razoabilidade” ou “proporcionalidade” do legislador, até mesmo pelos seus efeitos potencialmente mais deletérios à esfera jurídica individual, os mesmos paradigmas de controle do excesso podem e devem ser aplicados à produção normativa do poder constituinte derivado brasileiro, inclusive e exatamente para que as

cláusulas pétreas não se transformem em um oásis de logicidade sistêmica constitucional perdida em veras “toneladas” de normas abusivas e/ou excessivas amontoadas de forma caótica e dispersiva no texto constitucional.

Sob o prisma do núcleo ôntico do Estado Democrático de Direito, a garantia de existência de cláusulas pétreas não pode significar apenas a impossibilidade do Poder Constituinte Derivado modificar um rol de quatro limitações materiais expressadas no artigo 60, § 4º e incisos da CF/88; deve haver uma realidade constitucional apta a conviver com estas cláusulas pétreas, sob pena do esvaziamento paulatino e sub-reptício das mesmas.

Este é, portanto, o papel sistêmico e essencial do princípio da proporcionalidade constitucional ao limitar, através da cláusula-garantia do devido processo legal, a atuação do poder constituinte derivado, reduzindo substancialmente a sua discricionariedade de modificar as normas constitucionais que não constituam cláusulas pétreas: é necessário verificar se a modificação da norma constitucional “não-pétrea” é adequada/idônea, exigível/necessária, proporcional *stricto sensu* entre os seus meios e fins. Em uma frase, é imprescindível verificar se o conteúdo da Emenda Constitucional é razoável, perante o nosso sistema constitucional.

4 CONCLUSÃO.

Verificou-se a origem histórica do princípio da proporcionalidade/razoabilidade nos EUA e na Alemanha, e também a sua identificação, por parte do STF, no ordenamento jurídico brasileiro, na cláusula do devido processo legal substancial, que se caracteriza por ser uma cláusula pétrea.

Nesse sentido, parece-nos possível advogar a ousada conclusão de que a exigência de razoabilidade/proporcionalidade - com todos os seus sub-princípios, inclusive recentemente reconhecidos pelo Pretório Excelso - não deve se limitar a atingir apenas o legislador infraconstitucional mas a própria produção de Emendas Constitucionais pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, haja vista a frequência frenética e nem sempre criteriosa com que se modifica a nossa Carta Política.

¹ Até a presente data de feitura do texto, constata-se com assombro que, muito embora conte com apenas quinze anos de existência/promulgação, nossa Lei Maior já sofreu 42 emendas constitucionais e mais seis emendas de revisão, levando à desconcertante média temporal de uma emenda constitucional a cada três meses, expondo a sua evidente fragilização e uma incessante crise de juridicidade.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 198.

³ Sobre a aplicação do vetor proporcional aos casos concretos, cf. na doutrina a brilhante exposição de MENDES, Gilmar Ferreira. Duplo controle de proporcionalidade e controle de proporcionalidade “in concreto”. In: *Os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴ O precedente jurisprudencial citado é emblemático: a Suprema Corte declarou inconstitucional, por malferir o “due process of law substantive”, uma lei do Estado de *New York* que “ousara” estipular um limite de jornada de trabalho máximo de dez horas, durante a semana, e de seis horas nos fins de

semana. Tal lei seria intolerável por malferir o sacrossanto “direito à liberdade contratual”, configurando o exercício “injusto, desarrazoado e inapropriado do poder de polícia estatal”. Conferir, na doutrina, o livro de VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66-67.

⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 58.

⁶ *Id. ibidem.*, p. 63.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 370.

⁸ BARROS, *op. cit.*, p. 80.

⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 395.

¹⁰ Conferir, na doutrina, na estuenda obra de ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 42, a brilhante exposição doutrinária em que assevera a juridicidade dos princípios, sejam eles expressos ou implícitos na ordem constitucional.

¹¹ BARROS, *op. cit.*, p. 99. A mesma autora elenca, dentre as decisões introdutórias do critério da razoabilidade/proporcionalidade, mesmo que veladamente, o RMS nº 16.912, de 31 de agosto de 1967, o *Habeas Corpus* nº 45.232, de 21 de fevereiro de 1968, a RP nº 930-DF, de 05 de maio de 1976 e a RP nº 1.077, de 28 de março de 1984.

¹² Também verificar os seguintes julgados, *in verbis*:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 6º e seus incisos da Medida Provisória nº 2045-4, de 26 de setembro de 2000. Suspensão, até 31 de dezembro de 2000, do registro de arma de fogo a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.437/97. - Plausibilidade jurídica suficiente para a concessão da liminar requerida, por se afigurar, neste exame sumário, ofendido o princípio do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição). - Ocorrência quer do “periculum in mora”, quer da conveniência da concessão de liminar. Medida liminar deferida para suspender, até o julgamento final desta ação, a eficácia, “ex nunc”, do artigo 6º e de seus incisos da Medida Provisória nº 2.045-4, de 26 de setembro de 2000.” ADIn 2290-MC-DF, relator Min. Moreira Alves, 18 de outubro de 2000”;

“EMENTA: Reconhecendo, embora, a plausibilidade da argüição de inconstitucionalidade deduzida pelo PC do B contra os incisos I e II do art. 57 da L. 9100/95 - que estabelecem como critério a ser observado pela Justiça Eleitoral na distribuição do tempo de utilização gratuita de rádio e televisão pelos partidos políticos nas próximas eleições municipais, fração proporcional ao número de representantes de cada partido na Câmara dos Deputados -, o Tribunal decidiu indeferir, por razões de conveniência, o pedido de suspensão liminar do dispositivo. Entendeu-se que o deferimento da cautelar implicaria o surgimento de vácuo legislativo ensejador de situação mais inconstitucional (i.e., mais contrária à exigência de razoabilidade que decorre do princípio do devido processo legal material) que a derivada do preceito legal impugnado” Vencido o Min. Ilmar Galvão, relator. ADIn 1408-DF, 15.02.96;

“EMENTA: Por ofensa ao princípio da razoabilidade, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 82 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (“§ 3º - O pagamento dos servidores do Estado será feito, impreterivelmente, até o 10º (décimo) dia útil de cada mês.”). Considerou-se ser irrazoável que a norma impugnada, para evitar o atraso no pagamento dos servidores estaduais, estabeleça uma antecipação de pagamento de serviços que ainda não foram prestados. ADIn 247-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 17.6.2002.

¹³ Ver os seguintes julgados que usam, isolada ou conjuntamente, as noções de proporcionalidade e razoabilidade em adesão ao devido processo legal, *in verbis*:

“EMENTA: Por ofensa ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleciam que as multas relativas ao não-recolhimento e à sonegação dos impostos e taxas estaduais não poderiam ser inferiores, respectivamente, a duas vezes e a cinco vezes o valor do tributo. ADIn 551-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 24.10.2002. (ADIn-551)”

**“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO É DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “b”). - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law” (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. RE 200844 AgR / PR – PARANÁ; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 25/06/2002; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ DATA-16-08-2002 PP-00092 EMENTA VOL-02078-02 PP-00234;**

**“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao § 2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o “caput” do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias posteriores. - Em exame compatível com a liminar requerida, não têm relevância suficiente para a concessão dela as alegadas violações aos artigos 62 e 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 62 da Constituição Federal quanto à redação dada ao artigo 33 do Decreto Federal 70.235/72 - recebido como lei pela atual Carta Magna - pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27 de outubro de 1998, atualmente reeditada pela Medida Provisória 1863-53, de 24 de setembro de 1999. - No tocante ao “caput” do já referido artigo 33 da mesma Medida Provisória e reedições sucessivas, basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e da proporcionalidade em que se traduz esse princípio constitucional. Ocorrência, também, do “periculum in mora”. Suspensão de eficácia que, por via de consequência, se estende aos parágrafos do dispositivo impugnado. Em julgamento conjunto de ambas as ADINs, delas, preliminarmente, se conhece em toda a sua extensão, e se defere, em parte, o pedido de liminar, para suspender a eficácia, “ex nunc” e até julgamento final do artigo 33 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 1863-53, de 24 de setembro de 1999. ADIn 1976 MC / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE relator(a): Min. MOREIRA ALVES;
Julgamento: 06/10/1999; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-24-11-00; PP-00189; EMENTA VOL-02013-01 PP-00079; VOTAÇÃO UNÂNIME;**

“EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e pará. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, pará. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em

juízo. 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público. ADI 1753 MC / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. SEPULVEDA PERTENCE; Julgamento: 16/04/1998; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-12-06-98 PP-00051 EMENT VOL-01914-01 PP-00040.

Por fim, salientamos, ainda, dentre outros *decisuns* recentíssimos, o julgamento do RE 3434466 (julgamento da constitucionalidade da contribuição para o SAT – seguro de acidentes de trabalho, artigo 7º, inciso XXVIII da CF/88, na qual o STF julgou fértil em razoabilidade a delegação para o decreto especificar os detalhes pertinentes à aplicação dos percentuais diferenciados de 1%, 2% e 3% de alíquota de acordo com o risco de acidentes de trabalho – ver artigo 8º da CF/88), e o julgamento da Adin 2.556, no qual se considerou legítima e adequada ao devido processo legal material – razoabilidade – a exigência para todas as empresas – mesmo as que não tinham diferenças de FGTS a adimplir – do pagamento das contribuições sociais gerais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001, em face do dever de solidariedade social.

¹⁴ Cf. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 345.

¹⁵ Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 128.

¹⁶ No atual e vigente Ordenamento Constitucional Brasileiro, o Poder Constituinte Derivado Decorrente está previsto no artigo 25, *caput*, em relação às Constituições Estaduais, e no artigo 29, *caput*, em relação às Leis Orgânicas Municipais, que se equivalem a “Constituições Municipais”.

¹⁷ Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 173 e ss.

¹⁸ Entendemos que a limitação formal estabelecida no artigo 60, § 5º da Constituição Federal se encaixaria como uma limitação “temporária” parcial e específica, proibindo o poder constituinte derivado de voltar a deliberar, na mesma sessão legislativa, um específico tema versado em projeto de emenda constitucional rejeitado. Ver decisão do STF no MS 22503-3/DF, onde se admite o controle de constitucionalidade do processo legislativo em face do artigo 60, § 5º da CF/88.

¹⁹ Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 657, a respeito do “sistema constitucional das crises”;

²⁰ Tácito - Que não se exprime por palavras; subentendido, implícito. (Dicionário Aurélio – versão 3.0)

²¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 40 e s.

²² Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 169 e ss.

²³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15.

ABSTRACT

The goal of this article is to analyze the influences suffered by the Supreme Federal Court, regarding the application of constitutional proportion's principle sustained by theory that those principles mean the character of immutability, its head quarter materiae.

KEYWORDS

North American and Germanic's law incidence, Supreme Federal Court's jurisprudence, proportional principle, legal trial process

CRÍTICAS À TEORIA DAS GERAÇÕES (OU MESMO DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

George Marmelstein Lima*

1 Um despretenso discurso. 2 As Críticas. 2.1 Uma geração não substitui a outra; 2.2 Ausência de verdade histórica. 2.3 Perigosa e falsa dicotomia. 2.4 A indivisibilidade dos direitos fundamentais. 3 Pode-se falar em dimensões dos direitos fundamentais? 4 Conclusão.

RESUMO

O autor analisa, criticamente, a conhecida teoria das gerações dos direitos fundamentais, defendendo que a referida teoria contém falhas, tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista dogmático, o que pode contribuir para a baixa carga de eficácia e efetividade que costuma se atribuir aos direitos fundamentais ditos de segunda e terceira gerações. Fornece, ainda, as bases para uma teoria baseada nas dimensões dos direitos fundamentais, onde cada direito pode ser visto nas diversas dimensões.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais – Direitos Humanos – Gerações dos Direitos Fundamentais – Direitos Civis, Políticos, Sociais, Econômicos, Culturais, Ambientais – Liberdade – Igualdade – Fraternidade – Direitos a Prestações – Direitos Negativos – Estado Liberal – Estado Social.

1 UM DESPRETENSIOSO DISCURSO.

No ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, o jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*).¹

* Juiz Federal no Ceará, Mestrando em Direito pela UFC e Professor de Direito Constitucional.

O professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel Vasak por que ele teria desenvolvido aquela teoria. A resposta do jurista tcheco foi bastante curiosa: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa”.

Portanto, segundo Cançado Trindade, nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese.²

Mesmo assim, esse desprezioso discurso logo ganhou fama. Os juristas passaram a repeti-lo e até a desenvolvê-lo, como, por exemplo, Norberto Bobbio, que foi um dos principais responsáveis pela sua divulgação.³ Aliás, muitos pensam erroneamente que a doutrina das gerações dos direitos fundamentais é de sua autoria.

Novas gerações foram acrescidas à tríade inicial⁴, destacando-se a quarta, desenvolvida pelo Professor Paulo Bonavides.

Para o grande constitucionalista brasileiro, o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais, “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política.⁵

Em síntese, o quadro das “gerações dos direitos fundamentais” ficou desenhado do seguinte modo:

1ª Geração	2ª Geração	3ª Geração	4ª Geração
Liberdade	Igualdade	Fraternidade	Democracia (direta)
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações		
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente sadio, direito à paz	Direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo
Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade	
Estado Liberal	Estado Social e Estado Democrático e Social		

Conforme se demonstrará, apesar da fama que alcançou, a teoria das gerações dos direitos fundamentais não se sustenta diante de uma análise mais crítica, nem é útil do ponto de vista dogmático. Possui, contudo, um inegável valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais, e simbólico, pois induz à idéia de historicidade desses direitos. Além disso, o modelo baseado nas gerações fornece o alicerce para a construção de uma nova teoria das dimensões dos direitos fundamentais, esta sim, importante e útil.

Neste trabalho, busca-se tanto demonstrar o equívoco da teoria das gerações quanto fornecer subsídios para a construção de uma nova teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

2 AS CRÍTICAS.

2.1 Uma geração não substitui a outra.

A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão.

Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”.

Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação.

Até em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, ainda não se aceita pacificamente a idéia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, apesar de inúmeras Constituições de Estados-membros consagrarem em seus textos direitos dessa espécie.

Naquele país, a própria Suprema Corte norte-americana, na chamada “Era Lochner” (primeiras décadas do século XX), declarou a inconstitucionalidade de diversas leis federais, editadas no período do New Deal, que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, como a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais. As decisões baseavam-se justamente na idéia de que a “livre iniciativa” ou a “liberdade contratual” era um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia interferir nessa liberdade, sob pena de violar o “due process of law”, em seu sentido material.⁶ Fica subentendido, nessas decisões, que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos. Interessante notar também que, nesse período, o ativismo judicial foi bastante intenso, sendo constantemente invocada a cláusula do “substantial due process” para impedir o surgimento de direitos sociais, o que demonstra que nem sempre o ativismo judicial é próprio de juízes “revolucionários”...

Como se sabe, essa postura conservadora da Suprema Corte norte-americana foi sendo modificada aos poucos, sobretudo em razão de forte pressão política exercida pelo Presidente Roosevelt. No entanto, até hoje aquele país considera os direitos sociais como direitos de “segunda categoria”. Não é à toa que os Estados Unidos têm-se negado, sistematicamente, a ratificar tratados internacionais de proteção de direitos da segunda e terceira gerações. A esse respeito, informa Fábio Konder Comparato que o último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966, sobre direitos civis e políticos. O pacto do mesmo ano sobre direitos econômicos, sociais e culturais foi rejeitado pelo Congresso norte-americano, bem como diversos tratados posteriores, inclusive de cunho ambiental, como o Protocolo de Kioto (1998), que prevê metas para a redução de emissão de gases para a atmosfera. Com isso, os Estados Unidos se tornam, no plano internacional, um Estado fora-da-lei.⁷

2.2 Ausência de verdade histórica.

Além do equívoco acima exposto, que torna até perigosa a teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que dificulta a positivação e a efetivação dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos de solidariedade mundial, a teoria também não retrata a verdade histórica.

A evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade? igualdade? fraternidade?) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, somente depois, serem reconhecidos os direitos da segunda geração.

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação, etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel.

Outro exemplo mais atual dessa falsa idéia de que os direitos de liberdade antecedem historicamente os direitos de igualdade ocorre na China e em Cuba. Nesses países, onde vigora um regime comunista autoritário, não há proteção aos direitos de liberdade, mas vários direitos de igualdade são proclamados pelo Estado.

Além disso, no plano internacional, os direitos trabalhistas (sociais) surgiram primeiro do que os direitos de liberdade, bastando lembrar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada logo após a I Guerra Mundial para uniformizar, em nível global, as garantias sociais dos trabalha-

dores, surgiu antes da Organização das Nações Unidas (ONU). Desse modo, vários tratados reconhecendo direitos sociais foram editados no começo do século XX (1920/1930), ao passo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem somente foi editada em 1948.

Por fim, outra afirmação que historicamente não traduz totalmente a verdade é a de que a postura do Estado Liberal sempre foi uma postura meramente passiva. Essa é apenas uma meia verdade, pois, no campo da repressão, o Estado liberal foi bastante ativo, extrapolando, muitas vezes, a proclamada condição de espectador, colocando-se ao lado dos detentores do capital na repressão aos trabalhadores. Era comum o apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir e prender lideranças operárias, apreender jornais, destruir gráficas⁸, demonstrado que o discurso liberal era de mão única, protegendo apenas os interesses da burguesia. Quando a liberdade (no caso, a liberdade de reunião, de associação e de expressão) representava uma ameaça ao *status quo*, o Estado deixava de lado a doutrina do *laissez-faire*, passando a agir, intensamente, em nome dos interesses da burguesia. Qualquer semelhança com o Estado “neoliberal” não é mera coincidência.

2.3 Perigosa e falsa dicotomia.

Outro equívoco grave da teoria é considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um *status* positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas.⁹

Essa falsa distinção, repetida sem muito questionamento por quase todos os juristas, é a responsável pela principal crítica que pode ser feita à teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que enfraquece bastante a normatividade dos direitos sociais, retirando do Poder Judiciário a oportunidade de efetivar esses direitos.

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

Com exemplos, será melhor visualizado o equívoco dessa dicotomia.

O direito de propriedade é um direito civil por excelência. Seria um direito de primeira geração e, portanto, de *status* negativo.

Sem dúvida, uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreende a proibição de violação da propriedade pelo Estado, salvo mediante regular processo expropriatório, com prévia e justa indenização, o que denota uma característica negativa desse direito (o Estado não pode confiscar a propriedade particular). No entanto, a sua plena proteção exige também inúmeras obrigações positivas: promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), edição de normas para garantir o exercício do direito, estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade etc. Ou seja, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade. Pelo contrário, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de tornar a propriedade alvo fácil de criminosos. Apenas para ilustrar esse aspecto oneroso de um direito dito de primeira geração, basta dizer que os Estados Unidos gastam, com segurança pública, várias vezes o valor que é gasto com a saúde, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001¹⁰.

Já que se falou em saúde, vale fazer a mesma análise. A proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, teria, na classificação tradicional, status positivo. No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado não pode agir contra a saúde dos cidadãos). Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito à saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas.¹¹

Veja-se que há vários outros direitos sociais (de greve e de sindicalização, por exemplo) cuja nota mais marcante é precisamente um não-agir estatal. Igualmente, há vários direitos ditos de primeira geração (direito de petição e de ação, direito ao devido processo, direito dos presos a um tratamento digno etc) cujo cumprimento somente ocorrerá através da adoção de medidas positivas (agir) por parte do Estado.

Uma simples análise do orçamento estatal no Brasil comprova que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração. Basta ver o que se gasta com o Poder Judiciário, com as polícias e corpos de bombeiros, com os presídios, com as agências reguladoras (ANATEL, ANP etc), com o processo eleitoral, com os

conselhos de proteção da concorrência (p. ex. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) etc. para perceber que os chamados direitos civis e políticos também são bastante onerosos, e nem por isso é negada a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos. Veja-se que aqui nem se mencionou o chamado ônus indireto, decorrente de renúncias fiscais que o Estado pratica para proteger alguns direitos de liberdade, como por exemplo, as imunidades tributárias dos templos de qualquer culto (art. 150, inc. VI, b, da CF/88) e dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inc. VI, d, da CF/88), destinadas a assegurar, respectivamente, a liberdade religiosa e a liberdade de expressão. Também não se mencionou o dinheiro que os particulares gastam para poderem exercitar esses direitos (segurança particular, seguros, conselhos de regulação profissional, taxas judiciárias, campanhas eleitorais milionárias etc).

Por isso, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos negativos, não onerosos, e que os direitos sociais são direitos a prestações, onerosos. Essa falsa divisão afeta diretamente a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo para reforçar a odiosa tese de que os direitos sociais são meras normas programáticas, cuja aplicação ficaria a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, não podendo a concretização desses direitos ser exigida judicialmente.

Na verdade, somente pelo contexto histórico há sentido em distinguir os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. Do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam, numa relação de interdependência.

2.4 A indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Como se observa, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, sejam os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos não são realizados apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas.

Percebe-se, com isso, uma interessante afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, reforçando a idéia de indivisibilidade, conforme já reconhecido pela ONU desde 1948. Note-se, por exemplo, como é difícil desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração) do direito à informação (4ª geração), o direito de reunião (1ª geração) do direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim por diante.

É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. Como afirma Sérgio Moro,

é até valioso relacionar os direitos sociais às liberdades para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e estas. Não se querem direitos sociais sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. Em ambos esses casos, ficaria comprometida a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²

Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. E mais: exige que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

3 PODE-SE FALAR EM DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?¹³

Em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”¹⁴, afastando a equivocada idéia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

No entanto, a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código

Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à idéia de função social (art. 5º, inc. XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental.¹⁵

A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como por exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos, *etc*) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS¹⁶. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

O direito ao meio ambiente também pode ser visualizado em múltiplas dimensões. Em uma dimensão negativa, o Estado fica, por exemplo, proibido de poluir as reservas ambientais. Por sua vez, não basta uma postura inerte, pois o Estado também deve montar um aparato de fiscalização capaz de impedir que os particulares promovam a destruição do ambiente, a fim de preservar os recursos naturais para as gerações futuras. Além disso, já caminhando em uma quarta dimensão, o Estado deve proporcionar a ampla informação acerca das políticas ambientais (educação ambiental – art. 225, §1º, inc. VI, da CF/88), permitindo, de modo direto, a participação dos cidadãos na tomada de decisões nessa matéria, democratizando o processo político, através da chamada cidadania sócio-ambiental.

Os exemplos se seguem em todos os direitos fundamentais, inclusive os de cunho instrumental (direitos processuais). O direito de ação, por exemplo. Na visão tradicional, a ação tem aquele cunho individualista, representando a mera faculdade de acionar o Poder Judiciário. Com a segunda dimensão, o processo deixa de ser mero instrumento de proteção de direitos subjetivos, passando a ter uma conotação mais social, abrangendo as lides coletivas e exigindo do Estado uma postura mais ativa no sentido de facilitar o acesso à Justiça, sobretudo para as camadas mais pobres da população.

Ganha também o processo uma conotação democrática (quarta dimensão), devendo ser abertos os canais de participação popular no debate judicial, a fim de pluralizar a discussão, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer¹⁷. Essa democratização da atividade jurisdicional deve afetar, inclusive, a própria administração da Justiça, tornando, por exemplo, o processo de escolha dos membros do Judiciário mais transparente e legítimo.

Como se observa, a teoria da dimensão dos direitos fundamentais, vista com essa nova roupagem, possui implicações práticas relevantes, já que obriga que se faça uma abordagem de um dado direito fundamental, mesmo aqueles ditos de primeira dimensão, através de uma visão sempre evoluída, acompanhando o desenvolvimento histórico desses direitos.¹⁸

Além disso, essa nova visão baseada na multidimensionalidade dos direitos fundamentais permite a superação da classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos, mas simples declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.

4 CONCLUSÃO.

No presente trabalho, foi demonstrado que a teoria das gerações dos direitos fundamentais não é correta. As críticas desenvolvidas não tiveram, logicamente, a pretensão de desmerecer por completo a teoria. Pelo contrário. Pretendeu-se, apenas, apresentar alguns equívocos e perigos que ela pode acarretar para a concretização dos direitos considerados de gerações subseqüentes.

Não se nega a sua importância didática e simbólica. É fundamental que se busque sempre o reconhecimento de novos direitos, bem como que se tenha a consciência de que os direitos fundamentais não são valores imutáveis. Nesse ponto, a teoria facilita a compreensão do processo evolutivo dos direitos fundamentais, embora essa evolução demonstrada pela teoria não se aplique a todas as situações históricas.

Por último, é preciso reforçar a mudança de paradigma que deve ser feita. Não se deve procurar incluir tal ou qual direito em uma determinada geração (melhor dizendo: dimensão), como se as outras dimensões não afetassem o conteúdo desse direito. Todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc) devem ser analisados em todas as dimensões, a saber: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Cada uma dessas dimensões é capaz de fornecer uma nova forma de conceber um dado direito.

A liberdade sem o mínimo de igualdade pouco vale. Do mesmo modo, de nada adianta a igualdade se não há garantia de liberdade. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais deve englobar todos esses direitos e não apenas os de uma determinada “geração”, como se essa efetivação devesse ocorrer de forma progressiva de uma geração para outra.

¹ Cf. entre outros, PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

² Palestra proferida durante o “Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional”. Disponível on-line: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrinidade/Cancado_Bob.htm

³ A propósito, v. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Interessante notar que até o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reproduzir a teoria das gerações dos direitos fundamentais, conforme se observa no seguinte voto do Min. Celso de Mello: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF, MS 22164/SP).

⁴ Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética). Cf. HOESCHL, Hugo César. *O Conflito e os Direitos da Vida Digital*. Disponível on-line (1º/11/2003): http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-525.

⁶ Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição como Democracia*. Tese de Doutorado, p. 15-17.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 433, 532-533.

⁸ DE LUCA, Tânia Regina. Direitos Sociais no Brasil. In: *História da Cidadania*, São Paulo, Contexto, 2003, p. 472.

⁹ Logicamente, a teoria de Jellinek não é tão simples assim, até porque ele inclui outras categorias de status. No entanto, para os fins que ora se propõem, vale mencionar apenas essas duas categorias.

¹⁰ Os gastos com segurança interna nos Estados Unidos passaram de US\$ 18 bilhões para US\$ 38 bilhões após os ataques terroristas, conforme noticiou a imprensa (fonte: http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030910/pri_mun_100903_118.htm).

¹¹ No mesmo sentido, assim discorre Ingo SARLET: “o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: Interesse Público n. 12, São Paulo, Nota Dez, 2001, p. 91-107).

¹² MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição como Democracia*. Tese de doutorado, p. 217.

¹³ Fala-se em “dimensões” de direitos fundamentais em vários sentidos, por exemplo, dimensões subjetiva e objetiva, dimensões analítica, empírica e normativa, entre outras (v. GUERRA FILHO, Willis Santi-

ago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002). Neste trabalho, porém, o termo dimensão está sendo cogitado apenas para substituir o termo geração.

¹⁴ Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47; BONAVIDES, *op. cit.*, p. 524-525.

¹⁵ Cf. GUERRA FILHO, *loc. cit.*

¹⁶ A notícia sobre a quebra de patentes de remédios para a AIDS foi amplamente divulgada nos meios de comunicação. Tratava-se, no caso, de um processo movido pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (TRIPS Agreement), firmado pelos países membros da OMC. Ao fim do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produza medicamentos genéricos anti-Aids, desde que se comprometa a avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas.

¹⁷ Nesse sentido, Peter HÄBERLE, na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 9-10).

¹⁸ A respeito da natureza histórico-evolutiva dos direitos humanos, v. BOBBIO, *op. cit.*

ABSTRACT

The author critically analyses the well-known theory of generations of Fundamental Rights, claiming that it contains certain flaws both from historic and dogmatic points of view, which can contribute to the low level of effectiveness and efficiency that normally is used to distinguish the fundamental Rights of second and third generations. The author also provides the basis for a theory based upon the dimensions of Fundamental Rights, in which each right can be seen in its various aspects.

KEYWORDS

Fundamental Rights – Human Rights – Generations of Fundamental Rights – Civil, Political, Social, Economic, Cultural and Environmental Rights – Freedom – Equality – Fraternity – Positive Rights – Negative Rights – Liberal State – Social State.

O DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques*

“Fazei justiça ao fraco e ao órfão, procedei retamente para com o aflito e o desamparado. Socorrei o fraco e o necessitado; tirai-o das mãos dos ímpios”.

Salmo 82:3-4

1 Introdução. 2 Dos Direitos Fundamentais. 3 Breve histórico dos Direitos Fundamentais. 4 Das gerações ou dimensões dos Direitos fundamentais 5 Do acesso à Justiça. 6 Do processo de execução. 7 Da necessidade de efetivação jurídica dos direitos fundamentais. 8 Do Direito Fundamental aos meios executivos. 9 Do Poder Judiciário como garantidor dos Direitos Fundamentais. 10 Conclusão.

RESUMO

Faz-se uma análise dos direitos fundamentais, enfocando seu objeto, perfazendo seu histórico e classificação em gerações ou dimensões, para se chegar à necessidade de sua efetivação, inclusive pelos meios executivos e pelo Poder Judiciário, principalmente.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais: histórico e classificação. Poder Judiciário. Processo de execução. Efetivação dos direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO.

Tem-se por objetivo a demonstração de que o Direito existe para ser cumprido. E no que toca aos direitos fundamentais, o seu desrespeito tem sido cada vez mais gritante. É contraditória a realidade: quanto mais direitos fundamentais são garantidos constitucionalmente, menos são efetivados.

Assim, perfazemos uma visão geral dos direitos fundamentais como estão postos atualmente, seu histórico, sua gerações ou dimensões, sua aplicabilidade.

Os direitos fundamentais, como inerentes à própria condição da pessoa ou como fruto da conquista das civilizações ao longo do tempo, ocupam

* Mestranda e Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Faculdade Christus. Coordenadora de Políticas da “Direito, Democracia e Desenvolvimento”.

uma posição de primazia dentro do ordenamento jurídico, embora continue sendo diariamente violados.

As normas que positivaram tais direitos são auto-aplicáveis. Estes direitos não precisam mais ser regulamentados, o que já está posto no texto constitucional e nas leis em geral precisa ser simplesmente aplicado em todas as suas esferas, judiciais e não judiciais. E se judiciais forem, o processo de execução vem se mostrando capaz de satisfazer de forma plena a concretização dos direitos, principalmente os fundamentais, pois o processo de conhecimento por muitas vezes é insuficiente, por carecer de concretude prática. É como se ganhasse um prêmio, e não se pudesse levar. Razão pela qual consideramos os próprios meios executivos como sendo um direito fundamental de alta importância.

Analizamos também a questão do acesso à justiça, com uma visão que se estende além do Poder Judiciário e que, em sendo utilizada a via judicial, completa-se com a consecução final do direito pretendido, em sede executiva.

A Constituição abriga estes direitos fundamentais como cláusulas pétreas, que, se não forem cumpridos, lançarão a mesma em um abismo criado pelo descrédito que tomaria a população, reduzindo a Constituição a meras folhas de papel. Se esta é que faz nascer o Estado, conferindo-lhe personalidade jurídica, sem Constituição, também não há Estado. Seria, então, o caos.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A consciência universal sobre a importância dos Direitos Fundamentais chegou a uma nitidez talvez nunca atingida. Talvez nunca estes direitos foram tão proclamados, reconhecidos; entretanto, também nunca foram tão sistematicamente violados como em nossos dias.

Não é suficiente que estes direitos estejam declarados nos textos das Constituições dos Estados Modernos. É nossa obrigação, como operadores do Direito, torná-los realidade em nós mesmos e em nossa sociedade. Superar a distância entre teoria e prática, no campo dos direitos humanos, é o nosso maior desafio atualmente.

Este estudo dos Direitos Fundamentais e sua efetivação tem sido um dos mais fascinantes na Ciência Jurídica, talvez funcionando como o grande alicerce jurídico-político, o seu fundamento maior.

Afirmamos isto porquanto, pela perspectiva dos direitos fundamentais, é possível analisar-se o caráter democrático ou autoritário de toda uma ordem política vigente. “É ainda esse elenco de direitos que anuncia os princípios processuais mais gerais e indispensáveis e delinea os limites do poder político estatal, razão pela qual os direitos fundamentais constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, a ‘medula das constituições...’”¹.

A relevância do tema deve-se também ao seu escopo, qual seja, o de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida com liberdade, com igualdade e com dignidade humana, de acordo com Konrad Hesse, um dos doutrinadores clássicos do direito alemão moderno.²

Esta ligação dos direitos fundamentais com a idéia de liberdade, de igualdade e de dignidade, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem-nos à idéia da universalidade, inerente a estes direitos como ideal da pessoa humana. Esta universalidade traduz-se no sentido de que estes direitos não são apenas para os cidadãos de um ou de outro Estado em especial, mas referentes a todos os homens, enquanto pessoas.

Tal universalidade hoje posta em xeque pelo advento dos nacionalismos e separatismos que navegam de modo contrário à corrente de globalização das economias, apresenta-se desnudada na necessidade de efetivação material de tais direitos, para que deixem de figurar simbolicamente nas constituições como meros programas políticos e concretizem-se a (*sic*) nível real.³

O que se pretende não é reduzir todos os homens ao mesmo nível, mas estabelecer entre eles, pelas relações de justiça e pelo reconhecimento dos direitos inerentes a cada um, enquanto pessoa humana, uma participação mais larga de todos os bens materiais e sociais do capital comum.

Direitos fundamentais são aqueles conquistados pela sociedade, com a evolução através dos tempos, e que, se porventura, forem violados, descaracterizam completamente a Constituição, que os abriga e a finalidade das instituições sociais, como o Estado.

São, na essência, segundo entende Carl Schmitt, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.⁴

3 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, de forma expressa nas Declarações e nos Tratados, é algo bem recente e não deixa de ser a cada dia uma novidade, visto que não se esgotam as suas possibilidades, com a conquista contínua de novos direitos pela humanidade. Este reconhecimento talvez fosse melhor tratado como uma reconquista de algo que existiu em uma época primitiva, pelo simples fato de se nascer homem ou mulher, mas foi se perdendo ao longo dos tempos, especialmente a partir de quando o primeiro homem cercou um pedaço de terra, que era de propriedade coletiva e disse: “Isto é meu”. E os outros aceitaram aquilo como sendo uma verdade.

Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, desenvolve-se também uma forma social de subordinação e opressão, pois o titular da

terra impõe seu domínio sobre os que não a têm, contudo ainda relacionam-se com o bem apropriado. É o surgimento de um poder externo à sociedade primitiva. Aí também podemos citar a idéia de escravidão, para sustentar a injusta apropriação dos bens e a exploração do semelhante humano. Surge, outrossim, a figura do Estado, como um aparato necessário para este tipo de dominação, ou para tentar amenizá-lo.

Em meados do século XVII, na Inglaterra, elaboraram-se Declarações de Direitos modernas, surgidas a partir das Revoluções Americana e Francesa, porém, estes textos se apresentavam limitados, pois tinham uma formação consuetudinária e apresentavam-se apenas como uma grande lista de liberdades públicas, sem a previsão para a possibilidade de sua inefetividade.

A primeira declaração em sentido moderno foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, escrita em 12 de janeiro de 1776, anterior à Declaração da Independência dos Estados Unidos. Era, ainda, bastante limitada, como indica o próprio nome, tanto por excluir o povo “mau”, julgado conforme os critérios da sua época, quanto por limitar fisicamente a sua abrangência, desnudando-se do caráter universal atualmente vigente. Depois, em 17 de setembro de 1787, foi aprovada na Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América, como resultado da Independência das 13 Colônias.

Em 27 de agosto de 1789, adotada posteriormente pela constituinte da França, foi promulgada a tão mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Seu nome é um pouco estranho, dando a impressão de que existem direitos do homem e direitos do cidadão, como se houvesse dois sujeitos diferentes. A intenção, no entanto, foi ressaltar que o enfoque destes direitos se dá em relação à condição de pessoa do homem e à sua condição de cidadão. Não precisamos nem nos ater à contribuição trazida por esta importante Declaração, qual seja, o seu caráter universalizante e inovador.

As outras declarações do século XVIII e XIX voltaram-se basicamente para as garantias formais da liberdade.

Quanto ao Brasil, sempre expressou uma declaração dos direitos do homem, brasileiro e estrangeiro residente no país, em suas Constituições. A Constituição do Império já consagrava quase que integralmente os direitos individuais conhecidos hoje. A Constituição Federal de 1988, considerada como Constituição Cidadã, tanto pela ampla participação popular em sua elaboração, como porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania, constitui primoroso enunciado de direitos fundamentais, de características avançadas e de forma bem completa.

A questão primordial que se apresenta na evolução da humanidade e das Declarações de Direitos é a de assegurar a verdadeira aplicação dos direitos ali enunciados.

4 DAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais podem ser melhor compreendidos se classificados segundo a sua vinculação. Esta classificação em gerações encontrou em Paulo Bonavides o seu maior expoente. Outra nomenclatura surgiu por sugestão de Willis Santiago Guerra Filho, qual seja, a de dimensões dos direitos fundamentais, em seu livro *Teoria Processual da Constituição*.

Os direitos da quarta geração não excluem os das gerações anteriores, não se sobrepujam ou representam o ápice de sua evolução. As gerações dos direitos complementam as anteriores, que não apenas subsistem, porém permanecem com toda a eficácia normativa que lhe é devida pelo ordenamento jurídico. Por isso, a nomenclatura “gerações” não é nem apropriada, pois dá uma idéia de superposição revogatória. Foi a esta linha de pensamento que se filiou Willis Guerra Filho, ao denominar as gerações de dimensões de direitos fundamentais. Passaremos, pois, a um breve comentário sobre as gerações e/ou dimensões.

Os direitos de primeira geração relacionam-se à liberdade e à dignidade. Correspondem limites postos à atuação do Estado em face da pessoa humana, são até considerados direitos de resistência. Tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado. São direitos civis e políticos, que já conquistaram uma universalidade formal, presentes em todas as Constituições do mundo moderno. São direitos que valorizam o homem, como indivíduo e que limitam a esfera de atuação do Estado.

O século XX trouxe-nos os direitos de segunda geração. São os direitos sociais, culturais, econômicos, os que dizem respeito à coletividade. Vinculam-se diretamente ao princípio da igualdade, ideal exaltado pela Revolução Francesa, e foram introduzidos no constitucionalismo pelo que se conhece hoje como o Estado Social. Enfrentaram e enfrentam grandes dificuldades por exigirem uma prestação positiva do Estado, uma ação específica. “São valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser criados, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância”, no dizer de Paulo Bonavides.⁵

Houve quem defendesse que estes direitos integravam a esfera programática, como simples normas gerais, diretrizes, sem muita aplicação prática. Dvidou-se de sua eficácia e argumentou-se que sua aplicabilidade seria mediata. Esta discussão, entretanto, já está superada no sentido de que sua aplicabilidade é imediata, como enuncia o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição do Brasil de 1988, sendo, portanto, sua eficácia buscada e praticada e não mais questionada.

Os direitos de terceira geração estão assentados sobre o princípio da fraternidade ou de solidariedade e são dotados de alto grau de humanismo e de universalidade, por via de consequência. Surgiram de questionamentos

relacionados a temas como desenvolvimento, meio-ambiente, comunicação e patrimônio histórico e cultural da humanidade. A descoberta destes novos direitos, que abrem uma oportunidade para a descoberta de tantos outros, caracterizou os direitos de terceira geração como sendo o direito ao desenvolvimento tanto dos indivíduos, como o das nações; o direito à paz, ao meio-ambiente equilibrado, à comunicação e ao patrimônio comum dos povos.

Mais adiante, como reflexo da globalização econômica e política, surgem os direitos de quarta geração, que correspondem à última fase da concretização do Estado Democrático de Direito. São o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Estes direitos não somente culminam na objetividade dos direitos de segunda e de terceira geração como absorvem, sem remover, a subjetividade dos direitos de primeira geração ou dimensão, como preferiam chamar. Não podemos perder a perspectiva de que os direitos fundamentais têm apenas uma dimensão subjetiva e uma outra, objetiva, donde se falar em seu duplo caráter. A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios orientadores da forma como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.⁶

Transcreve-se o pensamento do mestre Paulo Bonavides como conclusão à questão relativa aos direitos fundamentais:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.(...)Os direitos fundamentais são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade está enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.

Assim sendo, vê-se a importância de discutir e efetivar-se os direitos fundamentais, através de um amplo conceito de acesso à Justiça, que vai desde antes de iniciar-se o processo judicial até a sua conclusão definitiva, com o processo de execução. Daí a noção de direito fundamental aos meios executivos, que intitula o presente artigo.

5 DO ACESSO À JUSTIÇA.

O acesso à Justiça tem sido diversas vezes entendido como o simples acesso ao Poder Judiciário, ou pior, como o mero ato de protocolar-se uma petição perante órgão do juízo. Verifica-se, contudo, a necessidade de uma concepção mais ampla deste direito fundamental, cuja concretização está diretamente relacionada a todos os outros. Esta ampliação do conceito deve estender-se a ponto de se utilizarem todos os meios legítimos, institucionais ou não, jurídicos ou não, que se dignem ao exercício da cidadania, a

efetivação dos direitos fundamentais, que demandam uma maior participação popular nos procedimentos decisórios, inclusive dentro do próprio processo judicial.

O problema do acesso à Justiça não é recente, embora tenha sido só depois do período conhecido como pós-guerra que esta questão eclodiu.

O conceito de acesso à Justiça teve uma grande evolução a partir da década de setenta, fruto da repercussão dos trabalhos desenvolvidos pelo professor da Universidade de Florença, Mauro Capelletti, através do projeto Florença, que tinha por finalidade traçar o perfil mundial das formas utilizadas para a prestação judiciária daqueles desprovidos de recursos para tanto. Teve uma divulgação no Brasil, através de um relatório publicado por Sérgio Antônio Fabris Editor, e que suscitou uma discussão do que seria acesso à Justiça.

Vale transcrever o que escreve Boaventura de Sousa Santos, em artigo integrante do livro *Direito e Justiça: a função social do Judiciário* acerca do assunto:

Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.

O acesso à Justiça seria assim uma forma de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988, devendo ser entendido como pressuposto básico do Estado Democrático de Direito. Talvez o mais fundamental dos direitos humanos. Talvez seja o princípio que mais corporifica a democracia, em suas conotações atuais, não só como a forma política adotada em nosso Estado, mas como um direito fundamental de quarta geração, como uma situação em que se resguardam os outros direitos fundamentais da primeira, segunda e terceira gerações. Não se pode falar em democracia sem um sistema amplo e eficiente que zele pela aplicação dos direitos fundamentais, que são o cerne da constituição, a matéria constitucional por excelência. Como bem afirmou o grande mestre Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*: “Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições.”⁹

Daí a importância da compreensão de que o Acesso à Justiça identifica-se com todos os outros direitos no sentido de que não são meras exortações morais, pelo contrário, devem ser efetivados, concretizados, por todos os meios possíveis, judiciais e extrajudiciais.

O Acesso à Justiça é, portanto, o direito à efetividade dos direitos fundamentais. É um princípio ao qual deve ser reconhecido um caráter normativo, podendo até ocupar um patamar mais elevado, de sorte que se desrespeitado, afeta toda a extensão de direitos fundamentais, atingindo a base de todo o ordenamento jurídico, inclusive alcançando uma vasta gama de atuações objetivas, que se entendem desde antes mesmo do processo judicial ter se iniciado, ou fora dele, até a sua conclusão, em sede de processo de execução.

6 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

Analisaremos rapidamente algumas questões relativas ao processo de execução, iniciando pela sua finalidade na completa definição do prof. Marcelo Lima Guerra, no livro *Execução Forçada*:

... através do processo de execução presta-se a tutela executiva, que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação o cumprisse espontaneamente. É importante frisar que tal resultado é de ser obtido, no processo de execução, independente, ou mesmo contra a vontade, daquele a quem incumbiria o cumprimento da obrigação.

Pela definição podemos perceber a noção de que o processo executivo se faz necessário na medida em que o processo de conhecimento não satisfaz integralmente o direito material protegido. A concretização dos direitos materiais em conflito precisa ser completa, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, que como o próprio nome indica, constituem o fundamento de uma Constituição, e por conseqüência, de um ordenamento jurídico. Se a satisfação desses direitos for incompleta de pouco adiantou a sua consagração e positivação na Lei Maior.

As dificuldades de ingresso de uma ação judicial são consideráveis: o desconhecimento da população em geral acerca de seus direitos, a carência de profissionais de Direito habilitados, as custas processuais, os honorários advocatícios, a demora na obtenção do resultado, a dificuldade de acompanhamento processual, dentre tantas outras. No que toca aos processos que versam sobre a violação de direitos fundamentais, as dificuldades só aumentam.

Suponhamos a superação destes obstáculos e a auferição de uma sentença favorável à efetivação de um direito fundamental ou condenação do culpado por sua violação. O cumprimento desta ordem judicial deveria ser imediato, contudo, por vezes, ainda é necessária a utilização do processo de

execução, como continuação da demanda, para tentar garantir o resultado esperado e obtido por meio de sentença judicial ou de qualquer outro meio executivo.

O processo de execução, apesar de mais rápido e simples que o de conhecimento, ainda se configura como mais um obstáculo a implementação dos direitos fundamentais, que deveria ser imediata, como ordena o texto constitucional.

Eis a razão do tema escolhido: Direito Fundamental aos Meios Executivos.

Estes meios executivos constituem uma extensão à garantia dos direitos fundamentais, na medida em que estes não foram ainda implementados apesar do processo judicial. A implementação dos direitos fundamentais deve ser completa e obtida de forma plena, e se para esta implementação é preciso o ajuizamento de um processo de execução, é esta parte integrante dos direitos fundamentais dos cidadãos.

7 DA NECESSIDADE DE EFETIVIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A importância da lei como instrumento de mudança social, apesar de ser uma idéia pacífica no entendimento geral, tem sido questionada tanto pelo número excessivo de normas como pela sua não aplicabilidade. Temos muitas leis e pouca iniciativa prática; leis abrangentes demais com aplicabilidade limitada, por exigirem regulamentação, que raramente acontece.

A positivação de um direito implica necessariamente a existência de um sistema normativo, composto por uma obrigação e uma sanção. É o que costumamos denominar de coercibilidade das normas jurídicas, o que as diferencia das normas de caráter puramente moral.

Os direitos fundamentais como direitos naturais positivados na legislação, são derivados do estudo das leis positivas, caracterizados pela obrigação e pela sanção e por uma autoridade apta a exigir o seu cumprimento, qual seja, o Estado de Direito ou Estado dos Cidadãos.

Os direitos fundamentais, contudo, receberam um grau mais elevado de garantia ou de segurança pela Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, visto que foram colocados em uma categoria de imutabilidade. Assumiram a condição de cláusulas pétreas (art. 60, CF/88), recebendo uma proteção especial para resguardá-los da intervenção modificadora do legislador ordinário.

Os atos normativos apresentam três facetas distintas, porém interligadas. A existência, primeira delas, requer agente, forma e objeto suficientes à

incidência da lei para que ela possa se manifestar no mundo dos fatos. A seguir vem a validade, para a qual são necessárias competência, forma adequada e licitude. E por fim está a eficácia, que consiste na aptidão para a produção de efeitos.

Vale ressaltar que a eficácia de que se está falando é a jurídica; o cumprimento efetivo da norma configura-se em eficácia social. Portanto, ainda que descumprida por todos os cidadãos, a norma constitucional permanece tendo eficácia jurídica, visto que sua capacidade não se desnaturou, e é por esta eficácia, principalmente em relação aos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, que se ainda clama.

É neste contexto que se faz necessário entender os meios executivos como direito fundamental, até como forma de efetivação dos direitos fundamentais enunciados na Constituição e como finalização dos procedimentos que dizem respeito ao acesso à Justiça, já comentado anteriormente.

8 DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS.

O processo de execução representa o último recurso de realização prática do direito em caráter definitivo, que é uma característica da jurisdição.

O caráter jurisdicional da execução está igualmente previsto no amplo conteúdo do art. 5º, inciso XXXV, de nossa Carta Magna, ou melhor, está contido no direito fundamental à tutela jurisdicional, que compreende também o direito ao cumprimento das decisões judiciais.

A morosidade do Judiciário muitas vezes torna ineficaz o resultado do processo, gerando, por consequência, impossibilidade de dar atuação prática às decisões judiciais, violando, desta forma, o preceito contido no art. VIII da Declaração dos Direitos Humanos que estabelece que “Todo homem tem direito a receber dos Tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela Lei”.

Portanto, o direito à tutela jurisdicional não se resume tão somente ao direito de acesso ao Judiciário, nem simplesmente a obter o mérito de um litígio, mas inclui o direito à execução da decisão, impedindo que esta seja somente uma decisão abstrata, privada da parte maior de sua efetividade.

Emerge a necessidade de se considerar os meios executivos como um direito fundamental, que se pudéssemos fazer tal diferenciação, ocuparia um patamar mais elevado, em virtude de gerar uma dependência dos outros, tendo em vista que da sua efetiva concretização é que proporciona a plena concretização do direito de acesso à Justiça e como consequência, de todos os direitos fundamentais exaltados em nossa Constituição Federal, bem como de todos os que ainda poderão ser positivados.

9 DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O objetivo final da Constituição é assegurar os direitos fundamentais e o do Judiciário é justamente o de garantir a efetivação destes direitos, em última instância e com caráter definitivo. O juiz, portanto, deve ser o maior aplicador e garantidor dos direitos fundamentais e, por consequência, da Constituição; ou se preferir inverter a ordem: o maior efetivador da Constituição Federal, logo pois, dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm aplicação imediata e não se exaurem nos enumerados no texto constitucional, como já está previsto no parágrafo 2º do art. 5º, da CF/88. São um conjunto de materialidades históricas, de conquistas, de avanços, previstos na Constituição e além dela, que precisam ser urgentemente garantidos e aplicados, daí também a importância da formação e aperfeiçoamento dos julgadores, dos integrantes do Poder Judiciário, para que possam exercer cada vez mais e melhor uma jurisdição constitucional autêntica e eficaz.

Um Judiciário democrático tem necessidade de juízes não só tecnicamente competentes, mas também conscientes da importância social e política de sua função, bem como de seu compromisso com a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais.

O fato é que espero ainda ver concretizado um Poder Judiciário forte, atuante, participativo, e principalmente, aplicando os direitos fundamentais de forma eficiente e eficaz, cumprindo os fins a que se propõe e aos que a sociedade deseja.

10 CONCLUSÃO.

O mais importante no que tange aos direitos fundamentais não é fundamentá-los ou proclamá-los, mas protegê-los. O nosso papel deve ser o de executar as medidas já imaginadas e dedicar-nos à busca daquelas ainda encobertas para a efetiva proteção desses direitos.

É necessário o compromisso do jurista, como operador do Direito, com a difusão do conhecimento acerca dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e/ou gerações. É preciso deixar de enxergá-los como direitos exclusivamente naturais, mas sim como importantes instrumentos político-jurídicos para a transformação da ordem social vigente.

Nesses tempos de total descumprimento e desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é essencial que se dê força ao Ministério Público, bem como ao Poder Judiciário, tornando-os efetivamente capacitados, autônomos e independentes, para que a sociedade possa ter órgãos em condições de defendê-la contra o descaso com que vêm sendo tratados os direitos fun-

damentais no Brasil. Não haverá uma sociedade realmente democrática sem um Ministério Público e sem um Poder Judiciário fortes e independentes, incumbidos de zelar pela efetiva observância da lei e da Constituição Federal, inclusive até em sede executiva, ou melhor, em meios executivos.

Todas estas teorias e conceituações já desenvolvidas acerca dos direitos fundamentais não têm nenhuma razão de existir se não estiverem totalmente voltadas para a sua efetivação, oferecendo o substrato teórico para a sua mais eficaz aplicação e exigibilidade, inclusive modificando o *status quo* e propiciando uma perspectiva de melhores dias. Devem ser assecuratórias dos direitos e possibilitadoras de mudanças necessárias na estrutura social, servindo como uma ferramenta importante para a devida efetivação de tais direitos.

¹ Cf. ALVES, Flávio José Moreira, Notas para a Caracterização Epistemológica da Teoria dos Direitos Fundamentais. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 35.

² *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 514.

³ Cf. ALVES, *op. cit.*, p. 38.

⁴ *Apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 515.

⁵ *Id. ibidem.*, p. 521.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 46.

⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 527 e 528.

⁸ SANTOS, Boaventura. *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Ática, 1994, p. 45.

⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 527 e 553.

¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada: Controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16 (Coleção Estudos de Direito de Processo, v. 32).

ABSTRACT

The article analyses the fundamental rights focusing its objectives, through its historical facts and classifications by generations or dimensions, targeting its needs to effectiveness, reporting to executive means and mainly the judiciary power.

KEYWORDS

Fundamental rights, historical facts, executive process, fundamental rights application

MOROSIDADE DA JUSTIÇA E RECURSOS

José Barcelos de Souza*

RESUMO

O autor defende, em seu texto, a idéia de que a morosidade da justiça não se dá por excesso de recursos, mas justamente por sua falta.

PALAVRAS-CHAVE

Processo penal, recursos, justiça, morosidade.

“A demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça”, conforme conhecida parêmia, atribuída ao Conselheiro de la Bruyère”.¹

O pior é que, lamentavelmente, essa tem sido uma das características de nossa justiça.

Característica velha, por sinal. Há mais de meio século discutiu-se muito o problema no Instituto dos Advogados de Minas Gerais, tendo o saudoso e conceituado advogado criminal João Pimenta da Veiga apresentado um relatório a respeito da matéria.

Que, com efeito, “o maior problema da Justiça brasileira é a morosidade”, foi o que salientou, com precisão e inteira consonância com generalizado entendimento, o digno e preclaro ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Velloso, em audiência pública da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, como noticiou o *Jornal do Commercio*, órgão da imprensa do Rio de Janeiro, em sua edição de 25 de outubro de 2.000.

Entre as causas apontadas estão a explosão de processos resultantes da Constituição de 1988, que facilitou o acesso à Justiça; a deficiência dos serviços administrativos de apoio aos juizes; excesso de formalismo das leis processuais e o sistema irracional de recursos.

O douto Ministro, com inteira compreensão, só por último, e sem repetir o sovado “excesso de recursos”, fez referência a um “sistema irracional de recursos”.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-Geral da República aposentado. Professor no curso de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes e Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Acredito que a irracionalidade esteja principalmente nesses inconseqüentes, protelatórios recursos de Fazendas Públicas, que quando perdem pagam à parte contrária baixíssima verba de honorários, praticamente simbólica, a título de condenação por sucumbência, e ganham altas taxas, em geral os vinte por cento usuais, quando acontece saírem vencedoras. Se houver vontade política, não será difícil contornar o problema. É só suprimir os privilégios da Fazenda. Cominar multa para recursos manifestamente protelatórios é perigoso. Muito assessor ou estagiário vai ferrar multa a torto e a direito.

O eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, tem salientado em entrevistas que 70 a 75% dos feitos que vão àquela Corte se referem a causas de entidades públicas, em geral sobre uma mesma e já resolvida matéria.

Os juizados de pequenas causas já estão ficando abarrotados de demandas referentes a uma mesma matéria contra empresas concessionárias de serviços públicos.

É claro que há uma série de causas concorrentes, entre as quais avulta a sempre insuficiente quantidade de juízes, inclusive nos tribunais, em relação à população e ao número de processos. Comparativamente a outros países, como sabido, o número dos juízes no Brasil é muito baixo em relação à população. Daí aparecerem estagiários e funcionários, muitas vezes ainda estudantes, dando sentenças e votos, o que só agrava o problema, com a geração de decisões absurdas, a provocar recursos. É justamente contra os recursos que se têm voltado, equivocadamente, muitos dos que procuram soluções para a morosidade da justiça!

Apontemos ligeiramente algumas pequenas causas concorrentes, que nosso objetivo aqui é outro, o de comentar uma despropositada pretensão de cortar recursos, quando, em realidade, há necessidade de mais recursos.

Tem-se dito, por exemplo, que na magistratura há férias e feriados em excesso, a começar pelos dois períodos anuais de férias coletivas de trinta dias. Neste particular há uma certa desinformação. Trata-se de trabalho estafante, a justificar plenamente os dois períodos de férias. Há juízes e sobrejuízes que trabalham até tarde da noite. Juízes e procuradores que têm férias individuais muitas vezes tiram férias para colocar o serviço em dia. Uma boa solução seria transformar as férias coletivas de julho em férias individuais. O que parece um despropósito é o “Feriadão de Papai Noel” – as férias coletivas de 20 de dezembro a 6 de janeiro –, surgido com a lei que restabeleceu a Justiça Federal e se espalhando por diversos Estados, sem chegar a Minas Gerais.

Há certas praxes que precisam ser modificadas.

Assim é que prejudica o andamento rápido de processos fazer depender da publicação do despacho do juiz ou do relator o cumprimento de cer-

tos atos de expediente. No processo de *habeas corpus* é um absurdo e clamorosa denegação de justiça, especialmente se denegada liminar a paciente preso, aguardar uma demorada publicação do despacho do relator para solicitar informações ao coator. Ou para a remessa dos autos ao Ministério Público. Entretanto, isso costuma ocorrer em alguns tribunais, até mesmo, e principalmente, em tribunal superior. Por vezes se aguardam dias e até uma semana inteira para um desembargador ou ministro assinar um ofício de pedido de informações. Que falta anda fazendo o esperado controle externo da magistratura! Juizes devem ser bem pagos não só por motivo do trabalho, mas especialmente porque, sem horas extras, devem atender a qualquer hora a casos urgentes.

Um dia compareci ao fórum, por volta das 13 horas, para uma audiência criminal que não se realizou porque os juizes “desceram todos lá pra baixo”, isto é, foram para um dos salões do Júri para uma discussão qualquer referente a auxílio moradia, em que tinham interesse pessoal. É claro que deviam cuidar de seu interesse, que era legítimo. Só que podiam fazer isso em outro horário, de manhã ou à noite, ou após o expediente, ou em sábado ou domingo. Pois a audiência cancelada só se realizou quatro meses depois, estando a ação penal correndo sério risco de prescrição. E as partes, advogados e testemunhas não mereceram a cortesia de um aviso prévio. Esperaram em vão muito tempo, juntamente com jornalistas e operadores de televisão. Essas coisas só se resolvem com o estabelecimento de um necessário controle externo.

Uma praxe viciosa, que precisa ficar restrita a casos de real conveniência (audiência às vésperas de mudança do juiz de comarca ou vara ou com instrução encerrada em hora tardia, por exemplo), é a da substituição dos debates orais por memoriais, não prevista em lei para o procedimento sumário para crimes. Isso, evidentemente, sem prejuízo do direito das partes de desenvolver suas alegações em memorial a ser apresentado na própria audiência. Em caso de que participei como advogado da assistente do Ministério Público, entretanto, a determinação do juiz de substituição dos debates por memoriais, a serem entregues sucessivamente, ocasionou o atraso de cerca de oito meses no que poderia e deveria ter sido feito em vinte minutos para cada parte na audiência.

Outras vezes o problema não está diretamente nos juízos e tribunais.

Segundo noticiou o jornal *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de 28.05.2002,

o TACrim [Tribunal de Alçada Criminal] luta para poder julgar os *Habeas corpus* – só no ano passado foram 8.064 – em alguns dias. O entrave está no Decreto-lei n. 552, de 25 de abril de 1979, que obriga o Ministério Público – órgão da acusação – a receber os autos originais para dar um parecer sobre o recurso. Juizes criticam o decreto como uma ‘obra dos tempos do autoritarismo’.

O prazo para que o membro do Ministério Público dê uma opinião sobre o caso – na imensa maioria contrária ao recurso – é de 48 horas. Mas, apenas para o envio do processo e seu retorno ao TACrim, a burocracia rouba de 21 a 321 dias. ‘Seria ótimo se pudéssemos, pelo menos, enviar cópia do processo. E se o parecer não chegasse em 48 horas, julgaríamos o caso’, explicou Nalini [Juiz José Renato Nalini, vice-presidente do órgão]. ‘Nos tornaríamos o tribunal mais rápido do mundo’.

Alguma coisa deve, realmente, ser feita. Em último caso, simplesmente voltar-se ao sistema anterior ao Decreto-lei n. 552. Já tivemos oportunidade de requerer, em *habeas corpus* dirigido ao Supremo Tribunal Federal, fosse o pedido julgado independentemente do parecer – e para tanto ofertamos uma 3ª via da petição, acompanhada de cópia de todos os documentos – caso não retornassem os autos originais no prazo, já que é a lei mesma que manda que, findo o prazo, com o parecer ou sem ele o pedido será julgado. Posto tenha o Tribunal concedido a ordem, não se manifestou sobre a questão, e o parecer veio com o costureiro atraso.

Foi feliz o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula n. 189 (DJ de 25.06.97, p. 19756), que declarou, e bem declarado, que “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”. Em nosso *Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*, aliás, obra de 1986, já preconizávamos a abolição do parecer do Ministério Público nas ações fiscais.

Vamos, porém, ao assunto principal destas notas, que é a questão dos recursos.

É com preocupação que tenho observado repetidas menções da imprensa leiga a um suposto “excesso de recursos” como responsável pela morosidade da justiça, isso, talvez, por uma influência subliminar de pronunciamentos de membros de certos tribunais, inconscientemente decorrentes, talvez, da ojeriza pessoal que muitos sobrejuizes têm a recursos.

Mais do que uma natural insatisfação e frustração da parte que perde, o que muito justifica recursos é a conveniência de decisões corretas. E, ciência difícil que o Direito é, nem todo juiz julga sempre bem, nove fora os que têm idéias próprias preconcebidas, como os chamados “criminalistas” ou os “fazendários”, aqueles que no dizer de Rui só sabem achar razão na Fazenda Pública. Outros, sem nunca ter feito sequer um júri de roça, vão direto para turma ou câmara criminal. Há também (por que não dizer?) a parte corrupta da magistratura.

Vale aqui um bom exemplo. Recente acórdão do Supremo Tribunal Federal – publicado no *DJU* de 05.04.02, p. 38, relator o inclito Ministro Ilmar Galvão, concedeu *habeas corpus* (HC n. 81.149-3/RJ) por excesso de prazo, embora concluída a instrução e, mais que isso, após pronúncia, levan-

do em conta que “a extrema demora verificada no julgamento do paciente não pode ser imputada à sua defesa, mas à prolação de três sentenças de pronúncia que foram sucessivamente declaradas nulas pelas Cortes superiores”.

É de pasmar: *três sentenças de pronúncia foram sucessivamente declaradas nulas por Cortes superiores, quer dizer, depois de passar por Tribunal de Justiça.*

Por outro lado, e em verdade, não há recursos demais. Há recursos *de menos*. Principalmente com relação à área penal.

Veja-se, por exemplo, o recurso de embargos infringentes em matéria criminal. Diferentemente do que ocorre em matéria cível, caberá somente na hipótese de o acórdão, tomado por maioria de votos, ser desfavorável ao réu, e não também assim quando desfavorável à acusação. Torna-se, assim, um recurso privativo da defesa, como se o fato de existir voto divergente contra o réu não fosse, do mesmo modo, razão suficiente para provocar-se um novo julgamento, com maior número de juizes, como é próprio desse recurso. Há, aqui, um desprezo aos interesses da sociedade e da vítima. O recurso estaria, sem dúvida, inteiramente justificado diante do voto vencido. E quantas e quantas vezes o voto vencido se mostra superior aos votos vencedores!

Membro de Comissão revisora de anteprojetos de reforma da legislação processual penal nomeada pelo Ministro da Justiça em 1994, presidida pelo ínclito Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, propus fosse aquele recurso estendido à acusação. Tive só uns poucos votos favoráveis.

Outro absurdo é a revisão criminal, que entre nós só é possível em favor do condenado, não também *pro societate*. Desse modo, transitada em julgado a sentença, será irrelevante o aparecimento de provas desfavoráveis ao réu absolvido. De novo, um recurso privativo, agora do condenado.

De interessante tese de mestrado sobre a revisão criminal em favor da sociedade, apresentada à conceituada e centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e defendida com brilho pela então mestranda Natália Silva Teixeira Rodrigues de Oliveira, de quem fui orientador, retiro o seguinte texto:

O autor [Horácio Bortz, no artigo “Revisão pro Societate”, na revista *Justitia*, São Paulo, v. 71, 1970] deixa registrado que, se a futura legislação de processo penal incluir a revisão *pro societate*, ficará aperfeiçoada ao nível das legislações de alguns dos povos mais civilizados do planeta, em, pois, companhia das mais excelsas. Esse tipo de revisão acha-se consagrado, há vários anos, no direito legislado de países de alta expressão cultural.

Outra não é a observação do culto Prof. Sérgio Demoro Hamilton: "Não são poucas as legislações que admitem a revisão *pro republica*, com maior ou menor intensidade".²

Veja-se, ainda, o indeferimento descabido de liminares em *habeas corpus*.

O Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais tem dado uma excelente contribuição ao aprimoramento do processo penal, ao vir admitindo agravo regimental contra despacho de relator indeferindo liminar em *habeas corpus*, por aplicação analógica de dispositivo do regimento permissivo de agravo contra indeferimento de liminar por relator em mandado de segurança.

Com essa notável construção pretoriana (como o foi, também, a da própria liminar em *habeas corpus*, levada a efeito pelo Colendo Supremo Tribunal Federal depois da decisão pioneira de ministro do Egrégio Superior Tribunal Militar, o juiz Alnte. José Espínola), o conceituado tribunal mineiro dá a receita para o preenchimento de uma lacuna, que é a necessidade, no indeferimento de liminares, de um recurso próprio, cuja falta tem levado advogados a impetrar sucessivamente *habeas corpus* contra despacho denegatório de liminar em anterior pedido, providência que, além de vir encontrando, sem razão, resistências no Supremo Tribunal Federal (a esse respeito, comentário nosso a acórdão do STF, na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 41), poderá frustrar-se ante a proverbial morosidade da justiça. Está aí um exemplo para os Tribunais do país em geral. Exemplo de respeito à liberdade individual e de dedicação ao trabalho.

O pior é que o indeferimento de liminares em despachos completamente desprovidos de motivação, ou com um arremedo de fundamentação, são freqüentes na prática judiciária, talvez por faltar recurso previsto em lei. Na presença de decisões irrecorríveis certos juizes tendem a ser arbitrários, julgam de qualquer jeito. Em um de meus últimos casos – tratava-se de um decreto de prisão preventiva sem fundamentação alguma quanto à materialidade de fato e a autoria, tão minguado de motivação se mostrava que nem os nomes dos pacientes consignava – a decisão foi das mais concisas que já vi: "Indefiro a liminar".

Com inteira exatidão, depois de mencionarem a lição de Rogério Lauria Tucci, em seu excelente *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro* – bela tese com que conquistou cadeira de titular na tradicional Faculdade do Largo de São Francisco e da qual tive a honra, em memorável concurso nas Arcadas, de ser examinador – no sentido de que os atos emanados do Poder Judiciário que ostentem conteúdo decisório, sejam finais sejam interlocutórios, devem ser devidamente fundamentados, observam Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que "A decisão, que nega ou concede a ordem liminar, precisa de motivo e de motivação. Deve vir, sempre, fundamentada, para não despontar nula; além de exibir-se iníqua".³

Um belo exemplo de criação de mais um recurso no processo penal (o que de modo algum eterniza os processos, senão contribui, e muito, para que se faça justiça, embora com aumento dos serviços do Tribunal) foi dado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Assim é que, em caso do interesse pessoal de advogado amigo meu, o Grupo de Câmaras Criminais daquele Tribunal não conheceu, por maioria de votos, do pedido revisional que formulara. Lastreado nos votos minoritários proferidos por ocasião da revisão criminal, interpôs o réu embargos infringentes, que foram indeferidos liminarmente, por incabíveis na espécie. Lembrei ao colega que o Regimento Interno do Tribunal dera um passo à frente do Código e admitia expressamente o recurso, no caso um grande desconhecido, sem dúvida. Então, interpôs ele agravo regimental contra a decisão que não conheceu dos embargos infringentes. Com o esclarecimento do douto Desembargador Gudesteu Biber – atualmente Presidente do Tribunal –, de que, por iniciativa sua, foi proposta a inserção no Regimento do recurso em questão, o agravo restou provido (Embargos Infringentes em Revisão Criminal n. 133.408-5). Também o regimento do Tribunal de Alçada havia adotado a medida, neste por iniciativa do insigne Desembargador Lúcio Urbano, então presidindo o Tribunal. Eis aí uma notável contribuição de dois excelentes processualistas, que merece seguida por outros tribunais. O Supremo Tribunal já consagra o recurso, mas não também assim o Superior Tribunal de Justiça.

É bem e ver que nada impede a previsão do recurso em regimento, visto que o Código de Processo autoriza que nele se estabeleçam normas complementares para o julgamento dos recursos, entre os quais incluiu a revisão criminal.

Entretanto, na contra-mão dessas importantes criações, tem havido propostas inaceitáveis.

Como também li no mencionado *Jornal do Commercio*, o Superior Tribunal de Justiça apresentou sugestões para reforma do Judiciário, consignando que o outro mecanismo de contenção de recursos permitirá restringir o grande volume de causas que chegam diariamente ao STJ tendo em vista a criação de um pré-requisito para a admissão do processo: a relevância da questão a ser examinada.

É difícil acreditar. Pretende-se reeditar a malsinada “relevância da questão federal”!

Tratava-se, talvez não saibam os que se formaram depois da Constituição de 1988, de manobra tendente a suavizar a permissão contida na Carta de 1967 para que o Supremo Tribunal Federal inserisse em seu Regimento Interno as causas, cíveis e criminais, em que ficaria excluído o recurso extraordinário (na época abrangente de questões hoje próprias do recurso especial, então inexistente) naquelas hipóteses típicas de negativa de vigên-

cia de lei federal e de divergência pretoriana. A exclusão pura e simples, a mero critério do Tribunal, do recurso que a Constituição concedia, não deixava de parecer escandalosa, embora constitucionalmente autorizada.

Optou-se então pela criação da sinistra figura da “argüição de relevância”, que depois veio até a ser sacramentada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Prova do *poder de fogo* do forte *lobby* do Judiciário.

Sucessivas emendas regimentais cada vez aumentava mais a lista das causas excluídas. Esse rol cresceu tanto que a Emenda Regimental n. 2, de 1985, deixou de arrolar as exceções para, ao invés disso, simplesmente elencar as causas em que o recurso seria admissível. Uma vergonha!

O pior é que não se sabia o que vinha a ser a relevância da questão federal. De modo geral, o Tribunal não tomava conhecimento dos recursos. E não publicava a fundamentação da decisão. Se é que era fundamentada. Suponho que um assessor qualquer batia um carimbo e o advogado perdia seu trabalho.

Como bem assinalou um ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, em texto-base para palestra na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, em 1989, com a nova Constituição não tinham vez os chamados óbices regimentais, jamais assimilados pela consciência jurídica nacional.

Pois foi de semelhantes obstáculos ao uso de um recurso constitucional – obstáculos esses *jamaiz assimilados pela consciência jurídica nacional* – que alguns membros do Superior Tribunal de Justiça, incluído aquele ex-presidente, cuidaram de ressuscitar. Um desrespeito à consciência jurídica nacional.

É bem de ver que o recurso especial não importa numa demasia de uma terceira instância (até que faz falta!), já que limitado a matéria de direito e sujeito a certos requisitos.

Afastou o Colendo Tribunal, porém, via interpretação, ao que tenho equivocada (comentei a matéria em trabalho na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39), do recurso especial dos juizados especiais cíveis e criminais, uma excelente e utilíssima justiça que, desse modo, se torna uma justiça de terceira categoria. A falta do recurso já se faz sentir, e muito, na questão da competência após o advento da lei dos juizados na Justiça Federal.

A supressão de recursos, todavia, costuma dar margem à criação de outros. A abolição do antigo agravo de ordenação não guardada fez surgir a correição parcial ou reclamação, como observou o provector e saudoso Costa Carvalho, no seu *O Espírito do Código de Processo Civil*, de cujas mãos recebi, no início de meu curso de Direito, o presente de um exemplar.

Por que não se criar então um Superior Tribunal Especial de Justiça?

¹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*, p. 5.

² HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 260.

³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis & PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *Habeas corpus e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito da cognição*. *Justiça Penal 5 – Tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148-149.

ABSTRACT

In his text, the author stands by the idea that the slowness in judicial procedures is not due to the excess of possibilities to appeal, but exactly by the lack of these.

KEYWORDS

Criminal Procedure, Appeal, Judicial Branch, Slowness.

TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR E JULGAMENTO JUSTO: ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI N. 2.491/2003, 2.858/2004 E N. 976/2003

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

O gosto pela liberdade aumenta à medida que se goza dela.

Voltaire

1 Colocação do problema. 2 Estatuto jurídico do jurado. 3 Os atuais projetos de lei: uma tentativa de imacular o jurado. 4 Conclusões.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise crítica em torno de alguns projetos legislativos que tratam da tentativa de impedir a existência do jurado profissional.

PALAVRAS-CHAVE

Júri – Tribunal – julgamento justo.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.

Depois de trágicos acontecimentos, sinalizando uma onda de violência em ascensão na sociedade brasileira, fortaleceu-se a preocupação com as políticas de segurança pública. Com isso, voltou à cena a discussão em torno de uma série de iniciativas legislativas direcionadas ao aperfeiçoamento da persecução criminal e da aplicação da norma penal.

Alguns desses projetos estão relacionados ao Tribunal do Júri Popular, instituição das mais antigas em nosso ordenamento, cuja tradição, porém, mostra-se incapaz de torná-la resistente a críticas de certos setores da sociedade, na mesma intensidade com que também é defendida por outros segmentos. E, de fato, o debate sobre esse importante modelo de participação popular na administração da justiça quase sempre é apresentado num viés maniqueísta.

Imersos nesse cenário, trazemos à discussão os Projetos de Lei n. 976/2003, n. 2.491/2003 e n. 2.858/2004, todos atualmente em tramitação perante a Câmara dos Deputados. O primeiro deles é de autoria do Dep. Feu Rosa (PSDB/ES) e se encontra sob análise da Comissão de Constituição e Justiça

* Promotor de Justiça em Irauçuba, Mestre em Direito pela UFC e Professor de Criminologia na Faculdade Christus.

e de Cidadania para receber eventuais emendas. O segundo pertence ao Dep. Carlos Alberto Rosado (PFL/RN), tendo sido recentemente designado Relator da matéria o Dep. Luiz Eduardo Greenhalgh (PT/SP), perante a mesma Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Finalmente, a ele está apensado o último projeto, subscrito pelo Dep. Carlos Nader (PFL/RN).

Os projetos que agora se põem em exame tratam da vedação de participação do jurado em novos conselhos de sentença por um período de, no mínimo, um ano, muito embora, como adiante se verá, a redação não seja suficientemente precisa, pecando por imprecisões técnicas.

Nada obstante, convém desde logo destacar alguns traços importantes sobre o regime jurídico do jurado, a fim de contextualizar a discussão dos projetos de lei na lógica do sistema de organização do Tribunal do Júri Popular.

2 ESTATUTO JURÍDICO DO JURADO.¹

A lei prescreve uma série de medidas com o propósito de garantir a isenção do corpo de jurados por ocasião dos julgamentos. Assim sendo, exige que os jurados sejam selecionados mediante sorteio, a partir de uma lista geral formada pelo próprio magistrado.

Anualmente, serão alistados pelo Juiz-presidente do Tribunal do Júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes, e 80 (oitenta) a 300 (trezentos) nas comarcas ou termos de menor população. O juiz poderá requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais. A lista geral, publicada em novembro de cada ano, poderá ser alterada de ofício, ou em virtude de reclamação de qualquer do povo, até a publicação definitiva, na segunda quinzena de dezembro, com recurso, dentro de 20 (vinte) dias, para a superior instância, sem efeito suspensivo (art. 439, CPP). Nas comarcas ou termos onde for necessário, organizar-se-á lista de jurados suplentes, depositando-se as cédulas em urna especial (art. 441, CPP).

A *praxis* forense tem demonstrado, com o decorrer do tempo, que nas grandes aglomerações urbanas, a maior parcela de pessoas que têm seus nomes enxertados na lista geral são funcionários públicos, em sentido amplo. Já nas pequenas comunidades, essas características não deixam de ser assemelhadas, a despeito da incidência de um maior número de pessoas originárias de outros segmentos sociais. Em todo caso, por não se tratar, no modelo vigente, de função remunerada, tampouco que forneça subsídios ou comodidades atraentes para os jurados, os encargos profissionais ou familiares do cidadão acarretam, via de regra, sua exclusão da possibilidade de participar desse importante mecanismo de administração da justiça, daí decorrendo,

em certos casos, a perda de representatividade social do conselho de sentença. Resta prejudicada, portanto, uma das principais notas de relevo e de legitimidade do Júri Popular. Aliás, os principais argumentos em defesa da instituição giram em torno da idéia de que o Júri representa a sociedade e seus mais legítimos interesses e mesmo idiossincrasias na punição de criminosos. Entretanto, diante de tais distorções, quando somente uma determinada parcela ou algumas poucas classes sociais têm ingerência sobre o Júri, vê-se que os julgamentos poderão denotar ideologias próprias desses grupos. Entendemos que isso não se coaduna com os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, e portanto, põe em risco a incolumidade do direito do réu a ter um julgamento justo, um dos fundamentos da própria existência da composição popular desse tipo de Corte.

De todo modo, a lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa, onde houver, ou em editais afixados à porta do edifício do tribunal, lançando-se os nomes dos alistados, distinguidos pelas residências, em cartões iguais que, verificados com a presença do representante do Ministério Público, ficarão guardados em urna fechada a chave sob a responsabilidade do juiz (art. 440, CPP).

O sorteio dos jurados far-se-á a portas abertas, e um menor de 18 (dezoito) anos tirará da urna geral as cédulas com os nomes dos jurados, as quais serão recolhidas em outra urna, ficando a chave respectiva em poder do juiz, sendo que tudo deverá ser reduzido a termo pelo escrivão, em livro a esse fim destinado, com especificação das 21 (vinte e uma) pessoas sorteadas (art. 428, CPP). Percebe-se, nesse dispositivo, um claro sinal do conteúdo místico originalmente apresentado pela instituição do Júri Popular. Com efeito, nada justifica que seja um menor o responsável em extrair os nomes dos jurados da urna, senão a crença de que tal fato garantiria a prevalência do acaso (sorte) e a lisura do procedimento.

Concluído o sorteio, o juiz mandará expedir, desde logo, o edital a que se refere o art. 427 do CPP, dele constando o dia em que o Júri se reunirá e o convite nominal aos jurados sorteados para comparecerem, sob as penas da lei, determinando também as diligências necessárias para a intimação dos jurados, dos réus e das testemunhas. O edital será afixado à porta do edifício do Tribunal e publicado pela imprensa, onde houver. Em todo caso, entender-se-á feita a intimação quando o oficial de justiça deixar cópia do mandado na residência do jurado não encontrado, salvo se este se achar fora do município (art. 429, CPP).

O presidente do Tribunal do Júri, depois de ordenar, de ofício, ou a requerimento das partes, as diligências cabíveis para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa, marcará dia para o julgamento, ordenando que sejam, pois, intimadas as partes e as testemunhas (art. 425, CPP).

A convocação do Júri Popular, por sua vez, far-se-á mediante edital, depois do sorteio dos 21 (vinte e um) jurados que tiverem de servir na reunião periódica (art. 427, CPP). Antes do dia designado para o primeiro julgamento, será afixada na porta do edifício do Tribunal a lista dos processos e réus que devam ser submetidos a julgamento (art. 432, CPP).

O Tribunal do Júri Popular, conforme modelo adotado pela legislação pátria, vem constituído de um juiz de direito, que é o seu presidente, e de 21 (vinte e um) jurados que se sortearão dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento (art. 433, CPP).

O serviço do júri será obrigatório, dele não podendo se afastar nenhum cidadão, salvo nos casos de excusa legítima ou por previsão legal. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 21 anos, isentos os maiores de 60, ou seja, os idosos (art. 434, CPP).

Nenhum desconto será feito nos vencimentos do jurado sorteado que comparecer às sessões do Júri (art. 430, CPP). Todavia, em tempos de grande disputa pelo mercado de trabalho e aumento alarmante dos índices de desemprego, nada parece atrair um cidadão assalariado a compor um Júri Popular, diante do perigo em que incorre com o seu afastamento do posto de serviço. De igual modo, a assertiva é válida para os profissionais liberais, que evidentemente não podem abdicar, em sua grande maioria, da labuta diária.

A recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos (art. 435, CPP). Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.²

Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade, a critério do juiz. Entretanto, nas grandes cidades, ocorre que nem todos os nomes – senão uma pequena parte – inseridos na lista geral correspondem a cidadãos de conhecimento pessoal do magistrado, ali sendo adicionados por indicação (sugestão) de serventuários da Justiça, terceiros em geral, e mesmo de outras pessoas cujos nomes já constam na mesma lista. Não há previsão de nenhum mecanismo efetivo de averiguação da idoneidade desses cidadãos, salvo as informações prestadas por órgãos públicos, em se tratando de candidatos a jurado que sejam funcionários do Estado. O perfil ideológico do corpo de jurados, portanto, se torna uma incógnita, não se sabendo como verificar as tendências e opiniões de seus membros. São isentos do serviço do Júri, no entanto, todas as pessoas enquadradas no art. 436 do *Codex*.

O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como

preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas (art. 437, CPP). Apesar de tais regalias conferidas pela lei, a função de jurado permanece como algo sem maiores atrativos para o cidadão comum. Excetuando-se o funcionário público – que, além da garantia de permanência no setor onde trabalha, goza de licença remunerada – profissionais liberais, donas-de-casa, assalariados em geral, autônomos, enfim, pessoas que não prescindem do esforço diário para o sustento próprio e de suas famílias, não encontram respaldo para abdicar de suas atribuições normais e dedicar-se exclusivamente, como diz a lei, à relevante função de jurado.

Cumpra assinalar, por fim, que nos termos do art. 438 do CPP, os jurados serão responsáveis criminalmente, na mesma forma em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação (arts. 316, 317, §§ 1º e 2º, e 319, todos do Código Penal).

3 OS ATUAIS PROJETOS DE LEI: UMA TENTATIVA DE IMACULAR O JURADO.

Devidamente postas as premissas sobre as quais os Projetos merecem ser analisados, passamos a tecer breves comentários a seu respeito.

O Projeto de Lei n. 2491/2003, alterando a disposição do art. 439 do CPP, prevê o aumento em dobro do quantitativo de nomes que podem ser inscritos na lista geral de candidatos a jurados. E inclui a restrição de um ano para o serviço do júri. Eis a sua redação:

Art. 439. Anualmente, serão alistados pelo juiz-presidente do júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, seiscentos a mil jurados no Distrito Federal e nas comarcas com mais de cem mil habitantes, e cento e sessenta a seiscentos nas comarcas ou nos termos de menor população, limitada a participação dos jurados a uma sessão por ano. O juiz poderá requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais.

Defende o parlamentar seu ponto de vista da seguinte maneira:

O aumento do número de participantes da lista elaborada pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri permitirá maior diversidade das pessoas ali relacionadas, tornando ainda mais democrática a instituição. Além disto, o rodízio permanente assegura mais independência dos membros do conselho de sentença, que, participando de apenas uma sessão por ano, estarão mais resguardados de qualquer influência ou pressão externa.

Sem embargo, foi-lhe apensado o Projeto n. 2.858/2004, que segue o mesmo caminho, acrescentando, todavia, outro importante dispositivo. Ve-

jamos novamente o art. 439 e, ainda, o art. 433, parágrafo único: “O jurado poderá integrar o conselho de sentença apenas uma vez por ano.”

A redação do texto legislativo deixa evidente a intenção de evitar, ao máximo, uma tendência comumente observada em muitas comarcas, a saber, aquela conhecida como profissionalização do jurado.

Entendemos como “jurado profissional”⁴ aquele cidadão habituado, em razão de oportunidades sucessivas, ao ofício de julgar, já que sorteado e participante reiteradas vezes do conselho de sentença.

Com efeito, há casos conhecidos de jurados que integram a lista, por vezes, em várias delas de modo simultâneo, em diversas Varas (e só para lembrar, em Fortaleza existem 6 Varas privativas do Júri), passando anos seguidos à disposição do Tribunal, senão na mesma Vara, numa outra onde seu nome também já tenha sido incluído e depois venha a ser sorteado.

Esse jurado, como se ressaltou no início, geralmente se apresenta como funcionário público, dos Correios, do Banco do Brasil, da Receita Federal, professor da rede pública, enfim, provém de repartições variadas, e sua disponibilização permanente no Tribunal do Júri, enquanto o servidor percebe remuneração regular, embora sem trabalhar, não raros os casos, esvanece uma das principais teses de defesa da instituição: a de que o jurado só julga motivado pelo seu senso íntimo de justiça. Sob tal ótica, é como dizer que a função de jurado seja algo imaculado, infenso a qualquer espécie de influência que não a de buscar fazer justiça no caso concreto. Em outras palavras: o jurado pode se ver tentado a encontrar na função de jurado um instrumento de escapismo, uma longa folga de seu trabalho normal.

Ora, ao lado daquilo que se expôs, a convivência diuturna com as personagens do Tribunal do Júri (além do próprio magistrado, advogados e membros do Ministério Público, sem falar dos agentes policiais e servidores do Judiciário), decerto faz incutir no espírito do jurado uma predisposição e mesmo uma série de tendências e pré-conceitos a respeito das pessoas (sobremaneira, os réus), da própria função de julgar e do teatro de operações em que se desenvolve a dramatização do julgamento.

Como permitem entrever os projetos, procura-se impedir que o jurado seja de certo modo contaminado por tais vetores de ação e reação do seu comportamento quando integrante do conselho de sentença. A preocupação, nesse sentido, é salutar. Como se sabe, o jurado não precisa motivar ou justificar juridicamente seu voto, em alguns casos, determinante para a formação do veredito (arts. 485 a 488, CPP). Por esse motivo, não há como saber se o jurado não estaria julgando impulsionado pelas ditas paixões inconfessáveis, que desfilam entre a mera antipatia pelo defensor do réu ou agente de acusação, e eventualmente, a idéia de sempre condenar ou absolver o acusado por pura teimosia ou “intuição”, pouco importando os fatos da causa.

O segundo Projeto, então, estabelece que, depois de participar de um julgamento, o jurado não poderá, durante dois anos consecutivos, integrar um conselho de sentença.

Nesse tocante, porém, o legislador se deixa envolver pela atecnia, o que pode suscitar dúvidas numa eventual aplicação do dispositivo, se aprovado.

Em primeiro lugar, acreditamos que, do ponto de vista da sistemática do CPP, que já não é muito adequada, a expressão “limitada a participação dos jurados a uma sessão por ano” deveria ser acrescida ao art. 434, este sim, a tratar especificamente da obrigatoriedade do serviço do júri e do alistamento. Ou então, ao art. 437, que dispõe sobre a caracterização da função de jurado como de relevância pública.

Além disso, a redação se mostra também confusa. A quarentena, digamos assim, de um ano, vem compreendida entre a participação do jurado em qualquer julgamento e a formação de um conselho de sentença. Segundo o propósito do texto, se um jurado participa de um julgamento, integrando o conselho de sentença, em 10 de março de 2004, ele só poderá vir a ser novamente sorteado para compor o mesmo conselho a partir de 11 de março de 2005.

O conselho de sentença, cabe destacar, é composto pelos sete jurados sorteados, e não recusados, no início da sessão do Tribunal do Júri (art. 457, CPP). O conselho, normalmente, tem vida curta, sendo desfeito ao término do julgamento de um processo. A exceção está prevista no art. 463 do CPP. Todavia, o jurado é também integrante de um corpo mais abrangente, aquele de 21 pessoas sorteadas da lista geral. Este é o grupo que permanecerá a serviço do Tribunal durante a reunião periódica.

A propósito, a redação do projeto se refere a “sessão”. A doutrina, contudo, distingue os termos “sessão” e “reunião”⁵. Esta última corresponde a todo o período de pauta de processos prontos à apresentação perante o Tribunal do Júri, incluindo, aí sim, uma ou mais sessões, como tais entendidas cada uma das audiências públicas realizadas para sujeição do réu a julgamento popular.

O impedimento de servir no júri por um ano, a nosso ver, deveria estar ligado à homologação judicial do sorteio do corpo de jurados a partir da lista geral (art. 429, CPP), período no qual ele sequer poderia ter seu nome inserido na lista. Exemplificando: um cidadão é sorteado em 1999 e, a partir daí, passa a pertencer ao grupo dos 21 jurados de determinado Tribunal do Júri Popular. Logo, ele só poderá integrar nova lista geral a partir de 2001. Some-se a isso a presunção de que as outras dezenas de nomes não sorteados se referem a cidadãos de igual idoneidade para a função.

O texto do Projeto se restringe à participação no conselho de sentença. Significa dizer que o cidadão poderá até integrar uma lista geral, e vir a ser sorteado, em anos consecutivos, desde que não seja escolhido para compor o conselho de sentença na sessão de julgamento. É o jurado que comparece às sessões, mas nunca tem seu nome retirado da urna para vestir a toga. Embora tenhamos colocado uma hipótese remota, não deixa de ser uma brecha na lei.

Acreditamos, ademais, que a restrição, vez que tencionada a impedir a formação do “jurado profissional”, haveria de se circunscrever à comarca onde o cidadão já serviu, abrangendo todas as Varas, se existentes mais de uma. Isto porque, em caso de mudança de residência, por exemplo, estar-se-ia diante de uma comunidade jurídica diversa: são outros juízes, advogados e promotores de justiça. As influências exógenas a que se referiu alhures estariam, em princípio, afastadas.

Por derradeiro, o objetivo do Projeto de Lei n. 976/2003 é inserir a expressão “e remunerado” no corpo do art. 434 do CPP, que trata da natureza do serviço do júri, fazendo-o nestes exatos termos: “O serviço do júri será obrigatório e remunerado. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de vinte e um anos, isentos os maiores de sessenta.”

Com o acréscimo da previsão de remuneração para o serviço do júri, o legislador pretende romper o paradigma segundo o qual determinadas funções temporárias (como a de mesário nas juntas eleitorais) exercidas pelo cidadão devem ser gratuitas, apesar de obrigatórias. Justifica o autor do projeto dizendo que “o serviço público gratuito é fruto de uma época em que os reis e imperadores impunham obrigações ao povo, tiranicamente, sem qualquer contraprestação pecuniária”.

Porém, o projeto em referência não sinaliza com quaisquer critérios para a fixação da remuneração devida. Assim, a matéria deverá ser objeto de posterior regulamentação nas legislações estaduais, a fim de atender às particularidades de cada região. Presumivelmente, a previsão de contraprestação poderá incentivar a participação de mais cidadãos no Tribunal do Júri Popular, mas não cabe acreditar, de forma apriorística e até ingênua, que essa participação resultará sempre de um despertar para a consciência cidadã, senão de eventuais necessidades imediatas de dinheiro no bolso. Talvez a remuneração – de resto, uma providência oportuna na busca de correção das distorções de representatividade – poderia ser estabelecida de maneira diversa, através, por exemplo, de incentivos fiscais a pequenos comerciantes, microcrédito para donas de casa interessadas em fazer artesanato, acesso privilegiado a certos serviços públicos etc.

Com eventual remuneração em dinheiro, pode vir a ser estabelecido um paradoxo: ao invés de evitar o surgimento do jurado profissional, a função acaba sendo reduzida a uma oportunidade de emprego, estimulando o cidadão à tentação de procurar garantir sua permanência no posto.

4 CONCLUSÕES.

Da leitura dos Projetos aqui enfocados, firmamos a convicção de que a *mens legis* está bem direcionada, na medida que procura evitar a figura do “jurado profissional”, e ao mesmo tempo, estimular uma maior participação do cidadão no serviço do júri. Trata-se de uma tentativa de preservar a aura

de integridade dos jurados no exercício da angustiante missão de julgar o semelhante, acusado de conduta ilícita grave, como se nos afigura o crime doloso contra a vida humana.

Nada obstante, os textos não se desincumbem a contento da tarefa. Isto ocorre porque a sua redação, a par de imprecisa e indevidamente colocada em certos trechos do CPP, deixa-se encolher na formação do conselho de sentença, só existente na sessão de julgamento, quando o jurado, em verdade, participa também de um corpo em sentido mais amplo, a saber, o grupo de 21 cidadãos sorteados da lista geral.

Importa consignar que o júri popular, como instância peculiar de julgamento e rara via de acesso do cidadão à direta administração da justiça, é algo que carece de imediata revitalização, sob pena de se perder nos desvãos da retórica vazia, da falta de representatividade e – estágio já catastrófico – da injustiça.

¹ A respeito do Tribunal do Júri, confira as seguintes obras: 1) CASTRO, KÁTIA DUARTE DE. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999; 2) MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1963; 3) MORAIS, Ana Cláudia de. A necessidade de reforma do Júri Popular como forma de compatibilização e aprimoramento de seu mecanismo ao Estado Democrático de Direito, *Revista Cearense do Ministério Público*, ano I, n.º2, agosto de 1998; 4) NASSIF, Aramis. *Reforma do Tribunal do Júri*. Revista Consulex, ano III, vol. I, n.º33, setembro de 1999, p. 46-49; 5) OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do Júri Popular na Ordem Jurídica Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002; 6) SORIANO, Ramón. *El nuevo jurado español*. Barcelona: Ariel, 1985; 7) STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; 8) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 4, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994; 9) TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri – contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997; 10) TUCCI, Rogério Lauria (coord) et alli. *Tribunal do Júri – estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

² Complementa a Carta Magna dispondo que é vedada a cassação de direitos políticos, que só se dará, entre outros, nos casos de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (art. 15, inciso IV, CF/88).

³ Texto dos Projetos de Lei n. 976/2003, 2.491/2003 e 2.858/2004, capturados no sítio www.camara.gov.br, em 28 de março de 2004.

⁴ Preferimos destacar a expressão dentro das aspas para ressaltar que, em verdade, o jurado não é um profissional do serviço de julgar. Somente o juiz togado o é verdadeiramente. Apesar de se tratar de uma função pública relevante, o jurado é sempre alguém do povo, convocado para exercer esse *munus* sem remuneração, mesmo porque o serviço é obrigatório.

⁵ A distinção é feita pela doutrina, mas a lei em algumas passagens não adota o rigor terminológico adequado, tomando uma expressão pela outra.

ABSTRACT

This paper makes a critical analysis around some legislative projects that treat about the attempt to prevent the existence of the professional juror.

KEYWORDS

Jury – Court – fair trial

O EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Vinícius Jose Marques Gontijo*

1 Introdução. 2 Breve esboço histórico dos atos de comércio. 3 Ferramental tipológico e, não, conceitual. 4 Compreensão tipológica do art. 966 do Código Civil. 5 Excluídos da compreensão de empresário. 6 Conclusões.

RESUMO

O autor, em texto didático, conceitua o que seja empresário, e o faz tendo como base o estatuído no Código Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Código Civil, empresário, ato de comércio, empresa.

1 INTRODUÇÃO.

Com a edição do Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, um sem-número de questionamentos vêm sendo propostos pela doutrina, o que, certamente, implicará igual debate jurisprudencial. Neste contexto, um dos pontos mais delicados que se apresenta é a compreensão do “empresário”, tanto pessoa natural, quanto pessoa jurídica.

A discussão que envolve a compreensão do que seja empresário é de capital importância, uma vez que ele é a figura central do modernamente chamado Direito Empresarial.

A partir da doutrina de Rubens Requião,¹ pode-se ambientar o Direito Empresarial em períodos de prevalência de conceitos *subjetivo*, *objetivo* e *subjetivo moderno*.

No período de prevalência *subjetiva*, o Direito Empresarial era visto apenas a serviço dos, à época, chamados comerciantes. Assim, é que, no sistema *subjetivo*, “o comerciante ocupa o primeiro lugar. O direito comercial é essencialmente o direito do comerciante ou da profissão mercantil, e só acidentalmente o direito do ato de comércio”.²

Já no período *objetivo*, o sistema desloca a base do Direito Empresarial da pessoa do comerciante para os atos de comércio, o que “tem sido acoima-

* Doutor em Direito Empresarial pela UFMG. Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Professor no curso de mestrado *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da PUC/MG. Ex-professor substituto na Faculdade de Direito da UFMG e na UFOP.

do de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”.³

A bem da verdade, a modificação do foco central do Direito Empresarial para os atos de comércio, teoria que orientou o Código Comercial Napoleônico e o Código Comercial brasileiro de 1850, tem conotação notadamente política: após a Revolução Francesa, o povo daquele país não toleraria a existência um ramo do direito, cuja função primordial seria a tutela direta dos privilégios de uma classe. Nesse sentido, tem-se a melhor doutrina:

O Direito Comercial chegava ao século XIX como o Direito dos comerciantes. A tradição anterior tinha uma base nitidamente pessoal, atribuindo-lhes jurisdição própria. A Revolução Francesa não poderia contemporizar com esse tipo de privilégio. Mas como a autonomia do Direito comercial era vivida como um dado ontologicamente irrecusável, houve que remodelar: a competência dos tribunais de comércio seria ditada não pela qualidade das partes, mas pelo facto que dê azo ao litígio.

Resultou daí a adopção dum sistema dito objectivo: o *Code* visava os actos de comércio, indicando depois, num sistema fechado, que actos seriam esses, para efeitos de jurisdição comercial. E os próprios comerciantes vinham definidos por referência aos actos de comércio. Segundo o artigo 1/1, do *Code de Commerce*, são comerciantes aqueles que exercem actos de comércio e disso fazem a sua profissão habitual.⁴

Ante o exposto, conclui-se que o “ato de comércio”, na teoria objetiva, ocupa a posição anteriormente destinada aos empresários.

Atualmente, não causa indignação a existência de ramo do Direito que tenha o seu foco de tutela básico em uma classe determinada, que origina de uma relação jurídica básica, como é o caso do Direito do Trabalho⁵ e do Direito Empresarial.

Nesse diapasão, propugna-se o Direito Empresarial como sendo o direito dos empresários e das empresas. Com essa perspectiva laborou o legislador brasileiro na redação do Livro II do Código Civil de 2002/2003, fazendo emergir no direito positivo nacional a teoria *subjetiva moderna*.

A partir disso, temos que, da mesma maneira que em outros ramos do Direito, aplica-se ao Direito Empresarial o vetor básico que orienta a hermenêutica jurídica como procedimento interpretativo do fenômeno do Direito, com seus sistemas e escolas.

Conquanto na exegese do Direito Empresarial se aplique o procedimento interpretativo geral, há que se atentar para uma especificidade do ramo: ele existe para a tutela dos interesses e a regulamentação das relações jurídicas de uma classe, qual seja, a empresarial. Conforme pretendemos

demonstrar, agrega-se-lhe, então, um certo enfoque valorativo, ou seja, uma jurisprudência axiológica. Destarte, como ocorre no Direito do Trabalho para as relações de emprego, no Direito Empresarial se protege, ou, pelo menos é o que se deve proteger, as relações empresariais. O foco da tutela deve ser este e, mais especificamente, a tutela do empresário e da empresa.

Analogicamente, como no Direito do Trabalho e na aplicação de suas normas há o princípio *in dubio pro operario*,⁶ no Direito Empresarial e na aplicação de suas normas, que regulamentam esta matéria, mesmo quando isso se dá por outros ramos, deve haver a prevalência, na dúvida, em favor do empresário. Em suma: não se pode interpretar o Direito Empresarial senão para otimizar a razão de sua existência e o foco de sua tutela e regulamentação - o empresário e a empresa. A empresa, objeto sob o qual o empresário exerce seu direito,⁷ hoje, é um bem que urge ser tutelado como atividade geradora de riquezas, na medida em que, a partir dela, se implementam empregos e auxilia a diminuição da criminalidade; melhora-se tecnologicamente o País; recolhe-se tributos e auxilia o Estado; etc.

Quando o Código Civil adota a teoria subjetiva moderna, ele acolhe a proteção aos empresários e, via de consequência, à empresa. Eles passam, com suas relações jurídicas, a ser o foco central do Direito Empresarial que assumidamente deixa de se camuflar em *atos de comércio*, que aparentemente faziam o ramo buscar a tutela de assuntos objetivos, provendo, assim, indiretamente, a classe, à época, dos comerciantes.

Com isso, o Direito Empresarial retorna ao seu eixo central histórico, a tutela dos empresários, de suas relações e da própria empresa, buscando o desenvolvimento do País.

Por tudo isso, no Código Civil, seguindo orientações modernas, o Direito Empresarial toma corpo como sendo o direito dos empresários, ou seja, retorna-se, reitere-se, ao subjetivismo, sendo que, obviamente, não é possível se confundir a *empresa* com a *sociedade empresária* ou mesmo o *empresário*.⁸

Contudo, deve-se ressaltar que o resgate da concepção subjetiva não conseguiu minimizar a problemática existente quanto à fixação dos contornos precisos da figura central. Se os comercialistas não se entendiam no que tangia aos atos de comércio, muito menos no que se refere ao empresário e mesmo à empresa. Daí a necessidade premente de se compreender tecnicamente, no Código Civil brasileiro e no Direito nacional, o que vêm a ser *empresário* e *sociedade empresária* (que nada mais é do que a pessoa jurídica que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário – art. 982, CC),⁹ afastando o seu conteúdo dos atos de comércio e do método utilizado no seu estudo, modernizando-se e adequando-se, via de consequência, o ferramental técnico na pesquisa do assunto.

A figura central do Direito Empresarial não pode ser preterida, sob pena de ruir o sistema positivo que a assentou. A ausência de um trabalho

técnico, com discussão sistemática na doutrina nacional gera insegurança nos operadores do direito.

Neste nosso artigo pretendemos estabelecer as balizas técnicas para a compreensão do que vem a ser *empresário* no Código Civil brasileiro.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DOS ATOS DE COMÉRCIO.

Para a perfeita compreensão do que vem a ser empresário, impõe-se contextualizar o tormentoso problema dos *atos de comércio*, figura nuclear da teoria objetiva, que, por sua vez, foi acolhida pelo Código Comercial brasileiro de 1850.¹⁰

A doutrina brasileira, ao iniciar o estudo dos atos de comércio sempre colacionava a memorável frase de Brasília Machado: “Problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”.¹¹

A despeito da crítica de Brasília Machado, Fran Martins entendia que, indiscutivelmente, os atos de comércio prevaleciam sobre os comerciantes que não existiriam na hipótese da ausência dos atos de comércio.¹²

A grande dificuldade no que tangia aos atos de comércio se referia ao critério de caracterização deles,¹³ na medida em que a doutrina, quase sempre, laborava em sintonia com conceitos e definições,¹⁴ como se o fenômeno jurídico (*atos de comércio*) pudesse ser, a partir de exemplos casuísticos, percebido de maneira hermética (apesar de se admitir a analogia) e imutável já que descrita racional e previamente, quando o mais adequado seria a utilização de um raciocínio indutivo, mais acertado para o ramo do Direito Empresarial, portanto, um método tipológico, defendido para a Ciência Jurídica por IHERING.¹⁵

Nessa perspectiva de conceituação, Alfredo Rocco procurou estabelecer um conceito positivista dos atos de comércio. Como os sistemas optaram, geralmente, pelo critério da enumeração exemplificativa, ele buscou no Código Comercial italiano (que ele sempre reiterou referir-se, apenas e tão-somente, ao direito italiano) o elemento ou elementos que definiriam um determinado ato como sendo de comércio. Para tanto, a partir dos atos que considerava intrinsecamente comerciais, separou-os em quatro grupos: a) compra para revenda e ulterior revenda; b) operações bancárias; c) empresas em geral; e d) indústria de seguros.¹⁶

Obteve, em conclusão, que o elemento caracterizador dos atos de comércio era a troca indireta ou mediata, ou seja, uma interposição na efetivação da troca.

Em face disto, vários foram os doutrinadores¹⁷ que definiram o ato de comércio como sendo aquele praticado habitualmente, com fito de lucro, para a mediação (circulação e intermediação) de bens e serviços, sendo que

Waldirio Bulgarelli chamava a atenção para o fato de que tal definição não era boa, uma vez que nela não se incluía a produção, senão através de uma dilatação demasiada da compreensão do conceito de mediação.

Usando de critério similar ao de Alfredo Rocco, J. X. Carvalho de Mendonça classificou o sistema brasileiro dos atos de comércio em três categorias, a saber:¹⁸

a) atos de comércio por natureza, que deram origem ao ramo do Direito Empresarial, sendo considerados atos de mercancia, bancos, operações de câmbio, etc.;

b) atos de comércio por dependência ou conexão, que eram os que visavam a promover, a facilitar o exercício do comércio, sendo que Fran Martins¹⁹ nos oferecia como exemplo a aquisição de instalações (vitrines e balcões) para um estabelecimento chamado, à época, comercial, e atualmente, empresarial;

c) atos de comércio por força de lei, cujo caráter comercial decorria de imposição legal, tais como: letras de câmbio, seguros, etc.

Entretanto, Otávio Mendes reduziu a classificação apresentada a apenas duas classes: a) atos objetivos, e b) atos subjetivos. Com isso, ele reuniu os atos de comércio por natureza e por conexão em atos de comércio subjetivos; e a estipulada só em razão dos atos prescritos em lei seria classificada como atos de comércio objetivos.²⁰

Fran Martins,²¹ por sua vez, propunha e fundamentava o seu entendimento acerca dos atos de comércio nos seguintes termos: os atos de comércio deveriam ser caracterizados a partir de sua circulação (entendida não apenas e tão-somente como transferência física, mas também como a tradição ficta da coisa, pouco importando se móvel ou imóvel) e pelo *animus lucrandi* que sempre foi intuito do comércio e da atividade empresarial de uma maneira geral.

Com isso, a doutrina, ainda que não o fizesse expressamente, já examinava a atividade comercial de maneira tipológica, buscando os elementos essenciais para a compreensão do ato de comércio e, conseqüentemente, do comerciante.

Nessa linha de pesquisa científica iniciada implicitamente com o estudo dos atos de comércio, o art. 966 do Código Civil está a merecer interpretação não como conceito ou definição de empresário, mas, sim, descrição tipológica do fenômeno, sob pena de não conseguirmos nos desvencilhar da velha discussão sobre quem estaria sujeito aos efeitos normativos previstos para o empresário e quem deles estaria excluído. O Direito Empresarial é ramo especial do Direito Privado que foca sua tutela na pessoa do empresário, figura, reitera-se, central, que necessita ser bem conhecida a fim de se lhe aplicar as normas de conteúdo empresarial.

3 FERRAMENTAL TIPOLOGICO E, NÃO, CONCEITUAL.

O art. 966 do Código Civil prescreve que se considera “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.”²²

Não se nega que *omnis definitio in iure periculosa est*. A utilização do método dedutivo aplicado na *civil law* demanda a constante busca da definição, do conceito e de suas limitações, conforme magistralmente leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

A Teoria Geral e a Ciência do Direito foram fortemente influenciadas pelo conceito geral abstrato, classificatório. Segundo a lógica tradicional, a abstração conceitual, desencadeada pela percepção sensível de um objeto concreto (cujas peculiaridades ou determinações múltiplas nele se ‘uniram’, possibilitando o seu existir concreto), vem a ser o processo pelo qual se dá a separação, a percepção isolada e, ao mesmo tempo, a denominação e a determinação genérica das características do objeto. Será omitido aquilo que não for considerado essencial para a regulamentação jurídica.

Para Aristóteles, dois traços caracterizam toda espécie de ciência: a abstração e a dedução. A ciência procede por abstração, seccionando a realidade, despojando as coisas, que sejam objeto de estudo, dos caracteres que não lhe interessam. Da mesma forma, na ciência os conhecimentos derivam uns dos outros, em rigorosa seqüência, obtida de maneira apodítica.

O conceito secciona, seleciona. Quanto maior, então, for a abstração, tanto mais abrangente será o conceito, porque abrangerá um maior número de objetos e, em contrapartida, tanto mais vazio será de conteúdo e significado.

Destarte, a conceituação que descreve o fenômeno racionalmente se despoja de variações ocorridas em concreto, muitas vezes prejudicando a sua total percepção. Dessa maneira se dava ordinariamente no exame científico dos *atos de comércio*, em que se pretendia uma conceituação, em detrimento de uma análise tipológica, com raciocínio indutivo, que é característico do sistema anglo-saxão,²⁴ mas também deve ser do Direito Empresarial, na medida em que este é um ramo do direito muito dinâmico e versátil, que não se permite amarrar indefinidamente na espera de tramitação legislativa quase sempre muito longa, como a do Código Civil que foi de aproximadamente 30 (trinta) anos.

Da mesma maneira, a doutrina vem debatendo uma conceituação do que seja empresa,²⁵ sendo que Jorge Lobo esclarece que, “qualquer estudo, por mais despretenso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final”.²⁶

Por isso mesmo, entendemos que, para os fins deste artigo, a compreensão da empresa também deve se dar de maneira tipológica e, não, conceitual. Para aqueles leitores que pretendem uma análise conceitual, sugerimos a leitura do texto de Jorge Lobo e do livro de Waldirio Bulgarelli citados, que apresenta farta referência doutrinária e estudos dos conceitos dados e suas evoluções.

Por sua vez, o raciocínio tipológico se faz a partir da verificação de certos atributos, ditos *essenciais*, mas que podem sofrer pequenas variações.

Assim, destaca-se do fenômeno estudado os seus elementos essenciais, admitindo-se, repita-se, *pequenas* variações decorrentes da sua evolução ou mesmo de sua reação com o meio e com os fatos que envolvem a aplicação da norma.

A partir do somatório desses atributos, ou elementos, essenciais se constrói a percepção do fenômeno, sendo a compreensão racional destes atributos fundamental para se entender o tipo estudado.

Analogicamente, e visando à facilitação da percepção racional do que estamos afirmando, temos que, um ser humano não deixa de sê-lo por não ter um braço, uma perna ou mesmo por ter seis dedos, posto que estes não são atributos que ausentes ou presentes retirariam de uma pessoa sua condição de humano. O ser humano é um animal racional. Naturalmente, isso também não significa que uma pessoa deixa de ser humana por ser idiota ou por ser gênio, na medida em que se admite variações dos atributos essenciais do *tipo* humano, desde que não impliquem subtração absoluta deste atributo, como no caso de animal que aja por instinto.

Misabel de Abreu Machado Derzi bem sintetizou a diferença entre o conceito e o tipo:

De um lado, encontramos o tipo com ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade. Nele, os objetos não se subsumem, mas se ordenam, segundo método comparativo que gradua as formas mistas ou transitivas.

De outro lado, observamos os conceitos fechados que se caracterizam por denotar o objeto através de notas irrenunciáveis, fixas e rígidas, determinantes de uma forma de pensar seccionadora da realidade, para a qual é básica a relação de exclusão *ou... ou*. Através dessa relação, calcada na regra da identidade, empreendem-se classificações com separação rigorosa entre as espécies.

O tipo propriamente dito, por suas características, serve mais de perto a princípios jurídicos como o da igualdade, o da funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais e o da justiça. Em compensação, com o seu uso, enfraquece-se a segurança jurídi-

ca, a legalidade como fonte exclusiva de criação jurídica e a uniformidade.

O conceito determinado e fechado (tipo no sentido impróprio [conforme se diz em Direito Penal: o tipo penal]), ao contrário, significa reforço à segurança jurídica, à primazia da lei, à uniformidade no tratamento dos casos isolados, em prejuízo da igualdade, da funcionalidade e adaptação da estrutura normativa às mudanças sócio-econômicas.²⁷

4 COMPREENSÃO TIPOLÓGICA DO ART. 966 DO CÓDIGO CIVIL.

Diante de tudo o quanto foi exposto neste nosso artigo, temos que o art. 966 do Código Civil está a merecer uma leitura não conceitual (hermética e imutável enquanto não haja alteração legal), mas, sim, tipológica, sendo que o dispositivo legal apresenta os elementos (ou atributos)²⁸ do tipo “empresário” (que pode, no caso em concreto, conter variações, assim como sofrer a reação dos fatos a que se aplica a norma, como naturalmente acontece em um tipo). Estes elementos são: *a*) profissionalismo; *b*) atividade econômica; *c*) organização; e *d*) produção ou circulação de bens ou serviços.

Nesta fase do nosso trabalho, temos que examinar cada um desses elementos, que são essenciais, e, portanto, devem estar presentes concomitantemente, em que pese poderem sofrer as variações naturais do tipo. Compreendidos os atributos, o somatório deles representa a compreensão do que seja empresário ou sociedade empresária, que nada mais é, conforme já dissemos, do que a pessoa jurídica com objeto empresarial.

O primeiro elemento a ser estudado é o *profissionalismo*, que representa o oposto do amadorismo, que é o desenvolvimento de uma atividade por amor, portanto sem esperar contraprestação remuneratória.

O profissionalismo, portanto, ao revés do amadorismo, é o exercício habitual de uma atividade com a finalidade de extrair dela as condições necessárias para o estabelecimento e desenvolvimento da pessoa, natural ou jurídica. É profissional,²⁹ destarte, aquele que, em nome próprio, se estabelece e exerce uma atividade com a intenção de obter condições para se manter e se desenvolver no próprio exercício da atividade. Para tanto, o exercício desta atividade deverá se dar com habitualidade,³⁰ não se caracterizando o profissionalismo pelo exercício esporádico e eventual da atividade, bem como aquela desenvolvida graciosamente. “Assim, as atividades de mero desfrute, ainda que expressivas, encontram-se afastadas do âmbito empresarial”.³¹

Portanto, para que haja a caracterização do profissionalismo, o empresário deve exercer habitualmente a atividade em nome próprio, ainda que com concurso de auxiliares e prepostos, que praticarão a atividade por ordem, ou seja, em nome do empresário, que, então, alcançará as condições econômicas para sua manutenção e desenvolvimento.

O segundo atributo é a *atividade econômica*. O empresário, no exercício de sua atividade, visa ao lucro. Não é o lucro que é essencial ao exercício da atividade, mas, sim, a sua busca, a intenção de obter o lucro, o ânimo,³² mesmo que, eventualmente, o lucro não se dê, o que, em casos extremados, gera a insolvência do empresário e, via de consequência, pode-se chegar à falência, instituto que estaria fadado ao desaparecimento se o lucro fosse essencial ao exercício da atividade empresarial, uma vez que ela seria sempre positiva.

O terceiro atributo é a *organização*. Talvez este seja o elemento fático-jurídico que mais gere discussões e divergências.

A maioria dos autores³³ estão buscando na doutrina italiana a explicação do que seja o elemento *organização*, limitando-o à exploração de mão-de-obra alheia. Por outras palavras: a organização decorreria do exercício da atividade com o concurso de auxiliares, pois este seria o critério que distinguiria o empresário do autônomo, que, supostamente, não exploraria a sua atividade com o apoio de outras pessoas. Diz-se “supostamente” porque, segundo entendemos, isto não corresponde ao que se observa legal e empiricamente.

Os fenômenos jurídicos representam a síntese de múltiplas concepções determinadas a partir do que se observa *in concreto*. Destarte, ao se interpretar um fenômeno jurídico, há que se reconhecer, em procedimento classificatório, os elementos de aproximação e dissociação havidos entre as figuras, a fim de situá-las, ou não, em um mesmo gênero tipológico. Naturalmente, o empresário pode explorar mão-de-obra, organizando-a, mas isso não implica que o autônomo não possa, também, fazê-lo. Ambos os fenômenos jurídicos não se dissociam por isso, mas, ao contrário, nisso podem coincidir. De fato, nada impede que haja trabalho autônomo com caráter empresarial.

Com efeito, supor que o autônomo não possa explorar mão-de-obra alheia é um equívoco doutrinário, até porque, atualmente, se admite o exercício de atividade autônoma por pessoa jurídica, caso em que haverá fungibilidade do trabalhador decorrente da impessoalidade que orienta a prestação do serviço, que poderá ser executado por diversas pessoas empregadas da sociedade.³⁴

De fato, a doutrina italiana é fundamental para a compreensão do texto legal, mas ela deve ser adequada ao sistema nacional, sob pena de se vulnerar o Direito brasileiro. Os italianos bem esclarecem o sistema nacional a partir da exclusão proposta pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil e que será objeto de nosso estudo no próximo item.

Nós compreendemos a organização como sendo o exercício da atividade de maneira concatenada, articulada, e, não, desconexa ou caótica. Por mais rudimentar que seja a atividade do empresário, ela deve ser organizada, ou seja, bem orientada.

Como consequência da organização legalmente imposta, o nosso legislador, por exemplo, obriga que os empresários se registrem (art. 967, CC), se identifiquem por um nome (arts. 1.155 *et seq.*, CC), escrevem livros e documentos (arts. 1.179 *et seq.*, CC), etc.

O quarto e último atributo consiste no fato de que *a atividade do empresário se liga à produção ou à circulação de bens ou de serviços*.

Aqui restou mitigada grande parte da atuação do Direito Civil, na medida em que as pessoas prestadoras de serviços que eram exclusivamente de caráter civil foram, em grande parte, absorvidas pelo Direito Empresarial. Disse-se em grande parte porque nem todas o foram, permanecendo como tal, dentre outras, as sem fins lucrativos, aquelas não profissionais e mesmo os ruralistas que não optarem pela atividade empresarial (art. 971 do Código Civil).

Naturalmente, a atividade de produção ou circulação de bens ou serviços, que caracteriza o empresário, deve estar voltada para o mercado.³⁵ Com efeito, não se pode perder de vista a orientação de Tullio Ascarelli, segundo a qual a produção ou circulação deve estar destinada ao mercado geral, mas sem que isso implique afastar a destinação a um mercado pré-determinado ou âmbito mais restrito de mercado ou mesmo a uma pessoa determinada, desde que extrapole o círculo meramente familiar.³⁶

De fato, há casos em que o empresário destina seu produto ou serviço a circulação restrita, com clientela e mercados reservados a um ou poucos adquirentes, ou mesmo com destinação previamente estipulada, produzindo sob encomenda. Naturalmente, nada que não signifique afastamento do direcionamento ao mercado significaria subtração do elemento legal: produção ou circulação de bens ou serviços.

No entanto, para a compreensão do que seja empresário não nos basta verificar a presença dos quatro elementos fático-jurídicos prescritos pelo art. 966 do Código Civil. De fato, há casos em que, ainda que presentes todos os elementos legais, a pessoa natural ou jurídica não será considerada empresária por força da exclusão determinada pelo parágrafo único do art. 966 do CC, impondo-se o seu estudo para a melhor compreensão do “empresário” a que nos dispusemos neste nosso trabalho.

5 EXCLUÍDOS DA COMPREENSÃO DE EMPRESÁRIO.

Para que se compreenda a exclusão prescrita pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil, há que se ter em mente a velha discussão acerca da unificação do Direito Privado travada entre Cesare Vivante e Alfredo Rocco, brilhantemente sintetizada por João Eunápio Borges.³⁷

Como se sabe, o Direito Empresarial tem dentre os seus princípios o *individualismo* e a *onerosidade* presumidos nas relações.³⁸ Isso gera no empre-

sário uma mentalidade, uma ética, um estado de espírito e atitudes diversas daquelas do cidadão comum. Quando determinada pessoa assume a atividade empresarial, ela vai paulatinamente absorvendo essa forma de pensar e agir, que não coadunam com aquelas que se dão, ou pelo menos se espera que se dê, em relação ao civil, à cooperativa, ao servidor público ou, por uma sociedade *simples*, cuja ética, atitudes, maneira de pensar e agir espera-se (ou pelo menos o legislador acreditou) sejam diversas das do empresário.

Observe-se que a própria vedação ao exercício da profissão de empresário prescrita, por exemplo, para o servidor público, o juiz, o promotor, somente se compreende como constitucional e, portanto, não violadora do art. 5º, inciso XIII da Carta de 1988, quando contemporizada com o escopo que orienta a proibição, que é exatamente impedir estas pessoas de absorverem a ética, o comportamento, ou seja, o “estado de espírito” do empresário.³⁹

Cesare Vivante propôs a unificação do Direito Privado, mas Alfredo Rocco foi analisando e impugnando todos os argumentos colacionados por Vivante, e com isso demonstrando a impossibilidade, à época, da unificação. O próprio Cesare Vivante termina por assumir o equívoco doutrinário e, na quinta edição de seu monumental *Trattado del Diritto Commerciale*, fundamentando-se basicamente na “diversidade de espírito” que havia entre o comerciante e o civil e à qual já nos referimos, concorda com Alfredo Rocco e se diz favorável à manutenção da divisão do Direito Privado.

Sabe-se, perfeitamente, que o Código Civil atual não unificou o Direito Privado, mantendo a dicotomia do Direito Empresarial e do Direito Civil, mantendo diversidade de regulamentos, princípios, institutos, etc. Da mesma maneira, o legislador *excluiu expressamente* da compreensão do que seja *empresário* pessoas que possam até mesmo exercer *profissionalmente*, uma *atividade econômica*, devidamente *organizada de produção ou circulação de bens ou serviços* e que, em tese, estariam compreendidas como sendo empresárias, pois teriam todos os atributos prescritos pelo *caput* do art. 966 do Código Civil brasileiro.

Assim, para a real compreensão do parágrafo único do art. 966 do Código Civil e da exclusão nele prescrita, é mister estar certo da magnitude da discussão travada entre Cesare Vivante e Alfredo Rocco.

Como se sabe, o Direito Empresarial não se contenta com suas próprias fronteiras e vai adentrando aos outros ramos do Direito, mormente o Civil.⁴⁰

Dessa forma, o Direito Privado evoluiu em grande parte por causa do Direito Empresarial, sendo que o Direito Civil restou consideravelmente absorvido pelo ramo dos empresários, fazendo emergir como sucedâneo do Direito Comercial aquele, hodiernamente chamado, Direito Empresarial, na medida em que atualmente a mentalidade do empresário civil é basicamente semelhante à do empresário mercantil. Logo, não mais havendo razão para manter a distinção de tratamento que, até a edição do Código Civil,

ainda persistia. Daí a unificação em torno da figura do *empresário* desprezando-se as figuras do *comerciante* e do *civil*. Naturalmente, sem que isso tenha gerado a unificação do Direito Privado.

A mais abalizada doutrina moderna já demonstrava a superação do conceito de comerciante pelo de empresário, antes mesmo do Código Civil vigente.⁴¹ Isso decorre do fato de os empresários civis terem o mesmo comportamento e ética (= estado de espírito) dos empresários mercantis, como fruto da absorção da mentalidade mercantil pelo civil, cujo ramo jurídico restou, quanto a isso, absorvido pelo Direito Empresarial.

Por outro lado, essa “diversidade de espírito” em atos, ética, comportamento, etc. o legislador brasileiro não vislumbrou absorvida por aqueles que exercem atividade *intelectual*, pouco interessando se de natureza artística, literária ou científica. Daí a exclusão contemplada no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, que tem evidente conotação ética.

Assim como as cooperativas, o legislador entendeu que, por causa da sua “diversidade de espírito”, aquele que exerce atividade intelectual de natureza científica, ou atividade intelectual de natureza literária ou ainda atividade intelectual de natureza artística, ainda que explorando mão-de-obra alheia, por outras palavras: com concurso de auxiliares, não pode ser considerado empresário. Portanto, a compreensão da *organização* como sendo exploração de serviço alheio não se coaduna com a exceção contemplada pelo parágrafo único, que expressamente autoriza a “organização” de trabalho de terceiro. Raciocinar como a maioria da doutrina, que se limita a buscar no direito alienígena a justificativa para o sistema brasileiro, urge “malabarismos” e “ginásticas” doutrinárias que não se conjugam com a real intenção legal, que é de cunho ético.

Com efeito, entendemos que a exceção contemplada pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil tem origem na vetusta dicotomia do Direito Privado, o nosso legislador entendeu que aqueles que exercem na condição de pessoa natural ou mesmo pessoa jurídica atividades intelectuais ainda não absorveram o “estado de espírito”, ou seja: a ética empresarial e, dessa feita, devem estar excluídos da compreensão de empresários.

Essa mesma orientação se reserva ao exame da exceção criada dentro da exceção, que implicará atividade regra: empresarial. De fato, o legislador entende que se o exercício da profissão intelectual constituir elemento de empresa, a sua exploração caracterizará atividade empresarial.

Se a compreensão do empresário congrega quatro elementos (profissionalismo, atividade econômica, organização e produção ou circulação de bens ou serviços), a compreensão da empresa congrega três:⁴² capital + trabalho + atividade organizada para gerar lucros.⁴³ Tudo isso concomitante e, naturalmente, voltado para o mercado.⁴⁴

Logo, a empresa é o somatório dos seus três elementos tipológicos.⁴⁵ Não há empresa sem a presença obrigatória⁴⁶ dos três elementos. Para o estudo final do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, é necessário exatamente o elemento “trabalho”, expressamente trazido à colação pelo dispositivo legal.

Quando o legislador do Código Civil prescreveu que o exercício da profissão intelectual não seria considerado objeto simples caso constituísse elemento de empresa, ele quis dizer que, se o exercício desta atividade estiver inserido na linha de produção da pessoa (natural ou jurídica), ela não estaria excluída da compreensão de empresária. Logo, seria uma pessoa empresária, mesmo tendo atividade intelectual como elemento (trabalho) de empresa.

De fato, somente estaria contemplada na exceção (= interpretação restritiva) a pessoa que exercesse a atividade intelectual como um fim em si mesma. Neste caso, como as cooperativas, a sociedade teria objeto simples, podendo se revestir dos tipos prescritos pelo art. 983 do Código Civil, inclusive o próprio tipo simples.

Veja-se a título de exemplo e para que sejamos mais claros, se um cientista pesquisa na *universidade* a cura para a AIDS ou para o câncer, ele faz isso como um fim em si mesmo, da mesma maneira que a entidade universidade. Ele visa eminentemente ao retorno pessoal: reconhecimento acadêmico e de seus pares, ser agraciado com o Prêmio Nobel, ser citado em obras técnicas, ou, ainda, que a doença tenha o seu próprio nome (tais como mal de Hansen, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, mal de Chagas, etc.). Em suma: ele busca a imortalidade, o reconhecimento público. Não se trata de um elemento de empresa, da mesma maneira que a arte desenvolvida pelos membros do Grupo Corpo ou do Grupo Gira-mundo ou mesmo do Grupo Galpão.

Não é diversa a situação da *universidade*, que procura ter em seu quadro de profissionais intelectuais, posto que sua atividade é intelectual como um fim em si mesma.

Contudo, se o mesmo cientista faz a mesma pesquisa trabalhando para uma indústria farmacêutica, a sociedade apenas explora seu trabalho como a qualquer outro elemento da empresa (*verbi gratia*: o capital), ela não busca interesses pessoais, ela está voltada ao conteúdo econômico decorrente de eventual descoberta como um fim em si mesmo, pouco interessando os louros que pudessem ser colhidos pelo cientista. Para que esta sociedade não pudesse, posteriormente, alegar não ser empresária, posto que tem “trabalho intelectual”, foi que o legislador afastou da exclusão prescrita pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil o exercício da profissão intelectual como elemento de empresa.

Da mesma maneira poderíamos dizer, ainda por exemplo, de eventual editora. Naturalmente, ela tem nos seus quadros pessoas que exercem atividade intelectual, mas como elemento de empresa.

Bem diversa seria a situação dos “profissionais” liberais, que, a despeito de “visarem ao lucro”, “produzem serviços”, e muitas vezes de maneira “organizada”, não são considerados empresários, posto que exercem atividade intelectual, não como meio, mas, sim, como fim.

Assim, todas as vezes que o trabalho intelectual está inserido na linha de produção empresarial, aquele que explora a atividade será empresário, pessoa natural ou jurídica, se também tiver os demais atributos prescritos pelo *caput* do art. 966 do Código Civil brasileiro.

6 CONCLUSÕES.

Diante de tudo o que expusemos neste nosso artigo, podemos tirar como conclusão que empresário, que pode ser pessoa natural ou jurídica, é aquele que exerce profissionalmente, em nome próprio, atividade organizada que vise ao lucro decorrente da produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado.

Mesmo que a pessoa explore uma atividade com todos os atributos do empresário mencionados, ela não será considerada empresária se a atividade for intelectual de natureza artística, literária ou científica, desde que esta atividade não esteja inserida na linha de produção da pessoa como elemento de empresa.

¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 9 a 14.

² BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed., 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 96.

³ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 12.

⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 33.

⁵ DELGADO, Maurício José Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 25 et seq.

⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Curso de direito do trabalho; estudos em memória de Célio Goyatá*. São Paulo: LTr, 1995, v. 1, p. 126. Coord.: BARROS, Alice Monteiro de.

⁷ “Enquanto a sociedade é o *sujeito de direito*, a empresa é *objeto de direito*, ou seja, a empresa, ao contrário da sociedade, não tem personalidade jurídica, não é pessoa jurídica”. (BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1, p. 56.)

⁸ “A empresa, portanto, não é detentora de personalidade jurídica. Não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa, sendo, pois, objeto de direito. O empresário, titular da empresa, é quem ostenta a condição de sujeito de direito.” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.)

⁹ “Também, se empresa é objeto e, como tal, pode ser exercida por uma pessoa física ou jurídica, não há como: a) confundir empresa com sociedade, porque a primeira é objeto e a segunda – pessoa jurídica –, sujeito de direitos; b) dizer que a empresa pressupõe uma sociedade, porque a pessoa física, natural (o

comerciante em nome individual), também pode ser empresária, pode exercer uma atividade mercantil.” (ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, v. 1, p. 63.)

¹⁰ Nesse sentido, De Plácido e Silva anotava: “Os atos mercantis ou atos de comércio mostram-se de magna relevância em Direito Comercial. São eles que revelam a *matéria comercial*. E são eles que, praticados profissionalmente, dão a qualidade de comerciante às pessoas.” (SILVA, De Plácido e. *Noções práticas de direito comercial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 38.)

¹¹ *Apud* REQUIÃO, *op. cit.*, p. 34.

¹² MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 71.

¹³ O sistema brasileiro não contemplava a chamada “teoria dos atos mistos”, que era aquela decorrente da intervenção na relação comercial de comerciantes e não-comerciantes. Dylson Dória registrava com pertinência: “é de se ressaltar que, considerando mercantis todas as causas que derivarem de direitos e obrigações sujeitos aos seus dispositivos, desde que comerciante uma das partes, a lei brasileira consagrou a integralidade do ato.” (DÓRIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 43.) Por outras palavras: quando havia a intervenção de comerciante na relação materialmente mercantil, como pelo menos uma das partes, o ato seria, à época, considerado de comércio.

¹⁴ Isso, a despeito da melhor doutrina obterem para o Direito italiano: “Não se pode, portanto, dar uma definição dos atos de comércio regulados pelo Código, porque não têm caracteres comuns; o próprio legislador a isso renuncia.

Preferiu indicar em uma longa série demonstrativa quais são os atos regulados pelo Código Comercial, e a esta devemos cingir-nos sem a discutir.” (VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. Campinas: LZN, 2003, p. 30.)

¹⁵ “Contra o pensamento limitador do conceito classificatório, o tipo surgiu como nova proposta, uma ordem mais adequada para captar as fluidas transições da vida”. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988, p. 37.)

¹⁶ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Campinas: LZN, 2003, p. 202 *et seq.*

¹⁷ De Plácido e Silva demonstra este entendimento, a despeito de dele dissentir. (SILVA, *op. cit.*, p. 38.)

¹⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 455.

¹⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 80.

²⁰ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 42.

²¹ MARTINS, *op. cit.*, p. 74-76.

²² José Maria Rocha Filho parece entender que, por força do que prescreve o art. 967 do Código Civil, o registro teria, neste particular, se tornado condição essencial para que uma pessoa pudesse ser considerada empresária. Logo, para ele, este registro teria assimilado natureza constitutiva. Isso, porque o mencionado dispositivo legal exige que o empresário se registre antes do início de sua atividade. (ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial*; parte geral. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37 e 83.)

Nós, por outro lado, entendemos que o registro não se compreende na percepção do fenômeno *empresário*, que se trata, por força do art. 967 do CC, de mera formalidade estrutural, em nada mitigando o conteúdo material que orienta a figura do empresário, sendo que, por isso, divergimos de Rocha Filho.

Soma-se ao exposto o fato de que, ao teor do art. 36 da Lei n. 8.934/1994 (Lei do Registro Empresarial), o documento encaminhado a arquivamento nos trinta dias posteriores à sua lavratura, terá o seu registro retroativo quanto aos seus efeitos à data constante do documento. Dessa feita, a natureza jurídica do registro, no caso, é declaratória.

Não se perca ainda de vista, o fato de que o próprio Código Civil previu e regulamentou a “Sociedade em Comum” (arts. 986 a 990), assim como, nós entendemos que é possível a existência das sociedades empresárias de fato, atendidos os elementos do tipo. Portanto, a ausência de registro, por si só, não autorizaria afastar o reconhecimento de ser determinada pessoa empresária.

²³ DERZI, *op. cit.*, p. 35.

²⁴ “Nos sistemas da *common law*, especialmente no sistema inglês, salvo em algumas áreas pequenas e especiais, há pouco pensamento que se dedica ao sistema doutrinário.

Já a aplicação do Direito segue o método indutivo. O raciocínio indutivo caracteriza-se pelo movimento do pensamento que vai de uma ou várias verdades singulares a uma verdade mais universal.” (ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos – Teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 22-23.)

²⁵ Nesse sentido é de todo pertinente a leitura de BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: RT, 1985.

²⁶ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 125, p. 30.

²⁷ DERZI, *op. cit.*, p. 84.

²⁸ Trata-se de elementos fático-jurídicos, ou seja, de atributos de fato, aos quais o Estado reconhece um efeito jurídico. Estando todos eles presentes, tem-se a figura jurídica do *empresário*.

²⁹ “Profissional. De *profissão*, além do sentido vulgar, para distinguir tudo o que se refere à profissão, é empregado para designar o *perito* ou *mestre na arte* ou *ofício*.

E, assim, quando nos referimos a um *profissional*, aludimos a quem *entenda* ou seja conhecedor da arte ou do ofício.

É o *entendido* ou *versado na arte*.

Mas, em amplo sentido, *profissional* entende-se todo aquele que exerce uma profissão e que dela faz seu meio de vida. Não será, pois, um amador, um curioso acerca de certa arte ou ofício, mas o que vive dela ou dela tira seu sustento.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 647. Grifo acrescido ao original.)

³⁰ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 14.

³¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003, p. 56.

³³ Por exemplo, cf.: BORBA, *op. cit.*, p. 13. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14. NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

³⁴ DELGADO, Maurício José Godinho. *Curso de direito do trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá*. São Paulo: LTr, 1993. v. 1, p. 258 a 261. Coord. BARROS, Alice Monteiro de.

³⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 46.

³⁶ ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 155.

³⁷ BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. 4. tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 55 et seq.

³⁸ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 31. ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial – Parte geral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

³⁹ “... A proibição recai sobre pessoas plenamente capazes que exerçam no entanto profissão, ou que se encontrem em situação [caso do falido] que a lei considera incompatíveis com o exercício do comércio.

Razões de conveniência ou de utilidade pública aconselham e justificam a proibição.” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed., 4. tiragem Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 158.)

⁴⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 34.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 3 et seq.

⁴² Aqui também, conforme já afirmamos, deve ser mantido o raciocínio tipológico como método mais adequado.

⁴³ “Logo, na *acepção jurídica*, ‘**empresa é o exercício de uma atividade**’. E, se assim é, **como entidade jurídica**, empresa é uma abstração. Por quê? Porque a empresa, juridicamente somente *nasce* quando o empresário resolver iniciar, efetivamente, a atividade. Vale dizer: enquanto os fatores de produção, mesmo organizados, não forem colocados em movimento, não haverá empresa: haverá um conjunto de bens e pessoas, inertes. E essa ação do empresário – colocar os fatores de produção em movimento –, vê-se, é um elemento abstrato.” (ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, v. 1, p. 62.)

⁴⁴ Não se pretendeu aqui conceituar empresa, mas apenas e tão-somente trazer os seus elementos. Àqueles que pretendem a busca deste conceito, Waldirio Bulgarelli a define como sendo a “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens.” (BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 100.)

⁴⁵ Da mesma maneira que o empresário é o somatório de seus quatro elementos tipológicos.

⁴⁶ Em raciocínio tipológico.

ABSTRACT

The author, in an instructive text, defines what an entrepreneur is according to the Brazilian Civil Code.

KEYWORDS

Civil Code, Entrepreneur, Trade, Enterprise.

A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA EM JÜRGEN HABERMAS

Antonia Cláudia Lopes dos Santos*

Newton Kepler de Oliveira**

RESUMO

Em *A Teoria da Ação Comunicativa*, Jürgen Habermas pretende esclarecer, a partir do ato de compreensão, como o discurso cotidiano é privado de racionalidade, cuja presença constitui a base para a refutação de toda forma de relativismo. Entretanto, ele admite a captura dessa racionalidade no curso do desenvolvimento do modo de produção capitalista, cujo padrão seletivo de racionalização reduz o potencial da racionalidade humana a uma razão instrumental, com subseqüentes perdas e danos à ação comunicativa social.

PALAVRAS-CHAVE

Reviravolta lingüística, Teoria da Ação Comunicativa, Discurso.

O ponto de partida de Habermas para a formulação de sua Teoria da Ação Comunicativa é a consideração da dimensão pragmática da linguagem humana como a principal do processo de comunicação social. Ele realiza uma gigantesca compilação de suas reflexões sobre o conceito de mundo vivido recorrente na filosofia e a teoria dos atos de fala. O resultado é o livro *A Teoria da Ação Comunicativa*, publicado no início da década de 1980¹. Para ele a dimensão semântica da linguagem deve ser considerada secundariamente, porquanto se mostra completamente superada. Ele desenvolve essa compreensão após análise dos avanços da filosofia analítica, principalmente aquela praticada pela Escola de Oxford, e da filosofia hermenêutica. Ele vê confluência entre as teorizações dessas vertentes filosóficas, aproximação entre a teoria dos atos de fala daquela e o conceito de mundo vivido desta. Certamente ele privilegia a abordagem lingüística da significação em detrimento da formulação de um paradigma da consciência a partir da percepção.

Em *A Teoria da Ação Comunicativa* Habermas² retoma as problemáticas teóricas que lhe haviam exigido muita atenção, cuja complexidade faz com que ele destaque a “racionalidade comunicativa” como tema central

* Socióloga, Especialista em Filosofia, Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Doutoranda em Sociologia, Professora de Metodologia do Trabalho Científico na Faculdade Christus. aclaudials@yahoo.com

** Graduado em Processamento de Dados, Especialista em Informática, Especialista em Filosofia, Mestre em Filosofia, Professor da Faculdade Christus. nktito@hotmail.com

de sua reflexão filosófica. A ação comunicativa baseia-se na intersubjetividade lingüisticamente mediatizada, o que requer a aceitação do conceito de interação. Essa ação consiste na comunicação entre dois ou mais atores sobre coisas, pessoas e regras do processo comunicativo. Isso confere à própria linguagem uma característica de metalinguagem ao mesmo tempo. Esse comportamento metalingüístico se manifesta quando cada linguagem elabora os conteúdos descritivos ou prescritivos sobre si mesma, apresentando as condições de aplicação extralingüística de suas sentenças. Essas modulam a compreensão e o comportamento dos interlocutores em ação comunicativa.

Habermas cria o conceito de competência comunicativa para contemplar a mudança que ocorre quando uma sentença é verbalizada, coisa que a formulação de competência lingüística de Chomsky não faz. Pela formulação habermasiana uma vez proferida, a sentença se transforma pragmaticamente em enunciado situado em um contexto lingüístico ou fala.

Conforme a formulação de Habermas o ato lingüístico consiste na transformação de uma sentença em um enunciado. Isso só é possível pela própria estrutura do ato lingüístico: uma parte performativa e uma parte proposicional. Formalmente, um ato lingüístico contém duas sentenças: uma dominante e uma dependente. A primeira contém a parte performativa e a outra contém a parte proposicional. O contexto pragmático da parte proposicional é determinado pela parte dominante por exemplo, no enunciado “Prometo que viajarei”, “Prometo” constitui a parte performativa e “viajarei” constitui a parte proposicional.

A parte proposicional comporta dois tipos de proposições: a descritiva ou a prescritiva. A proposição descritiva possibilita descrever objetos e a proposição prescritiva permite prescrever comportamentos. Ambas devem se submeter a um processo de validação. A proposição descritiva deve se mostrar verdadeira e a proposição prescritiva, justa. Por exemplo, a proposição descritiva “este prego não suporta mais de 5 kg” é uma afirmação e deve ser ensinada num discurso teórico das ciências; ao passo que a proposição “quem toma emprestado deve devolver” é uma recomendação e deve ser justificada num discurso prático da universalidade da ação eticamente relevante.

Habermas afirma a necessidade de mudança do contexto interativo para o campo do discurso, o que conduz fatalmente à superação do abismo existente entre o ser e o dever, entre os julgamentos descritivos e os julgamentos prescritivos. Essa tarefa de estabelecer um estatuto rigoroso ao postulado da unidade da ciência e da vida social, da teoria e da prática é o objeto de sua teoria da ação comunicativa. A realização dessa tarefa acarreta no processo de virtualização de todas as coações interativas, de todos os motivos, de todos os interesses e deformações recorrentes nos contextos habituais da ação comunicativa. Agora, nesse novo patamar todos os participantes da comunicação social buscam cooperativamente a verdade, imbuídos que estão da melhor argumentação.

A formulação habermasiana enfatiza que toda ação comunicativa assenta na intersubjetividade lingüisticamente mediatizada. Assim, Habermas reconhece que a linguagem é ao mesmo tempo metalinguagem, o que possibilita conter sentenças com um determinado conteúdo descritivo ou prescritivo e conter as condições extralingüísticas de aplicação dessas sentenças.

Os atos de fala comportam três distinções, as quais têm sido discutidas largamente na filosofia. Em primeiro lugar deve-se fazer a distinção referente à conexão entre um mundo público intersubjetivamente construído e um mundo privado permeado de opiniões. Essa distinção deve ser capaz de delinear o ser e a aparência. Em seguida deve-se fazer a distinção referente à possibilidade de existência de uma essência e de uma aparência dos sujeitos capazes de produção de atos de linguagem e de ação. Por fim, em terceiro lugar, deve-se fazer a distinção referente à ocorrência de regularidades empíricas e obediência de regras.

Essa distinção entre o saber baseado na ciência empírica e o saber disseminado na cultura suscita em Habermas uma necessidade lógica de alcançar um elo entre esses dois tipos de conhecimento. Ele parte de uma ciência que reproduz de modo reflexivo as estruturas espontâneas da consciência tecnocrática. Essa é certamente a responsável pela transformação das ciências naturais em paradigma do saber, principalmente pela atenção dedicada à tarefa de estabelecer as correlações causais entre fenômenos objetivados. A consciência tecnocrática minimiza a existência dos interesses cognitivos a partir da suposição de uma faticidade sem problemas. Assim, essa consciência tecnocrática contribui imensamente para a exclusão das questões de ordem prática da vida social.

O primeiro objetivo da teoria da ação comunicativa de Habermas se realiza através da análise do conceito filosófico moderno e clássico da razão, inclusive as estruturas sociais vinculadas ao que pode ser pensado como racional. Ele vai observar que em cada ato de comunicação lingüística existem dimensões diversas e que em cada uma dessas existem implicitamente pretensões de valores racionais, fundamentalmente pretensões de verdade. Isso é enfatizado por Gondim no texto *A Dimensão Ético-Política da Prática do Planejamento*:

O projeto habermasiano tem como um dos seus objetivos principais mostrar que questões valorativas podem ser tratadas de forma racional, não arbitrária, onde a superação da dicotomia entre fato e valor se fundamenta na identificação de critérios universais para justificar racionalmente as normas implícitas na estrutura da comunicação, tal como se realizam os atos da fala.³

Habermas afirma a existência de um lugar que serve de depósito para esquemas interpretativos lingüisticamente articulados e tradicionalmente difundidos. Este *locus* é o mundo vivido, onde se realiza a comunicação entre os sujeitos sobre algo. Ele afirma que o mundo vivido é a condição universal de toda comunicação humana, constituindo-se em um verdadeiro *a priori* de sentidos gestado historicamente no processo de interação social. O mundo vivido é constituído pela linguagem e pela cultura, que são os responsáveis pela constituição desse *locus*, onde se realizam os atos comunicativos humanos. O mundo vivido estabelece inelutavelmente as formas de intersubjetividade da comunidade de comunicação humana.

Contudo, as estruturas desse mundo vivido permanecem normalmente implícitas, embora forneçam as condições de interpretação prévia das relações entre os conceitos formais de mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo. Portanto, trata-se de um *locus* suscetível de falhas e retificações, o que desencadeia um processo de racionalização permanente.

O processo de racionalização em Habermas possibilita a realização de três distinções fundamentais para a explicação da comunicação. A primeira distinção a ser feita deve explicitar a diferença entre o que é realidade e ilusão com o uso dos atos lingüísticos constativos. Estes exprimem o sentido das proposições e seu conteúdo cognitivo. Sem essa distinção não seria possível o estabelecimento de diferença entre o mundo público de concepções intersubjetivamente aceitas e o mundo privado de meras fantasias e imaginações subjetivas. É a diferenciação entre cultura e sociedade, como fica patente na crescente dissociação entre cosmovisões e sistemas de instituições. Por exemplo, nos atos lingüísticos constativos são usados os verbos performativos afirmar, narrar, descrever, comunicar, explicar.

A segunda distinção a ser feita deve explicitar a diferença entre essência e manifestação com o uso dos atos lingüísticos representativos. Estes exprimem o sentido pragmático das intenções, atitudes e expressões do ouvinte diante do falante (locutor). Sem essa distinção não seria possível o estabelecimento de diferença entre os indivíduos tal como realmente são e a manifestação pragmática de suas individualidades através de enunciados, expressões e ações. Por exemplo, nos atos lingüísticos representativos são usados os verbos performativos admitir, confessar, negar, esconder.

A terceira distinção a ser feita deve explicitar a diferença entre o existente e o desejável com o uso dos atos lingüísticos regulativos. Estes exprimem o sentido da relação do falante (locutor) e ouvinte com normas. Sem essa distinção não seria possível o estabelecimento de diferença entre as regularidades empíricas e normas. Por exemplo, nos atos lingüísticos regulativos são usados os verbos performativos comandar, ordenar, proibir, permitir.

Toda linguagem tem uma criticidade, o que se manifesta na fala como intenção de levantar pretensões de julgamento e validade sobre fatos e objetos do mundo. Ou seja, há toda uma disposição de defender uma idéia contra quem quer que a critique; por isso fala-se de uma racionalidade embutida. Sendo a racionalidade a capacidade de justificação do homem, a comunicação humana é dotada de duas dimensões: uma dimensão explícita, caracterizada pelo fato de os homens se comunicarem sempre sobre alguma coisa quando se comunicam; e uma dimensão do implícito, caracterizada pelos fatos existentes no mundo objetivo, como regras e normas.

Habermas entende que o processo de comunicação parte de um plano de ação individual que é expresso através do ato da fala. A partir dos atos da fala ele cria a teoria da ação, que pode ser utilizada e instrumentalizada basicamente, conforme afirmação de Calinos⁴:

- Na concepção convincente da racionalidade em relação ao discurso cotidiano que permite que se refute toda forma de relativismo como algo incoerente;
- No sentido de que a concepção da racionalidade comunicativa implica conseqüências políticas, isto porque sua perspectiva utópica de racionalização e liberdade está baseada nas condições de socialização dos indivíduos e insere nos mecanismos lingüísticos de reprodução da espécie humana;
- No sentido de que quando a racionalidade é vista como uma razão instrumental, o potencial da razão comunicativa fica distorcido e deslocado no curso do desenvolvimento capitalista, isto porque o desenvolvimento capitalista está associado a um padrão seletivo de racionalização.

A teoria da ação comunicativa de Habermas parte do pressuposto de que os homens agem como sujeitos dotados de capacidade de ação e que concretizam em conjunto de acordo com sua racionalidade. Eles agem em função de uma razão, de interesses, no sentido weberiano. Essa concepção teórica de Habermas está voltada principalmente para a reconstrução das condições existentes, porquanto os indivíduos, quando são socializados, se comunicam através da linguagem socialmente adquirida. Portanto, eles não têm como evitar o emprego dessa linguagem porque ela está voltada para o entendimento, o que configura a razão comunicativa, como ressalta Calinos⁵. Neste aspecto, a ação, para Habermas, expressa a interação do agente em relação à realidade. Contudo, quando este agente realiza algum afastamento de uma relação intencional com a realidade (objetiva, social e subjetiva), ele perde qualquer conteúdo cognitivo, normativo e expressivo.

Em cada forma de racionalidade específica, o entendimento é a forma pelo qual a linguagem organiza a coordenação de uma ação específica e põe em prática uma capacidade de interpretar uma forma. Na teoria da sociedade adotada por Habermas, as sociedades modernas são concebidas, em termos gerais, como uma unidade precária de mecanismos de integração social e sistêmico. Ou ainda, como “relações sistêmicas de grupos socialmente integrados”. Ele não trata dos nexos de interação social como simples agregados quantitativos de orientações de ação individual, mas como atos de “entendimento intersubjetivo” entre dois ou mais indivíduos. Para ele, é no “mundo vivido” que os indivíduos vão mediar sua sociabilidade através de um horizonte de aceitação de contextos intersubjetivamente compartilhados, convicções estáveis, resultados da ação comunicativa e produto histórico dos esforços de interpretações de gerações passadas.

Na obra habermasiana, o “mundo da vida” se constitui na fonte do saber, orientado intuitivamente na confiança de que a corrente de comunicação do processo social pode se desenvolver sem perigo de interrupção. Todavia, essa idéia de “mundo da vida” como conceito encontrado em sua teoria da ação comunicativa se diferencia de sua forma de aplicação fenomenológica. Ele parte de que “cada ato de entendimento lingüístico se move constantemente em um âmbito de situações de definições intersubjetivamente reconhecidas”.

Para Habermas, a prática cotidiana orientada para o entendimento está permeada de idealizações inevitáveis que permitem na linguagem coloquial a reprodução da nossa vida. Essas idealizações estão associadas aos conteúdos normativos encontrados nas práticas sociais, as quais não podem ser prescindidas no processo comunicacional porque a linguagem (associada à ‘visão de mundo’) é constitutiva de formas de vida sócio-culturais (cf. Calinos⁶).

No mundo da vida, compartilha-se intersubjetivamente um amplo consenso sem o qual a prática cotidiana não poderia existir. Ou seja, sem qualquer consenso entre as pessoas não poderia haver um agir comunicativo. Este agir comunicativo se realiza através da linguagem comum em um mundo explorado pela própria linguagem, pré-interpretado, em formas de vida compartilhada culturalmente, em contextos normativos, tradições, rotinas, etc. Entretanto, o agir comunicativo não significa a mesma coisa que argumentação, pois a argumentação se expressa como formas de comunicação inverossímeis, ou seja, como formas de comunicação repletas de pressupostos que sustentam o agir estratégico.

O processo de racionalização do mundo leva Habermas a fazer distinção entre sistema da vida e mundo da vida. O sistema da vida integra as diversas atividades da sociedade no aspecto de regulador das conseqüências não pretendidas da ação estratégica mediante o concurso de mecanismos de mercado ou burocráticos que limitam o escopo das decisões voluntárias. Em

suma, o conceito de sistema refere-se às implicações funcionais das ações para a reprodução de uma sociedade determinada. O mundo da vida contribui para manter a identidade social e individual ao se organizar a ação de valores compartilhados com vista à realização de um acordo sobre aspectos de validade que são passíveis de crítica.

Para Habermas, o mundo da vida se traduz através de mecanismos pelos quais os agentes sociais chegam a uma compreensão compartilhada do mundo. A separação entre sistema e mundo da vida ocorre em sociedades estratificadas em classes e organizadas em Estado, onde a integração do sistema do mundo da vida está condicionada à sua própria racionalização. Com isso, Habermas se filia à tradição do pensamento político porque ele continua concentrado na problemática do direito e da racionalidade. Todavia, ele vai pensar a relação entre a ética e o direito fundamentalmente diferente dessa tradição. Ele afirma que Moral e Direito têm uma origem em comum, qual seja, a eticidade.

Para a compreensão da distinção habermasiana entre Moral e Direito é necessário saber que a tradição ocidental pensa o Direito como uma espécie de delimitação da moral. Assim, Direito é a parte da Moral que cada indivíduo acredita poder impor aos demais e, daí, aguardar obediência, preferencialmente passiva (e pacífica). Por conseguinte, pode-se afirmar que o direito positivo é o conjunto de leis postas por uma (parte da) sociedade que tem como tarefa traduzir as exigências do direito natural.

Diante disso, Habermas dedica grande atenção à elaboração de uma relação entre Direito e Moral que possa se contrapor radicalmente à tese da tradição. Assim, ele afirma que a Moral efetivamente rege a vida do indivíduo, e o Direito, por seu turno, deve reger a convivência racional. Ele vai situar os processos democráticos centrados no direito como uma teoria formal, o que lhe permite escapar à incidência da legalidade dos positivistas. Contudo, Habermas propõe a escolha de uma esfera neutra como o *locus* privilegiado para o exercício do princípio do discurso, a partir do qual se podem legitimar a moral, a ética e o direito.

Habermas parece aceitar que a fundamentação do direito vem diretamente do princípio neutro presente no discurso. Ele não considera a existência de uma interligação linear entre Moral, Ética e Direito. Essa é a grande novidade que a teorização habermasiana apresenta: antes o princípio do discurso era essencialmente ético e agora não é mais; ele paira para além da Moral como neutro. Ele não abre mão dessa dimensão em sua produção intelectual. Na concepção do antigo Habermas, a racionalidade é igual à ética, que desemboca no Direito. Hoje ele defende que existe uma racionalidade neutra que tanto pode desembocar numa Ética, como pode desembocar num Direito. Não há mais aquela ação seqüencial de racionalidade via ética ao Direito. Na concepção de Appel e na do antigo Habermas, racionalidade é igual à Ética e a ética desembocava no Direito.

Neste aspecto, o Direito mostra-se vinculado à Ética, embora mantenha sua especificidade.

Neste tocante, Habermas defende hoje uma racionalidade ligada à linguagem, que lhe parece ser eticamente neutra. Partindo dessa linguagem, ele acredita ser possível alcançar tanto uma fundamentação da Ética, quanto uma formulação do Direito (sem passar novamente pela Ética). Ele credita a retidão do Direito não aos princípios empíricos, mas à possibilidade de sua universalização. A Ética universal é necessária, mas a ética sozinha não traz soluções. A Ética deve ser complementada pelo Direito.

Para Habermas, portanto, o Direito é o complemento necessário da Ética; é o meio de uma sociedade poder se reproduzir. Pela formulação habermasiana, o Direito é a tradução da razão nas relações sociais. Para ele, é possível conciliar uma ética universal formal e os conteúdos concretos. A razão universal deixa livres todos os conteúdos, e esses conteúdos podem ser os mais diversos; sejam os ocidentais, sejam os orientais. Essas diferenças são perfeitamente acomodadas na teoria de Habermas. Para ele, todos podem ser diferentes, o que importa é que todos tenham um procedimento universal em que se possa testar realmente a sua universalidade, cujo entendimento deve ser dado pelos procedimentos discursivos. Ele quer afastar definitivamente o etnocentrismo que tende a universalizar momentaneamente algumas particularidades de determinadas culturas em detrimento das demais.

A razão universal pensada por ele deixa livres todos os conteúdos porque todos são empiricamente diferentes. Assim, para Habermas, a religião numa sociedade global seria substituída por uma ética universal. A ética fornece os princípios para a discussão crítica das normas. O direito vai ser o complemento necessário à ética porque vai estar situado para além da ética na concepção habermasiana. Portanto, a moral não deve ser considerada como condição para o estabelecimento do Direito, dado que este não é mais a expressão da Moral. Pela proposta de Habermas, o Direito passa a fazer parte dos princípios do discurso.

Por conseguinte, Habermas assume claramente uma postura de contraposição à idéia ontológica de Direito pensada pelos filósofos clássicos. Ele se contrapõe também à idéia positivista do Direito. Ele rejeita essa teoria racional por apresentar um arcabouço teórico em defesa de uma racionalidade ontológica. Ele rejeita, assim, a concepção de toda teoria do positivismo jurídico, cuja legitimidade depende de um consenso fático. Para ele, essa é uma postura filosófica que procura conciliar uma dimensão normativa com uma dimensão fática, ao mesmo tempo em que considera que a dimensão normativa emerge da faticidade.

Habermas afirma que a razão universal não é a totalidade porque ela deixa livres todos os conteúdos. Assim, toda argumentação tem, indepen-

dentemente de seu conteúdo, uma estrutura básica calcada em pressupostos comuns. Esses pressupostos constituem um *locus* privilegiado, onde o direito passa a ser o meio através do qual uma sociedade pode se reproduzir. Essa possibilidade de reprodução social está livre da representação da força, mas é capaz de apresentar condições concretas de solução dos conflitos humanos mediante o poder da argumentação, do diálogo, do discurso. Isto é, a possibilidade de estabelecimento de um direito que seja capaz de tradução (ou tradição, passagem) da razão nas relações sociais. Por conseguinte, afirma Habermas, quem pensa a partir da linguagem pode certamente ter uma mediação inalienável da vida humana, o que resulta da função de coordenar as ações humanas.

Por fim, deve-se ressaltar que a idéia central da teoria da ação comunicativa de Habermas⁷ é o ponto de partida obrigatório, portanto, inevitável, da situação de inexistência de consenso entre os participantes de determinada comunidade lingüística. Para ele, é necessário que os atores do processo de comunicação social sejam capazes de realizar, mediante os discursos teóricos e práticos, a tríplice distinção entre realidade e ilusão, essência e manifestação externa, e fatos e valores. Sem isso, todo esforço humano de estabelecimento de consenso se conforma inelutavelmente em um projeto quimérico.

¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo I, Capítulo I, Madrid: Taurus, 1982.

² Veja também outras obras do mesmo autor: 1) *El Discurso Filosófico de La Modernidad*. Buenos Aires: Editora Taurus, 1989; 2) *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990; 3) *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987; 4) *Teoría y Práxis*. Madrid: Tecnos, 1987, dentre outras.

³ GONDIM, L. M. P. A Dimensão Ético-Política da Prática do Planejamento: Comentários sobre as Propostas Teórico-metodológicas de John Foraster. In: *ENCONTRO SOBRE POBREZA, URBANIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE*, Minas Gerais, 30 de maio a 02 de junho de 1995, Anais UFRJ, 1995.

⁴ CALINOS, A. *Contra el Postmodernismo: Uma Crítica Marxista*. Bogotá: Ancora Editores, 1993, p. 179.

⁵ *Id. ibidem.*, p. 95.

⁶ *Id. ibidem.*, *passim*.

⁷ Confira também as seguintes publicações de Manfredo Araújo de Oliveira: 1) *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993; 2) *Reviravolta lingüístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996; e 3) *La Teoría de La Acción Comunicativa de Jürgen Habermas*. *Revista Mexicana de Ciências Políticas y Sociales*, n. 163, Año XLI, Enero - Marzo, 1996.

ABSTRACT

In the Theory of Communicative Action, Jürgen Habermas tries to explain, beginning with the comprehensive act, such as how the daily discourse is marred with rationality, of which such presence constitutes the base for the refutation of all forms of relativism. However, he admits that this rationality is grasped in the course of the growth of the capitalist way of production, in which such selective standard of rationalization diminishes the potential of human rationality to an instrumental reason, with subsequent losses and damage to the communicative social action and impediment to the perfect realization of ideal human communication.

KEYWORDS

Linguistic turn, Theory of Communicative Action, Discourse.

EMENTÁRIO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 44, DE 30 DE JUNHO DE 2004

(Publicado no D.O.U de 01.07.2004)

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

As **MESAS** da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso III do art. 159 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.159.....”

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

..... (NR)

Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 43, DE 15 DE ABRIL DE 2004

(Publicado no D.O.U de 16.04.2004)

Altera o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando, por 10 (dez) anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste.

As **Mesas** da **Câmara dos Deputados** e do **Senado Federal**, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O *caput* do art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 42. Durante 25 (vinte e cinco) anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação:

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

EMENTÁRIO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL

Observações:

1. A legislação aqui apresentada contém apenas os atos legislativos e as medidas provisórias.
2. As datas referem-se ao dia de publicação no Diário Oficial da União (DOU).
3. Ementário completo pode ser obtido no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br) ou do Senado Federal (www.senado.gov.br)

30 de junho de 2004

Medida Provisória n. 195, de 29.6.2004 - Dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo para bloqueio temporário da recepção de programação inadequada, e dá outras providências.

29 de junho de 2004

Medida Provisória n. 194, de 28.6.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 900.000.000,00, para os fins que especifica.

28 de junho de 2004

Lei n. 10.889, de 25.6.2004 - Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS a efetuar capitalização na Companhia Energética do Maranhão – CEMAR e altera a alínea *a* do inciso I do art. 3º da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

25 de junho de 2004

Lei n. 10.888, de 24.6.2004 - Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de maio de 2004, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 193, de 24.6.2004 - Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

21 de junho de 2004

Lei n. 10.887, de 18.6.2004 - Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.

18 de junho de 2004

Lei n. 10.886, de 17.6.2004 - Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”.

Lei n. 10.885, de 17.6.2004 - Altera a Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a novação de dívidas e responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais, e dá outras providências. (Mensagem de veto)

Lei n. 10.884, de 17.6.2004 - Altera os prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, e os arts. 5º e 6º da referida Lei e dá outras providências.

Medida Provisória n. 192, de 17.6.2004 - Dá nova redação ao § 4º do art. 5º da Lei nº 8.629, de 5 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a forma de pagamento das indenizações decorrentes de acordos judiciais, acrescenta os §§ 7º, 8º e 9º ao mesmo artigo, dispondo sobre a forma de pagamento dos imóveis rurais pela modalidade de aquisição por compra e venda, e dá outras providências.

17 de junho de 2004

Lei n. 10.883, de 16.6.2004 - Reestrutura a remuneração e define as competências dos ocupantes dos cargos da Carreira de Fiscal Federal Agropecuário e dá outras providências.

15 de junho de 2004

Medida Provisória n. 191, de 11.6.2004 - Dá nova redação aos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, e acrescenta a alínea “f” ao inciso I do art. 2º da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, que dispõem sobre importações de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica e suas respectivas isenções ou reduções de impostos.

11 de junho de 2004

Lei n. 10.882, de 9.6.2004 - Dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Gratificação Temporária de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Mensagem de veto.

Lei n. 10.881, de 9.6.2004 - Dispõe sobre os contratos de gestão entre a Agência Nacional de Águas e entidades delegatárias das funções de Agências de Águas relativas à gestão de recursos hídricos de domínio da União e dá outras providências.

Lei n. 10.880, de 9.6.2004 - Institui o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE e o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos, dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Brasil Alfabetizado, altera o art. 4º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e dá outras providências.

Lei n. 10.879, de 9.6.2004 - Abre, em favor de Encargos Financeiros da União, crédito extraordinário no valor de R\$ 1.400.000.000,00 (um bilhão e quatrocentos milhões de reais).

9 de junho de 2004

Lei n. 10.878, de 8.6.2004 - Acrescenta o inciso XVI ao **caput** do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, para permitir a movimentação da conta vinculada em caso de necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural.

7 de junho de 2004

Lei n. 10.877, de 4.6.2004 - Altera a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, que dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica.

3 de junho de 2004

Lei n. 10.876, de 2.6.2004 - Cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social, dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de

Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dá outras providências. Mensagem de Veto.

2 de junho de 2004

Lei n. 10.875, de 1º.6.2004 - Altera dispositivos da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas.

Lei n. 10.874, de 1º.6.2004 - Dá nova redação ao caput do art. 7º da Lei nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, que dispõe sobre o desmembramento e a reorganização da Carreira Policial Civil do Distrito Federal, fixa remuneração de seus cargos e institui para os militares do Distrito Federal - Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar a Gratificação de Condição Especial de Função Militar - GCEF.

1º de junho de 2004

Medida Provisória n. 190, de 31.5.2004 - Institui, no âmbito do Programa de Resposta aos Desastres, o Auxílio Emergencial Financeiro para atendimento à população atingida por desastres, incluída nos Municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência, dá nova redação ao § 2º do art. 26 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ao art. 2º-A da Lei nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 189, de 31.5.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R\$ 32.000.000,00, para os fins que especifica.

27 de maio de 2004

Lei n. 10.873, de 26.5.2004 - Dispõe sobre a transformação de funções comissionadas em cargos em comissão no Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal Superior do Trabalho e dá outras providências.

26 de maio de 2004

Lei n. 10.872, de 25.5.2004 - Altera dispositivos da Lei nº 7.501, de 27 de junho de 1986, e dá outras providências.

21 de maio de 2004

Lei n. 10.871, de 20.5.2004 - Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.

20 de maio de 2004

Lei n. 10.870, de 19.5.2004 - Institui a Taxa de Avaliação *in loco* das instituições de educação superior e dos cursos de graduação e dá outras providências.

19 de maio de 2004

Medida Provisória n. 188, de 18.5.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, para os fins que especifica.

14 de maio de 2004

Lei n. 10.869, de 13.5.2004 - Altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 187, de 13.4.2004 - Dispõe sobre a remuneração dos militares, a serviço da União, integrantes de contingente armado de força multinacional empregada em operações de paz, em cumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil em entendimentos diplomáticos ou militares, autorizados pelo Congresso Nacional e sobre envio de militares das Forças Armadas para o exercício de cargos de natureza militar junto a organismo internacional.

Medida Provisória n. 186, de 13.4.2004 - Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 10.748, de 22 de outubro de 2003, que cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 185, de 13.4.2004 - Altera a Lei nº 10.555, de 13 de novembro de 2002, que autoriza condições especiais para o crédito de valores iguais ou inferiores a R\$ 100,00, de que trata a Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, e dá outras providências.

13 de maio de 2004

Lei n. 10.868, de 12.5.2004 - Dispõe sobre a instituição de Gratificação Temporária para os servidores Técnico-Administrativos e Técnico-Marítimos das Instituições Federais de Ensino e dá outras providências. Mensagem de Veto.

Lei n. 10.867, de 12.5.2004 - Altera o art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Mensagem de Veto.

11 de maio de 2004

Medida Provisória n. 184, de 10.4.2004 - Abre crédito extraordinário aos Orçamentos Fiscal e de Investimento da União, em favor dos Ministérios da Justiça, dos Transportes e da Defesa, para os fins que especifica.

5 de maio de 2004

Lei n. 10.866, de 4.4.2004 - Acresce os arts. 1º-A e 1º-B à Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, com o objetivo de regulamentar a partilha com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível - Cide, e dá outras providências. Mensagem de Veto.

30 de abril de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.865, de 30.4.2004 - Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Mensagem de Veto.

Medida Provisória n. 183, de 30.4.2004 - Reduz as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS, incidentes na importação e na comercialização do mercado interno de fertilizantes e defensivos agropecuários classificados no Capítulo 31 da NCM, e dá outras providências.

30 de abril de 2004

Lei n. 10.864, de 29.4.2004 - Abre ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério da Saúde, crédito especial no valor de R\$ 20.000.000,00, para os fins que especifica.

Lei n. 10.863, de 29.4.2004 - Convalida a Resolução n° 7, de 2002, do Senado Federal, que unifica as tabelas de vencimentos básicos e os demais componentes da estrutura remuneratória aplicável aos cargos de provimento efetivo integrantes do Quadro de Pessoal do Senado Federal e de seus órgãos supervisionados, nos termos do art. 17 da Resolução n° 9, de 1997, do Senado Federal.

Medida Provisória n. 182, de 29.4.2004 - Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1° de maio de 2004, e dá outras providências.

22 de abril de 2004

Lei n. 10.862, de 20.4.2004 - Dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e dá outras providências.

16 de abril de 2004

Emenda Constitucional n. 43, de 15.4.2004 - Altera o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando, por 10 (dez) anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste.

15 de abril de 2004

Lei n. 10.861, de 14.4.2004 - Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, e dá outras providências.

Lei n. 10.860, de 14.4.2004 - Dispõe sobre a criação do Instituto Nacional do Semi-Árido - INSA, unidade de pesquisa integrante da estrutura básica do Ministério da Ciência e Tecnologia, e dá outras providências. Mensagem de Veto.

Lei n. 10.859, de 14.4.2004 - Altera a Lei n° 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, que institui o Programa de Arrendamento Residencial e dá outras providências.

14 de abril de 2004

Lei n. 10.858, de 13.4.2004 - Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências.

13 de abril de 2004

Medida Provisória n. 181, de 12.4.2004 - Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS a efetuar capitalização junto à Companhia Energética do Maranhão - CEMAR e altera a alínea “a” do inciso I do art. 3º da Lei n° 10.438, de 26 de abril de 2002.

7 de abril de 2004

Lei n. 10.857, de 7.4.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 3.400.000.000,00, para os fins que especifica.

Medida Provisória n. 180, de 7.4.2004 - Abre, em favor de Encargos Financeiros da União, crédito extraordinário no valor de R\$ 1.400.000.000,00, para os fins que especifica.

6 de abril de 2004

Lei n. 10.856, de 5.4.2004 - Extingue o Conselho Diretor do Fundo de Garantia à Exportação - CFGE, altera dispositivos da Lei n° 9.818, de 23 de agosto de 1999, e dá outras providências.

2 de abril de 2004

Lei n. 10.855, de 1º.4.2004 - Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei n° 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 179, de 1º.4.2004 - Altera os arts. 8º e 16 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências.

1º de abril de 2004

Lei n. 10.854, de 31.3.2004 - Autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica à Companhia de Navegação do São Francisco - FRANAVE.

Lei n. 10.853, de 31.3.2004 - Altera o caput do art. 1º da Lei nº 10.429, de 24 de abril de 2002, que institui o Auxílio-Aluno no âmbito do Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores de Enfermagem - PROFABE.

Medida Provisória n. 178, de 31.3.2004 - Autoriza, em caráter excepcional, a antecipação da transferência de recursos prevista no art. 1º-A da Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, nas condições em que especifica.

30 de março de 2004

Lei n. 10.852, de 29.3.2004 - Altera o art. 47 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998.

26 de março de 2004

Lei n. 10.851, de 25.3.2004 - Autoriza o Poder Executivo a doar à República da Bolívia vacinas contra a febre aftosa.

Lei n. 10.850, de 25.3.2004 - Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as di-retrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas es-peciais de incentivo à adaptação de con-tratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Medida Provisória n. 177, de 25.3.2004 - Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências.

25 de março de 2004

Medida Provisória n. 176, de 24.3.2004 - Altera dispositivos da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas.

24 de março de 2004

Lei n. 10.849, de 23.3.2004 - Cria o Programa Nacional de Financiamento da Ampliação e Modernização da Frota Pesqueira Nacional - Profrota Pesqueira, e dá outras providências.

22 de março de 2004

Medida Provisória n. 175, de 19.3.2004 - Acresce parágrafo ao art. 2º da Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a novação de dívidas e responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, e dá outras providências.

19 de março de 2004

Medida Provisória n. 174, de 18.3.2004 Altera o termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

17 de março de 2004

Medida Provisória n. 173, de 16.3.2004 - Institui o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE e o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos, dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Brasil Alfabetizado, altera o art. 4º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e dá outras providências.

16 de março de 2004

Lei n. 10.848, de 15.3.2004 - Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998,

9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

Lei n. 10.847, de 15.3.2004 - Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências.

15 de março de 2004

Lei n. 10.846, de 12.3.2004 - Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior.

11 de março de 2004

Medida Provisória n. 172, de 10.3.2004 - Dá nova redação ao **caput** do art. 7º da Lei nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, que dispõe sobre o desmembramento e a reorganização da Carreira Policial Civil do Distrito Federal, fixa remuneração de seus cargos e institui, para os militares do Distrito Federal - Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, a Gratificação de Condição Especial de Função Militar - GCEF.

8 de março de 2004

Lei n. 10.845, de 5.3.2004 - Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências.

5 de março de 2004

Lei n. 10.844, de 4.3.2004 - Dispõe sobre os créditos do Banco Central do Brasil contra instituição financeira credenciada a operar no Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos - CCR, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 171, de 4.3.2004 - Antecipa, em caráter excepcional, a transferência de recursos prevista no art. 1º-A da Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

Medida Provisória n. 170, de 4.3.2004 - Dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Gratificação Temporária de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

1º de março de 2004

Lei n. 10.843, de 27.2.2004 - Acrescenta artigo à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

20 de fevereiro de 2004 - Edição extra

Lei n. 10.842, de 20.2.2004 - Cria e transforma cargos e funções nos Quadros de Pessoal dos Tribunais Regionais Eleitorais, destinados às Zonas Eleitorais.

Medida Provisória n. 169, de 20.2.2004 - Acrescenta o inciso XVI ao art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e dá outras providências.

Medida Provisória n. 168, de 20.2.2004 - Proíbe a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas “caça-níqueis”, independentemente dos nomes de fantasia, e dá outras providências.

20 de fevereiro de 2004

Medida Provisória n. 167, de 19.2.2004 - Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.

19 de fevereiro de 2004

Lei n. 10.841, de 18.2.2004 - Autoriza a União a permutar Certificados Financeiros do Tesouro e dá outras providências.

Medida Provisória n. 166, de 18.2.2004 - Cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social, dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e dá outras providências.

12 de fevereiro de 2004

Lei n. 10.840, de 11.2.2004 - Cria o Programa Especial de Habitação Popular – PEHP, e dá outras providências. Mensagem de veto.

Medida Provisória n. 165, de 11.2.2004 - Dispõe sobre o contrato de gestão entre a Agência Nacional de Águas e as entidades delegatárias das funções de Agência de Água, nos termos do art. 51 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e dá outras providências.

6 de fevereiro de 2004

Lei n. 10.839, de 5.2.2004 - Altera e acresce dispositivo à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

2 de fevereiro de 2004

Lei n. 10.838, de 30.1.2004 - Institui regime especial para alteração estatutária das associações, e altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

29 de janeiro de 2004 - Edição extra

Medida Provisória n. 164, de 29.1.2004 - Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços, e dá outras providências.

23 de janeiro de 2004 - Edição extra

Medida Provisória n. 163, de 23.1.2004 - Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

23 de janeiro de 2004

Medida Provisória n. 162, de 22.1.2004 - Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 3.400.000.000,00, para os fins que especifica.

22 de janeiro de 2004

Medida Provisória n. 161 de 21.1.2004 - Acresce o art. 1º-A à Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, que institui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), e dá outras providências.

12 de janeiro de 2004

Lei n. 10.836, de 9.1.2004 - Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.

9 de janeiro de 2004

Lei n. 10.835, de 8.1.2004 - Institui a renda básica de cidadania e dá outras providências.

Este número da revista foi composto na fonte GoudyOlSt BT, corpo 11.
O miolo foi impresso em papel AP 75 g/m² e a capa em cartão supremo 250 g/m².
Impresso pela Gráfica LCR.



e-mail: graficalcr@px.com.br
www.graficalcr.com.br
(085)272.7844